RENATO XAVIER DA SILVEIRA ROSA

Precedentes no processo civil brasileiro: valorização e efetividade

Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito (Largo São Francisco) da Universidade de São Paulo (USP), como requisito parcial para a obtenção do grau de "Mestre", na área de concentração de *Direito Processual*, na subárea de *Direito Processual Civil*.

Orientador:
Prof. Dr. WALTER PIVA RODRIGUES

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
LARGO SÃO FRANCISCO

São Paulo
2013

FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: ROSA, RENATO XAVIER DA SILVEIRA.

Título: **Precedentes no processo civil brasileiro: valorização e efetividade**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil.

Aprovado em: ____ / ____ / _____

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____
Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____
Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____
Julgamento: _____ Assinatura: _____

A meus pais, que muito bem me criaram.

AGRADECIMENTOS

Sábios os que denominaram de "*orientador*" aquele que me guia na vida e em tudo o mais, a quem só consigo exprimir todo o meu agradecimento dizendo: obrigado, Professor Piva.

Agradeço também aos colegas com os quais muito discuti a respeito do que aqui submeto à apreciação da Doutra Banca Examinadora — ou sobre assuntos que, se não ora apresentados, certamente influíram em construções jurídicas acerca de temas outros que me levaram a refletir e e me trouxeram a esta dissertação tal qual apresentada.

Em especial, aos colegas de P.A.E., Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo e José Eugênio do Amaral Souza Neto, com os quais compartilhei os últimos três anos de aulas ministradas no curso de graduação das Arcadas; pelos sempre agradáveis momentos.

Não poderia também deixar de agradecer àqueles que me auxiliaram, fornecendo textos, livros, sugerindo autores, criticando o trabalho e minhas ideias, enfim, àqueles que contribuíram para que esta obra chegasse ao seu estágio final.

Àqueles que suportaram minhas ausências do escritório, e em especial aos meus sócios no "LSBR Advogados", minhas sinceras desculpas, acompanhadas pelo presente trabalho, fruto de tantas faltas profissionais, que me proporcionaram a necessária dedicação acadêmica. A meus algozes intelectuais, André, Marcell e Vinicius, que puseram meus argumentos à prova e foram a um só tempo sócios, colegas e amigos, obrigado.

Agradeço por fim aos familiares, que compreenderam a importância desta dissertação e admitiram que me privasse do convívio familiar, em prol do que agora vejo ter chegado ao fim. Decerto, é o final de uma etapa, uma vez que apenas agora começo o caminho trilhado por tantos outros que me precederam, e ainda há muito o que percorrer para quiçá atingir o almejado objetivo: estar em meio a gigantes.

"Poder-se-ia considerar ideal a ordem jurídica que assegurasse perfeita distribuição da justiça entre os homens: que tratasse igualmente as coisas iguais e desigualmente, observada a justa proporção, as coisas desiguais.

As divergências de opiniões, a respeito dos critérios de igualdade, são o primeiro, e seguramente o maior, obstáculo à consecução dessa ordem jurídica ideal."

Prof. Luís Eulálio de Bueno Vidigal

RESUMO

ROSA, Renato Xavier da Silveira. **Precedentes no processo civil brasileiro: valorização e efetividade**. 2013. 198 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2013.

O presente trabalho objetiva estudar sobretudo a valorização dos precedentes no processo civil brasileiro, com especial atenção para os mecanismos indutores da criação de precedentes, observando se há benefícios para a efetividade da tutela jurisdicional. São traçados breves contornos do que constitui um precedente judicial, da "*ratio decidendi*" e dos "*obiter dicta*", dos precedentes verticais e horizontais, bem como da classificação das normas segunda sua abstração e generalidade e, por fim, da teoria econômica dos precedentes. Depois, se estudam os principais mecanismos de valorização dos precedentes encontrados no processo civil brasileiro vigente, sobretudo no Código de Processo Civil de 1973 (CPC-73). A seguir, a valorização dos precedentes é estudada do ponto de vista dos conflitos repetitivos, a relação entre demandas que veiculam questões repetitivas, e como isso afeta a indução da criação de precedentes. Ao final, estuda-se com maior atenção o incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto no Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil, sua origem, institutos similares de outros países e, ainda, eventuais dificuldades ou sugestões de alteração indicadas pelo direito comparado. Conclui-se o trabalho, então, tecendo-se alguns comentários a respeito de como as técnicas de valorização dos precedentes, que induzem a criação de precedentes (como o incidente estudado) poderiam melhor atender ao fim colimado, que é a efetividade da tutela jurisdicional.

Palavras-chave: direito processual civil; precedente judicial; efetividade da tutela jurisdicional; valorização dos precedentes; demandas repetitivas.

ABSTRACT

ROSA, Renato Xavier da Silveira. **Precedents in Brazilian Civil Procedure: their valorization and the effectiveness of adjudication**. 2013. 198 f. Dissertação (Mestrado) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2013.

This work aims mainly at the study of the valorization of precedents in Brazilian civil procedure, with special attention to the precedent creation mechanisms, observing if there are benefits for a more effective adjudication (in lieu of the scopes of the jurisdiction). We streamline the main contours of a judicial precedent, its "*ratio decidendi*" and "*obiter dictum*", the vertical and horizontal precedents, as well as the classification of legal rules according to their abstraction and generality and, at last,the economical theory of precedents. Then, we study the main mechanisms of valorizing precedents in Brazilian civil procedure in force, especially in the Civil Procedure Code of 1973 (CPC-73). Following that line of thought, the valorization of precedents is seen from the viewpoint of the repetitive litigation, the relation between repetitive lawsuits, and then how it affects the inducement of precedent creation. Afterwards, the attention is focused on the to-be-created incident of resolution of repetitive lawsuits (as of the Draft of New Brazilian Civil Procedure Code), its origins, similar mechanisms of other countries, and possible difficulties or recommendations inspired by the foreign law for amendment of the draft. Lastly, the work is closed by shedding some light on how the techniques for valorization of precedents could better serve the aim collimated, which is the effectiveness of jurisdictional protection.

Keywords: civil procedural law; precedents; valorization of precedents; effectiveness of adjudication; repetitive proceedings.

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1. APRESENTAÇÃO DO TEMA 13

1.1. Notas introdutórias 13

1.2. Efetividade da tutela jurisdicional 14

1.3. Caminhada de valorização da jurisprudência 19

1.4. Escopo e desenvolvimento deste trabalho 25

1.5. Notas sobre o "Novo CPC" 26

CAPÍTULO 2. PRECEDENTE JUDICIAL 27

2.1. Conceito 28

2.2. Funções do precedente judicial 31

2.2.1. Função dikelógica (ou diceológica) 32

2.2.2. Função nomofilácica 33

2.2.3. Função paradigmática 34

2.3. Elementos do precedente judicial: 'ratio decidendi' e 'obiter dictum' 35

2.4. Precedente vinculante e doutrina do 'stare decisis' 40

2.4.1. Super-precedentes 44

2.4.2. Doutrina inglesa 49

2.4.2.1. O costume inglês de obedecer aos precedentes 50

2.4.2.2. Na Inglaterra, a autorreferência e o método distintivo 53

2.4.3. Doutrina norte-americana 55

2.5. Precedente persuasivo 58

2.6. Precedente judicial enquanto 'norma jurídica' 61

2.6.1. Método estatal de solução de litígios 62

2.6.2. Precedentes judiciais e justiça 64

2.6.3. Movimento de 'generalização' do julgado individual 65

2.7. Análise econômica dos precedentes 68

2.7.1. A teoria de Landes e Posner sobre precedentes e função judicial 70

2.7.2. Ainda Landes e Posner, sobre adjudicação como um bem privado 74

2.7.3. A teoria de Buchanan sobre as normas produzidas judicialmente 76

2.8. Síntese do capítulo 2 78

2.8.1. O costume inglês de obedecer aos precedentes 78

2.8.2. Precedentes judiciais e argumentação jurídica 79

2.8.3. As funções da jurisprudência 81

2.8.4. Há super-precedentes no Brasil? Há normas super-eficazes? 82

2.8.5. Técnicas de valorização como normas de estrutura 83

2.8.6. Análise econômica do direito 83

2.8.7. Movimento de generalização do julgado individual 85

CAPÍTULO 3. TÉCNICAS DE VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES 87

3.1. Grandes grupos e gêneros de técnicas de valorização dos precedentes 87

3.2. Técnicas temporais 88

3.2.1. Supressão do duplo grau de jurisdição 88

3.2.1.1. Supressão do reexame necessário (Artigo 475, §3º, do CPC-73).....89
3.2.1.2. Supressão da apelação (Artigo 518, §1º, do CPC-73).....90
3.2.2. Julgamento imediato ou singular (como exceção ao julgamento colegiado).....91
3.2.2.1. Julgamento de plano da petição inicial (Artigo 285-A do CPC-73).....92
3.2.2.2. Julgamento monocrático de recurso (Artigo 557 do CPC-73).....93
3.2.2.3. Julgamento singular de conflito de competência (Artigo 120, parágrafo único, do CPC-73).....94
3.2.2.4. Exceção à reserva de plenário para a declaração incidente de inconstitucionalidade (Artigo 481 do CPC-73).....94
3.3. Técnicas de conteúdo.....95
3.3.1. Conteúdo obrigatório — precedente vinculante por excelência.....95
3.3.1.1. Súmula vinculante do STF (artigo 103-A da CF-88).....96
3.4. Técnicas mistas: de tempo e de conteúdo.....97
3.4.1. Indução à criação do precedente.....97
3.4.1.1. Recursos repetitivos ao STJ e ao STF (Artigos 543-B e 543-C).....97
3.4.1.2. Incidente de resolução de demandas repetitivas (Novo CPC).....99
3.4.2. Fungibilidade recursal (recurso contra inadmissão de recurso).....100
3.4.2.1. Recebimento de agravo de inadmissão como recurso especial ou extraordinário (Artigo 544, §4º, do CPC-73).....100
3.5. Precedentes no Novo CPC.....100

CAPÍTULO 4. CONFLITOS REPETITIVOS E SUA RESOLUÇÃO.....104
4.1. Conflitos repetitivos.....105
4.1.1. Tratamento coletivo das demandas repetidas para efetivar o acesso à justiça.....105
4.1.2. Relação entre demandas repetitivas.....109
4.1.3. Elementos identificadores de uma demanda.....112
4.1.4. Reunião de processos conexos.....113
4.1.5. Precedente como ponto de intersecção de processos repetitivos.....114
4.2. Incidente de resolução de demandas repetitivas.....115
4.2.1. Introdução ao 'incidente de coletivização' proposto no Novo CPC.....115
4.2.2. Denominação do incidente.....116
4.2.3. Procedimento do Incidente do Novo CPC brasileiro.....117
4.3. Inspiração para o incidente: modelo alemão.....119
4.3.1. Procedimento-modelo ('musterverfahren').....120
4.3.2. Demandas coletivas vs. representativas da controvérsia.....125
4.4. Modelo italiano.....127
4.4.1. Tutela Coletiva Ressarcitória: verdadeira coletivização de demandas individuais. Sistema de adesão voluntária ('opt-in').....128
4.5. Modelos de origem anglo-saxã.....130
4.5.1. Ação de classe ('class action') norte-americana e representatividade adequada..130
4.5.1.1. Regra nº 23 das 'Federal Rules of Civil Procedure'.....131
4.5.1.2. Representatividade adequada nas 'class actions'.....132
4.5.2. Ações coletivas no Canadá e limites territoriais da coisa julgada.....133
4.5.3. Inglaterra e o registro de 'group litigation orders'.....135
4.6. Direito comparado frente ao Novo CPC brasileiro.....137
4.6.1. Julgamento de questões de fato.....138
4.6.2. Representatividade adequada.....139

4.6.3. Ações distribuídas após o incidente..... 142
4.6.4. Natureza da decisão proferida no incidente, em confronto com a extensão subjetiva da coisa julgada e com a súmula vinculante..... 142
4.6.4.1. Extensão subjetiva da coisa julgada..... 143
4.6.4.2. Súmula vinculante..... 144
4.6.4.3. Súmula vinculante estadual?..... 145
4.7. Síntese do Capítulo 4. 146
4.7.1. Direito individual 'repetido' (sem origem comum)..... 147
4.7.2. Do direito alemão, o 'musterverfahren'..... 147
4.7.3. Do direito italiano, a ' azione collettiva risarcitoria'..... 147
4.7.4. Do direito inglês, as 'group litigation orders'..... 147
4.7.5. Do direito norte-americano, as 'class actions'..... 148
4.7.6. Do direito canadense, as 'class actions' de competência das províncias..... 148
4.7.7. No Brasil, a resolução das demandas repetitivas..... 149

CAPÍTULO 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS..... 150
5.1. Síntese final..... 150
5.2. Pesquisas futuras..... 151

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... 153

APÊNDICE A. Brasil: INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS..... 168

APÊNDICE B. Alemanha: "MUSTERVERFAHREN" (Tradução Livre)..... 172

APÊNDICE C. Itália: AÇÃO COLETIVA RESSARCITÓRIA (Tradução Livre)..... 183

APÊNDICE D. Itália: A NOVA "AZIONE DI CLASSE" (Tradução Livre)..... 186

APÊNDICE E. EUA (J. Federal): CLASS ACTIONS (Tradução Livre)..... 189

APÊNDICE F. Inglaterra: GROUP LITIGATION ORDERS (Tradução Livre)..... 195

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC — Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADIn — Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF — Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CDC — Código de Defesa do Consumidor, Lei Federal n.º 8.078 de 11 de setembro 1990.

CF-88 — Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988;

— ou, Constituição Federal de 1988.

CP — Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848/40.

CPC — Código de Processo Civil; *v*. CPC-73.

CPC-39 — Código de Processo Civil (CPC) de 1939, Decreto-Lei Federal n.º 1.608, de 18 de setembro de 1939.

CPC-73 — Código de Processo Civil (CPC) de 1973, Lei Federal n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

EC 45 — Emenda Constitucional n.º 45, de 2004, à CF-88.

EUA — Estados Unidos da América

LACP — Lei da Ação Civil Pública, Lei Federal n.º 7.347, de 24 de julho de 1985.

LEC-1881 — *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1881, que dispõe sobre o processo civil na Espanha.

LEC-2000 — *Ley de Enjuiciamiento Civil*, lei 1/2000, de 07 de janeiro de 2000, que regula o processo civil na Espanha, em vigor desde 08 de janeiro de 2001.

MP — Ministério Público

MP […] — Medida Provisória n.º […]

Novo CPC — Projeto de Novo Código de Processo Civil, Projeto de Lei do Senado Federal, nº 166 de 2010, resultado do trabalho da Comissão de Juristas, entregue em 08 de junho de 2010.

PLC 8046[/10] — Projeto de Novo Código de Processo Civil, conforme enviado

pelo Senado Federal à Câmara dos Deputados em 22.12.2010. Projeto de Lei na Câmara n.º 8046, de 2010 (Apensado ao Projeto de Lei n.º 6025, de 2005, em 25.10.2011).

PLS 166[/10] — *v.* Novo CPC.

STF — Supremo Tribunal Federal

STJ — Superior Tribunal de Justiça

STM — Superior Tribunal Militar

TAC [1º TAC, 2º TAC] — Tribunal de Alçada Civil (Primeiro / Segundo), geralmente

TRF [*x*] — Tribunal Regional Federal da [*x*]ª Região

TSE — Tribunal Superior Eleitoral

TST — Tribunal Superior do Trabalho

Observações:

Os dispositivos citados sem a indicação do texto legislativo a que pertencem são do Código de Processo Civil, de 1973 (Lei Federal n.º 5.869/73).

As "súmulas" citadas pelo número se referem ao enunciado de tal número da súmula de jurisprudência predominante do tribunal com elas mencionado. Ex.: "Súmula n.º 7/STJ" se refere ao enunciado n.º 7 da súmula de jurisprudência predominante do STJ.

CAPÍTULO 1. APRESENTAÇÃO DO TEMA

1.1. Notas introdutórias

Um ordenamento jurídico é composto por normas, dispostas sempre na estrutura hipótese → consequência. E uma decisão judicial é, essencialmente, uma norma, criada por meio de um dos vários métodos previstos pelo próprio ordenamento jurídico para que nele se insiram mais normas. Nessa linha, o precedente judicial, na qualidade de decisão proferida por um juiz no âmbito de um processo, constitui igualmente uma norma jurídica, inserida no ordenamento.

Além disso, tradicionalmente, o Poder Judiciário introduz apenas normas individuais e concretas, isto é, uma norma válida apenas para as partes que participaram do processo (*norma individual*) e com o objetivo de se remeter a fatos determinados já ocorridos (*norma concreta*), ainda que assim se faça para impor uma obrigação de se abster de alguma prática (o que é futuro), cuja expectativa de ocorrência se prevê com base nos fatos já ocorridos.

Contudo (apesar dessa tendência a produzir normas individuais e concretas por meio do processo judicial) determinados sistemas, atribuem às decisões judiciais uma normatividade que transcende às próprias partes do processo, tornando-se uma *norma geral*. Também, essas decisões passam a ser aplicáveis para todas as situações que se apresentem com as mesmas características, para as quais a resposta do judiciário passa a ser sempre a mesma (*norma abstrata*, porque aplicável a uma situação não ocorrida concretamente).

O precedente judicial, então, a despeito de ser uma norma individual e concreta, possui uma abstração e uma generalidade, que se projetam necessariamente para o futuro e têm a coletividade como destinatária. Nessa seara, a diferença entre os ordenamentos jurídicos é o maior ou menor grau de normatividade (ou de obrigatoriedade) atribuído ao precedente judicial. É possível ainda que haja motivos outros que levem o precedente a ser respeitado, não atribuíveis à normatividade jurídica, mas que ainda assim têm como efeito que o precedente seja respeitado (por ex., normas morais, econômicas *etc.*).

Devemos estudar esse movimento do individual ao geral que uma decisão judicial realiza quando se transmuda, automática e naturalmente, em precedente, invocável no futuro em uma decisão judicial.

Dito isso, também é preciso notar que essa característica (a maior ou menor normatividade jurídica) só tem sentido de assim ser se houver benefícios e se não for prejudicial às partes do processo nem às futuras pessoas que estarão sujeitas a obedecer a esse precedente.

É de se lembrar o alerta de TUCCI, segundo o qual as decisões judiciais encerram uma operação complexa de raciocínio que não pode ser considerada como um fim último. Deve essa operação complexa permitir que as decisões judiciais, de modo serviente, não se prestando apenas a resolver pendências concretas passadas, sirvam de orientação para os casos futuros. Deve-se em atenção ao *princípio da universalidade* autorizar que os casos presentes, substancialmente iguais, sejam tratados da mesma forma que os casos passados. É esse *princípio* o componente axiológico em torno da ideia de Justiça formal.[1]

O foco a ser dado a essa análise, então, passa a ser a efetividade da tutela jurisdicional. Se a tutela for de todo inefetiva, não será lícito admitir o sistema tal como ele se apresentar. Da mesma forma, se a tutela não tiver sua efetividade comprometida e nem as partes forem prejudicadas, então os mecanismos aplicados deverão ser reputados válidos. Assim, pela ótica da efetividade da tutela jurisdicional, os precedentes judiciais devem ser estudados para se apurar a técnica pela qual uma norma *individual* e *concreta* poderá transcender às partes e ao caso concreto, tornando-se *geral* e *abstrata*; e a *valorização* do precedente, a se estudar, é o maior ou menor grau dessa transcendência.

1.2. Efetividade da tutela jurisdicional

A tutela jurisdicional é uma atividade exercida pelo Estado, enquanto porta-voz de um determinado ordenamento jurídico de uma dada nação, por meio de um método, denominado de *processo*, por meio do qual normas jurídicas são produzidas e introduzidas em tal ordenamento. O processo é a legitimação de um procedimento de criação de normas, com a participação das partes diretamente afetadas por aquela norma em produção, a respeito de situações concretas, isto é, em relação à *lide* ou ao conflito subjacente. A tutela efetiva, por esse

1 TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 25.

raciocínio, será aquela que representar um meio legítimo que atenda adequadamente à sua finalidade de produzir normas individuais e concretas.

Já sob o plano da efetividade, para se apurar a sua presença, ou melhor, a maior ou menor efetividade de determinado procedimento ou sistema processual, poderíamos admitir que o processo justo é aquele no qual se dá ao vencedor tudo aquilo, e exatamente aquilo, a que "*tem direito*", isto é, se dá o bem da vida àquele que encontra-se resguardado pelo direito material. Dessa concepção, todavia, não podemos inferir que a efetividade da tutela esteja associada à justiça da decisão, já que embora justo o processo pode ter dado ao vencedor algo que não tenha utilidade alguma, e portanto sem efetividade. Daí, passa-se a entender que justiça e efetividade são conceitos absolutamente dissociados, podendo tanto o justo ser inefetivo quanto o injusto ser efetivo.

A ótica, para a efetividade da tutela jurisdicional, deve estar associada à ideia de expectativa das partes para aquele procedimento, ou mais amplamente para o sistema jurídico como um todo.

O processo efetivo é aquele que atende às expectativas apriorísticas das partes e o processo civil efetivo é o que atende aos anseios da sociedade como um todo. Efetividade é sinônimo de preenchimento das expectativas, já que a efetividade é uma percepção exterior do processo — ela não é analisada endoprocessualmente pelos sujeitos da relação jurídica processual em concreto, mas por um agente externo ao processo.

Barbosa Moreira nos aponta para o verdadeiro teor da discussão em torno da *efetividade* do processo, qual seja, a investigação dos seus fins. Processo efetivo é aquele que preenche os seus objetivos, e a isso pode-se trazer uma plêiade de confrontos doutrinários. Não obstante, Barbosa Moreira resume os tópicos em torno dos quais tais confrontos ocorrem, quais sejam: adequação dos instrumentos de tutela aos direitos previstos no ordenamento; utilidade desses instrumentos, independentemente dos sujeitos que os invoquem; condições propícias à plena investigação dos fatos; assegurar-se ao vencedor os meios para que goze efetivamente de sua vitória; e, por fim, que se possa atingir tais resultados com o "*mínimo dispêndio de tempo e energias*".[2] Por fim, o autor alerta que não se deve perder de vista as possibilidades efetivas do judiciário para enfrentar eventual acréscimo de serviço, e isso significa dizer também que jamais se poderá cogitar de um incremento na duração do processo sem que com isso se torne o processo também mais *efetivo*.[3]

---

2 MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Notas sobre o problema da 'efetividade' do processo". In: _____. *Temas de direito processual, terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984. pp. 27-28.

3 Idem, ibidem, pp. 41-42.

Assim como YARSHELL, entendemos que as partes (*rectius*: ambos os sujeitos parciais) esperam do provimento estatal que a relação de direito material seja definida, que o dissenso entre as partes seja resolvido, e assim se atinja a estabilidade da relação subjacente e sua segurança[4]. Enfim, efetivo é o processo que pacifica adequadamente as partes, por meio da resolução integral do conflito.

Em contraponto, alerta-nos BARBOSA MOREIRA ao dizer que a busca pela maior efetividade ao processo não deve ser um valor absoluto, mas deve encontrar limite em outros valores, tais como a intimidade de terceiros ou das próprias partes, ou as provas ilicitamente obtidas, por exemplo. Não é também o caso de se romper o equilíbrio entre as partes tal como legislado ou constitucionalizado, em prol de uma efetividade torpe. Nem seria adequado o confronto entre *verdade* e *celeridade*, pois não se deve primar um em detrimento do outro.[5]

Trata-se, de algum modo, da discussão em torno dos escopos da jurisdição. Dito de outro modo, efetividade da tutela é sinônimo de atingimento dos escopos da jurisdição: jurídico, político, social, econômico, cultural *etc*. Deve-se buscá-los simultaneamente, ponderando-os conforme for mais adequado para que se atinja em maior medida todos eles. Nessa linha de raciocínio, é preciso notar como os escopos da jurisdição estão de alguma forma insculpidos na Constituição da República, seja como objetivos do Estado, seja como meios para se atingir outros objetivos; ainda que explícita ou implicitamente; mas, não obstante, de algum modo na carta constitucional insculpidos como princípios.[6]

Ao estudar os escopos da jurisdição, DINAMARCO traça alguns critérios distintivos que aqui, embora em extrema síntese, indicamos: na vertente social, a pacificação dos conflitos (que justifica a vedação, como regra, à autotutela) e a educação da sociedade para fazer valer os seus direitos e respeitar os alheios; em seara jurídica, a atuação concreta do Direito; politicamente, propiciar a autoridade do Estado e fins correlatos; dentre outros objetivos que se possa imputar ao processo.[7] A própria ideia de *instrumentalidade* se apoia na concepção de que é o processo um mero veículo para que os fins da jurisdição sejam atingidos.[8]

---

4 YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional.* 2ª ed. São Paulo: DPJ, 2006, p. 33, n. 2.4.

5 MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Efetividade do processo e técnica processual". In: _____. *Temas de direito processual, sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997. pp. 21-22, n. 3.

6 MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Por um processo socialmente efetivo". *Revista de Processo*, v. 105, pp. 181-190, jan.-mar. 2002. Com o autor, é de se notar que as garantias constitucionais podem ser elas próprias um dos escopos sociais da jurisdição.

7 Dentre os vários trabalhos do autor, que abordam o tema, ver DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, v. I*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Cap. IV, nn. 47-55.

8 Ver, *passim*, DINAMARCO. Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3ª ed. São Paulo, Malheiros, 1993.

Em suma, vários são os escopos da jurisdição, mas neles se encerra, de alguma forma, o intuito último de ser um método estatal (heterocompositivo ou não), útil e adequado, à pacificação dos conflitos com justiça. A efetividade, como a vemos, insere-se em todos os escopos da jurisdição, pois é o "*processo*" o meio pelo qual a jurisdição atinge os seus fins, e será mais efetivo o ordenamento que preveja instrumentos adequados para que seus objetivos sejam atingidos.

A respeito do processo enquanto método estatal de solução de controvérsias, já tivemos a oportunidade de destacar que apesar do litígio e da oposição de interesses, e de uma evidente situação de antagonismo, é possível que a consecução dos escopos da jurisdição seja realizada com "*a presença de um certo nível de cooperação*". Para tanto, tratamos do tema da cooperação entre as partes na definição do objeto litigioso, o que certamente contribui para a consecução de valores da jurisdição, tais como segurança, certeza e, sobretudo, pacificação social (já que as partes não devem pensar que solucionaram litígios diferentes, ou objetos distintos).[9]

Ainda no tema dos escopos, Bedaque, em estudo pormenorizado dos mecanismos de uma tutela jurisdicional efetiva (e portanto de uma jurisdição que atenda aos seus escopos), esclarece que — pressupondo-se que a *efetividade* é a aptidão para produzir concretamente os resultados esperados do processo[10] — os escopos do processo devem ser absorvidos pela consciência e com base neles deve-se revisitar as diversas técnicas processuais, relendo-as atentamente, a fim de se identificar eventuais desvios que comprometam, e em última análise impeçam, o correto desenvolvimento da jurisdição e de seus escopos. Mais que isso, a técnica processual tem a finalidade específica de assegurar aos jurisdicionados um instrumento adequado e seguro, que proporcione uma solução justa para o conflito. A técnica processual coloca-se, portanto, a serviço de um fim, que são os escopos da jurisdição.[11] Em outra passagem, Bedaque elucida que o processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre celeridade e segurança, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material.[12] Enfim, deve-se combater o culto à forma e enfrentar os óbices ao preenchimento dos escopos da jurisdição.[13]

---

9 Vide o nosso: ROSA, Renato Xavier da Silveira. "Cooperação entre as partes na definição do objeto litigioso: sistemas de instrução processual nos Estados Unidos e na França". *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo (RIASP)*, v. 15 (nova série), n. 29, pp. 267–302, jul. 2012.

10 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 32.

11 Idem, ibidem, pp. 34-42, nn. 6-7.

12 Idem, ibidem, p. 49, n. 10.

13 Idem, ibidem, pp. 73-111, nn. 1-11.

Diante das linhas acima — e, ao que parece, cada autor estabelece como premissa a sua definição de *processo efetivo*[14,15,16,17] —, entendemos que *efetividade da tutela jurisdicional* (que corresponde à expectativa das partes diante do processo adjudicatório estatal) é equivalente à ideia de pacificação do conflito, com o melhor atingimento possível de todos os escopos da jurisdição, por meio de um método de ponderação entre os princípios que fundamentam cada um dos escopos, conciliando-se-os, de modo a proporcionar a otimização do preenchimento das garantias constitucionais relativas ao exercício da jurisdição e à submissão dos jurisdicionados à inafastável tutela estatal dos conflitos intersubjetivos juridicamente relevantes.

Essa é a matiz principal do presente estudo, de modo que as técnicas analisadas terão a perspectiva da efetividade da tutela jurisdicional como fator analítico determinante. Isto é, as técnicas de valorização dos precedentes serão observadas por um viés apurador da potencialidade de se atingir em boa medida todos os escopos da jurisdição acima mencionados — vale dizer, observando se determinada técnica propicia (ou prejudica) a pacificação social.

Apesar da finalidade do processo, *suprema*, ser a pacificação social, a composição do litígio individual trazido a juízo é, *prima facie*, o objeto da preocupação estatal ao conceber o seu método de trabalho. Intervém, aí, o magistrado, como entidade que produzirá a norma, interpretando o ordenamento jurídico e a versão jurídica dos fatos. Então, por essa fórmula, o *processo* é, por assim dizer, o método estatal que visa a resolver um conflito individual, por meio da produção por um terceiro (o magistrado) de normas individuais e concretas, introduzidas no ordenamento jurídico, desde que dado às partes a oportunidade de participação nesse curso.

Cabe ressalvar ainda que todas as normas jurídicas — sejam elas provenientes dos Poderes Legislativo, Executivo ou Judiciário (por ex., leis, decretos e sentenças), ou das próprias partes (por ex., contratos) — devem ser reconhecidas como *norma jurídica* por todas as pessoas referenciadas pelo ordenamento (destinatárias da norma ou não), que se encontram no território de aplicação do ordenamento jurídico em questão (é a validade geral da norma). Todavia, nem todas as normas se destinam a toda e qualquer pessoa.

---

14 *Cf.* OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "Efetividade e tutela jurisdicional". *Revista dos Tribunais*, v. 836, p. 29ss., jul. 2005.

15 *Cf.* WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. "Anotações sobre a efetividade do processo". *Revista dos Tribunais*, v. 814, p. 63ss., ago. 2003.

16 *Cf.* TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. "A efetividade do processo e a reforma processual". *Revista de Processo*, v. 78, p. 85ss., abr.-jun. 1995.

17 *Cf.* ainda, de modo mais abrangente, MESQUITA, José Ignacio Botelho de. "Processo civil e processo incivil". *Revista de Processo*, v. 131, p. 250ss., jan. 2006.

Por essa concatenação, entendemos que a tutela jurisdicional só será efetiva quando puder pacificar os conflitos e, mais que isso, será tão mais efetiva quanto maiores forem os destinatários das normas produzidas pelo processo. Em outros termos, o instituto do *processo* será mais efetivo se por meio dele puderem ser produzidas normas mais abrangentes, destinadas a mais sujeitos. E para tanto, é imprescindível que o método estatal acima referido passe a lidar com a criação de normas jurídicas mais gerais e abstratas, com fórmulas ou soluções "*prontas*", aplicando-se-as sempre que um determinado conflito surgir (desde que atendidas certas características, previstas na *hipótese* da norma).

Com esse objetivo de tornar mais efetiva a tutela jurisdicional, torna-se claro que somente poderá ser alcançado o fim último da jurisdição (a pacificação social) se for previsto um sistema de decisões judiciais no qual haja uma valorização dos precedentes, ou seja, no qual as decisões transcendam ao processo no qual foram proferidas.

1.3. Caminhada de valorização da jurisprudência

Ao observarmos a evolução do ordenamento jurídico brasileiro, com atenção especial à figura do "precedente judicial", podemos inferir que houve uma valorização gradual e crescente da jurisprudência.[18,19] Na verdade, houve um crescimento das oportunidades de valorização do precedente. E esse movimento progressivo e crescente de valorização deve ter início com a consolidação das instituições judiciárias brasileiras e de seus tribunais jurisdicionais.

Dinamarco trata desse assunto, compreendendo essa caminhada, desde a reforma do Regimento Interno do STF, nos idos de 1963, até a criação das súmulas vinculantes. Já na década de 1960 era angustiante a sobrecarga de trabalho na corte suprema brasileira, quando então, encabeçado pelo Ministro Victor Nunes Leal, o STF alterou seu Regimento Interno para criar a *Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal*, prevendo

18 Embora possa parecer que "*precedente*" e "*jurisprudência*" sejam expressões equivalentes, não o são; e a diferença é quantitativa. O primeiro é *uma* decisão judicial, singularmente considerada, e o segundo congrega a coletividade de decisões judiciais. *Cf.* TARUFFO, Michele. "Precedente e Giurisprudenza". *In:* FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de (coord.). *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional* — Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, t. V, Juez y Sentencia Constitucional. pp. 795-810. Disponível em <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2559/39.pdf>. Acesso em 21 jan. 2011. Confira especialmente pp. 797-798.

19 Na mesma linha da questão terminológica (precedente *vs.* jurisprudência), ver Tucci, *Precedente judicial como fonte do direito*, ob. cit., p. 9, n. 1, nota 1.

ainda a possibilidade de um Recurso Extraordinário ser arquivado indicando o número da súmula.[20]

Passados dezessete anos da vigência da Súmulas do STF, o próprio Ministro VICTOR NUNES LEAL apresenta trabalho[21] traçando um panorama geral de sua aplicação, analisando como os enunciados da súmula vinham sendo usados, e elencando as melhorias possíveis para que o STF fizesse melhor uso da súmula.

Nesse trabalho, LEAL começa expondo que a súmula é na verdade um método de trabalho ("*método destinado a ordenar melhor e facilitar a tarefa judicante*"), que já naqueles dezessete anos de vigência possuía 600 enunciados, quando em verdade, na opinião do mestre, deveria conter dois ou três mil enunciados.[22] Também como método, a súmula da jurisprudência predominante, durante as décadas de 1960 e 1970, foi aprovada e adotada pelo Tribunal Federal de Recursos[23], pelo Tribunal Superior do Trabalho[24], pelos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo[25] e, por imperativo do Código de Processo Civil naquela época recém-aprovado, deveria ser adotada por todos os tribunais do país.[26]

Cabe ora mencionar que LEAL dá ainda um passo anterior na história das súmulas e retoma as disposições das Ordenações Filipinas quanto aos *assentos* (Livro I, Tomo I, §5º) e do CPC-39 quanto aos *prejulgados* (artigo 861), demonstrando que, apesar de sua semelhança teleológica, as modernas súmulas se tornaram um verdadeiro instrumento a favor da segurança jurídica e do ofício dos magistrados, distanciando-se dos assentos e dos prejulgados que perderam sua importância na prática.[27] Após retomar a origem dos assentos filipinos nas Ordenações Manoelinas, e relembrando que os assentos conflitantes entre as Relações e a Casa das Suplicações seriam objeto de *assento decisivo*, LEAL anota que o anteprojeto de ALFREDO BUZAID, apesar de já vigente a súmula do STF, preferia retomar os *assentos*, dando-lhes *força de lei*,[28] e que HAROLDO VALLADÃO no seu *Anteprojeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas*, de 1964, criava um processo automático de uniformização da jurisprudência, por

20 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I. 4ª ed., reformulada. São Paulo: Malheiros, 2011. pp. 221-223, n. 120.

21 LEAL, Victor Nunes. "Passado e futuro da súmula do STF". *Revista de Direito Administrativo*, n. 145, jul.-set. 1981.

22 Idem, ibidem, pp. 1-7.

23 Por força do artigo 63 da Lei n.º 5.010, de 30.05.1966 — Lei de Organização da Justiça Federal. Posteriormente, pelo Regimento Interno do T.F.R., de 08.06.1980, a súmula for pormenorizadamente regulada, com disposições similares ao Regimento Interno do STF.

24 Criada pela Resolução Administrativa n.º 64-A/1973, de 15.08.1973.

25 No 1º TAC, pelos artigos 190 e 191 de seu regimento, e no 2º TAC, pelos artigos 162 e 163 de seu regimento.

26 Conforme artigo 479 do CPC-73, ao tratar do *incidente de uniformização de jurisprudência*.

27 Sobre os prejulgados, os assentos e uma breve anotação histórica sobre os precedentes n Brasil nos séculos XIX e XX, *cf*. TUCCI, José Rogério Cruz e. "Eficácia do precedente judicial na história do direito brasileiro". *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 24, n. 78, pp. 43-48, set. 2004.

meio de *resoluções* do STF.[29] Notando o insucesso dessas medidas, que não vingaram, Leal atribui o sucesso das súmulas ao denominá-las de "*ideal do meio termo*", tendo ficado "*entre a dureza implacável dos antigos assentos da Casa da Suplicação, 'para a inteligência perpétua da lei', e a virtual inoperância dos prejulgados*".[30]

Após as sucessivas décadas de uso da *Súmula do STF*, e a sua adoção também no Superior Tribunal de Justiça, o passo seguinte na caminhada de valorização da jurisprudência ocorre apenas em 1998, com a edição da Lei Federal n.º 9.756, de 17 de dezembro de 1998,[31] que altera os artigos 120, 481, 544 e 557 do Código de Processo Civil.[32]

O primeiro dispositivo, artigo 120, a respeito do conflito de competência, dispõe em seu *caput*, inalterado, que "*poderá o relator, de ofício, ou a requerimento de qualquer das partes, determinar, quando o conflito for positivo, seja sobrestado o processo* […]". O então acrescentado parágrafo único dispõe que "*havendo jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada, o relator poderá decidir de plano o conflito de competência* […]". Como se vê, trata-se de um indutor do julgamento do conflito de competência. Um facilitador para o seu julgamento, caso haja *jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada*.[33,34]

Já o segundo dispositivo, artigo 481 do CPC-1973, sobre a declaração incidente de inconstitucionalidade, dispunha em seu *caput* que "*se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno*." O então acrescentado parágrafo único estatui que "*os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário* […] *a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do* [STF] *sobre a questão*". Trata-se de mais um facilitador ao julgamento, pois se dispensa a reserva de plenário para casos em que a inconstitucionalidade arguida já foi declarada em outro pronunciamento do órgão fracionário ou do plenário do STF. A respeito, veja-se que a Súmula Vinculante n.º 10, do STF, prevê que esse

28 Artigo 519 do anteprojeto do Código de Processo Civil (1964) e p. 29 da exposição de motivos. *Cf.* BUZAID, Alfredo. *Anteprojeto de código de processo civil*. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/177246/1/anteprojeto%20de%20codigo%20de%20processo%20civil.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2012.

29 Artigo 7º e p. 49 da exposição de motivos. *Cf.* VALLADÃO, Haroldo. *Lei geral de aplicação das normas jurídicas: Anteprojeto oficial (Decretos 51.005 de 1961 e 1.490 de 1962) de reforma da Lei de Introdução ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964.

30 Leal, *Passado e futuro…,* ob. cit., pp. 16-17.

31 BRASIL. Lei n.º 9.756, de 17 de dezembro de 1998. "Dispõe sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais". *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 18 dez. 1998, Seção 1, p. 1. Também disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:lei:1998-12-17;9756>. Acesso em: 28 ago. 2012.

32 *Cf.* Dinamarco, *Fundamentos…*, t. I, 4ª ed., ob. cit., p. 224.

33 Idem, ob. e loc. cit.

34 Vide, abaixo, n. 3.2.2.3, p. 94.

dispositivo somente pode ser aplicado caso o órgão fracionário deseje rejeitar a arguição de inconstitucionalidade, e não acolhê-la para deixar de aplicar uma norma.[35,36]

A terceira alteração consiste em nova redação ao § 3º do artigo 544, a permitir, em verdadeira atenção ao princípio da instrumentalidade das forma, que o agravo seja conhecido como recurso especial, sem a necessidade de se aguardar a remessa dos autos originários (que são devolvidos ao primeiro grau, diante da ausência de efeito suspensivo ao agravo tratado no artigo 544), passando-se diretamente ao conhecimento e (im)provimento do recurso especial, desde que a decisão agravada no tribunal de origem esteja *em confronto com a súmula ou jurisprudência dominante do STJ*.[37]

Por fim, nessa *rodada* de alterações processuais, o artigo 557 do CPC foi substancialmente modificado, passando a possuir a seguinte nova redação ao *caput* e §1º, sendo-lhe acrescentado o § 1º-A (inusitadamente antes do § 1º) e o § 2º. Por ora, interessa-nos apenas o *caput* e o § 1º-A. Estes dispositivos — em que pese a nova redação tratar também a respeito de *manifesta* inadmissibilidade, prejudicialidade ou improcedência (*rectius:* improvimento) — permitem que (*i*) se negue seguimento ao recurso (*rectius:* que se o julgue) com base em *súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do STF ou do STJ,* ou (*ii*) em sentido oposto, para *dar provimento*, que o relator assim decida singularmente, caso a decisão recorrida esteja em *manifesto confronto com súmula ou jurisprudência do STF ou do STJ*. É curioso notar que para negar provimento, basta súmula do STF, do STJ, ou do respectivo tribunal (TST, STM ou TSE), e que para dar provimento, apenas os enunciados do STF e do STJ são suficientes.[38]

A caminhada de valorização da jurisprudência, narrada por Dinamarco, encerra-se aí, mas podemos quiçá completá-la com a mesma acuidade.

A Lei n.º 10.352, de 26.12.2001,[39] acrescenta pontualmente o § 3º ao artigo 475 do CPC e assim libera do duplo grau obrigatório (também chamado de *reexame necessário* ou *remessa ex officio*) a sentença que *estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo*

35 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n.º 10. "Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte". *Diário de Justiça Eletrônico* (DJe) n.º 117 de 27/6/2008, p. 1. DOU de 27/6/2008, p. 1. Precedentes: RE 482090, RE 240096, RE 544246, RE 319181 e AI 472897 AgR.

36 Vide, abaixo, n. 3.2.2.4, p. 94.

37 Vide, abaixo, n. 3.4.2.1, p. 100.

38 Vide, abaixo, n. 3.2.2.2, p. 93.

39 BRASIL. Lei n.º 10.352, de 26 de dezembro de 2001. "Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, referentes a recursos e reexame necessário". *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 27 dez. 2001, Seção 1, p. 1. Também disponível em <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:lei:2001-12-26;10352>. Acesso em 07 set. 2012.

Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente (STJ, TST, STM ou TSE).[40]

O mais elevado degrau, na caminhada ora narrada, foi alçado por meio da Emenda Constitucional n.º 45, de 08.12.2004,[41] que dentre muitas de suas tão controversas quanto aguardadas alterações, reforma substancialmente o modelo brasileiro de precedentes, introduzindo o famigerado[42] instituto da Súmula Vinculante (*rectius:* enunciado vinculante da súmula de jurisprudência predominante do STF), que veio a ser regulamentado apenas em 19 de dezembro de 2006, com a Lei n.º 11.417.[43] Prevendo que *o enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão*, no seu artigo 10 a lei em comento remete subsidiariamente o *procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado com efeito vinculante* ao disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Pelo artigo 8º dessa lei, os enunciados da súmula do STF, até então aprovados, somente passariam a ter força de *súmula vinculante* se assim expressamente decidido por dois terços dos membros do STF.[44]

A Lei n.º 11.276, de 07 de fevereiro de 2006,[45] introduz um § 2º ao artigo 518 do CPC, permitindo que se suprima o recurso de apelação (por meio do seu não recebimento pelo juiz, ainda no primeiro grau) quando a sentença estiver em conformidade com súmula do STJ ou do STF. A isso se convencionou chamar, embora não sem controvérsia terminológica, de "*súmula impeditiva de recurso*", desde que, claro, haja perfeita identidade entre a sentença e o teor da súmula e por suposto que o Recurso de Apelação ataque exclusivamente esse argumento, sem no entanto invocar a inaplicabilidade do enunciado sumular.[46,47]

40 Vide, abaixo, n. 3.2.1.1, p. 89.

41 BRASIL. Emenda Constitucional n.º 45, de 08 de dezembro de 2004. "Altera dispositivos […] da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências.". *Diário Oficial da União*, Brasília, 31 dez. 2004, Seção 1, p. 9. Também disponível em <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:emenda.constitucional:2004-12-08;45>. Acesso em: 07 set. 2012.

42 Por todos, *cf.* DINAMARCO, Cândido Rangel. "Súmulas vinculantes". *Revista Forense*, v. 347, p. 51-65, jul.-set. 1999.

43 BRASIL. Lei n.º 11.417, de 19 de dezembro de 2006. "Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências". *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 dez. 2006, Seção 1, p. 1. Também disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:lei:2006-12-19;11417>. Acesso em: 07 set. 2012.

44 Vide, abaixo, n. 3.3.1, p. 95.

45 BRASIL. Lei n.º 11.276, de 07 de fevereiro de 2006. "Altera os arts. 504, 506, 515 e 518 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativamente à forma de interposição de recursos, ao saneamento de nulidades processuais, ao recebimento de recurso de apelação e a outras questões". *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 08 fev. 2006, Seção 1, p. 2. Também disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:lei:2006-02-07;11276>. Acesso em: 07 set. 2012.

46 Esses temas serão melhor estudados ao longo do "Capítulo 3. Técnicas de Valorização dos precedentes", p. 87 em diante.

47 Vide, abaixo, n. 3.2.1.2, p. 90.

Na mesma data, a Lei n.º 11.277, de 07 de fevereiro de 2006,[48] incluiu o artigo 285-A ao CPC, e estabeleceu a possibilidade de o magistrado, no juízo originário, dispensar a citação do réu e julgar em favor dele favorável a causa, contra o autor, *quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos*. Trata-se de valorização do auto-precedente, bastando que o juiz reproduza o teor da sentença anteriormente por ele proferida.[49]

Com o escopo de regulamentar o § 3º inserido no artigo 102 da CF-88, a Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006,[50] introduz no CPC os artigos 543-A e 543-B, adotando a sistemática da repercussão geral nos recursos extraordinários, para lidar com a multiplicidade de recursos, com a previsão de decisões que valerão para todos os recursos que invoquem o mesmo motivo como fundamento da transcendentalidade do caso individual e com a possibilidade de que uma vez julgado um dos recursos extraordinários, todos os demais, *idênticos*, tenham mesmo destino.[51]

Por fim, com a Lei n.º 11.672, de 8 de maio de 2008,[52] foi acrescentado o artigo 543-C ao CPC, introduzindo a sistemática dos *recursos especiais repetitivos*, permitindo que um único Recurso Especial seja julgado pelo Superior Tribunal de Justiça e que todos os demais recursos *idênticos* tenham o mesmo destino que o recurso representativo da controvérsia.[53]

Enfim, a marcha de evolução das técnicas de valorização dos precedentes jamais se interrompe; se de um lado ela é feita legislativamente, em degraus, de outro, seu estudo doutrinário nunca se interrompe e é constantemente debatido, rediscutido. Com frequência, novos meios de melhorar os sistemas ou introduzir novos mecanismos são encontrados.

---

48 BRASIL. Lei n.º 11.277, de 07 de fevereiro de 2006. "Acresce o art. 285-A à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil.". *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 08 fev. 2006, Seção 1, p. 2. Também disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:lei:2006-02-07;11277>. Acesso em: 07 set. 2012.

49 Vide, abaixo, n. 3.2.2.1, p. 92.

50 BRASIL. Lei n.º 11.418, de 19 de dezembro de 2006. "Acrescenta à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal". *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 dez. 2006, Seção 1, p. 2. Também disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:lei:2006-12-19;11418>. Acesso em: 07 set. 2012.

51 Vide, abaixo, n. 3.4.1.1, p. 97.

52 BRASIL. Lei n.º 11.672, de 8 de maio de 2008. "Acresce o art. 543-C à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, estabelecendo o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça". *Diário Oficial da União*, Brasília, 9 mai. 2008, Seção 1, p. 11. Também disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:lei:2008-05-08;11672>. Acesso em: 07 set. 2012.

53 Vide, abaixo, n. 3.4.1.1, p. 97.

É o caso, por exemplo, das propostas constantes do projeto de Novo CPC, em tramitação no Congresso Nacional, que introduz, dentre outros instrumentos, o *incidente de resolução de demandas repetitivas*, levando ao primeiro grau de jurisdição uma ferramenta para lidar com a multiplicidade de demandas a respeito de mesma questão de fundo. De outra banda, é digno de se mencionar também a Proposta de Emenda à Constituição, na Câmara dos Deputados, PEC n.º 209/2012, para se inserir um parágrafo primeiro ao artigo 105 da CF-1988, exigindo a repercussão geral para se admitir um recurso especial, à semelhança do que ocorre com o recurso extraordinário desde a EC-45.[54]

1.4. Escopo e desenvolvimento deste trabalho

O presente trabalho objetiva estudar a valorização dos precedentes no processo civil brasileiro, partindo das técnicas possíveis para esse fim e analisando com especial atenção as técnicas de valorização dos precedentes proferidos no âmbito de processos repetitivos, que são aqueles que multiplicam ao máximo a projeção externa do precedente a processos que não estão diretamente conectados na concepção tradicional do processo civil.

Primeiro, serão estabelecidas as grandes premissas sobre os precedentes, seu conceito, seus elementos, sua generalidade e abstração, e a teoria econômica aplicada aos precedentes. Em seguida, analisaremos os principais mecanismos de valorização do precedente encontrados no processo civil brasileiro vigente, sobretudo no Código de Processo Civil de 1973 (CPC-73).

Depois, serão largamente estudados os conflitos repetitivos e os problemas criados pela relação entre demandas aplicada a processos repetitivos. Em seguida, será destrinchado o *incidente de resolução de demandas repetitivas*, proposto no Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil, da lavra de comissão nomeada pelo Senado Federal e conforme consta do Projeto de Lei do Senado, n.º 166/2010, apresentado inicialmente a essa casa do Congresso Nacional. A análise desse incidente inclui um breve estudo do direito estrangeiro, a respeito de mecanismos que possam ter influenciado ou que poderiam prover comparação com o incidente proposto. Por fim, encerra-se o trabalho com algumas notas sobre o incidente sugerido no anteprojeto, a efetividade da tutela jurisdicional e alertas sobre a necessidade de se ter consciente as características de generalidade e abstração inerentes aos precedentes judiciais.

54 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. "PEC da repercussão geral no STJ já tramita no Legislativo". Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106795>. Acesso em: 12 out. 2012.

Ao final de cada capítulo, será feita um síntese do mesmo, confrontando os temas do capítulo ou acrescentando nossos comentários de natureza opinativa.

1.5. Notas sobre o "Novo CPC"

Uma Comissão de Juristas foi instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 2009, destinada a elaborar Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil. Essa *Comissão de Juristas* entregou em 08 de junho de 2010 o seu trabalho final, que deu início ao Projeto de Lei do Senado Federal, nº 166 de 2010 (o "PLS 166", ou "Novo CPC"). A Comissão de Juristas foi presidida pelo Ministro do STJ Luiz Fux, com relatoria-geral de Teresa Arruda Alvim Wambier e composto também pelos seguintes juristas: Adroaldo Furtado Fabrício, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpídio Donizetti Nunes, Humberto Theodoro Junior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinicius Furtado Coelho e Paulo Cezar Pinheiro Carneiro.

Após os trâmites no Senado Federal, o PLS 166, conforme emendado, foi remetido à Câmara dos Deputados, onde foi recebido como Projeto de Lei n.º 8046/10 (o "PLC 8046"), em 22 de dezembro de 2010. Esse projeto, após receber centenas de emendas, foi apensado em 25.10.2011 ao Projeto de Lei n.º 6025, de 2005 (que era o mais antigo projeto de alteração do CPC em trâmite na casa legislativa).

Ocorre que há diversas emendas em tramitação, e há mais de uma versão de cada "relatório parcial". Isso cria uma plêiade de versões do Novo CPC que torna inviável a qualquer trabalho científico tratar do tema antes de sua aprovação final no Congresso Nacional. Por essa razão, optamos por aqui fazer exclusiva referência a duas versões, a que denominaremos de PLS 166, que é exatamente o anteprojeto tal qual recebido no Senado Federal, e a que denominaremos de PLC 8046, que é a versão recebida do Senado pela Câmara dos Deputados. Assim, qualquer referência de artigos ou dispositivos será feita ora a um, ora a outro. Quando a referência for ao Novo CPC, sem indicação de artigos, a remissão estará sendo feita ao diploma como um todo, ainda em trâmite legislativo.

CAPÍTULO 2. PRECEDENTE JUDICIAL

O pensador Frederick Schauer, em recente obra sobre argumentação jurídica, explica que seguir um precedente é uma atividade que só deve ser estudada quando ela induza um julgador a decidir em sentido diverso daquele em que julgaria caso não existisse o precedente. Ele exemplifica com o limite de velocidade nas rodovias, que é obedecido por nós mesmos quando acreditamos que as condições de tráfego e nossas habilidades de direção poderiam nos permitir manter velocidade diversa; ou seja, obedecer ao limite é praticar algo que acreditamos não ser, a princípio, a melhor coisa a fazer. O mesmo ocorre quando um magistrado obedece a um precedente, mesmo quando no seu sentir a melhor decisão deveria ser diversa do sentido que consta do precedente. É por essa aparente conduta contrária à própria convicção que se torna necessário estudar os mecanismos relativos aos precedentes judiciais e a razão pela qual são respeitados.[55]

Ademais, onde o costume se confunde com a própria prática de respeitar os precedentes, como na Inglaterra, as discussões a respeito da justificativa para esse sistema remontam a tempos imemoriais. Jeremy Bentham associa essa técnica (de criar regras a partir do caso concreto) com a prática de *punir* em vez de *ensinar*, exemplificando, pitorescamente, que ela equivale ao dono de um cão que, para ensinar-lhe o bom comportamento, espera que o cão tenha uma conduta indesejada para só então puni-lo, na esperança de que o cão mentalmente associe a punição às circunstâncias em que ela foi aplicada, surgindo assim uma regra de *common law*. Essa regra *ex post facto* é a marca da tirania que, pela punição sem piedade de um homem, outro deve aprender (como puder) a maneira em que deverá se comportar.[56,57]

Em outro trabalho, o mesmo Bentham repete a analogia, em carta escrita em 1792 e só publicada em 1823, intitulada *"Verdade vs. Ashhurst, ou o Direito como ele é contrastado com o que se diz que ele é"*. O contexto da carta é uma crítica ao juiz Sir William Ashhurst, que afirmara alguns absurdos (na concepção de Bentham), tais como: (*i*) que *ne-*

55 SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning.* Cambridge: Harvard University Press, 2009. *Cf.* p. 7.

56 BENTHAM, Jeremy; BOWRING, John (Ed.). *The works of Jeremy Bentham, vol. VI: introductory view of the rationale of evidence; for the use of non-lawyers as well as lawyers*. Edinburgh: William Tait, 1843, p. 519 (Book IV, Chapter III, § 1).

57 Idem, também publicado em Indianapolis: Liberty Fund, 2011. Disponível em: <http://oll.libertyfund.org/title/1923>. Acesso em: 23 jul. 2012. *Cf.* v. 6, p. 842.

nhum homem é tão baixo que não está sob a proteção do direito; (*ii*) que *as restrições às ações judiciais só existem para garantir a segurança do povo como um todo*; (*iii*) que *as leis provêm do virtual consenso geral do reino*; e (*iv*) que *somente as leis de conhecimento geral é que vinculam a todos*. Para BENTHAM (precursor do utilitarismo), a verdade é que, infelizmente, noventa e nova por cento dos homens não possuem o que o direito lhes assegura, especialmente no que diz respeito ao custo de se acessar ao judiciário; e, quanto à última assertiva, que, na verdade, o judiciário *faz* o Direito, quando uma ação judicial de um homem é movida contra outro, da mesma forma que um homem cria o seu cachorro: para evitar um comportamento indesejado, ele espera que o animal o pratique, para só então puni-lo; eles (os donos dos cachorros e os juízes) não dizem de antemão o que não deve ser feito; eles fingem que disseram e aguardam a transgressão, para só então enforcar o transgressor. A crítica máxima é que a única forma de se evitar a transgressão é conhecer todos os casos anteriores para imaginar uma linha de princípios aplicáveis às regras; e se os magistrados não publicam eles próprios os julgados, então um homem deve viver dentro dos salões dos tribunais; e se assim o reino inteiro couber dentro das cortes, aí sim Sir ASHHURST poderá dizer que o reino inteiro conhece o direito.[58] Como se nota, a natureza da crítica contundente diz respeito aos próprios fundamentos do direito inglês e à falta de legitimidade das decisões frente ao que o povo pensa; são valores fundamentais ao utilitarismo fundado por BENTHAM, e cuja análise demonstra bem o contexto dos precedentes judiciais na Inglaterra.

2.1. Conceito

Como já afirmamos na introdução, o precedente judicial é uma decisão judicial que tenha a aptidão para veicular normas que, a despeito de individuais e concretas, são tidas por gerais e abstratas, aplicando-se-as a outras situações que apresentem as *mesmas*[59] características do processo anterior. O precedente, todavia, admite moderações, podendo ter apenas o condão de influenciar outros magistrados (precedente persuasivo) ou com mais força o de alterar decisivamente o julgamento de uma outra ação (precedente normativo, com força obrigatória).

MACCORMICK e SUMMERS, em trabalho de direito comparado, afirmam singelamente que *precedentes são decisões anteriores que funcionam como modelos para decisões posteri-*

58 BENTHAM, Jeremy; BOWRING, John (Ed.). *The works of Jeremy Bentham, vol. V: Scotch Reform, Real Property, Codification Petitions*. Edinburgh: William Tait, 1843, pp. 233-235.

59 Deve-se sempre compreender essa ideia de *mesmas características* de forma ampla, vislumbrando-se uma regra de direito aplicável a ambos os casos, mas liberando-se inúmeras outras características a serem bastante diversas entre casos que apliquem uma mesma regra de direito.

ores.[60] Para tais autores[61], é inerente à racionalidade humana aplicar lições do passado para solucionar problemas do futuro, sendo que um precedente representa o Direito observando a si próprio, em dois sentidos: (*a*) quando um operador do Direito se defronta com um problema jurídico e questiona se há precedentes sobre o problema, o resultado será uma ou mais decisões que decidiram, bem ou mal, um problema similar, indicando que um operador observa o trabalho de outro operador na função de *solucionador de problemas*; e (*b*) pode haver um sentimento máximo de obediência, na medida em que o segundo tomador de decisão não apenas toma nota da decisão do primeiro, mas também utiliza a primeira decisão como modelo-guia para a solução do problema atual, e assim talvez o faça porque seguir uma decisão passada é a *coisa correta a fazer* ou mesmo porque é uma atitude obrigatória.

Segundo a recente obra de Duxbury,[62] *precedente* é um evento passado que serve como guia para uma ação presente. Nem todos os eventos passados são precedentes e muito do que fazemos logo cai no esquecimento ou na insignificância. A compreensão dos precedentes então requer uma explicação sobre como os eventos passados e as ações presentes se conectam. Quando atravessamos uma rua, sabemos por eventos passados que se deve olhar para ambos os lados, assim como quando tomamos um café ou uma sopa quente sabemos que se deve provar uma pequena quantidade para não nos queimarmos. Mas as experiências prévias não equivalem a invocar precedentes. E nem tudo que é feito pela primeira vez é um precedente. A argumentação aplicada para invocar uma regra de experiência não é a mesma argumentação para invocar um precedente.

Duxbury explica que, a uma primeira vista, seguir um precedente é uma atividade retrospectiva. Isto é, quando se decide com fundamento em um precedente, se reputa como significante o fato de já ter alguém decidido antes essencialmente a mesma coisa. Talvez menos óbvio seja o fato de que criar precedentes, e até mesmo os seguir, pode ser uma atividade prospectiva. Os julgadores de hoje serão os assentadores de precedentes do futuro. Decidir algo novo, ou afirmar algo passado, pode guiar ou influenciar um futuro julgador.[63]

Continua Duxbury ainda esclarecendo que um juiz de *common law* não segue os precedentes porque eles existem, mas porque eles fundamentam uma certa linha de raciocínio. E a força vinculante (*binding force*) de um precedente significa, para um juiz treinado em *common law,* que a lógica mais conclusiva é a analogia de casos anteriores, especialmente se

60 *Cf.* MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. "Introduction". *In:* _____ (Ed.); _____ (Ed.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Surrey: Ashgate, 1997. p. 1.

61 Caso repute-se relevante, informa-se que o primeiro é da Universidade de Edimburgo (Escócia) e o segundo da Universidade de Cornell (EUA).

62 DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008. pp. 1-14.

63 Idem, ob. e loc. cit.

eles foram decididos por cortes superiores. É isso que se diz ser vinculante, mas o juiz está adstrito apenas intelectualmente, pois é ele próprio que decidirá se o precedente é autoritativo ou não e se será aplicável ao caso, se a analogia é válida, e assim por diante. Ademais, só se pode dizer que um juiz não está *realmente vinculado* a um precedente, no sentido de que nem todo precedente é aplicável ao caso, se se quiser dar um sentido extremamente rigoroso à acepção *vinculante.*[64]

A respeito da relação entre analogia e o precedente, FREDERICK SCHAUER explica que não são uma implicação direta um do outro. A analogia é um recurso da argumentação jurídica (*legal reasoning*), enquanto os precedentes, e as normas jurídicas em geral, são a fonte da analogia. Não são a mesma coisa, embora seja tentadora a ideia de que invocar um precedente é mera argumentação jurídica. Argumentação por analogia não é o mesmo que restrição pelo precedente (*constraint by precedent*). E como são distintos, sua operacionalização ocorre de modo diverso, mas nem por isso não são ambos importantes e merecedores de estudo aprofundado. De qualquer forma, a analogia é muito utilizada na argumentação jurídica e o recurso a ela pode e deve ser feito com frequência.[65]

Exemplo singelo de analogia com os precedentes é dado por SCHAUER. Os pais que deixam sua filha de 13 anos usar calçados de salto alto raramente constituem um precedente quando seu filho atingir a mesma idade. Mas se os mesmos pais deixam a filha ficar acordada até mais tarde, a partir dos 13 anos, então isso constitui provavelmente um precedente para o filho mais novo, quando ele atingir a mesma idade. Outro exemplo: um precedente judicial que diga respeito a um cachorro preto provavelmente poderá ser aplicado em um caso sobre um cachorro marrom; mas o mesmo precedente não poderá utilizado para um caso relativo a um carro preto. Assim ocorre pois a qualidade relevante é *cachorro*, e não a cor; e isso a depender das circunstâncias do caso, pois pode acontecer que a cor seja sim relevante (mas no nosso exemplo não é). SCHAUER explica que os precedentes dependem das *regras de relevância*, que são também desenvolvidas jurisprudencialmente, para assim se comparar o precedente com o caso imediato e decidir se é possível aplicá-lo a este.[66]

---

64 Idem, ob. e loc. cit.

65 SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning.* Cambridge: Harvard University Press, 2009. *Cf.* Cap. 5, esp. pp. 85-86.

66 SCHAUER, Frederick. "Precedent". *Stanford Law Review*, v. 39, n. 3, pp. 571-606, 3 feb. 1987. *Cf.* pp. 577-578.

2.2. Funções do precedente judicial

Os precedentes judiciais podem se dirigir em duas direções diferentes: vertical e horizontal.[67,68,69] Como ensina TARUFFO, o precedente em direção vertical é o caso em que o juiz posterior se encontra em um grau inferior na hierarquia judicial; enquanto o precedente em direção horizontal se movimenta no mesmo grau hierárquico; por fim ainda é possível se falar em *auto-precedente*, quando um mesmo órgão julga o caso posterior (tanto faz se por outro magistrado ou pelo mesmo, pois aqui se fala em *órgão*).[70] Alguns chamam esse *auto-precedente* como o próprio *stare decisis*.[71] De qualquer forma, o fato é que a atividade de aplicar precedentes (vertical ou horizontalmente) envolve muitas funções diferentes, quase sempre realizadas ao mesmo tempo (como fazer justiça, unificar o direito, servir de exemplo para os próximos, dar segurança, trazer certeza ao mundo jurídico, agilizar os procedimentos *etc.*). Além disso, é preciso distinguir alguns elementos dos precedentes (como a parte que efetivamente vincula e aquela que apenas serve de suporte para a primeira).

A jurisprudência pode exercer diversas funções, de acordo com o *estado das coisas* político. Em um Estado de Direito, como o Brasil, a jurisprudência pode tanto operar como uma segura diretriz na atividade jurisdicional de subsunção de fatos a normas, contribuindo para a consecução da ordem jurídica justa (ou ao menos isonômica), quanto pode complementar a formação da convicção do magistrado, atualizando o direito positivo, como elemento moderador entre os caldos fatos sociais e a fria lei positivada.[72]

Citando a conhecida enciclopédia jurídica Saraiva, RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO elenca cinco funções da jurisprudência: "*a) interpretar a lei; b) vivificar a lei; c) humanizar a lei; d) suplementar a lei; e) rejuvenescer a lei.*"[73] No entanto, para MANCUSO, a principal *expectativa* que o cidadão brasileiro deposita na jurisdição é aquela representada pelo quadrinômio *justiça — certeza — segurança — estabilidade*.[74] Em trabalho posterior, o mes-

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

68 *Cf.* também SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning.* Cambridge: Harvard University Press, 2009, pp. 36-37.

69 *Cf.* ainda AMAR, Akhil Reed. "Heller, HLR, and holistic legal reasoning". *Harvard Law Review*, v. 122, p. 145-190, 2008. *Cf.* esp. pp. 149-156.

70 TARUFFO, Michele. "Precedente e Giurisprudenza". *In:* FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de (coord.). *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional* — Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, t. V, Juez y Sentencia Constitucional. pp. 795-810. Disponível em <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2559/39.pdf>. Acesso em 21 jan. 2011. *Cfr*. pp. 804-805.

71 SCHAUER, *Thinking like a lawyer…*, ob. cit., p. 37.

72 *Cf.* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2010, pp. 57-58.

73 Idem, ibidem, p. 58.

74 Idem, ibidem, p. 59.

mo autor coloca em antagonismo os valores "estabilidade — certeza", de um lado, e "justiça — ampla defesa", de outro.[75]

MITIDIERO analisa a questão a partir do ponto de vista do discurso jurídico e identifica que o dever de fundamentação (artigo 93, IX, da CF-88) é direcionado para o caso concreto, para as partes em juízo, mas a decisão judicial abre espaço para a promoção da unidade do direito, e assim trata-se de uma função institucional da decisão, que se torna um *precedente judicial*.[76]

Porém, mais comumente, a doutrina processual brasileira trata de três funções fundamentais do precedente: *dikelogika*, *nomofilácica* e *paradigmática*.[77] MANCUSO ensina que ao julgar um caso concreto por meio de sua competência originária ou recursal, um Tribunal exerce uma *tripla missão*: resolver o caso concreto (*função dikelógica*), aplicar a norma de regência do caso (*função nomofilácica*), e unificar a interpretação e aplicação do direito (*função paradigmática*).[78]

2.2.1. Função dikelógica (ou diceológica)

A *função dikelógica* (ou *diceológica*[79]) equivale ao dever de fazer justiça. A deusa grega DÍKE ou DICE (do grego Δίκη) era a deusa da justiça mundana, a deusa que aplicava o direito com a necessária justiça (igualdade). Correspondente à latina JUSTITIA, é a função de fazer o que é certo segundo o direito. A grega DÍKE é representada de olhos bem abertos, com uma espada na mão direita e uma balança (com o fiel desalinhado) na mão esquerda, simbolizando a sua busca pela igualdade. A *função dikelógica* corresponde ao precedente que reequilibra as desigualdades. O precedente equaliza os julgados futuros, ensejando idêntico tratamento a situações equivalentes.

Modernamente, pode-se dizer que a *função dikelógica* é a missão de resolver o caso concreto, dentro de uma perspectiva tradicional de resolução heterocompositiva dos con-

75 *Cf.* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: RT, 2009, pp. 348-358.

76 MITIDIERO, Daniel. "Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial". *Revista de Processo*, v. 206, p. 61ss., abr. 2012.

77 Idem, ibidem, *passim* e esp. pp. 445-454.

78 Idem, ibidem, *passim* e esp. p. 162.

79 *Cf.* DICIONÁRIO HOUAISS, verbete "diceo-", disponível em <http://houaiss.uol.com.br>, acesso em 10 nov. 2012. Eis a íntegra da entrada do verbete em questão: "Elemento de composição. antepositivo, do gr. *díkaios,os,on* 'justo, correto, honesto', der. de *díkē* 'justiça, direito' – ver – '-diceia'; ocorre em vocábulos já formados no próprio gr., como *diceologia* (*dikaiología*) e *diceósina* (*dikaiosúnē*), e em eruditismos do sXIX em diante *diceológico*, *diceologista*, *diceológico*."

flitos. Por meio dessa função, o precedente julga um caso concreto e assim, enquanto norma individual e concreta, dá uma solução adjudicada para a crise submetida à jurisdição estatal para julgamento.

Colocando a noção sob o prisma do acesso à justiça e da ordem constitucional brasileira, a função dikelógica é melhor definida como o dever (ou a atividade) de *dirimir o conflito com justiça*[80] ou de *dar a cada um o que é seu*[81]. Porém, ao fazê-lo, o órgão estatal de solução de conflitos sempre acaba exercendo também a segunda função ora tratada (*nomofilácica*).

2.2.2. Função nomofilácica

Na clássica obra de CALAMANDREI,[82] a *função nomofilácica* da Corte de Cassação é sua principal finalidade, pois o autor a concebe como uma corte de precedentes judiciais. A *função nomofilácica* consiste na ideia de que se garanta a uniformidade da jurisprudência, por meio da prolação de sentenças capazes de não apenas assegurar a correta interpretação do direito, mas também alçar essa interpretação ao patamar de cânone das decisões dos casos seguintes. Assim, a *função nomofilácica* atribui ao precedente a prerrogativa de uniformizar a interpretação e a aplicação do direito, conferindo certeza e previsibilidade. CALAMANDREI, na verdade, vê na *nomofilaquia* o vértice do desenvolvimento do direito.[83] Ademais, para o autor, a *função nomofilácica* de uma corte não é interpretar o direito objetivo, mas unificar o trabalho de interpretação jurisprudencial que vem sendo feito por todos os órgãos judiciários.[84] Por fim, ainda é papel dessa função uniformizar a jurisprudência, assegurando a unidade do direito objetivo.[85]

TARUFFO relata a reforma da Corte de Cassação na Itália e afirma que esses ideais estão se aproximando da realidade.[86]

---

80 Idem, ibidem, pp. 453-454.
81 Idem, ibidem, p. 563. Ou, ainda, *resolução justa do caso concreto*, conforme idem, ibidem, p. 693.
82 CALAMANDREI, Piero. "La Cassazione Civile, vol. II: Disegno generale dell'istituto". In: _____. *Opere giuridiche*, vol. VII. Napoli: Morano, 1976, pp. 88-90 (Cap. III, n. 40), pp. 91-106 (Cap. IV).
83 Idem, ibidem, p. 88.
84 Idem, ibidem, p. 89.
85 Idem, ibidem, p. 92.
86 *Cf.* TARUFFO, Michele. "Precedente e Giurisprudenza". *Estudios en homenaje…*, ob. cit., pp. 808-810.

MANCUSO define a *função nomofilácica* como "*realização da ordem normativa e preservação de sua higidez, a saber, sua inteireza positiva, autoridade e validade*".[87] Trata-se do papel de preservar a uniformidade exegética da ordem normativa, dando *aquela* interpretação que deve ser tida como a correta e única exegese possível para o caso posto a julgamento. Não se deve admitir uma flexibilização da *função nomofilácica*, pois é inaceitável que, a despeito da pluralidade de órgãos julgadores, o direito admita várias interpretações possíveis e corretas para um mesmo caso (ou melhor, para a extração de uma única e vera norma jurídica). É um pressuposto de qualquer ordenamento jurídico que suas normas não sejam ambíguas nem antinômicas, mas sim que sejam sempre coerentes e que a cada caso haja apenas um único comando aplicável e válido. Uma interpretação não deve ser *razoável*, mas sim correta. E se existir mais de um interpretação *razoável* sobre um mesmo tema, então é dever do precedente, por sua *função nomofilácica*, dizer aquela que é a correta.[88]

2.2.3. Função paradigmática

Por fim, quanto à *função paradigmática*, pode-se dizer que o precedente a exerce ao servir de exemplo aos demais casos similares. Esse paradigma cria nos jurisdicionados (seus destinatários) uma legítima expectativa futura. Essa função acaba sendo corolário também da igualdade, uma vez que os casos decididos em determinado sentido, no passado, devem por igualdade criar uma regra a ser aproveitada no futuro.[89]

Para MANCUSO, a importância da *função paradigmática* é permitir que o precedente tanto previna a formação das lides quanto acelere os julgamentos. Trata-se do desestímulo à judicialização de pretensões contrárias à corrente dominante ou às teses sumuladas, assim como se trata da antecipação e compactação dos procedimentos, pela "*curial inocuidade do prosseguimento de processos cujo conteúdo seja contrário ao entendimento jurisprudencial dominante ou sumulado*".[90]

A *função paradigmática* se coloca em um quadro no qual existam várias decisões diferentes. Uniformizar a jurisprudência, planificando os padrões de julgamento, é medida de igualdade. Se em casos parecidos uma mesma lei for interpretada de modo diverso, deve-se

87 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: RT, 2009, p. 563. O autor também refraseia e define a função nomofilácica como "*preservação da higidez, validade e autoridade da ordem normativa*. (idem, ibidem, p. 693).

88 Idem, ibidem, pp. 451-453.

89 *Cf*. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011, pp. 104-107.

90 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: RT, 2009, p. 449.

estatuir os motivos pelos quais a norma *in concreto* (o comando normativo aplicável) é distinta. E se surgirem casos assim no futuro, esse discrímen deve ser preservado, evitando que a cada caso concreto uma norma diferente seja criada, sem qualquer padrão de previsibilidade. Pode-se dizer que seja uma busca pela coesão do ordenamento jurídico.[91]

2.3. Elementos do precedente judicial: '*ratio decidendi*' e '*obiter dictum*'

Nem todo o conteúdo da decisão judicial constitui um verdadeiro precedente judicial, passível de utilização em um caso futuro. Deve-se distinguir entre a *"ratio decidendi*", que constitui a regra jurídica que fundamenta a solução para o caso concreto, e o "*obiter dictum*", que são todas as afirmações e argumentações acidentais constantes da motivação da decisão, úteis para sua compreensão, mas que não constituem parte integrante do fundamento jurídico da decisão. Os *"obiter dicta*" não podem ser invocados como precedente, pois não foram determinantes para decisão invocada.[92,93,94]

Segundo Frederick Schauer, a identificação dos elementos determinantes de uma decisão costuma advir de uma regra ou um princípio estatuído pela decisão para aplicar ao caso concreto. De modo silogístico, o magistrado geralmente enuncia uma regra aplicável, ou um princípio geral, identifica as características do caso concreto, e aplica a este aquela regra ou princípio. É um algo de promessa realizado pelo magistrado, como se ele prometesse nos casos futuros aplicar as mesmas razões que o levaram a julgar de tal forma.[95] Todavia, o autor enuncia que o *holding* de uma decisão não é a *ratio decidendi* do direito inglês, e muitas vezes, nos EUA, os precedentes são discutidos pelo debate daquilo que é ou não *obiter dictum*, ou seja, por exclusão das partes que não são vinculantes na decisão.[96] Mas de um modo geral, aplica-se o *holding* de um precedente, que é a *regra determinante do seu resultado*.[97]

---

91 *Cf.*, idem, ibidem, p. 590.

92 *Cf.* TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. [s.l.]: Scientifica, 2007. Il diritto giurisprudenziale, Università degli Studî Suor Orsola Benincasa, Facoltà di Giurisprudenza. pp. 20-21.

93 *Cf.* também TARUFFO, Michele. "Precedente e Giurisprudenza". *Estudios en homenaje…,* ob. cit., p. 801.

94 *Cf.* MARSHALL, *What is binding in a precedent*. *In:* MacCormick, Summers, *Interpreting precedents…*, p. 503s., ob. cit.

95 Schauer, *Thinking like a lawyer…*, ob. cit., p. 178-179, e, de um modo geral, Cap. 9.

96 Idem, ibidem, pp. 180-184, n. 9.3.

97 Idem, ibidem, p. 54. Um caso clássico de *obiter dictum* na Suprema Corte dos EUA foi o julgamento do caso *Marbury v. Madison*, em 1803, quando, ao julgar inconstitucional a lei que atribuiu competência à própria Suprema Corte (o *Judiciary Act* de 1789), o Justice John Marshall mencionou na decisão, completamente *en passant*, que a Suprema Corte teria competência inclusive sobre o presidente dos EUA. Isso enfureceu o então Presidente Thomas Jefferson, uma vez que não havia nenhuma necessidade de fazer aquela afirmação na decisão para que pudesse concluir pela inconstitucionalidade da lei posta a julgamento (*cf.* Idem, ibidem, p. 56).

A separação desses elementos de uma decisão judicial (*ratio decidendi* e *obiter dicta*) remonta à doutrina inglesa sobre o precedente. Segundo *Viscount* JAMES BRYCE, o juiz inglês jamais transborda do caso concreto posto a julgamento. O sistema inglês exige do juiz que o caso posto a julgamento seja decidido, e as regras invocadas ou aclaradas pelo magistrado devem sê-lo nos limites e na profundidade necessários para solucionar o caso. Se o juiz quiser avançar nos princípios aplicáveis ao direito invocado na espécie, e narrar a origem do instituto jurídico relativo, ele pode, mas essas *lições* não se incluem dentre as partes vinculantes de um precedente; são pois os *obiter dicta*. Apenas a *ratio decidendi* poderá ser invocada como autoridade.[98]

Mais que isso, pensa BRYCE, o mérito do sistema inglês de *case law* é permitir que advogados e juízes tenham a honra de ter acumulado nos repertórios jurisprudenciais tesouros inigualáveis, conjuntos de circunstâncias de questões de direito, muito mais numerosos do que os mais ativos intelectos poderiam ter imaginado. E isso argumenta em favor de uma bondade que é permitir ao juiz não apenas julgar a questão pecuniária ou o pedido imediatamente à sua frente, mas sim que ele constitua uma regra que será emoldurada pelos magistrados e pelos advogados, e os livros que a contiverem serão estudados por muitos anos após a sua morte. E isso dá uma praticabilidade à doutrina inglesa, uma firme noção de fatos e realidade, tanto quanto de riqueza e variedade, a qual não pode ser buscada em manuais ou tratados jurídicos, escritos por quem em sua prática privada não tenha sido iluminado pelas discussões forenses e nem tenha sentido eles próprios o ambiente rodeado pela aura da dignidade oficial. Se os tratados dos grandes romanistas possuírem na mesma extensão tais méritos, assim o será porque foram eles, em alguma medida, oficiais públicos, e porque muito do direito que abordarem terá surgido de casos concretos.[99]

Mas apesar desses auspícios todos, BRYCE narra dois grandes defeitos do sistema inglês, a incerteza frequente e o caráter contrassistemático (*frequent uncertainty and the utterly unsystematic character*). Deve-se pressupor que ao menos alguns casos serão mal decididos e será difícil se livrar de tal problema. E também pode acontecer com frequência que um certo ponto, que precisa ser determinado pelo bem da ciência jurídica, poderá permanecer anos ou até séculos sem assentamento, simplesmente porque pode não surgir um único litígio a seu respeito. Se diz até mesmo que é melhor ter um assunto pacificado que não tê-lo, e o único meio de forçar isso é por meio da legislatura, que possui escopos outros que não necessariamente o assentamento de regras pelo bem de assentá-las. E a consequência disso só pode ser mesmo a falta de sistematicidade, o que pode ser solucionado com a codificação do direito, ou com a liberalização do julgador para criar normas conforme entender necessário, não se

98 BRYCE, Viscount James. *Studies in history and jurisprudence*. New York: Oxford University Press, 1901. v. 2, cap. 14, n. 5, pp. 698-700.

99 Idem, ibidem, p. 705.

adstringindo ao caso concreto. Porém essa segunda opção não é viável na modernidade, pois nenhum cidadão quererá investir um funcionário público, individualmente considerado, com tamanho poder. Não obstante, é necessário que de alguma forma as sociedades modernas entreguem a um órgão que os represente a inteligência jurídica para supervisionar e amoldar o gradual e simétrico desenvolvimento do direito, o que costuma ser atribuído às legislaturas dos Estados, mas que pela experiência dificilmente se pode dizer que é um papel bem desempenhado.[100]

John Stuart Mill, abordando as lições de seu professor John Austin sobre a ciência do direito (*Jurisprudence*), retoma uma das aulas de seu mestre e explica que o direito judiciário (ou a regra do direito judiciário) não existe em expressões fixas ou determinadas, mas reside *in concreto*, ou ao menos é inferida a partir das peculiaridades de um caso em particular ou de casos, por meio de uma decisão ou de decisões nas quais o direito ou a regra foram estabelecidos. Isso significa que para chegar à regra é preciso extrair a *ratio decidendi* a partir de tudo que for peculiar ao caso por meio do qual ela foi introduzida. E ao se tentar alcançar a regra por meio desse procedimento de abstração e indução, não se pode prender a atenção a posições gerais ou expressões que o legislador judicial empreendeu na sua explicação. Deve-se olhar para o caso como um todo, e para o discurso em geral, para se compreender sua significação. E a partir disso, combinado com o todo de casos, é preciso extrair o princípio geral ou o fundamento, e é a isso que se chama de *direito* que uma determinada decisão estabeleceu.[101]

Ademais, os precedentes podem muito bem ser segregados em duas classes bem distintas: os *vinculantes* e os *persuasivos*.[102] Mesmo nos ordenamentos de *common law*, os precedentes não são necessariamente e sempre vinculantes, pois o precedente, em um caso posterior, é aplicado a critério do juiz, podendo não ser obedecido caso o magistrado o afaste, julgue-o superado ou queira fazer exceções à regra exarada no precedente. Explicando melhor, apesar de vinculante, não necessariamente é aplicável o precedente, pois pode acontecer que dois casos aparentemente idênticos não sejam exatamente iguais, e a característica distintiva justifica que se aplique uma regra diferente daquela do caso anterior. Demais disso, não há qualquer uniformidade dentre os ordenamentos principais de origem britânica, dentre os quais se destacam Inglaterra & País de Gales, Escócia, Canadá, Austrália e EUA.[103]

---

100 Idem, ibidem, pp. 705-708

101 MILL, John Stuart. "Austin on Jurisprudence [1863]", pp. 188-189. In: ROBSON, John (Ed.). *The Collected Works of John Stuart Mill, Volume XXI - Essays on Equality, Law, and Education*. Toronto: University of Toronto Press, 1984. v. 21, pp. 165-205.

102 *Cf.* TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, 2007, ob. cit., p. 22.

103 Por todos, *cf.* CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in english law*. 4. ed. Oxford: Clarendon, 1991. *Passim* e, esp., pp. 19-23.

Mais especificamente, há as técnicas denominadas de *overrule*, *overturn*, *dissent*, *distinguish*, entre outras formas de reduzir a força ou o escopo (objetivo ou subjetivo) de um precedente.

Um famoso dicionário jurídico norte-americano (*Black's Law Dictionary*)[104] define o termo "*overrule*", em termos singelos, como sendo tanto "*o ato de decidir contrariamente ou rejeitar*" (i.e., quando um juiz rejeita todas as objeções do réu), quanto o ato de uma corte superar ou afastar um precedente ao expressamente decidir que ele não deve ser a norma vigente ("*controlling law*") no caso em questão (por exemplo, quando o julgamento de "*Brown v. Board of Education*" pela Suprema Corte dos EUA afastou o precedente de "*Plessy v. Ferguson*").[105]

Para Frederick Schauer, uma corte inferior não tem nenhuma autonomia para desconsiderar um precedente vertical a ela imposto (por ex., proveniente de um tribunal hierarquicamente superior), além daquela que teria para desconsiderar uma lei proveniente do poder legislativo. Isto é, as leis são tão vinculantes quanto os precedentes, exceto quando a hipótese nelas previstas não seja adequada ao caso concreto, ou melhor, quando não seja aplicável à hipótese. Essa é a essência do *distinguishing*. Uma corte sempre está obrigada a de duas umas: aplicar o precedente ou distinguí-lo do caso presente.[106] Dando um exemplo claro, Schauer explica que a corte deve aceitar a autoridade do precedente e pode até reconhecê-lo como importante, mas poderá também afastar o precedente, dizendo que a regra lá aplicada não é aplicável ao caso presente.[107]

A necessidade de revogar um caso passado (*overrule*) surge quando a corte não apenas acredita ter sido mal-julgado o caso anterior, mas sim quando reputa que a gravidade de sua manutenção é tão grande que seus efeitos devam ser suprimidos do ordenamento. A

104 GARNER, Bryan (Ed.). *Black's Law Dictionary*. 9th ed. St. Paul: West, 2009.

105 Idem, ibidem, p. 1213.

106 Schauer, *Thinking like a lawyer…*, ob. cit., pp. 57-59, n. 3.6.

107 Idem, ibidem, p. 59: O Tribunal de Apelação de Nova Iorque julgou o caso *Riggs v. Palmer*, no qual um neto foi excluído da herança do avô que assassinou. Posteriormente, no caso *Youssoupoff v. Columbia Broadcasting System*, o partícipe no assassinato de Rasputin, em 1916, pleiteou uma indenização da rede de televisão que o figurou em um filme sobre o caso, com fundamento na invasão da privacidade. A CBS argumentou que o partícipe não poderia alegar a própria torpeza, tal qual ocorrido no precedente lá invocado (o mencionado *Riggs v. Palmer*), enquanto que o partícipe alegava uma clara distinção entre o precedente e o caso presente, uma vez que aqui não havia relação direta (de causa e efeito) entre a torpeza alegada e a indenização pretendida. A mesma corte, o Tribunal de Apelação de Nova Iorque, concordou com o partícipe e, reconhecendo a força do precedente anterior, afastou-o por não se tratar da mesma hipótese em abstrato, não devendo ambos os casos terem o mesmo resultado (*afastamento de um benefício econômico em razão da própria torpeza*).

ideia é que o erro do precedente transcenda ao próprio caso passado, isto é, que não se trate de um erro de julgamento, mas de uma regra errada ou um princípio indesejável.[108,109]

Em estudo de MARINONI, fica claro que não há correspondente nacional a esses conceitos. Todavia, é possível compreendê-los a partir de uma perspectiva global de processo civil, pela qual cada caso nunca é individual, mas serve ele próprio como uma oportunidade para a criação de uma melhor regra, ou um melhor princípio, o que sempre aperfeiçoa o ordenamento jurídico como um todo.[110]

Como se vê, são muitas as formas de tratar, aplicar ou mesmo reformar um precedente. E também não faltam soluções mirabolantes para *aperfeiçoar* o sistema de precedentes no *common law*. Há inclusive quem tenha tentado construir uma lógica computacional de obediência aos precedentes e à invocação dos fatos e dos fundamentos de uma decisão, preparando-se para permitir a criação de uma máquina que proferisse decisões judiciais.[111]

A respeito da extração da *ratio decidendi* de um caso também há várias teorias,[112] muito bem estudadas por DUXBURY[113] e resumidas por MARINONI,[114] mas em todas elas se encontra alguma discordância a respeito do confronto entre fatos e normas, sempre se discute quais *fatos* era relevantes e quais regras foram aplicadas pelo juiz do precedente. Humildemente, entendemos que essas questões, embora muito importantes, são problemas da interpretação jurídica, tão complexos quanto a interpretação das demais fontes de direito, e não exclusividade dos precedentes judiciais. Por essa razão, parece-nos que os teóricos da interpretação dos precedentes se esquecem de outros fatores que a nós, de tradição legal fundada no direito legislado, são bastante óbvios. Isso nos leva a querer, acertadamente, inserir o precedente em um contexto político-social-histórico, a estudar aspectos como a intenção do julgador que emite o precedente, e até mesmo a realizar análise lógico-gramatical, às vezes esquecida ou ignorada no *common law*, por serem supostamente imperfeitas, vêm a lume como meios ca-

108 Idem, ibidem, p. 60.

109 O exemplo do autor (ob. e loc. cit.) é a já mencionada revogação (pela Suprema Corte dos EUA) do precedente de *Plessy v. Ferguson* quando do julgamento do caso *Brown v. Board of Education*. Ademais, SCHAUER dá como exemplo também a revogação do precedente de *Wolff v. Colorado* quando do julgamento de *Mapp v. Ohio*, a respeito da inadmissibilidade das provas ilícitas, tanto em cortes estaduais quanto federais.

110 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011. *Cf.* pp. 221-253 (Cap. III, n. 2). e esp. pp. 221-222 (Cap. III, n. 2.1).

111 LAWLOR, Reed. "Excerpts from Fact Content of Cases and Precedent: A Modern Theory of Precedent". *Jurimetrics Journal*, v. 12, p. 245-270, 1971.

112 São teorias como os Testes de Wambaugh, o Método de Goodhart, a Doutrina de Cross, reafirmada por Duxbury, entre outras.

113 DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008. pp. 67-92.

114 *Cf.* MARINONI, *Precedentes obrigatórios*, ob. cit., pp. 223-239 e tópicos seguintes.

pazes de interpretar um precedente e dele extrair a regra jurídica aplicável. Essa atividade em nada se difere daquela segundo a qual devemos extrair uma regra jurídica a partir da lei.

2.4. Precedente vinculante e doutrina do 'stare decisis'

Os precedentes vinculantes são típicas normas cogentes e equivalem a uma norma proveniente de lei. O fato do precedente ser vinculante não significa que ele deve ser necessariamente aplicado ao caso, assim como não são todas as leis aplicáveis a todos os casos; uma norma, seja ela uma lei ou um precedente, só é aplicável se os seus pressupostos hipotéticos forem atendidos na concepção do aplicador da norma. Mas tampouco são pacíficos os temas que circundam os precedentes vinculantes. Abaixo várias questões a seu respeito são analisadas.

Um famoso manual de processo civil norte-americano ensina que a doutrina do *stare decisis* descreve o efeito de decisões prévias em um litígio atual.[115] Os princípios dos *stare decisis*, ou da doutrina do precedente, ditam que casos devem ser decididos parecidamente (*decided alike*) por cortes de uma mesma jurisdição, e aderir ao precedente seria fundamental para a doutrina jurídica anglo-americana. Tal qual a coisa julgada, a doutrina do precedente assegura estabilidade e consistência nas decisões judiciais, permitindo às pessoas que planejem sua conduta. Mas a coisa julgada diferencia-se do precedente (*i*) pela distinção entre os sujeitos a que vincula (no primeiro caso, as próprias partes, e no segundo terceiros alheios ao processo) e (*ii*) pela aplicabilidade do precedente apenas a questões de direito, enquanto a coisa julgada engloba os fatos também. Por fim, ensinam os manualistas que o precedente, embora de escopo mais amplo que a coisa julgada, possui uma aplicação muito menos restrita, pois ao contrário da coisa julgada que só extraordinariamente é reformada, os precedentes podem e até costumam ser reformados, alterados, repensados, e às vezes o são para até mesmo corrigir injustiças.[116]

No Reino Unido, fala-se em *binding precedent*, que é a força natural das decisões judiciais. Todavia, lá não há um controle judicial da constitucionalidade das leis emanadas do parlamento, mas apenas um controle de conformidade de leis secundárias em relação às leis primárias que as permitiram[117]. Isso se dá pois existe um princípio denominado de *soberania do parlamento*, que impede os juízes de afastarem a aplicação das leis emanadas do Parla-

115 *Cf.* FRIEDENTHAL, Jack; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur. *Civil Procedure: Hornbook*, 4th ed. St. Paul: West, 2005. p. 648.
116 Idem, ibidem, p. 649.
117 *Cf.* "Britain's new Supreme Court". *The Times Literary Supplement*, [s.l.], 2 sep. 2009.

mento Inglês.[118] A competência da Suprema Corte do Reino Unido é meramente recursal, não detendo a guarda da constituição, como ocorre em muitos outros países. A seção 40[119] da Parte 3 do Capítulo 4 da Emenda Constitucional de 2005[120] (*Constitutional Reform Act* 2005, *Chapter 4*), de 24 de março de 2005, cria e define a competência da Suprema Corte como sendo exclusivamente o julgamento de recursos, composta por 12 *Justices*, encerrando assim a função jurisdicional da *House of Lords* (a primeira composição da Suprema Corte, com início em 1º de outubro de 2009, foi preenchida com os mesmos 12 *Law Lords* — a rigor chamados de *Lords of Appeal in Ordinary* — que compunham a *Appellate Committee of The* House of Lords).[121]

Há países em que o precedente judicial, apesar de vinculante, não produz a sua plena eficácia caso proferido *per incuriam*, isto é, caso a corte não tenha considerado todos os precedentes anteriores e aplicáveis ao caso. Assim, se um julgado não afastar os precedentes anteriores e que podiam ser aplicáveis, o julgado é proferido *per incuriam* e não pode ser considerado plenamente (na verdade, ele sequer se torna um precedente em sentido estrito).[122]

Países de *civil law* adotam também, especialmente no controle direto de constitucionalidade das leis, precedentes judiciais com força obrigatória.[123] Nos países de tradição europeia continental, por exemplo, possuem força obrigatória as decisões (*i*) da *Assemblée Plé-*

---

118 Na clássica obra lançada em 1885, e posteriormente atualizada por sucessivos editores, Dicey ensina que o Parlamento significa, para um advogado, o Rei, a Casa de Lordes e a Casa dos Comuns, e esses três corpos, atuando em conjunto, podem ser designados adequadamente de Rei em Parlamento ("*King in Parliament*") e é isso que constitui o Parlamento britânico. O princípio da soberania do parlamento britânico significa nada mais, nada menos, que o Parlamento, tal definido, sob a Constituição britânica, tem o direito de fazer ou desfazer qualquer lei, e ademais que nenhuma pessoa ou órgão é reconhecido pelo ordenamento jurídico britânico como possuindo o direito de sobrepor ou afastar uma legislação do parlamento. *Cf.* DICEY, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution.* Indianapolis: Liberty Fund, 1982.

119 Em tradução livre: *"40 — Jurisdição: (1) A Suprema Corte [Supreme Court] é um tribunal superior cartorial. (2) Um recurso é direcionado à Corte a partir de qualquer ordem ou julgamento do Tribunal de Recursos [Court of Appeal] da Inglaterra ou do País de Gales em processos civis. (3) Um recurso é direcionado à Corte a partir de qualquer ordem ou julgamento da Escócia se couber recurso a partir de tal tribunal para a Casa de Lordes [House of Lords] a partir ou imediatamente antes do início da vigência dessa seção. (4)* [...] *(5) A Corte tem poderes para tornar definitivas quaisquer questões que precisarem ser definidas para os fins de fazer justiça em um recurso de sua competência por meio de qualquer norma. (6) Um recurso sob a subseção '2' será direcionado somente com a permissão do Tribunal de Recursos ou da Suprema Corte; mas isso está sujeito a disposições sob qualquer outra norma que restrinja tal recurso."*

120 Disponível em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/4/contents>. Acesso em 9 jul. 2011.

121 Idem, ibidem, artigo 24.

122 Assim ocorre na jurisdição da Inglaterra e País de Gales. Veja PECZENIK, Aleksander. "The binding force of precedent". In: MacCORMICK, Neil (ed.); SUMMERS, Robert (ed.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Surrey: Ashgate, 1997, pp. 461-479, esp. pp. 475-478.

123 Tucci, *Precedente judicial*..., ob. cit., p. 250.

nière da *Cour de Cassation* francesa,[124,125] (*ii*) do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht, BVerfG*) no controle de constitucionalidade das leis,[126,127] (*iii*) do Tribunal Constitucional espanhol,[128,129,130] (*iv*) em Portugal, que mesmo após os assentos perderem força vinculante, permanecem outros três casos de decisões vinculantes proferidas pelo Tribunal Constitucional[131].

No Brasil, são precedentes vinculantes as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade (ADIn, ADC e ADPF), assim como as súmulas vinculantes. A esse tema voltaremos outras vezes, ao longo do trabalho.

Há em alguns casos um sistema misto, como no estado da Luisiana, nos EUA, o qual adota tradição jurídica francesa, e portanto diversos institutos são muito mais afetos ao sistema francês do que ao dos demais estados norte-americanos.[132] O Código Civil da Luisiana se apoia grandemente no respeito aos precedentes, como se infere de seus artigos 3º e 21:[133,134]

> Artigo 3º: Os costumes resultam de uma longa série de ações constantemente repetidas, as quais adquiriram em razão dessa repetição, e por aquiescência ininterrupta, a força de tácito e comum consenso.[135,136]

124 *Cf.* MALAURIE, Philippe. *Les précédents et le droit*. [s.l.]: [s.n.], 2006.

125 *Cf.* TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. "Precedent in France". In: MacCORMICK, Neil (ed.); SUMMERS, Robert (ed.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Surrey: Ashgate, 1997, pp. 103-140.

126 Tucci, *Precedente judicial*…ob. cit., pp. 251-252.

127 *Cf.* ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. "Precedent in the Federal Republic of Germany". In: MacCORMICK, Neil (ed.); SUMMERS, Robert (ed.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Surrey: Ashgate, 1997, pp. 17-64, esp. pp. 26-31 e 36-39.

128 Nos termos do artigo 5º da Lei Orgânica do Poder Judiciário espanhol: "*La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes e los reglamentos según los preceptos y principios de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos*". *Cf.* Tucci, *Precedente judicial*…, ob. cit., p. 253.

129 Tucci, *Precedente judicial*…, ob. cit., pp. 252-253.

130 *Cf.* MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco. "Precedent in Spain". In: MacCORMICK, Neil (ed.); SUMMERS, Robert (ed.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Surrey: Ashgate, 1997, pp. 259-291, especialmente pp. 270-275.

131 Artigos 281, 1; 281, 3; e 119, I. *Cf.* ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito, introdução e teoria geral — uma perspectiva luso-brasileira*. 11ª ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 322.

132 *Cf.* TÊTE, William Thomas. "The code, custom and the courts: notes toward a Louisiana theory of precedent". *Tulane Law Review*, v. 48, n. 1, p. 1-24, 1973.

133 Tradução livre a partir do código de 1870, que reproduz as disposições dos dois códigos anteriores. Esse código ainda se encontra em vigor, embora com sua redação modernizada na década de 1990, sem alterações substanciais.

134 *Cf.* LOUISIANA STATE LEGISLATURE. Disponível em: <http://www.legis.state.la.us/>. Acesso em: 25 ago. 2012.

135 No original de 1870: "*Article 3: Customs result from a long series of actions constantly repeated, which have by such repetition, and by uninterrupted acquiescence, acquired the force of a tacit and common consent*."

136 Nova redação, em vigor desde 1 jan. 1988, em tradução livre: "*O costume resulta da prática reiterada por um longo período de tempo e coletivamente aceita como tendo adquirido força* […continua na p.43

> Artigo 21: Em todas as questões civis, quando não houver lei expressa, o juiz está obrigado a proceder e decidir de acordo com a equidade. Para decidir equitativamente, recorrer-se-á ao direito natural e à razão, ou aos usos e costumes, quando a lei positiva silenciar-se.[137,138]

Tête teoriza que a combinação desses artigos faz com que o artigo 21 permita ao juiz julgar por equidade (segundo seu íntimo convencimento, motivando a falta de expressa disposição de lei a respeito) e o artigo 3º dá força de lei a tais decisões. Para o autor, os artigos nada mais fazem que positivar os costumes como fonte de direito, mas não obstante isso, a inserção da Luisiana em um país de tradição jurídica calcada no *stare decisis* demonstra que a filiação política da doutrina jurisdicional continua a ser a norte-americana, independentemente da disposição fazer um importante elo para a unificação das tradições de *civil law* e *common law*, ao atribuir força obrigatória a uma decisão judicial sobre os usos e costumes.[139]

O Código Civil da Luisiana influenciou diversos outras codificações, como os Códigos Civis da região caribenha, como os de Puerto Rico e de Santa Lúcia, e até mesmo os artigos iniciais do Código Civil espanhol. Aliás, quanto a este último, trata-se de uma retribuição intelectual, pois o próprio direito da Luisiana foi grandemente influenciado pelo ordenamento espanhol do período colonial.[140]

Pode-se mencionar ainda outros trabalhos a respeito dos precedentes vinculantes, como os de (*a*) Müller, sobre o papel dos precedentes na Europa continental,[141] (*b*) de Lindquist e Cross, sobre testar empiricamente a metafórica *novela em cadeia* de Dworkin[142]

---

de lei. O costume não ab-roga legislação." No original: "*Art. 3. Custom — Custom results from practice repeated for a long time and generally accepted as having acquired the force of law. Custom may not abrogate legislation*". Redação dada pela Lei n.º 124 de 1987, §1, com efeitos a partir de 1º de janeiro de 1988.

137 No original de 1870: "*Article 21: In all civil matters, where there is no express law, the judge is bound to proceed and decide according to equity. To decide equitably, an appeal is to be made to natural law and reason, or received usages, where positive law is silent*."

138 Este artigo aparentemente foi revogado nas reformas da década de 1990, pois ele *não existe* mais no sítio da legislatura da Louisiana, referido acima na nota de rodapé n. 134. Todavia, não encontramos em nossa pesquisa trabalhos recentes que comentem a revogação ou supressão desse artigo.

139 Tête, *The code*…, ob. cit., *passim* e p. 23.

140 *Cf.* YIANNOPOULOS. A.N. "The Civil Codes of Louisiana". *Civil Law Commentaries*, v. 1, n. 1, 2008. Disponível em <http://www.civil-law.org/v01i01-Yiannopoulos.pdf>. Acesso em 25 ago. 2008.

141 MÜLLER, Friedrich. "Observations on the Role of Precedent in Modern Continental European Law from the Perspective of Structuring Legal Theory". *Stellenbosch Law Review*, v. 11, p. 426-436, 2000.

142 Teoria muito bem resumido por Posner: a melhor forma de entender o precedente do *common law* (embora Dworkin não tenha se limitado ao direito consuetudinário) é imaginá-lo como uma novela em cadeia, na qual o capítulo 1 é escrito por um autor, sem limites, e o capítulo 2, escrito por outro, que não está realmente adstrito ao primeiro, mas com ele precisa ser compatível, para haver uma suave transição de um capítulo para o outro, e assim sucessivamente. *Cf.* POSNER, Richard. *The problems of jurisprudence*. Cambridge: Harvard University Press, 1990. pp. 258-259, sugerindo a leitura de DWORKIN, Ronald. *Law's empire*, 1986, pp. 225-250.

sobre o desenvolvimento de precedentes,[143] (*c*) de WEIDEMAIER, sobre a criação de precedentes em arbitragem,[144] (*d*) de STRANG, sobre o papel dos precedentes em uma teoria constitucional originalista (movimento que prega a busca da *mens legislatoris* do constituinte originário),[145] ou ainda (*e*) especificamente sobre o processo civil brasileiro, em perspectiva econômica, os trabalhos de TIMM[146] e SALAMA[147].

2.4.1. Super-precedentes

Outro conceito importante é o de "*super-precedentes*", muito debatido nos EUA[148,149]. A noção de um "*super-precedente*" é que ele seja tão completo e tão bem elaborado que previna discussões a respeito do seu *thema decidendum*. HAYWARD explica que a expressão *super-precedente* não é nova, mas seu significado tem variado com o tempo. Seu uso inicial aparece em 1976 no trabalho de LANDES e POSNER[150] que especula a respeito de sua existência. Como esses dois autores viram, o *super-precedente* seria algo tão efetivo na definição dos seus pressupostos e parâmetros legais que isso preveniria disputas jurídicas a seu respeito ou, caso essas surjam, elas seriam induzidas a um acordo antes mesmo de se jurisdicionalizar a questão.[151]

Um dos primeiros acadêmicos recentes a tentar teorizar os *super-precedentes* foi GERHARDT, primeiro em um artigo de 2006,[152] depois revisitando o tema em seu livro de 2008.[153] Aos precedentes tão profundamente embutidos no Direito e na cultura, GERHARDT dá

143 LINDQUIST, Stefanie; CROSS, Frank. "Empirically Testing Dworkin's Chain Novel Theory: Studying the Path of Precedent". *New York University Law Review*, v. 80, p. 1156-1206, 2005.

144 WEIDEMAIER, W Mark. "Toward a theory of precedent in arbitration". *William & Mary Law Review*, v. 51, p. 1895-1958, 2010.

145 STRANG, Lee. "An Originalist Theory of Precedent: the privileged place of originalist precedent". *Brigham Young University Law Review*, v. 2010, p. 1729-1794, 2010.

146 TIMM, Luciano Benetti. "As recentes alterações legislativas sobre os recursos aos Tribunais Superiores: a repercussão geral e os processos repetitivos sob a ótica da *law and economics*". *Revista de Processo*, v. 178, dez. 2009. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/>. Acesso em: 16 ago. 2012.

147 SALAMA, Bruno. "O que é 'direito e economia'?". In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito & Economia*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

148 *Cf.* HAYWARD, Allison. "The Per Curiam Opinion of Steel: *Buckley v. Valeo* as Superprecedent? Clues from Wisconsin and Vermont". *Cato Supreme Court Review*, pp. 195-216. Disponível em <http://www.cato.org/pubs/scr/2006/hayward.pdf>. Acesso em 9 jul. 2011.

149 ROSEN, Jeffrey. "So Do You Believe in 'Superprecedent'?". *N.Y. Times Week in Review*, §4, n. 1, 30 oct. 2005.

150 LANDES, William; POSNER, Richard. "Legal Precedent: a theoretical and empirical analysis". *The Journal of Law and Economics*, v. 19, p. 249-308, 1976.

151 HAYWARD, *The per curiam opinion of steel*…, ob. cit., p. 202.

152 GERHARDT, Michael. "Super Precedent". *Minnesota Law Journal*, v. 90, pp. 1.204-1.231, 2006.

153 Idem, *The power of precedent*. New York: Oxford University Press, 2008. 350 p.

o nome de *super-precedentes*. Alguns precedentes são tão bem reconhecidos e remotos que as próprias cortes se recusam a modificá-los. Em matéria constitucional, há decisões tão antigas que governo após governo investiram na criação e manutenção de instituições apoiadas em tais ideais, de um modo tal que há uma rede tão intrincada de decisões e ações administrativas, apoiadas naquela decisão, que é praticamente impossível modificar o, agora, *super-precedente*. Isso não significa que o precedente não seja invocado constantemente, apenas quer dizer que quando invocado, há um reforço do precedente.[154]

Comentando as sete décadas de vigência do precedente estabelecido em *United States v. Miller*,[155] e sugerindo que ele tenha atingido o status de *super-precedente*, Reese indica que para tanto basta analisar se o precedente passa pelos seguintes testes: se a decisão envolve interpretação de legislação ou da Constituição, o quórum deliberativo, a idade da decisão, se a sociedade nos anos seguintes se apoiou no precedente ou não e, por fim, se as cortes inferiores mostraram que é possível trabalhar com o precedente.[156] O comentário discute se a interpretação da segunda emenda constitucional norte-americana[157] foi bem realizada, embora no precedente não fique claro se o direito de portar armas (*the right to bear arms*) é individualmente assegurado ou se apenas uma milícia devidamente organizada é que tem, coletivamente, tal direito.

Sem entrar no mérito do precedente em questão, o importante é que, na espécie, para se tornar um *super-precedente*, Reese resume os tais testes. Primeiro, a respeito da natureza do direito debatido, entende-se que um caso de mera interpretação constitucional merece mais atenção e potencial revogação, pois do contrário, para corrigi-lo, somente uma emenda constitucional seria suficiente; tratando-se de interpretação de lei, é possível que o precedente vigore por mais tempo, ou não sendo esse o caso, cabe ao congresso emitir uma legislação em sentido diverso (o que é muito mais fácil e provável); portanto, só poderia se tornar um super-precedente aquele que tenha interpretado a legislação diante da constituição. Além disso, não faria muito sentido um *super-precedente* que tenha sido aprovado por maioria simples de vo-

154 Idem, ibidem, pp. 177-187.

155 307 U.S. 174 (1939), i.e.: UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. "United States v. Miller, n. 696, argued March 30, 1939, decided May 15, 1939". *United States Reports*, v. 307, p. 174 s., 1939. O caso diz respeito ao direito de portar armas, especialmente espingardas com canos de 18 ou menos polegadas, diante da garantia estabelecida pela Segunda Emenda à Constituição norte-americana, que autoriza o porte e uso de armas para preservar ou manter uma milícia estadual devidamente organizada.

156 REESE, Jessica. "The lone second amendment interpretation: has it reached the status of 'superprecedent'?". *Illinois University Law Journal*, v. 32, pp. 211-229, 2007. *Cf.* esp. pp. 211-212.

157 A segunda emenda, adotada em 15 de dezembro de 1791, assim dispõe, em tradução livre: "Uma devidamente organizada milícia, sendo necessária para a segurança de um estado livre, o direito do povo de manter e portar armas não será transgredido." (No original: "*A well regulated militia, being necessary to the security of a free state, the right of the people to keep and bear arms shall not be infringed.*")

tos, pois é o próprio consenso geral que dá tal *status* a uma decisão; assim, decisões não-unânimes não teriam propensão a se tornar *super-precedentes* (apesar disso, decisões unânimes também são revogadas — *overruled* —, então o critério não é muito útil). Quanto à idade, é provável que quanto mais antigo um precedente, maior as chances de a sociedade ter se apoiado com confiança nele e, passados anos do debate sobre o precedente, se o mesmo ainda não foi revogado, então é um indicativo sobre o seu acerto e a sua aceitação geral. Quanto ao apoio geral da sociedade, é cada vez mais difícil revogar um precedente à medida em que novas leis sejam emitidas com base nele, e que agências reguladoras, processos judiciais, comportamentos pela sociedade, tudo isso tenham pressuposto a validade e confiado na permanência do quanto assentado pelo potencial *super-precedente*. Por fim, a praticabilidade de se trabalhar com o precedente, embora pouco tangível, resume-se à completude quanto aos critérios nele estabelecidos, à precisão de seus conceitos, ao fornecimento de parâmetros objetivos que permitam que as cortes inferiores, e a sociedade de um modo geral, possam aplicá-lo sem receios. Dito tudo isso, a autora conclui que o caso *U.S. v. Miller* não é um super-precedente, por não ter passado por vários desses testes.[158]

Depois da publicação do trabalho de Reese, surge um novo precedente sobre a questão do direito de portar armas, previsto na segunda emenda constitucional norte-americana, o caso *District of Columbia v. Heller*.[159] Esse precedente estabelece que os indivíduos possuem sim o direito de possuir e portar armas fora do contexto miliciano, mas desde que o façam dentro das garantias constitucionais, como para a legítima defesa dentro do lar, dentre outros usos consagrados pelos costumes, mas reconhecendo que a segunda emenda não é absoluta nem ilimitada. A edição desse precedente foi marcada por debates políticos e jurídicos, tanto com relação mérito (direito de portar armas) quanto com relação à doutrina de precedentes, justamente em razão de diversos casos reiterados a respeito e principalmente por força do precedente estabelecido em *United States v. Miller*, já mencionado acima.[160]

Alguns autores elencam como "perfeitos" *super-precedentes* os casos de *Marbury v. Madison, Brown v. Board of Education*, *Miranda v. Arizona* e *Erie Railroad v. Tompkins*, como Sinclair, que reconhece neles pilares fundamentais da sociedade norte-americana, mas admitindo que possam ser revogados no futuro tais precedentes; apenas haverá maior dificuldade para tanto, ou melhor, serão necessárias grandes transformações sociais.[161]

---

158 Reese, *The lone second amendment interpretation…*, ob. cit., pp. 213-229.

159 554 U.S. 570 (2008).UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. "District of Columbia [et al] v. Heller, decided June 26th, 2008". *United States Reports*, v. 554, p. 570, 2008.

160 Sobre ambos os aspectos, político e jurídico, *cf.*, *passim*, o já citado Akhil Reed AMAR, "*Heller, HLR and Holistic Legal Reasoning"*, 122 *Harv. L. Rev.* 145.

161 *Cf.* SINCLAIR, Michael. "Precedent, super-precedent". *George Mason Law Review*, v. 14, pp. 363-412, 2007.

Os precedentes citados são estudados em todo o mundo por sua importância histórica e social, o primeiro[162] porque reconhece a supremacia da competência da Suprema Corte como guardião da Constituição norte-americana; o segundo[163] porque foi crucial na dessegregação das escolas norte-americanas; o terceiro[164] porque foi incorporado à rotina policial em todas as prisões, ao determinar os direitos que devem ser lidos em voz alta ao acusado; e, finalmente, o quarto[165] porque definiu uma doutrina até hoje utilizada na determinação do direito aplicável em demandas na jurisdição federal com aplicação do direito das unidades federativas norte-americanas.

Outro autor questiona também se o precedente estabelecido em *Buckley v. Valeo*, sobre os limites de financiamento das campanhas eleitorais,[166] já não teria atingido o *status* de *super-precedente*, mas conclui que não, uma vez que, pela concepção de Landes e Posner, esse precedente nem de longe evitou conflitos a seu respeito e tampouco oferece um todo coerente em torno da regra ou do princípio aplicável.[167]

Outros tantos (quase todos os trabalhos aqui mencionados) debatem o precedente de *Roe v. Wade*, sobre o direito ao aborto,[168] precedente esse que, embora confirmado 38 vezes pela Suprema Corte dos EUA, sempre foi motivo de debate, propostas legislativas em sentido contrário, legislações estaduais conflitantes *etc*. Por esse motivo, os autores geralmente não o reconhecem como um *super-precedente*.[169]

---

162 5 U.S. 137 (1803). UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. "Marbury v. Madison, decided February 24th, 1803". *United States Reports*, v. 5, p. 137, 1803.

163 347 U.S. 483 (1954). UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. "Brown v. Board of Education of Topeka, argued December 9th, 1952, reargued December 8th, 1953, decided May 17th, 1954". *United States Reports*, v. 347, p. 483, 1954.

164 384 U.S. 436 (1966). UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. "Miranda v. Arizona, no. 759, argued February 28th to March 1st, decided June 13rd, 1966". *United States Reports*, v. 384, p. 436, 1966.
É o famoso *bordão*: "*Você tem o direito de permanecer em silêncio…*". No original, conforme julgado pela Suprema Corte: "*The person in custody must, prior to interrogation, be clearly informed that he has the right to remain silent, and that anything he says will be used against him in court; he must be clearly informed that he has the right to consult with a lawyer and to have the lawyer with him during interrogation, and that, if he is indigent, a lawyer will be appointed to represent him.*"

165 304 U.S. 64 (1938). UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. "Erie Railroad Co. v. Tompkins, no. 367, argued January 31st, decided April 25th, 1938". *United States Reports*, v. 304, p. 64, 1938.

166 424 U.S. 1 (1976). UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. "Buckley v. Valeo, no. 75-436, argued November 10th, 1975, decided January 30th, 1976". *United States Reports*, v. 424, p. 1, 1976.

167 Hayward, *The per curiam opinion of steel…*, ob. cit., *passim*.

168 410 U.S. 113 (1973). UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. "Roe v. Wade, no. 70-18, argued December 13rd, 1971, reargued October 11st, 1972, decided January 22nd, 1973". *United States Reports*, v. 410, p. 113, 1973.

169 Por todos, *cf*. o primeiro a abordar o tema: Gerhardt, *Super precedent*, ob. cit., *passim*.

Negando a existência e desejabilidade dos super-precedentes, BARNETT acredita que quem os defende incorre em duas falácias: confusão entre *ser* e *dever-ser*, e confusão entre *atual* com *necessário*. Explica o autor que pode ser um fato sociológico a irreversibilidade de alguns precedentes. Por exemplo, os 200 anos de racismo e discriminação dos EUA pós-independência eram um fato socialmente embutido nas instituições e em tudo o mais, mas mesmo assim não foram um obstáculo suficiente para que um precedente discriminatório e racista fosse revogado pelo caso *Brown v. Board of Education*; são fatores que não podem ser confundidos com a correção da decisão de tais casos precedentes por uma decisão posterior. Vale dizer, um caso só *deve-ser* revertido quando ele deixar de ser constitucional ou contemporâneo, em razão de mudanças sociais e legislativas; o juízo sobre um precedente *ser* "super" é completamente descolado da discussão sobre a correção ou não da decisão, e por isso deve-se abandonar tal análise. A segunda falácia diz respeito à confusão entre aquilo que *atualmente* deve ser mantido e aquilo que *necessariamente* deverá ser mantido no futuro. Dizer que um precedente está correto é uma coisa, mas dizer que ele necessariamente continuará a ser correto no futuro, aí já é um avanço desmedido sobre as coisas e esse juízo deve ser evitado também. De tal sorte, tanto quanto um precedente possa ser revogado no futuro se as condições sociais, políticas, jurídicas *etc*. se modificarem, um super-precedente não deve estar imune às transformações sociais, independentemente da dificuldade de se o reverter, até mesmo no caso das instituições mais arraigadas na sociedade.[170]

Apesar dessa ideia de super-precedente, pode-se falar ainda em precedentes *provisionais*, que fornecem um padrão de decisão, um critério amplo, a ser aplicado inúmeras vezes em casos diferentes. Em alguns casos, aquilo que se diria ser um super-precedente, na verdade, seria melhor referido como um "*precedente provisional*", na medida em que esse não prevenirá litígios (como um *super-precedente* de LANDES-POSNER), mas provê parâmetros abrangentes para a análise e julgamento de diversos outros casos diferentes, baseados na intuição de juízes que possuem as mesmas limitações humanas que todos os jurisdicionados.[171] Seriam precedentes que fornecem padrões de julgamento e cláusulas gerais, ou mesmo um ferramental de julgamento útil para casos seguintes; contudo, em nenhuma dessas hipóteses tratar-se-ia de um *super-precedente* propriamente dito.

170 BARNETT, Randy. "It's a Bird, It's a Plane, No, It's Super Precedent: A Response to Farber and Gerhardt". *Minnesota Law Journal*, v. 90, pp. 1.232-1.251, 2006.

171 HAYWARD, *The per curiam opinion of steel*..., ob. cit., p. 211.

2.4.2. Doutrina inglesa

Duxbury logo no início de sua recente obra[172] traça um paralelo entre o sistema de precedentes inglês e os juspositivistas tradicionais e relembra que a força vinculante das normas jurídicas, na teoria positivista clássica, decorre das sanções que emanam de uma fonte autoritativa habitualmente obedecida, de tal modo que a força vinculante decorre exatamente da existência de uma sanção aplicável à sua desobediência. Mas a doutrina do precedente (inglesa) não se compatibiliza facilmente com essa ideia, especialmente ante à dificuldade de se determinar quais casos são materialmente similares. Uma decisão, exceto se recorrida, vincula as cortes futuras, mas esse não é um conceito de fácil compreensão ou definição.

Cross e Harris observam que uma característica peculiar da doutrina inglesa é a natureza fortemente coercitiva dos precedentes. Os juízes ingleses devem obedecer ao precedente das cortes superiores, a despeito de intimamente terem um entendimento diverso.

Apesar dessa definição doutrinária não merecer reparos, segundo Duxbury, da perspectiva do juspositivismo clássico ela impõe sérias dificuldades, lecionando que o precedente vinculante corresponde à ideia de que o juiz se considera vinculado pelo precedente. Mas então não seria necessário haver uma sanção aplicável ao juiz que desobedecer a essa norma? Duxbury explica que quando um juiz segue um precedente, ele o faz não por medo à imposição de uma sanção, mas em razão do ato de seguir precedentes ser considerado entre eles como uma prática correta, como uma norma mesmo, desvio da qual provavelmente será visto negativamente.[173,174]

À mesma indagação, Cross e Harris respondem que há meios de retirar do magistrado o ofício judicante, mas essas medidas são por demasiado drásticas, pois a regra segundo a qual um magistrado deve seguir o precedente é uma norma prática, uma máxima de experiência, e apesar de se entender que é desejável que haja uma sanção contra sua desobediência, é suficiente dizer que sua desobediência irá invocar nos demais juízes muitos comentários adversos, e por isso só já se pode dizer que a regra precedente é obedecida com um alto grau de uniformidade. A regra é obedecida, então, por questões afetas à reputação do juiz e por medo de críticas informais, ou seja, é prudente que se sigam os precedentes para que

172 DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008, pp. 14-22.

173 Idem, ibidem, p. 21.

174 Na inusitada metáfora de Sedley, os precedentes são uma *mãe judaica*; não é preciso fazer o que ela lhe manda, mas não fazê-lo o faz se sentir terrivelmente mal. (SEDLEY, Stephen. "Never do anything for the first time". In: _____. *Ashes and Sparks: Essays On Law and Justice*. New York: Cambridge University Press, 2011, p. 203).

sua própria conduta esteja de acordo com a autoridade dos precedentes. E isso não é ingênuo, pois aquele juiz que quiser julgar de forma diversa simplesmente irá afastar o precedente distinguindo-o do caso presente.

Mas essa não é a razão principal pela qual os juízes seguem o precedente. Os juízes aceitam seu encargo e reputam que o seu ofício requer, como uma prática correta, que o precedente seja seguido, independentemente de uma sanção aplicável pela desobediência dessa regra. HART expõe que os precedentes não se revelam em regras, mas a cada caso o magistrado extrai uma *regra* a partir de um precedente, sem que este contivesse expressamente uma única regra sequer. Os precedentes são a fonte material da qual as regras serão extraídas, e apenas isso.

Com similar problemática, BOBBIO constata que potencialmente todos os ordenamentos jurídicos possuem normas sem sanção. Mesmo na lógica positivista, o autor idealiza que nem todas as normas precisam de uma sanção clara e imediata para serem consideradas normas jurídicas, bastando que a maior parte delas possua sanção e que aquelas que não as possuírem tenham pertinência dentro do sistema. Ademais, o mestre afirma que a sanção não guarda relação com a validade da norma, mas com sua eficácia. A conclusão de BOBBIO é então no sentido de que as normas sem sanção só podem ter duas causas: (*i*) ou são normas cuja eficácia é consentida, por corresponder diretamente com a consciência popular, ou dada a sua justiça considera-se inútil uma sanção; ou (*ii*) trata-se de norma estabelecida por uma autoridade tão elevada na hierarquia de normas que se torna impossível, ou pelo menos pouco eficiente, aplicar-lhe sanção.[175]

TUCCI nos indica que os precedentes ingleses, ao menos até o século XVII, pertenciam a coleções privadas de repertórios jurisprudenciais e, assim, somente os próprios magistrados tinham acesso às decisões anteriores e escolhiam, de certa forma, com grande discricionariedade, se acolhiam ou não o precedente judicial.[176]

2.4.2.1. O costume inglês de obedecer aos precedentes

Os famosos comentários de Sir WILLIAM BLACKSTONE, ainda que marcados por anacronismos de sua época, muito bem resumem o que era a verdadeira doutrina do precedente inglesa. BLACKSTONE declara, de forma até poética: por ser um costume estabelecido se-

175 BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 4ª ed. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Apres. Allaor Caffé Alves. Bauru: Edipro, 2008. p. 166-167, n. 44.

176 TUCCI, *Precedente judicial…,* ob. cit., p. 157.

guir os precedentes, onde os mesmos pontos vierem novamente em litígio; também manter a balança da justiça nivelada e estável, e não sujeita a balançar a cada opinião de um novo juiz; mas também porque o Direito nesse caso é solenemente declarado e determinado, o que antes fora incerto, e quiçá indiferente, agora se torna uma regra permanente, a qual não está no peito de um juiz subsequente para alterá-la ou dela se variar, de acordo com seu sentimento privado; tendo ele jurado a determinar, não de acordo com seu particular julgamento, mas de acordo com as normas conhecidas, e os costumes da terra; a quem não foi delegado pronunciar novas normas, mas guardar e aclarar as antigas.[177]

Blackstone explica ainda que tal regra admite exceção, quando a determinação anterior for evidentemente contrária à razão, ou mais ainda se for contrária à lei divina. Mas mesmo em casos tais o juiz não pretende criar uma novo direito, mas invocar o direito antigo e corrigir a má-interpretação. Pois se for descoberto que a decisão anterior é manifestamente absurda ou injusta, declara-se que não é tal uma sentença de *mal direito*, mas que era *não direito*, ou seja, que tal não é o costume estabelecido no reino, como foi erroneamente afirmado. E o autor resume, estatuindo que a doutrina do direito é aquela segundo a qual os precedentes e as regras devem ser obedecidos, exceto se de plano absurdas ou injustas, pois apesar de sua razão não ser óbvia à primeira vista, ainda assim deve-se prestar deferência aos tempos de outrora e não presumir que eles agiram em completa desconsideração.[178] Essa afirmação é complementada por comentário em nota de rodapé, de autoria do editor da obra, Edward Christian, explicitando que as regras injustas e absurdas, fundadas em princípios imemoriais, são sim direito e devem ser respeitadas, exceto se a união do rei, dos lordes e dos comuns, reunidos no parlamento, em sentido diverso decidirem.[179]

Mas os *costumes*, como ensina Blackstone, precisam superar alguns testes para serem considerados válidos e passíveis de ser objeto de uma decisão judicial, os quais são ora relidos por um intérprete moderno: (*i*) o costume precisa ser *imemorial*, e ninguém deve se lembrar quando a prática se tornou costumeira; (*ii*) o costume precisa ser *continuado*, e a prática não pode ter sido interrompida, ou se o for, deve voltar a ser reiterada para ser costumeira; (*iii*) o costume deve ser *pacífico*, e não pode ter sido objeto de discussões ou litígios em torno da sua prática, pois isso lhe retiraria o necessário consenso; (*iv*) o costume deve ser *razoável*, ou ao menos não pode ser desarrazoado, o que é um critério difícil de se determinar, não quanto à justificação da razão das coisas, mas quanto a princípios que são manifestamente injustos sem uma razão de fundo; (*v*) os costumes devem ser *certos*, no sentido de determinação dos seus critérios quantitativos ou qualitativos, ou ao menos sua determinabilidade; (*vi*)

177 BLACKSTONE, (Sir) William; CHRISTIAN, Edward (Ed.). *Commentaries on the Laws of England, in four volumes*. 15th ed. Com comentários do editor Edward Christian. London: A. Strahan, 1809. v. 1. p. 69. (Fac-símile disponível em Charleston: Forgotten Books, 2010).

178 Idem, ibidem, p. 70.

179 Idem, ob. e loc. cit., nota (4) do editor.

embora fruto do consenso, o costume deve ser *compulsório*, e não ter seu cumprimento sujeito ao arbitrário de cada indivíduo; e (*vii*) os costumes devem ser *consistentes* entre si, ou seja, não pode haver costumes opostos entre si.[180]

Os costumes eram, portanto, reconhecidos pela decisão judicial, e o princípio por trás do costume é que seria objeto de análise e assim seria estabelecido como precedente. Trata-se de um sistema muito rígido, mas que admite moderação, pois ainda naquela época era permitido ao magistrado desconsiderar um *report* que ele não reputasse correto.[181] A questão é que o próprio hábito de observar os precedentes tornou-se um *costume* na forma dos sete testes acima, ou seja, observar um precedente, na jurisdição inglesa, é um costume imemorial, continuado, pacífico, razoável, certo, compulsório e consistente.

A respeito da rigidez desse costume de obedecer aos precedentes, HOLDSWORTH esclarece que a partir do começo do século XX parece que a doutrina foi caminhando na direção de se admitir as moderações dos precedentes, não porque não fossem *direito* os precedentes inconvenientes (técnica ou substancialmente) — até mesmo porque as leis, inconvenientes ou injustas, continuando sendo *direito* e devem ser aplicadas pelos magistrados —, mas porque, apesar disso, há casos em que o precedente aplica uma regra que é claramente contrária a uma lei (*statute*) ou contrária a um princípio muito bem estabelecido (*well stablished principle*), e essa é a hipótese que autoriza o afastamento do precedente individual.[182]

A partir de dois trabalhos de POLLOCK, debruçando-se sobre o tema da natureza do Direito[183] e sobre o que seria exatamente o *common law* inglês[184], podemos inferir que não é possível analisar o direito inglês com os olhos do positivismo tradicional, porque o ordenamento jurídico da Inglaterra não decorre logicamente da estrutura formal sancionatória a que estamos acostumados no estudo de tradição europeia continental. POLLOCK deixa bem claro que a sanção não precisa necessariamente de uma norma específica, mas um Estado deve estar preparado para fazer valer o seu Direito (*enforce the law*), compelindo seus membros ou punindo-os na maioria dos casos, ainda que escape um ou outro desrespeito ou transgressor.[185] E da leitura das grandes bases e das grandes premissas analíticas do jurista inglês, é possível apontar que a própria noção de função judicial difere entre os sistemas de origem ro-

180 Idem, ibidem, pp. 76-78.

181 *Cf.* GOODHART, A. "Case Law - a short replication". *Law Quarterly Review*, v. 50, pp. 196-200, abr. 1934.

182 *Cf.* HOLDSWORTH, W. S. "Case Law". *Law Quarterly Review*, v. 50, pp. 180-195, 1934. *Cf.* esp. pp. 185-187.

183 POLLOCK, Frederick. "Nature and Meaning of Law". *Law Quarterly Review*, v. 10, pp. 228-239, jul. 1894.

184 POLLOCK, Frederick. "Vocation of the Common Law". *Law Quarterly Review*, v. 11, pp. 323-336, oct. 1895.

185 POLLOCK, *Nature…*, ob. cit., p. 236.

mana e os de origem anglo-saxã, e a isso não podemos ficar inertes ao tentar compreender o que é a doutrina inglesa de precedente.[186]

Por fim, é de se apontar a famigerada assertiva de GOODHART, segundo a qual não seria necessário uma doutrina de precedentes *exigente* e *rígida* como a inglesa para que juízes respeitáveis e competentes tivessem suas soluções reproduzidas e obedecidas pelos demais magistrados quando apropriado; o resultado é que o juiz inglês é um escravo do passado e um déspota do futuro, vinculado pelas decisões de seus predecessores mortos e vinculante às decisões daqueles que o sucederão nas futuras gerações.[187] Após a assertiva, GOODHART atribui a causa desse fenômeno a uma necessidade dos juízes ingleses que não encontrava similar nos países da Europa continental; tal necessidade era a *certeza*, uma busca para se saber qual a regra definida e fixa que vincula os magistrados.[188]

De tal modo, desenvolveu-se a doutrina inglesa do precedente, antes de tudo rígida, mas que com a evolução do ordenamento inglês passou a admitir moderações e exceções, inclusive a completa reversão de precedentes imemoriais, caso eles deixem de apresentar aquelas características que um costume deve deter.[189]

2.4.2.2. Na Inglaterra, a autorreferência e o método distintivo

Não obstante a moderação da rigidez, essa nem de longe se dissipou. Importante relatar que a HOUSE OF LORDS — que foi por mais de 600 anos a corte máxima do Reino Unido[190], até a transformação de sua função jurisdicional na Suprema Corte[191] — está sujeita a respeitar os seus próprios precedentes, exceto se um ato do parlamento futuro vier a mudar o entendimento. O mesmo ocorre com as cortes inferiores, que estão vinculadas por suas pró-

186 POLLOCK, *Vocation…*, ob. cit., *passim*, e esp. pp. 331 e 334.

187 GOODHART, A. L. "Precedent in English and Continental Law". *Law Quarterly Review*, v. 50, pp. 40-65, abr. 1934. *Cf.* p. 61.

188 Idem, ibidem, p. 62.

189 TUCCI, *Precedente judicial…,* ob. cit., pp. 162-164.

190 Com competência sobre casos provenientes das três jurisdições existentes em seus quatro países (Inglaterra & País de Gales, Escócia e Irlanda do Norte). Para compreender melhor essa separação dos ordenamentos jurídicos do Reino Unido, e sua parcial unificação pelo Parlamento, veja ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orient. e Rev. da Trad. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2010, pp. 35-61. Ainda sobre a organização judiciária na Inglaterra e País de Gales, *cf.* UNITED KINGDOM. Judiciary of England and Wales. *Structure of the Courts System*. Disponível em: <http://www.judiciary.gov.uk/about-the-judiciary/introduction-to-justice-system/court-structure>. Acesso em: 20 set. 2012.

191 *Cf.*, acima, notas 117 (p. 40), 118 (p. 41) e 119 (p. 41).

prias decisões anteriores ou pelas cortes acima de si.[192] Essa autovinculação foi estabelecida pela caso *Beamish v. Beamish* [1861][193] e reforçada pelo caso *London Street Tramways Co. Ltd. v. London County Council* [1898][194], de tal modo que a mais alta corte do Reino Unido está adstrita aos seus próprios julgamentos, a fim de produzir definitividade e certeza (*finality and certainty*) ao seu direito. Isso visa a prevenir dois problemas: (*i*) que as cortes subordinadas não saibam qual precedente seguir, e (*ii*) que os advogados não consigam indicar aos seus clientes com segurança o comportamento adequado.[195]

Todavia, há exceções a essa autovinculanção, quando, no caso da House of Lords: (*i*) o direito, no todo, puder ser melhorado com a reformulação; (*ii*) as peculiaridades do caso não foram consideradas no precedente, (*iii*) a reformulação da regra não puder prejudicar as decisões que se apoiaram no precedente ora revogado, (*iv*) a nova decisão não implicar conflito com uma decisão anterior confirmada pelo parlamento, e (*v*), nos casos civis, revogar o precedente puder afetar o resultado do atual recurso.[196] As demais cortes inferiores possuem regras próprias de revogação dos precedentes.[197] Por essas razões, torna-se imprescindível a existência de um ferramental próprio para lidar com os diversos precedentes e saber distingui-los entre si, por exemplo para determinar se as peculiaridades de um caso foram ou não consideradas antes, ou para determinar se há um conflito entre o caso atual e o precedente. Tal ferramente é o método distintivo (*distinguishing*).

Por meio do método distintivo, o julgamento de uma causa ou recebe a aplicação do precedente ou o afasta, de modo que a distinção pode ser feita para ampliar a regra ou princípio anteriormente estabelecido (*ampliative distinguishing*), ou pode limitar ou restringir tais regras e princípios, de modo a não incidir na espécie o precedente mencionado (*restrictive distinguishing*). Trata-se de um raciocínio analógico-comparativo entre o caso posto a julgamento e o precedente potencialmente aplicável. Por esse aspecto fortemente analógico de *encontrar o direito*, e também pelo quanto acima mencionado sobre o *stare decisis* inglês, nota-se que uma doutrina de precedente deve ser fortemente marcada pela autorreferência,

---

192 *Cf.* Tucci, *Precedente judicial…*, ob. cit., pp.158-162 e 170-172.

193 Citação original: 9 H.L.C. 274 [1859-61] (*Clark and Finnelly's House of Lords Reports New Series*, v. IX, pp. 274-360, 1859-1861). Citação do repertório: 11 E.R. 735 (*English Reports*, v. 11, pp. 735). *United Kingdom House of Lords*, 22 apr. 1861.
Cf. CommonLII (*Commonwealth Legal Information Institute*). Disponível em <http://www.commonlii.org/uk/cases/EngR/1861/475.pdf>, acesso em 13 set. 2012.

194 Citação original: [1898] A.C. 375 (*Law Reports, Appeal Cases, House of Lords*, v. 1898, p. 375). *United Kingdom House of Lords*, 25 apr. 1898.
Cf. BAILII (*British and Irish Legal Information Institute*). Disponível em <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1898/1.html>. Acesso em 13 set. 2012.

195 *Cf.* CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in english law*. 4. ed. Oxford: Clarendon, 1991. pp. 102-103.

196 Idem, ibidem, p. 104.

197 Idem, ibidem, pp. 104-105, cap. 4, n. 8.

isso é, pela necessidade de se fazer referências aos próprios precedentes para criar as próximos, pois há um constante diálogo entre eles, seja para confirmá-los, seja para superá-los.[198]

Esses instrumentos são de suma importância quando um sistema baseado em precedentes é, por natureza, autorreferencial, isto é, as decisões judiciais reportam-se a elas mesmas (mencionando julgados distintos, mas sempre precedentes judiciais). Por isso, se um magistrado deve fazer referência aos julgados precedentes, ele não pode deixar de seguir um precedente específico sem que exponha as razões pelas deixa de fazê-lo. Ainda que algo não seja obrigatório (por exemplo, seguir esse ou aquele precedente), a recusa em fazê-lo deve vir acompanhada de razões justificadoras. Assim, na Inglaterra, a autoridade do precedente encontra limite nos seus próprios julgados, quando os magistrados deixam de segui-los. A autoridade do precedente se revela até o ponto em que o autorreferenciamento deixa de lado essa mesma autoridade e a ignora (justificadamente, contudo).[199]

2.4.3. Doutrina norte-americana

A doutrina norte-americana é bastante mais relaxada quanto à aderência aos precedentes, a ponto de a Suprema Corte ser reconhecida como uma corte que costuma revogar (*overrule*) seus próprios precedentes.[200] Não obstante, a obediência aos precedentes é igualmente vinculante nos EUA, vertical e horizontalmente, na forma já exposta. A diferença é apenas a frequência com que se revogam os precedentes e a maior flexibilidade no afastamento e na distinção entre precedentes e casos presentes.

Incontáveis livros relativos a precedentes norte-americanos fazem referência à obra do Justice Cardozo, de 1921, na qual ele estatui que o trabalho dos juízes seria aumentado até o ponto de quebrá-los se as decisões passadas pudessem ser reabertas em todos os casos, e ninguém poderia trilhar o seu caminho de tijolos sobre a segura fundação dos caminhos trilhados dantes por aqueles que lhe tenha precedido.[201] O mesmo autor mais à frente alerta

198 *Cf.* Tucci, *Precedentes…*, ob. cit., pp. 170-175.

199 *Cf.* Duxbury, *The nature and authority of precedent*, New York: Cambridge University Press, 2008, pp. 111-113 e seções seguintes, nas quais o autor expõe com bastante extensão as técnicas de distinção (*distinguishing*) e revogação (*overruling*) de julgados.

200 *Cf.* BRENNER, Saul; SPAETH, Harold. *Stare indecisis: the alteration of precedent on the Supreme Court, 1946-1992*. New York: Cambridge University Press, 1995. 151 p.

201 CARDOZO, Benjamin. *The nature of the judicial process.* New Haven: Yale University Press, 1921, pp. 149-150 (*Lecture IV: Adherence to Precedent*). No original, a passagem completa assim se lê: "*In these days, there is a good deal of discussion whether the rule of adherence to precedent ought to be abandoned altogether. I would not go so far myself. I think adherence to precedent should be the rule and not the exception. I have already had occasion to dwell upon some of the considerations that sustain it. To these I may add that the labor of judges would be increased almost to* […continua na p.56

que em algum lugar entre a adoração do passado e a exaltação do presente, o caminho para a segurança será encontrado.[202]

SUMMERS dá notícia de que na jurisdição norte-americana há uma flexibilidade na constrição pelo precedente (*constraint by precedent*), sob pena de se tornar um *nonsense* intelectual. Se o *common law* for concebido como o direito feito pelos juízes, não faz qualquer sentido não permitir que os próprios juízes revoguem os precedentes.[203]

A doutrina norte-americana costuma associar os precedentes com valores tais como eficiência, continuidade do direito, justiça, legitimidade e incremento das decisões da corte. Alguns chegam a colocar justiça e legitimidade em segundo plano, em prol da continuidade e da segurança, ou estabilidade. Outros atribuem à eficiência a sua maior importância. Pode-se desejar a continuidade, mas ela costuma aumentar os custos, o que não é muito eficiente. Mas o fato é que a previsibilidade e justiça são necessárias para que situações similares sejam tratadas de forma idêntica, e casos distintos sejam tratados na medida de suas diferenças. E a legitimidade, que seria preservada em casos de manutenção do precedente, é justamente o que atribui a um tribunal a autorização para revogar os próprios precedentes que tenham perdido sua legitimidade. Enfim, com um efeito de *free rider*, é possível que um juiz conte com o respeito aos seus próprios precedentes para desconsiderar os precedentes passados, na esperança de que assim suas visões sejam respeitadas no futuro, mas se houver muitos *free riders*, o sistema como um todo ruína.[204]

Na jurisdição norte-americana, KMIEC explica que os precedentes vinculantes não são absolutos, mas é comum que aqueles que o desobedecem são taxados de ativistas judiciais e essas decisões são frequentemente reformadas. Algumas formas de desconsiderar um precedente são quase universalmente consideradas como inapropriadas. Por exemplo, o ministro

---

the breaking point if every past decision could be reopened in every case, and one could not lay one's own course of bricks on the secure foundation of the courses laid by others who had gone before him. Perhaps the constitution of my own court has tended to accentuate this belief. We have had ten judges, of whom only seven sit at a time. It happens again and again, where the question is a close one, that a case which one week is decided one way might be decided another way the next if it were then heard for the first time. The situation would, however, be intolerable if the weekly changes in the composition of the court were accompanied by changes in its rulings."

202 Idem, ibidem, p. 160. No original, a passagem completa assim se lê: "*The conclusion of the majority of the court, whether right or wrong, is interesting as evidence of a spirit and a tendency to subordinate precedent to justice. How to reconcile that tendency, which is a growing and in the main a wholesome one, with the need of uniformity and certainty, is one of the great problems confronting the lawyers and judges of our day. We shall have to feel our way here as elsewhere in the law. Somewhere between worship of the past and exaltation of the present, the path of safety will be found.*"

203 SUMMERS, Robert. "Precedent in the United States (New York State)". In: MacCORMICK, Neil (ed.); _____ (ed.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Surrey: Ashgate, 1997, pp. 355-405. *Cf*. esp. pp. 380-382.

204 *Cf*. BRENNER e SPAETH, *Stare indecisis*…, ob. cit., pp. 2-6.

Stevens, da Suprema Corte norte-americana, escreveu que um tribunal local se engajou em uma indefensável forma de ativismo judicial, quando se recusou a seguir um precedente controlador da Suprema Corte. A regra segundo a qual os tribunais inferiores devem ser vinculados pelos precedentes controladores pode ser seguramente chamada de direito sedimentado. E parece ser igualmente aceito que o ato de desconsiderar um precedente de instância superior é uma forma de ativismo judicial. Todavia, a própria ideia de precedente vinculante pode ser inconstitucional, caso se exija que um juiz se vincule a uma leitura errônea da constituição: se a constituição traz uma regra tal e um precedente vinculante traz uma regra diferente, então o juiz teria a obrigação de, nesse cenário, dar preferência à constituição e ignorar o precedente vinculante. Essa ideia não deve ser vista como uma forma de ativismo judicial, mas sim como uma legítima e constitucional maneira de tomar decisões.[205]

Dinamarco afirma que os precedentes nos EUA (e a doutrina do *stare decisis* como um todo) são justificados com base no quadrinômio *igualdade — segurança — economia — respeitabilidade*.[206]

A origem dessa doutrina e de tais valores certamente pode ser atribuída à época em que se desenvolveram as instituições jurídicas norte-americanas, as quais, apesar de advindas do modelo inglês, foram marcadas pelos ideias utilitaristas de Bentham e John Stuart Mill que não foram suficientes para transformar as instituições jurídicas inglesas. Como já demonstramos em outra oportunidade,[207] surgiram nos EUA movimentos como o *Code Pleading* e a unificação das *common law actions* com os *suits in equity*, distanciando-se cada vez mais do modelo inglês de processo civil. Com o início desse movimento no Estado de Nova Iorque, com a adoção do *Field Code* em 1848, passando pela proliferação desses movimentos às várias jurisdições dos estados dos EUA, o ponto alto desses movimentos ocorre em 1938 quando a jurisdição federal adota o seu código processual (as *Federal Rules of Civil Procedure*). Essa evolução das instituições jurisdicionais norte-americanas distancia a prática forense nos EUA daquela que se verifica na Inglaterra.

Isso tem a consequência de distinguir o *stare decisis* desses dois países, com uma natural rejeição pelos juízes norte-americanos ao formalismo da doutrina inglesa de precedentes. Isso foi levado ao extremo de não se considerar nos EUA a *ratio decidendi* de um caso como relevante, mas reputando-se como vinculante apenas a *holding* de um julgado, isto é, a

205 *Cf.* KMIEC, Keenan. "The Origin and Current Meanings of 'Judicial Activism'". *California Law Review,* pp. 1441-1477, oct. 2004.

206 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. t. 1, p. 220.

207 Vide o nosso: ROSA, Renato Xavier da Silveira. "Cooperação entre as partes na definição do objeto litigioso: sistemas de instrução processual nos Estados Unidos e na França". *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo (RIASP)*, v. 15 (nova série), n. 29, pp. 267-302, jul. 2012.

parte do julgado que efetivamente decide as questões relevantes (e não as razões pelas quais se decide).[208] A *holding* do caso não só é diferente das *rationes decidendi* e da fundamentação (*rationale*) como também não se confunde com a regra geral ou o princípio que deriva de tal *holding*. Essas regras ou princípios podem sim decorrer da *holding*, mas isso depende de quão abrangente é a questão, de quão abrangente é a fundamentação e de quão "*generalizáveis*" são os fatos.[209]

2.5. Precedente persuasivo

Há precedentes que, por outro lado, possuem força meramente persuasiva sobre outras decisões, servindo de fonte material de direito, mas não como fonte formal, obrigatória.[210]

Na jurisdição inglesa, BENTHAM relata que a jurisprudência é uma entidade fictícia. Para ele, não há qualquer significado a essa palavra, mas colocá-la ao lado de outra pode lhe dar um a acepção que corresponda a um verdadeiro órgão. E ele então menciona os livros de jurisprudência, que podem ter dois conteúdos: os que dizem o que é a lei e aqueles que dizem o que deveria ser a lei. O primeiro adota a forma de *jurisprudência expositiva* e o segundo a de *jurisprudência censorial*.[211,212]

Mas esses relatórios logo foram se tornando fontes formais de direito e assim abandonaram essa acepção antiga. Nos países de tradição europeia continental, embora haja precedentes vinculantes, especialmente no controle de constitucionalidade, a regra, para a imensidão de julgados, é a força meramente persuasiva, isto é, servem apenas como reforço ao argumento, e não como fator determinante no resultado do julgamento.

No Brasil, os precedentes persuasivos frequentemente são compilados em anais, ementários ou chegam a serem sistematizados em enunciados sumulares. Nos tribunais superiores essa técnica é muito frequente, e as súmulas dos tribunais acabam sendo abrangentes e

208 *Cf.* SUMMERS, *Precedent in the United States*…, ob. cit., pp. 378-383 (n. "III") e esp. pp. 384-385 (n. "IV.1"), onde se explica que os *obiter dicta* não recebem dos juízes tanta atenção quanto as *holdings* e que os juízes são menos informados a respeito de tais *dicta* pois as partes contrárias não costumam centrar esforços nas questões laterais ao litígio; isso exceto se em um precedente vertical ficar evidente que a corte superior deu séria atenção a determinada afirmação *en passant*.

209 Idem, ibidem, pp. 386-387.

210 TARUFFO, Michele. "Precedente e Giurisprudenza", *Estudios em homenaje*…, ob. cit. pp. 795-810.

211 BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principals of morals and legislation*. Oxford: Clarendon, 1907, pp. 323-325 (Ch. XVII, § 2).

212 Idem, também publicado em Indianapolis: Liberty Fund, 2011. Disponível em: <http://oll.libertyfund.org/title/278>. Acesso em: 23 jul. 2012. *Cf.* esp. p. 184.

eficientes fontes do entendimento jurisprudencial da respectiva corte. VICTOR NUNES LEAL, traçando um panorama geral sobre as primeiras décadas de vigência da *Súmula da Jurisprudência Predominante do STF*, mas abordando também outras medidas similares, anota que os enunciados desse método de trabalho não deve ser interpretado nem esclarecido quanto ao seu correto entendimento.[213]

A profilática lição de LEAL estatui que "*o que se interpreta é a norma da lei ou do regulamento, e a Súmula é o resultado dessa interpretação, realizada pelo Supremo Tribunal*".[214] Após relatar uma série de casos em que houve interpretação do enunciado, LEAL relembra um acórdão seu quando judicava no STF e transpõe suas anteriores palavras, que afirmavam que "*a súmula não é norma autônoma, não é lei, é uma síntese de jurisprudência*". Vale dizer, "*em alguns casos, interpretar a Súmula é fazer interpretação de interpretação*". Se assim ocorrer, "*voltaríamos à insegurança que a Súmula quis remediar".* De tal modo, "*quando o enunciado for defeituoso, devemos riscá-lo e redigir outro".* Por essas razões, LEAL afirma que *"este é que é o método adequado, previsto no Regimento*".[215,216]

Mas tais lições não eram bem aceitas, e ainda no mesmo julgamento, ao retruco do Ministro ELÓY DA ROCHA (que afirmara que se ele tinha, como juiz, o poder de interpretar até a Constituição, poderia ele então interpretar a Súmula), LEAL responde com propriedade:

> V. Exa. tem, evidentemente, o poder de interpretar qualquer decisão nossa, e, portanto, a nossa jurisprudência sintetizada na Súmula. Mas a Súmula é um método de trabalho, através do qual esta Corte tem procurado eliminar dúvidas de interpretação. Se a Súmula, por sua vez, for passível de várias interpretações, ela falhará, como método de trabalho, à sua finalidade. Quando algum enunciado for imperfeito, devemos modificá-lo, substituí-lo por outro mais correto, para que ele não seja, contrariamente à sua finalidade, uma fonte de controvérsia.[217]

Como se vê, há muita controvérsia em torno do tema das súmulas de tribunais brasileiros, e talvez essa seja atribuível justamente, como anotado acima, à falta de consenso a respeito do grau de normatividade dos enunciados. Se não são vinculantes, é difícil precisar o nível de persuasão que possuem. Do ponto de visto científico e da legalidade, sem reparos as lições acima de LEAL, mas é bem provável que tenham alguma razão aqueles que buscam dar aos enunciados sumulares uma importância maior que aos simples acórdãos proferidos individualmente. Mesmo sem interpretar em sentido técnico os enunciados, e LEAL não nega a afir-

213 LEAL, Victor Nunes. "Passado e futuro da súmula do STF". *Revista de Direito Administrativo,* n. 145, p. 19, jul.-set. 1981.
214 Idem, ob. e loc. cit.
215 Idem, ibidem, pp. 21-22.
216 *Cf.* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Revista Trimestral de Jurisprudência (RTJ)*, n.º 45, jul. 1968, pp. 73-76. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/indiceRtj/>. Acesso em: 23 jul. 2012.
217 Idem, ibidem, p. 74.

mativa a seguir, decerto que as disposições da súmula de um tribunal devem guiar a atuação dos magistrados e dos advogados[218]. A isso já nos detivemos acima ao tratar das funções do precedente.[219]

Na República Federal da Alemanha, a regra é a eficácia persuasiva, todavia com exceções. O Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht, BVerfG*), ao controlar a constitucionalidade em modo preventivo (*Vorlageverfahren*) ou difuso no recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), decide com eficácia de lei sobre a questão debatida, inclusive com efeitos para todos os casos futuros. Já o Tribunal Federal de Justiça (*Bundesgerichtshof, BGH*), ao decidir os recursos a ele submetidos, é dotado de função de uniformizar o direito infraconstitucional e, como tal, emite precedentes verticais que a despeito de sua mera persuasividade costumam ser respeitados pelos tribunais inferiores.[220]

Na Itália, tem-se mais um exemplo de precedentes persuasivos, onde a autoridade dos julgados é, se muito, apenas de fato, moral, cultural, política. Todavia, com o passar do tempo, e até mesmo por força da função nomofilácica legalmente prevista no Real Decreto n. 12, de 1941, a doutrina italiana passou a entender que a Corte de Cassação italiana projeto eficácia vinculante a todos os juízos inferiores.[221]

Em Portugal, os *assentos* (art. 2º do Código Civil) foram considerados inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional, por meio do acórdão 810/93, restando assim com eficácia vinculante apenas os julgados em controle abstrato e concreto de constitucionalidade.[222] Os *assentos* têm origem histórica remota no direito português, desde as primeiras ordenações, e vinham anotados no Livro da Relação, quando prolatados pela Casa da Suplicação, que possuíam efeito vinculante e deviam ser observados pelos juízes; os *assentos* continuaram a vigorar no Brasil inclusive após a Declaração de Independência, de acordo com o Decreto Imperial de 20.10.1823.[223] No Brasil República, os assentos influenciaram os códigos estaduais durante a vigência da primeira constituição, quando adotaram o nome de *prejulgados*. Após a devolução da competência legislativa processual para a União Federal, o Código de Processo Civil de 1939 previu os *prejulgados* em seu artigo 861 (como incidentes processuais), junto com o *recurso de revista* do artigo 853 (de natureza propriamente recursal).[224] No anteprojeto

218 Rezava a primeira edição da Súmula do STF que sua finalidade "*não é somente proporcionar maior estabilidade à jurisprudência, mas também facilitar o trabalho dos advogados e do Tribunal, simplificando o julgamento das questões frequentes*."

219 Vide, acima, "2.2. Funções do precedente judicial", p. 31.

220 TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, pp. 251-252.

221 TUCCI, *Precedente*…, ob. cit,. p. 254-257.

222 TUCCI, *Precedente*…, ob. cit,. p. 253-254.

223 *Cf*. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4ª ed. São Paulo, RT, 2010, pp. 220-225.

224 Idem, ibidem, pp. 227-229.

ao CPC-73, Buzaid pretendeu reviver os *assentos obrigatórios* (o que não vingou), e propôs a transformação dos prejulgados no (aprovado e hoje vigente) *incidente de uniformização de jurisprudência*,[225] aliás, como já havíamos mencionado acima.[226]

2.6. Precedente judicial enquanto 'norma jurídica'

Nunca se pode deixar de notar que qualquer *decisão judicial* é sempre uma *norma jurídica* (produzida por um magistrado); e o *processo judicial* é o método estatal pelo qual, com o objetivo de colocar fim a uma disputa (*lide*), se produz uma norma jurídica *individual* e *concreta*. Essa norma jurídica, inserida no ordenamento pelo magistrado, é *individual* porque se destina apenas às partes desse litígio específico e *concreta* porque ela trata de um fato específico, que é o pedido das partes para que a jurisdição solucione, de acordo com o seu peculiar método, o litígio.

Nessa seara, adota-se a classificação de normas por sua *generalidade* (*gerais* ou *individuais*) e *abstração* (*abstratas* ou *concretas*)[227]. As normas gerais se dirigem a uma classe de pessoas, normas individuais têm por destinatário um indivíduo determinado; normas abstratas regulam uma classe de ações ou uma ação-tipo (visão prospectiva), e normas concretas, também chamadas de *ordens,* regulam uma ação singular já ocorrida ou que deverá ocorrer em função de fatos já ocorridos (visão retrospectiva).

Bobbio exemplifica ao final, com singeleza, cada uma das quatros combinações possíveis. Norma *geral* e *abstrata* é aquela típica norma penal, prescrevendo a toda uma classe de pessoas uma conduta universal. Já uma norma *geral* e *concreta* é aquela que impõe a determinada classe de cidadãos uma tarefa que uma vez cumprida exaure a eficácia do comando. Norma *individual* e *abstrata* é aquela que nomeia um cidadão como magistrado da corte constitucional, que passa a exercer ofício judiciante. Norma *individual* e *concreta* é a ordem típica constante de uma sentença judicial.[228]

Além disso, podemos recorrer à noção de normas de *estrutura* e de *conduta*. As normas de *estrutura* buscam regular a *conduta* de todos os entes competentes para produzir normas jurídicas. As de *conduta* buscam regular a conduta de qualquer pessoa.[229] Por essa ideia, entendemos que os mecanismos de criação de precedentes são normas jurídicas de *es-*

225 Idem, ibidem, pp. 230-231.

226 Veja, acima, "1.3. Caminhada de valorização da jurisprudência", p. 19 e seguintes.

227 *Cf.* BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 4ª ed. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Apres. Allaor Caffé Alves. Bauru: Edipro, 2008. p. 180, n. 48.

228 *Cf.* Bobbio, *Teoria da norma…,* ob. cit., p. 183.

trutura, uma vez que regulam a forma de se criar mais normas gerais (os precedentes propriamente ditos). Mais que isso, tais normas são *complexas*, pois dependem necessariamente de outras para completar o comando normativo no caso concreto.

Por exemplo, podemos ter a norma N^1 que cria um mecanismo de valorização dos precedentes, a norma N^2 que introduz um precedente no ordenamento jurídico, e a norma N^3 que é uma sentença que aplica o precedente. Nessa cadeia, a norma N^1 é *de estrutura*, e ela veicula uma técnica processual, enquanto a norma N^2 é duplamente *individual e concreta* (voltada ao caso precedente) e *geral e abstrata* (voltada aos casos futuros); a norma N^3 (a sentença futura) então invoca a norma N^1 como técnica processual e a norma N^2 como fonte material (o precedente judicial). Essas são as normas de nosso interesse no presentes trabalho. Essa *norma de estrutura (*N^1), necessariamente, permite que a norma N^2 seja bivalente, em parte voltada ao caso concreto, em parte voltada aos casos futuros, tal como N^3 potencialmente será.

Nota-se, assim, que as sentenças judiciais são normas *individuais* e *concretas* que por força de uma norma de estrutura podem adquirir qualidades outras que transcendem ao caso concreto. O precedente judicial, enquanto regra de julgamento em outro caso (fonte material de direito), é norma *geral* e *abstrata*, vez que aplicável a todas as pessoas em igualdade de condições (situação fática) e não faz referência a nenhuma situação específica. Deste modo, pela vocação *a priori* individual e concreta, pode-se ter grande dificuldade em extrair generalidade e abstração de uma sentença, daí a importância do estudo desse tema e da correta invocação dos dados de um caso precedente que podem ser aplicados aos casos futuros.

2.6.1. Método estatal de solução de litígios

Até este momento apenas tangenciamos questão analítica de suprema importância: é necessário preencher o conceito de "*processo*". Para tanto, nos valemos da lição de Comoglio, Ferri e Taruffo[230] para conceber "*processo*" como o método estatal de trabalho

229 *Cf.* BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Apres. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: UnB, 1999. pp. 26-27, n. 1.2.4. As normas de estrutura são direcionadas ao juiz (um dos produtores de normas), sendo que "*dir-se-á que o juiz é aquele ao qual uma norma do ordenamento atribui o poder e o dever de estabelecer quem tem razão e quem não tem, e de tornar assim possível a execução de uma sanção.*" (ob. e loc. cit.). *Cf.* principalmente, idem, ibidem, pp. 32-34, n. 1.4: "*em todo o ordenamento, ao lado das normas de conduta, existe um outro tipo de normas, que costumamos chamar de normas de estrutura ou de competência[;] são aquelas normas que não prescrevem a conduta que se deve ter ou não ter, mas as condições e os procedimentos através dos quais emanam as normas de conduta válidas.*"

230 COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile, v. I: Il processo ordinario di cognizione*. Bologna: Mulino, 1995. p. 17.

para solução de *crises* ou controvérsias propostas[231]. Vemos no instituto portanto dois requisitos para a sua conceituação: a presença estatal, que se dá ordinariamente por meio da designação de agentes estatais, como julgadores e serventuários; e a proposta de uma *crise*[232] ou *controvérsia* (conceito clássico) a ser solucionada.

Sobre o primeiro requisito, presença estatal, é evidente que não poderemos prescindir da "*presença estatal*", sob pena de não se ter um "processo". E há de ser *presença* mesmo (ainda que abstratamente) pois em caso contrário haverá mero procedimento não-estatal, ou mero instituto similar ao processo, mas distinto deste pois não se tratará de adjudicação estatal de tutela jurídica. Estaríamos falando em jurisdição privada, tema que, à exceção do incipiente tema dos precedentes em arbitragem, é tratado abaixo.[233]

A esse respeito da presença estatal como qualidade necessária, cabe consignar que o processo administrativo não deixa de ser processo, até mesmo porque se dá por meio da atuação estatal e em contraditório.[234] Basta-nos lembrar, por exemplo, de processos disciplinares perante o próprio Poder Judiciário, ou dos processos de *Impeachment*, Disciplinares ou de Inquérito (Comissões Parlamentares de Inquérito) perante o Poder Legislativo.

Já o segundo requisito, *crise* a ser solucionada, é o problema que justifica a atuação estatal, que cria sua necessidade. Acreditamos ser mais preciso o termo *crise* mesmo, em vez de *conflito*, pois o primeiro é mais específico, lembrando que onde não houver *conflito* ainda assim poderá haverá *crise*, e portanto *processo*, como no caso de julgamento de plano da inicial (p. ex., indeferimento da petição inicial ou hipótese do artigo 285-A do CPC-73). Assim, o que motiva e impulsiona o *processo* e sua *existência* é o surgimento de uma dúvida, que precisa ser, e há de ser, assentada por meio da tutela jurisdicional prestada pelo Estado.

Por isso, sempre haverá uma *crise de certeza*, uma dúvida por alguém acerca de alguma coisa, ainda que a respeito de alguma situação jurídica (*tutela declaratória*), da necessidade de recomposição patrimonial (*tutela condenatória*) ou do adimplemento (*tutela executória*). Ressalta-se que até mesmo na crise de adimplemento sempre há uma *dúvida*, sobre o próprio adimplemento, pois o suposto devedor pode vir aos autos e demonstrar o pagamento, assim, a dúvida sempre existiu, ainda que não houvesse o que executar ou satisfazer.

---

231 Idem, ob. e loc. cit., no original: *"definizione secondo la quale 'il processo civile è un metodo per la soluzione di conflitti', e più precisamente è 'il metodo istituzionale per risolvere controversie'."*

232 Na concepção de Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições...*, v. 1, ob. cit., *passim* e esp. n. 58.

233 *Cf.*, abaixo, "2.7.2. Ainda Landes e Posner, sobre adjudicação como um bem privado", p. 74.

234 Por todos, *cf.*, *passim*, MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2008. 238 p.

Conclui-se assim que o processo é um *método estatal para solução de crises*, bastando que haja a presença estatal e uma crise (cuja solução se propõe) para haver "*processo*".

2.6.2. Precedentes judiciais e justiça

Frederick Schauer ensina que um precedente envolve uma especial responsabilidade que acompanha o poder de comprometer ou vincular um futuro antes que nós lá cheguemos.[235] Isso é, toda decisão atual tem o poder de vincular uma decisão futura, pois no futuro todas as decisões passadas têm o potencial de serem invocadas como um precedente.

Em recente trabalho, Schauer estabelece a premissa de que seguir um precedente não é a mesma coisa que fazer a coisa certa (segundo o foro íntimo do julgador), e ademais um argumento fundado em precedente é assaz diverso do argumento baseado na analogia.[236,237]

Essa noção, de que *fazer justiça* e *aplicar precedentes* são coisas diferentes, pode até assustar, mas é exatamente o que ocorre com o sistema positivista tradicional, de *civil law*. Um magistrado deve aplicar exatamente o que a lei estabelece, só lhe sendo lícito decidir de modo diverso se houver uma outra norma que lhe permita afastar, no caso concreto, a lei que ele reputa injusta.

Diversamente do julgamento por equidade, que no ordenamento brasileiro só é autorizado quando houver lei expressamente o permitindo[238] (como ocorre com os Juizados Especiais Cíveis[239] e com o procedimento arbitral[240]), a regra é o julgamento segundo a lei aplicável. E se a lei no caso é injusta, e não há outra norma que permita afastar a injustiça, então essa última é inevitável: a injustiça será feita.

---

235 SCHAUER, Frederick. "Precedent". *Stanford Law Review*, v. 39, n. 3, p. 573, feb. 1987.

236 SCHAUER, Frederick. "Why precedent in law (and elsewhere) is not totally (or even substantially) about analogy". In: John F. Kennedy School of Government, Harvard University. *KSG Faculty Research Working Paper Series.* 13 aug. 2007.

237 Em sentido contrário, *cf.* Duxbury, *The nature and authority of precedent.* New York: Cambridge University Press, 2008, p. 59: embora os juízes interpretem leis (*statutes*), eles costumeiramente aparentam seguir ou distinguir ou mesmo revogar os precedentes; o *case-law*, ao contrário das leis, tende a ser analógico em vez de interpretativo.

238 "*O juiz só decidirá por eqüidade nos casos previstos em lei*." (artigo 127 do CPC-73)

239 "*O* [juiz leigo ou togado] *conduzirá o processo com os mesmos critérios do Juiz, na forma dos arts. 5º e 6º desta Lei, podendo decidir por eqüidade.*" (artigo 25 da Lei n.º 9.099/95 — Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais)

240 "*A arbitragem poderá ser de direito ou de eqüidade, a critério das partes.*" (artigo 2º da Lei de Arbitragem: Lei Federal n.º 9.307/96)

Com os precedentes, então, pode sim suceder-se que um precedente anterior é assaz injusto, mas ele será aplicado simplesmente porque ele deve ser aplicado — isso, claro, desde que ele seja vinculante. A ideia é, aliás, conforme SCHAUER, que o precedente seja o inimigo a ser combatido, a ter sua incidência afastada sempre que possível; mas não se chegando a uma solução diversa, o precedente será seguido, independentemente da vontade íntima do julgador. O argumento de SCHAUER é que o uso dos precedentes por um ordenamento jurídico não trata da escolha de um entre vários possíveis precedentes candidatos, tampouco trata do uso da analogia para auxiliar o julgador a tomar uma melhor decisão; veramente, trata-se da obrigação que o julgador tem de seguir uma errônea (aos seus olhos) decisão anterior simplesmente por causa de sua existência. Significa dizer, é sobre o julgador se sentir obrigado a fazer o que acredita ser errado.[241]

Em suma, é essa mais uma das matizes que devem estar presentes na leitura do presente trabalho. O precedente, caso vinculante, é uma norma jurídica como outra qualquer, sujeita às mesmas falhas apontadas, mesmo que gerem injustiças. Esse é o método estatal fundado no precedente vinculante, assim como o método que possui precedentes meramente persuasivos também está sujeito a injustiças provenientes das leis positivas. As injustiças provêm das fontes materiais de direito, e não necessariamente do método escolhido. De qualquer forma, essas análises e implicações são justamente o que torna o tema tão controverso e tão estudado pela doutrina.

2.6.3. Movimento de 'generalização' do julgado individual

ZACCARIA expõe claramente a ideia de que a jurisprudência representa um movimento de passagem de normas individuais a gerais, dotadas de força vinculante (ainda que como meros precedentes persuasivos repetidos, onde sua reiteração constitua um costume que o torne fonte de direito).[242]

Mais especificamente, ZACCARIA esclarece que o juiz poderia adotar incontestavelmente uma solução prévia, caso haja um precedente com uma *ratio decidendi* desenvolvida e aplicável ao caso posto a julgamento, e isso sem analisar a justeza do caso específico. Há uma presunção a favor do precedente que permite ao juiz se desincumbir do seu ônus de renovar a cada caso a *ratio decidendi*.[243]

241 SCHAUER, *Why precedent in law*…, ob. cit., pp. 8-9.
242 *Cf.* ZACCARIA, Giuseppe. *La giurisprudenza come fonte di diritto*. [s.l.]: Scientifica, 2007. Il diritto giurisprudenziale — Università degli Studi Suor Orsola Benincasa — Facoltà di Giurisprudenza. p. 9.
243 *Cf.* ZACCARIA, *La giurisprudenza*…, ob. cit., pp. 16-17.

Superado o aspecto individual e concreto do julgado, destinado apenas às partes e aos terceiros juridicamente interessados, o aspecto geral e abstrato do precedente é uma narrativa de fatos (que sem prejuízo poderiam ser hipotéticos) e uma proposta de solução.

O precedente, geral e abstrato, seja com força vinculante ou persuasiva, é fonte para o caso futuro, e quando isso for acontecer, o magistrado que o analisa deve interpretá-lo segundo os métodos cabíveis. Seja onde o precedente sequer pode ser citado na decisão, seja onde ele possuir força de lei, a leitura das decisões passadas é uma referência para o caso presente. Ainda que não autoritativamente, o precedente influencia os julgadores seguintes. E essa influência, embora de natureza geral e abstrata, decorre da narrativa do caso precedente, que é individual e concreto. Pelos métodos de interpretação então, deve-se buscar entender qual foi exatamente o teor da decisão precedente (suas premissas e seu resultado), para então se compreender o que ela representa. Quando determinante, faz-se um juízo silogístico de premissas maior e menor, colocando o precedente judicial na primeira posição e o caso presente na segunda, para então descobrir-se se é válido aplicar o mesmo resultado.

Extrair (*rectius:* criar mentalmente) os dois comandos lógicos não é tarefa fácil, mas isso deve ser feito de acordo com os métodos hermenêuticos aplicáveis. Feito isso, a conclusão pela aplicabilidade ou não do precedente é mera conclusão lógica.

O movimento de generalização do caso individual é, de tal modo, nada mais que a interpretação de uma narrativa passada para dela extrair os elementos essenciais ao raciocínio lógico-comparativo com uma narrativa diferente (que é o caso presente a ser julgado).

Todavia, não se trata de analogia. Como já afirmamos nas seções precedentes, com apoio em SCHAUER, a analogia é uma forma de argumentação natural para o ser humano e muito utilizada na ciência, tanto que no meio jurídico a analogia é frequentemente utilizada como fundamento para as decisões judicias. Argumentar a partir de um precedente, tal como a analogia, depende da comparação entre dois casos diferentes (precedente e presente), sendo essencial o elenco das similaridades relevantes de cada caso; mas as semelhanças entre os dois métodos terminam por aí. Argumentar a partir do precedente não é argumentar analogicamente, embora haja uma certa sobreposição entre as duas técnicas. O argumento pelo precedente é um raciocínio muito mais complexo. Quando debatido, questionado ou criticado, o argumento pelo precedente, *in concreto*, raramente é acusado de falha no elenco das similaridades relevantes, mas é em vez disso acusado de não ter respeitado o precedente *existente*. Vale dizer, a crítica não se dirige à conclusão lógico-comparativa, mas às próprias premissas estabelecidas antes de se iniciar a comparação. Isso porque, ao contrário da analogia, que possui dois elementos a serem comparados, o argumento pelo precedente tem, de um lado, *o*

caso presente e, de outro, *todos* os precedentes existentes. Destes elencam-se alguns precedentes *potencialmente* úteis e aí são feitos vários raciocínios lógico-comparativos para se *escolher* um ou alguns precedentes *aplicáveis ao caso concreto*. Só que essa *escolha* dos precedentes aplicáveis não é livre, já que o precedente é em geral um *inimigo* do julgador, não um reforço de seu argumento; isso é, o julgador deve a todo custo tentar afastar a aplicação do precedente, para só então, no insucesso, ser obrigado a aplicá-lo. De tal sorte, ao contrário da analogia que é apenas um argumento de autoridade não-determinante, a restrição ao precedente (*constraint by precedent*) é um método que obriga o julgador a decidir de acordo com todos os precedentes aplicáveis ao caso, exceto se validamente for possível distinguir os casos, eliminando as similaridades relevantes.[244]

De tal sorte, a generalização do caso individual é um movimento lógico-comparativo, exacerbando-se a sua função paradigmática. Ainda que o precedente vinculante esteja mais associado à ideia de função nomofilácica, o precedente em si sempre serve de paradigma aos demais casos, ainda que com força meramente persuasiva. Assim, correspondemos a generalização do caso individual à função paradigmática da jurisprudência, pelo que não vemos contrassenso em um caso ser ao mesmo tempo uma norma *individual e concreta* e *geral e abstrata*. Nesse segundo caso se trata de uma norma complexa, em parte composta pelos julgados precedentes, em parte pela norma que diz respeito às técnicas de valorização dos precedentes, que em conjunto representam integralmente o sistema de precedentes judiciais. Assim, esperamos ter elucidado que não há antagonismos nem mágica para que se faça esse movimento de generalização de um caso individual.

Por fim, é de se apontar as conclusões de Tucci a respeito do valor dos precedentes judiciais no discurso jurídico. O autor ressalta que a função prática do discurso judicial deve ser "*oferecer subsídios úteis para o desempenho da tarefa de arrazoar, produzir, interpretar e aplicar o direito*".[245] Nesse cenário, afirma Tucci, os precedentes inserem-se como elemento paradigmático, objetivando persuadir e convencer. Apoiando-se na teoria de Alexy sobre a argumentação jurídica, Tucci invoca a questão do ônus argumentativo como a verdadeira função dos precedentes judiciais no discurso judicial, de modo que sempre que houver um precedente sobre o tema, ou se concorda com ele, ou se têm o ônus de afastá-lo argumentativamente. Por essa linha de raciocínio, com a qual concordamos, invocar precedentes se torna ora *argumento de autoridade*, ora elemento de confronto ou comparação, do qual se distancia o julgador.[246] Em nota conclusiva, Tucci estatui que "*o equilíbrio entre a eficácia vinculante do*

244 SCHAUER, Frederick. "Why precedent in law (and elsewhere) is not totally (or even substantially) about analogy". In: John F. Kennedy School of Government, Harvard University. *KSG Faculty Research Working Paper Series*. 13 aug. 2007.

245 TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, pp. 295-298.

246 Idem, ob. e loc. cit.

precedente judicial e a persuasão racional do juiz representa, sem dúvida, fator essencial para uma eficiente distribuição da justiça".[247] Aqui, mais uma vez, vemos que o julgado individual, enquanto imanente da jurisprudência, influencia os casos subsequentes, tornando importantíssimo aquele citado movimento de generalização de um caso individual. É por meio do discurso judicial que esse movimento se realiza e se completa.

2.7. Análise econômica dos precedentes

A escola analítica de "*Law and Economics*", desde a década de 1930, influencia diversos segmentos jurídicos acadêmicos nos EUA e no mundo, mas foi desde a década de 1960 que esses estudos realmente tomaram a forma moderna, nos estudos mais variados do direito privado ou público, notadamente a partir dos trabalhos de CALABRESI[248] e de COASE[249], demonstrando como o comportamento humano segue modelos econômicos, racional que foi expandido para mais setores jurídicos, com os estudos de EHRLICH, LANDES e KOMESAR.[250]

Na verdade, a escola de "*Law and Economics*" se parte em duas correntes, uma que analisa economicamente as situações de mercado reguladas pelo Direito, e a outra é sobre a análise econômica de todas as normas e leis que não envolvem situações de mercado, tais como responsabilidade civil, conduta criminosa, casamento, contratos privados, políticas públicas, custo social, respeito à ordem pública, e assim por diante, em todos os aspectos da vida regulada pelo Direito.[251]

No direito público, seguiram-se diversos trabalhos aplicando modelos da teoria econômica ao estudo dos precedentes judiciais ou sobre a atividade judicial de produção de normas. De grande relevância foi a teoria desenvolvida por RICHARD POSNER e WILLIAM LANDES[252,253] a respeito dos precedentes judiciais sob uma perspectiva econômica para o ordenamento jurídico em que se inserem (ver mais abaixo).

---

247 Idem, ibidem, p. 304.

248 CALABRESI, Guido. "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts". *Yale Law Journal*, v. 70, p. 499s., 1961.

249 COASE, Ronald. "The Problem of Social Cost". *Journal of Law and Economics*, v. 3, p. 1s., 1960.

250 *Cf.* POSNER, Richard. "Economic approach to law". *Texas Law Review*, v. 53, pp. 757-782, 1974. Ver, esp., pp. 759-761.

251 *Cf.* POSNER, Richard. "Some Uses and Abuses of Economics in Law". *The University of Chicago Law Review,* v. 46, n. 2, pp. 281-306, 1979.

252 LANDES, William; POSNER, Richard. "Legal precedent: a theoretical and empirical analysis". *NBER Working Paper Series*, n. 146. aug. 1976.

253 LANDES, William; POSNER, Richard. "Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis". *Journal of Law and Economics,* v. 19, pp. 249-308.

Em recente trabalho, THOMAS LEE explica que quando um juiz escolhe obedecer a um precedente, diversas questões de políticas públicas são levantadas, contrapondo-se os custos de um decisão injusta com os custos de um litígio mais prolongado (justiça *vs.* celeridade). Portanto, a aderência a um precedente é uma decisão de redução de custos, mediante diversas análises das varias opções, até se escolher aquela que oferece os menores custos transacionais (estudo da tomada de decisões; *decision-making*). Entende-se, pois, que o respeito ao precedente desencoraja os futuros litígios; não obedecê-los incentiva os futuros litígios e aumenta o risco de erros. Corrigir os riscos envolve um grande custo; não corrigi-los, um custo social maior ainda. Enfim, são questões diretamente envolvidas a uma análise econômica da função judicial associada ao sistema de respeito aos precedentes.[254]

Ainda a respeito dos juízes seguirem ou não o precedente, relevante apontar que RASMUSEN, dentro da lógica de análise econômica, elaborou trabalho no qual, com base em modelos estatísticos conhecidos, foi possível calcular que há uma tendência, de contracorrente, segundo a qual um aumento no número de juízes que seguem cegamente os precedentes induz o aumento dos juízes que começam a não *gostar mais* de segui-los. Por esse motivo, e na opinião do autor, não se deve ter como solução, para a falta de obediência aos precedentes, um aumento na força obrigatória dos mesmos ou uma *campanha* dentre os magistrados para que os precedentes sejam mais respeitados. Essa investida fatalmente levaria a um menor respeito aos precedentes.[255]

É possível ainda se elencar diversos trabalhos a respeito da análise econômica de um litígio,[256] sobre litígios entre empresas e consumidores,[257] acerca dos custos materiais e intangíveis do litígio (inclusive fatores como assimetria de informações)[258], cogitando que o di-

254 LEE, Thomas. "Stare Decisis in Economic Perspective: An Economic Analysis of the Supreme Court's Doctrine of Precedent". *North Carolina Law Review*, v. 78, p. 643-706, 1999. *Passim* e esp. pp. 647-648, 654 e 661.

255 RASMUSEN, Eric. "Judicial Legitimacy as a Repeated Game". *The Journal of Law, Economics & Organization*, v. 10, pp. 63-83, 1994.

256 *Cf.*, por exemplo, POLINSKY, A Mitchell; SHAVELL, Steven. "Economic Analysis of Law". *SSRN (Social Science Research Network)*. Abstract ID n. 859406, 42 p., nov. 2005. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=859406>. Acesso em: 13 set. 2012. (*Stanford Law School, John M Olin Program in Law and Economics, Working Paper n. 316; Harvard Law School, John M Olin Center for Law, Economics and Business, Discussion Paper no. 536*)

257 MILLER, Geoffrey P. "Unmanifested harm in business-to-consumer transactions". *SSRN (Social Science Research Network)*. Abstract ID n. 1659817, aug. 2010. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1659817>. Acesso em: 11 set. 2012. (*NYU Law and Economics Research Paper Series, Working Paper no. 10-35*)

258 KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. "Economic Analysis of Law". *SSRN (Social Science Research Network)*, 96 p., fev. 1999. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=150860>. Acesso em: 14 set. 2012. *Cf.* esp. pp. 43-66, nn. 5 ss.

reito possa ser criado conscientemente pelos juízes e legisladores,[259] ou até mesmo sobre as tentativas de conciliação em 1º grau, em São Paulo/SP.[260]

Outros trabalhos têm como foco justamente o papel dos precedentes no resultado das demandas, e como eles afetam as tomadas de decisão ao longo do litígio, por exemplo, os custos de se litigar contra um precedente estabelecido,[261] ou o ato de levar um caso a julgamento, sem transação prévia, como fator necessário para a construção dos precedentes.[262] Enfim, são aspectos afetos a uma interpretação econômica das ações e escolhas dos litigantes

2.7.1. A teoria de Landes e Posner sobre precedentes e função judicial

Landes e Posner, em seu clássico *paper*,[263] explicam que o uso de precedentes para criar regras de obrigações jurídicas recebeu pouca análise empírica, razão pela qual decidiram se debruçar sobre o tema, aplicando um enfoque econômico sobre os precedentes legais baseado em análise da formação do capital e dos investimentos. Os autores tratam os precedentes criados por decisões judiciais em um período anterior como um capital social que fornece serviços de informações que depreciam ao longo do tempo conforme novas condições vão surgindo e que não haviam sido previstas por precedentes existentes. Novo capital (e sua substituição) é criado pelo investimento na produção de mais precedentes.

Com mais vagar, explicam Landes e Posner que as regras jurídicas que provêm de litígios não são regras explícitas, mas são regras que devem ser extraídas de um julgamento e que, por isso mesmo, costumam ser bastante limitadas no seu escopo de atuação. Uma regra mais abrangente só vem com um número maior de litígios, em uma mesma linha de julgamento. Quando um tribunal pronuncia seu julgamento se apoiando em um precedente de uma corte inferior, essa força é meramente persuasiva. Mas quando há diversos precedentes em

259 ZYWICKI, Todd J; SANDERS, Anthony. "Posner, Hayek & the economic analysis of law". *Iowa Law Review*, v. 93, n. 2, p. 559-603, fev. 2008. (*George Mason University Law and Economics Research Paper Series, n. 07-05*). Também disponível em SSRN, Abstract ID n. 957177, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=957177>.

260 SILVA, Fernando César Nimer Moreira da. "Conciliação Cível em Primeira Instância em São Paulo: Perspectiva da Análise Econômica do Direito". *EALR (Economic Analysis of Law Review*), v. 2, n. 1, p.p 65-94, Brasília, jan.-jun. 2011. Também disponível em: <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/>. Acesso em 18 set. 2012.

261 SHAVELL, Steven. "Economic Analysis of Litigation and the Legal Process". *SSRN (Social Science Research Network)*, Abstract ID n. 382060, 66 p., fev. 2003. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=382060>. Acesso em: 15 set. 2012. *Cf.*, passim e esp. p. 17.

262 *Cf.* CHE, Yeon-Koo; YI, Jong Goo. "The Role of Precedents in Repeated Litigation". *Journal of Law, Economics, & Organization*, v. 9, pp. 399-424, 1993.

263 *Cf.* LANDES, William; POSNER, Richard. "Legal Precedent: a theoretical and empirical analysis". *Journal of Law and Economics*, v. 19, pp. 249-308, 1976. *Cf.* p. 250.

um mesmo sentido, a força é incrementada e, se o número de precedentes em um mesmo sentido for tanto, é possível que sua força, na prática, equivalha à de uma lei. Por isso, os precedentes são o *input* (a entrada) em um sistema de normas feitas pelos juízes. E a forma de averiguar o uso dessas entradas é a análise empírica de uma certa base de julgamentos, levantando-se as citações a casos anteriores, excluindo-se as óbvias invocações não precedentais (como as citações a título exemplificativo, citações em sentido contrário ao do julgamento, ou mesmo citação de julgados de cortes inferiores).[264]

Para desenvolver o seu trabalho empírico, LANDES e POSNER levantaram, da *U.S. Court of Appeals*, 658 acórdãos do exercício 1974-1975 e 223 acórdãos de 1960, e da Suprema Corte norte-americana, 156 acórdãos do exercício 1960. Com essa base de dados, os autores constataram que os precedentes da Suprema Corte são citados pelo dobro do tempo, em média (por até 20 anos) e os precedentes das cortes inferiores recebem referência média por apenas 10 anos. Ademais constataram que, na *Court of Appeals*, cada precedente da Suprema Corte é citado, na média, com a metade da frequência com que são citados precedentes das demais cortes inferiores. Já na Suprema Corte, seus precedentes são citados com o dobro da frequência com que se citam os precedentes das cortes inferiores. Já com relação ao número de vezes que um precedente é citado, na Suprema Corte, cada um de seus próprios precedentes é citado cerca de 15.000 vezes ao longo dos sues 20 anos de vida, enquanto que os precedentes das cortes inferiores são citados em média por cerca de 7.700 vezes. Na *U.S. Court of Appeals*, os precedentes da Suprema Corte são citados com metade da frequência com se citam os precedentes das demais cortes.[265]

Após levantar tais dados, LANDES e POSNER colocam à prova a sua tese, e explicam o seu modelo teórico segundo o qual os precedentes são investimentos de capital, que se depreciam ao longo do tempo (perdendo seu valor prático, à medida em que vão deixando de ser usados nas decisões posteriores). Com isso, é possível dizer que a eficiência ótima é aquela que aumenta a vida útil dos precedentes, sendo desnecessário continuar a criar novos precedentes quando os anteriores ainda deveriam ter valor. Isto é, deve-se reduzir a taxa de depreciação dos precedentes, passando-se a valorizá-los cada vez mais. Com isso, um precedente será invocado cada vez mais e os custos serão reduzidos, permitindo-se ter um sistema eficiente de invocação de precedentes, no qual somente novos casos (ou hipóteses ainda não previstas pelos precedentes então existentes) é que são levados a julgamento e que formam novos precedentes. Ademais, precedentes que afetam um número maior de pessoas devem ter um valor maior para o sistema, enquanto que precedentes que afetam um pequeno número de pessoas não são tão relevantes (*rectius*: possuem menor valor para o sistema). Além disso, nas áreas

264 Idem, ibidem, pp. 250-252.
265 Idem, ibidem, pp. 252-261.

em que a legislatura torna obsoletos os precedentes sobre normas revogadas ou alteradas, a taxa de depreciação será naturalmente mais rápida.[266]

A partir dessas constatações analíticas, LANDES e POSNER propõe algumas hipóteses que influenciam diretamente no valor e na taxa de depreciação dos precedentes. 1º) Os precedentes gerais são mais eficientes que os específicos, pois, *ceteris paribus*, atingem um maior número de pessoas e englobam um maior número de casos, além de os mais gerais estarem mais imunes a mudanças legislativas ou sociais. 2º) Os precedentes que versem sobre áreas que costumam ter uma maior inovação legislativa estão sujeitos a uma maior taxa de depreciação (isto é, depreciam mais rápido), devendo-se apenas tomar cuidado com a causalidade invertida (ou seja, talvez a legislação seja alterada com frequência em áreas em que os precedentes são insuficientemente editados, sendo esta insuficiência a causa daquela). 3º) Em contraposição aos precedentes substantivos, os precedentes procedimentais devem ter, tudo o mais constante, uma menor taxa de depreciação (continuando a ser citados por mais tempo), pois não dizem respeito a situações materiais específicas, as quais possuem maior propensão a modificação. 4º) Em caso de grandes modificações sociais ou legislativas, que tornem obsoletos muitos precedentes de uma vez só, cria-se insegurança e dúvida, incentivando os litígios, mas passado um certo período e estabilizados os precedentes determinantes, surge uma grande taxa de depreciação daqueles precedentes não determinantes e criados durante o período de insegurança.[267]

Ainda digno de notar que os autores não atribuem ao valor dos precedentes uma relação direta (ou inversa) com a sua taxa de depreciação, apesar de, nos casos estudados, os precedentes da Suprema Corte terem manifestado um maior valor (frequência alta de citação individual do caso) e possuírem uma vida útil duas vezes maior que os demais precedentes.[268]

Por fim, LANDES e POSNER concluem que na verdade o processo (econômico) de criação de precedentes recebe duas entradas (*inputs*), os recursos das partes litigando e os magistrados que escrevem as decisões que se tornarão precedentes. Por isso, aparentemente, não há qualquer incentivos mercadológico cabível a essas duas entradas no sistema, mas, não obstante, são criados precedentes o tempo todo, alguns notabilíssimos, como os casos *Marbury v. Madison* ou *Brown v. Board of Education*,[269] ambos da Suprema Corte norte-americana, e nenhuma das partes recebe qualquer remuneração ou *royalty* pelo uso de "sua" decisão, mas alguns atores judiciais utilizam-se de demandas atuais para se prevenir de demandas futuras e recorrentes, já apresentando todos os argumentos cabíveis e provocando regras gerais do ma-

266 Idem, ibidem, pp. 262-267.
267 Idem, ibidem, pp. 267-270.
268 Idem, ibidem, p. 268-269.
269 Já citados, acima, notas 162 e 163, p. 47.

gistrado. De tal sorte, é possível se falar que há uma demanda (econômica) pela criação de precedentes, quando há grande insegurança e desconhecimento a respeito do resultado de um litígio sobre determinada questão. Uma vez assentada a jurisprudência, torna-se previsível o resultado de um litígio e portanto as partes começam a transigir seus conflitos, sem levá-los a julgamento.[270]

Após tais hipóteses a análises, LANDES e POSNER tentam demonstrar a validade de suas proposições a partir do estudo de sua base de dados levantada pelo estudo, e concluem que as decisões da Suprema Corte dos EUA possuem uma menor taxa de depreciação em razão de sua maior generalidade, e não em função de seu valor ou prestígio. Exceção é feita aos julgados tributários da Suprema Corte, que possuem enorme depreciação, justamente porque a legislação se modifica mais rápido que em outras áreas do direito. Algumas especulações depois, os autores concluem o trabalho com a proposta de refinamento de sua pesquisa, em razão de algumas características do sistema federal norte-americano, como a aplicação de direito estadual pelos tribunais federais, quando os litigantes são de estados diferentes, fato que afeta a base de dados da pesquisa.[271]

A partir de tais regras, podemos inferir que os precedente devem ser gerais, preferencialmente, estatuindo princípios ou cláusulas genéricas (descoladas da legislação em vigor, ou ao menos devem se abster de analisar pontualmente um dispositivo legal), para que eles possam ser invocados por mais tempo e tornem assim mais eficiente o método estatal de adjudicação de conflitos. Além disso, podemos inferir que quando houver grandes modificações legislativas (como a edição de um novo código) surgirão muitos precedentes dissonantes, mas, quanto mais rápido se pacificar as questões, mais rápido se poderá evitar litígios futuros. Ademais, precedentes sobre questões processuais deveriam em tese se prolongar no tempo, pacificando melhor as questões, mas é preciso que eles não sejam dissonantes nem que sejam editados de maneira específica. Enfim, são vários instrumentos fornecidos por LANDES e POSNER e várias proposições que podem auxiliar o estudioso e principalmente o magistrado a analisar a criação de precedentes cada vez mais "eficientes", os quais evitam o desperdício de recursos estatais (bastantes escassos) e previnem o desgaste social (que somente incentiva a ida ao judiciário).

270 LANDES e POSNER, *Legal Precedent…* (*19 JL & Econ 249*), ob. cit., p. 271.
271 Idem, ibidem, pp. 279-294.

2.7.2. Ainda Landes e Posner, sobre adjudicação como um bem privado

Em trabalho posterior, os mesmos autores analisam a adjudicação de conflitos como um bem privado, a partir de modelos não-estatais de resolução de conflitos.[272] Para tanto, adotam a premissa de que todo tribunal, ou órgão de resolução de conflitos, exerce duas funções primordiais, que são (*i*) a resolução dos conflitos em si e (*ii*) a produção de normas (por ex., precedentes). Mas essas duas funções seriam apenas bens intermediários, e não produtos finais; já o fim almejado seria a conduta correta, consentânea com o Direito (ou com o grupo de regras a serem obedecidas). Todavia, os autores presumem para os fins do estudo que resolução de conflitos e produção de normas seriam sim produtos finais.[273]

Os autores propõe um mercado livre de adjudicação, para fins teóricos. Nesse mercado, a escolha do juiz, embora pudesse estar a cargo das partes, não é viável, pois em caso de ilícitos extracontratuais ou criminais não seria justo o sistema, o que só torna viável o total e livre sorteio do magistrado. Mas mesmo nesse caso a dúvida e o temor de um juiz imparcial existem, o que pode ser solucionado por um sistema que expulse os magistrados parciais do rol de juízes que podem ser sorteados.[274]

Mas quanto à produção de normas nesse sistema privado, dois problemas surgem: (*i*) a falta de incentivo aos magistrados para que criem precedentes (substituindo-se por decisões que só são úteis para o caso que estão decidindo) e (*ii*) os precedentes podem ser inconsistentes, o que ruína todo o sistema de precedentes, não havendo uma óbvia maneira de harmonizá-los. O primeiro problema pode ser solucionado com a criação de um incentivo, como o prestígio e a reputação pela sua imparcialidade. O segundo problema pode ser solucionado com o monopólio do sistema de adjudicação (como ocorre com a jurisdição estatal na maioria dos países) ou então com o incentivo a que pessoas se submetam a essa jurisdição privada. Todavia, nesse caso, e com a criação de regras bem claras, nenhuma pessoa que seria prejudicada pela regra iria se sujeitar a tal jurisdição. O resultado disso é que os juízes passariam a editar precedentes abertos, para que as partes não saibam com razoável certeza qual seria o resultado do litígio submetido a essa jurisdição e, assim, aceitassem a ela se submeter. A prejudicialidade disso é evidente e a única solução é o acordo prévio entre as partes pela submissão a essa jurisdição privada hipoteticamente proposta, ou então a mencionada jurisdição monopolista.[275]

---

272 *Cf*. LANDES, William; POSNER, Richard. "Adjudication as a Private Good". *Journal of Legal Studies*, v. 8, pp. 235-284, 1979.
273 Idem, ibidem, p. 236.
274 Idem, ibidem, pp. 237-238.
275 Idem, ibidem, pp. 238-240.

Todavia, dizer que um mercado adjudicatório infinitamente competitivo é ineficiente não equivale a dizer que o monopólio estatal o seria. Isso influencia o financiamento do sistema de adjudicação. Ao contrário de outras situações em que o pagamento de tributos indiscriminadamente é cabível (como os impostos cujos benefícios não são aproveitados por todos), é possível que parte das custas sejam direcionados ao próprio magistrado (como já ocorrera na Inglaterra, embora isso tenha sido depois abandonado). Mas isso tampouco é eficiente. Outra possibilidade é criar um incentivo ao magistrado, de modo que os seus precedentes, quando invocados, rendam dividendos ao magistrado prolator do precedente. Isso evitaria, por exemplo, que as decisões fossem incompreensíveis e pessimamente formuladas. O que não se pode é incentivar o aumento das decisões, pois isso incentivaria os juízes a proferir muitas decisões, inclusive algumas que incentivassem litígios futuros, e aumentando a sua renda portanto. Mas mesmo em todos esses casos, é extremamente difícil avaliar o valor de um precedente e pesá-lo diante dos casos decididos, das custas recebidas, e do bem geral proporcionado pelo sistema. Por isso, não é possível se falar em um salário variável para os magistrados, em nenhuma hipótese prática considerada.[276]

Após analisar as sociedades primitivas e o sistema da arbitragem comercial,[277] Landes e Posner passam a imaginar possíveis soluções aos problemas levantados. O primeiro, obviamente, é incentivar e tornar viável sistemas não-jurisdicionais de solução de controvérsias. Outro é criar poucos sistemas adjudicatórios que compitam entre si, como já ocorre em países com tribunais de competência concorrente; se nesses sistemas o juiz tiver um interesse financeiro nas causas (como o recebimento de uma fatia das custas processuais), evidente será que os magistrados terão a indesejável tendência a favorecer os autores das ações, pois são eles que escolhem onde ajuizar a demanda. A solução a isso é apenas permitir às partes que se recusem a litigar em tal tribunal ou que possam escolher, em comum acordo, a jurisdição competente. Com isso voltamos ao problema inicial, o qual vai ao encontro da tendência moderna de uma jurisdição una e monopolista no país, exceto se as partes livremente concordarem com uma jurisdição diversa.[278]

Os autores passam então a se delongar sobre fórmulas e gráficos de oferta e demanda que serviriam a comparar um sistema privado de adjudicação de natureza contratual e outro de natureza extracontratual, a partir do que concluem apenas tais fatores influenciam diretamente os resultados dos litígios ou dos acordos feitos, em razão dos precedentes serem em favor de uma das partes. Em caso de incerteza, os precedentes exercem pouca influência na tomada de decisão pelos litigantes. Enfim, concluem mais que seu estudo não serviu para explicar porque em um sistema sem incentivos ao magistrado acaba por produzir precedentes

276 Idem, ibidem, pp. 240-242.
277 Idem, ibidem, pp. 242-253.
278 Idem, ibidem, pp. 253-259.

utilizáveis em litígios futuros (até mesmo porque aos litigantes pouco interessa, em geral e quando não pretendem litigar novamente, se o seu caso servirá como precedente).[279]

É útil ao nosso estudo notarmos que a completa falta de incentivos aos magistrados (para produzirem os precedentes) é, talvez, uma causa para que os precedentes sejam tão pouco respeitados. No entanto, e pelas várias hipóteses levantadas no trabalho de LANDES e POSNER, entendemos que há varias outros fatores que influenciam essa questão, e pagar os juízes por cada precedente invocado ou para cada decisão proferida não é a solução.[280]

2.7.3. A teoria de BUCHANAN sobre as normas produzidas judicialmente

É possível observar a adjudicação dos conflitos, estatal, por ainda outro prisma econômico. Uma das primeiras premissas para se entender o trabalho de JAMES BUCHANAN é admitir que se deve diferenciar a atividade judicial quando há uma regra prévia e quando não há. No segundo caso, ele entende que a tarefa do juiz é eminentemente política, na criação de uma nova regra, abandonando sua função de julgador e assumindo a de legislador. Já quando regras existem, a função é estritamente jurídica e o processo se desenvolve conforme o modelo tradicional, baseado nas fontes formais, costumes, precedentes *etc*. Essa segunda função respeita o que advém do comércio e dos processos de troca (econômicos), ou seja, o judiciário deve estabilizar e manter o que *já é*, e não o que *pode ser*.[281]

Além disso, BUCHANAN identifica três tipos de normas, resumidas por MARCIANO[282]: a constituição, as instituições do Direito, e a coleção de decisões do processo legislativo que regulam o *bem público*; devendo-se fazer uma separação conceitual entre elas e uma distinção categórica. O Direito (normas jurídicas) e a legislação ou regulação (normas políticas) são estritamente separações que existem entre dois estágios do processo decisório, que são as decisões sobre as regras e as decisões dentro das regras. As normas constitucionais enquadram o comportamento seguinte, e as normas legislativas ou regulamentares são pós-constitucionais, nível no qual elas decorrem do comportamento de oficiais eleitos e burocratas. Essas regras são produzidas e desenhadas dentro dos limites estabelecidos pela constituição e pelo contrato social.[283]

---

279 Idem, ibidem, pp. 259-284.

280 Aliás, no Brasil, é vedado aos juízes "*receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo*" (artigo 95, parágrafo único, inciso II, da Constituição Federal de 1988).

281 *Cf*. MARCIANO, Alain. "Value and exchange in law and economics: Buchanan *versus* Posner". *Review of Austrian Economics*, 2007, n. 20. pp. 9-10.

282 Idem, ibidem, pp. 7-8.

283 Idem, ob. e loc. cit.

Por essa análise, os juízes não deveriam criar normas novas. Analisando economicamente a estrutura federal de legislatura em níveis (federal, estadual *etc*.), BUCHANAN vê a criação de normas jurídicas como uma decorrência da competição entre as unidades federativas. Trata-se de um federalismo competitivo.[284] Nessa estrutura, as instituições políticas é que devem ficar responsáveis pela criação de regras novas, enquanto que aos magistrados deve caber apenas interpretá-las, modificá-las, atualizá-las, enfim, se abster de criar novas regras.

Todavia, para se compreender efetivamente a doutrina de BUCHANAN, é preciso retomar seus trabalhos iniciais a esse respeito. Em um artigo de 1959, BUCHANAN explica o suposto erro dos economistas positivistas, que analisam a economia e a sociedade e dela extraem hipóteses verificáveis. O papel desses economistas na formação das políticas públicas é indireto, pois eles não formulam mais teorias sobre como as coisas *deveriam ser*, mas se limitam a estudar o que *é*. Em contraposição, surge a economia do Estado do Bem-estar Social (*welfare*), e a referência de tal escola é PARETO, que enunciou que a maior eficiência possível é aquela situação na qual uma certa mudança social a todos beneficia ou ao menos beneficia alguém e ninguém é prejudicado. Mas essa proposta é, em si mesma, uma proposição de caráter ético, até mesmo porque os vocábulos *melhor* ou *pior* são altamente subjetivos e influenciáveis pelos valores do indivíduo que os argumenta. Os economistas do Bem-estar Social (*welfare*), então, buscam nessas fórmulas de eficiência um *dever ser* social, o que para BUCHANAN é impensável, pois os economistas não são oniscientes e não podem substituir a vontade das pessoas ao decidir o que é melhor para elas. Surge então a economia política, a serviço dos formadores de políticas públicas. Mas o papel desses economistas, para retomar sua neutralidade, deve voltar à forma positivista, limitando-se a analisar os efeitos esperados das opções coladas em discussão, deixando para os formadores da política pública decidir qual caminho seguir. Deve-se pois deixar para os tomadores de decisão (*decision-makers*) as escolhas parciais, baseadas em critérios de benefício social ou desejabilidade das políticas públicas.[285] A conclusão de BUCHANAN é no sentido de um economista político positivista sempre se manter neutro, propondo hipóteses e testando-as. A partir do momento em que a opinião do economista for relevante para decisão, e desde que suas hipóteses não sejam testadas, seu papel perderá a neutralidade e essa situação deverá ser evitada.[286]

Em resumo, BUCHANAN distingue claramente os aplicadores do direito (magistrados) e os criadores das políticas públicas (membros do Poder Legislativo e burocratas do Poder Executivo), entendendo como políticas públicas inclusive as normas jurídicas em geral, a respeito do comportamento da sociedade e de suas instituições. Para ele, essas funções não

284 BUCHANAN, James. "Federalism and Individual Sovereignty". *Cato Journal*, v. 15, pp. 259-286, 1995.

285 BUCHANAN, James. "Positive economics, Welfare Economics, and Political Economy". *Journal of Law and Economics*, v. 2, pp. 124-138, 1959. *Cf*. pp. 124-128.

286 Idem, ibidem, pp. 137-138.

devem ser misturadas. E o papel da doutrina, sem função legislativa, não é sugerir as alterações, mas estudar os problemas, levantar hipóteses de melhoria, testá-las ao máximo, e fornecer esses dados aos legisladores. Esse é o papel político positivista, pois assim se analisa o estado das coisas (*ser*), sem que se passe à atividade normativa (*dever-ser*).

2.8. Síntese do capítulo 2

2.8.1. O costume inglês de obedecer aos precedentes

Como já fixamos como premissa no início do trabalho, a *efetividade da tutela jurisdicional* corresponde à pacificação do conflito, com o melhor atingimento possível de todos os escopos da jurisdição, de modo a proporcionar a otimização do preenchimento das garantias constitucionais relativas ao exercício da jurisdição e à submissão dos jurisdicionados à inafastável tutela estatal dos conflitos intersubjetivos juridicamente relevantes. Bem por isso, entendemos que a tutela jurisdicional só será efetiva quando puder pacificar os conflitos e, mais que isso, será tão mais efetiva quanto maiores forem os destinatários das normas produzidas pelo processo.

Na Inglaterra, vimos que o respeito aos precedentes é, *per se*, um *costume*.[287] Foi a prática reiterada, de respeito aos precedentes, que tornou-se um costume, razão pela qual não houve um momento histórico determinado que assim conclui por essa técnica como sendo desejável. Aliás, na doutrina inglesa, os costumes não precisam ser *desejáveis*, mas apenas *razoáveis*.

Assim, não se conhece a força ou o motivo que levou a esse costume, mas se tem conhecimento do debate doutrinário que se seguiu após a prática se tornar reiterada. E o que se percebe é que não há consenso nenhum a respeito de tal ser uma técnica adequada. Por exemplo, costuma-se mencionar a falta de justiça em se criar a norma *ex post facto* e torná-la potencialmente imutável, sem que haja discussão em torno da solução adequada para o caso. Não se fala expressamente em efetividade da tutela, mas certamente as mesmas preocupações se colocam diante dos juristas ingleses.

287 Vide acima, n. 2.4.2.1, p. 50.

No Brasil, geralmente, há muito debate antes de se entrar em vigor uma novel legislação — contudo, à semelhança do sistema inglês, pode-se cogitar de uma norma consuetudinária que preveja o precedente vinculante, bastando que seja uma prática reiterada. De acordo com o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942 — antiga Lei de Introdução ao Código Civil), na omissão da lei, são fonte de direito a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Por falta de norma expressa sobre o tema, é possível sim que o costume de respeitar os precedentes passe a integrar o direito processual. É possível que se tentasse censurar os que assim pensarem, talvez por falta de conhecimento prévio sobre as *regras do jogo*, mas se a prática for reiterada e costumeira, todos não teriam seu conhecimento e a aceitariam? Foi o que ocorreu na Inglaterra e certamente poderia, um dia, acontecer no Brasil.

Enfim, embora assim se possa cogitar, o fato é que na noção brasileira de processo civil, o meio mais eficaz para estabelecer normas processuais é a sua inserção no Código de Processo Civil ou em normas que regulamentem matéria processual prevista na Constituição da República. Mas isso é prescindível, reitera-se.

Além disso, o costume inglês não pode ser transposto automaticamente para nossa doutrina processual, em razão de aqui termos obrigação de atender aos escopos da jurisdição. Ainda que o costume inglês de respeito aos precedentes possa atender ao escopo jurídico (algo próximo da ideia de *função nomofilácica* — atuação concreta do direito), temos nossas dúvidas se esse costume seria aprovado em sabatina sob os demais escopos da jurisdição, especialmente o social (pacificação dos conflitos). Que atribuir maior normatividade a um precedente atenderia à busca da pacificação social, não temos dúvidas, mas que o costume tal qual existente na Inglaterra possa fazê-lo, aí já não temos tanta certeza.

2.8.2. Precedentes judiciais e argumentação jurídica

Também expusemos acima que o uso de decisões anteriores como precedente é uma atividade a ser exercida pelo magistrado. E a questão que se coloca diz respeito à natureza dessa atividade: trata-se de analogia entre casos similares, ou a questão é meramente argumentativa? O uso de uma decisão anterior como fonte de direito é caso de analogia entre o caso anterior e o caso presente? Ou é mero recurso retórico—argumentativo para emprestar autoridade à decisão presente? Cremos que a questão envolve problemas maiores, dentre os quais certamente o mais importante é a legitimidade da jurisdição estatal para adjudicar conflitos, de forma heterocompositiva e com o monopólio do exercício dessa atividade.

Por suposto que seja cediço o dever de motivar as decisões, e que a regra do *livre convencimento motivado* seja um dever inafastável (como ocorre no Brasil), o uso de uma decisão precedente para *justificar* ou para *fundamentar* a decisão atual é medida que certamente se coloca na perspectiva argumentativa, e não exegética, como seria o caso da analogia. Isso fica claro quando demonstramos acima que existem técnicas para extrair os elementos determinantes de um caso e de outro, para compará-los. Esse confronto entre situações sempre será feito sob a ótica da argumentação jurídica, e a motivação dessa comparação se dirige à escolha dos fatores determinantes, e não à escolha da decisão propriamente dito. Com isso queremos dizer que o que se motiva (em uma decisão que invoca um precedente) é a escolha dos critérios de comparação, e não a escolha da decisão precedente. De tal sorte, não estamos diante da analogia, mas da argumentação jurídica e do dever de motivar as decisões. Por fim, é de se dizer que não fosse necessária a motivação, sequer seria preciso invocar um precedente — bastaria o magistrado julgar como melhor sentisse a questão.

De igual sorte, a técnica chamada de *distinguishing* (o método distintivo pelo qual se extrai de um precedente os seus fatores determinantes) e a extração da *ratio decidendi*, na perspectiva jurídica tradicional brasileira, são duas formas diferentes de interpretação jurídica, mas, não obstante, de mera interpretação. Isso não esvazia a importância desse estudo, mas o que se deve ter claro é que ler um texto e dele extrair a regra aplicável é, tal qual ocorre com o texto de lei publicado no diário oficial, uma forma de interpretação jurídica. Estudos sob a corrente chamada de *giro linguístico* detêm-se justamente sobre essas questões linguísticas (semióticas, semânticas, sintáticas, pragmáticas *etc.*), sobre as quais não é aqui oportuno tratar, mas que são absolutamente capazes de explicar a forma pela qual os signos constantes do suporte físico do direito são interpretados e como a regra aplicável é construída na mente do intérprete autêntico (no caso dos precedentes, o magistrado). Extrair a regra de um julgado e ou de uma lei é atividade idêntica, sob o ponto de vista da aplicação do direito. Basta que a norma seja construída mentalmente. Trata-se da moderna hermenêutica jurídica.

Por fim, devemos retomar as linhas acima sobre o valor dos precedentes judiciais no discurso jurídico[288]. Segundo entendimento de Tucci e Alexy, já mencionados, o discurso judicial vê os precedentes como um dos seus elementos constitutivos, sua matéria-prima. Por isso, o que se entrevê, no discurso judicial, é a questão do ônus argumentativo. Se o julgador deve (assim na Alemanha como no Brasil) motivar suas decisões, então todos os recursos retóricos lícitos podem e devem ser utilizados. E para motivar, os precedentes judiciais representam inegável fonte: ora para confirmar o argumento exposto, ora para ser negado, ao se decidir de modo diverso. Na segunda hipótese, o julgador deve expor justificadamente o motivo pelo qual afasta o precedente judicial, e é por isso que se trata de seu ônus argumentativo.

288 Vide acima, n. 2.6.3, p. 65.

Deve o magistrado trazer outros argumentos, caso deseje afastar a aplicação do precedente. É assim que dissemos que invocar precedentes se torna ora *argumento de autoridade*, ora elemento de confronto ou comparação, do qual se distancia o julgador. Ou se concorda com o precedente, ou se motiva a discordância: logo, concordar com o precedente *alivia* o ônus argumentativo do julgador.

2.8.3. As funções da jurisprudência

Os precedentes judiciais, coletivamente considerados (a *jurisprudência*), possuem uma tripla missão: resolver o caso concreto (*função dikelógica*), aplicar a norma de regência do caso (*função nomofilácica*), e unificar a interpretação e aplicação do direito (*função paradigmática*).

Em linha com o acesso à justiça e a ordem constitucional brasileira como um todo, a *função dikelógica* é melhor definida como o dever (ou a atividade) de *dirimir o conflito com justiça. A função nomofilácica*, por sua vez, trata da preservação da higidez, validade e autoridade do ordenamento jurídico. E a *função paradigmática*, por fim, permite que o precedente tanto previna a formação das lides quanto acelere os julgamentos.

A respeito da última, pode-se dizer que se trata do desestímulo à judicialização de pretensões contrárias à corrente dominante ou às teses sumuladas, assim como se trata da antecipação e compactação dos procedimentos, o prosseguimento de processos cujo conteúdo seja contrário ao entendimento jurisprudencial dominante ou sumulado.

Nessa perspectiva, para que contribuam tanto quanto possível para a efetividade da tutela jurisdicional, as técnicas de valorização da jurisprudência devem atender adequadamente a essa tripla missão. Por assim dizer, para atender às três funções (*dikelógica*, *nomofilácica* e *paradigmática*), todas as técnicas de valorização do precedente deverão: (*i*) permitir a justiça do caso concreto, (*ii*) preservar a autoridade do ordenamento jurídico, e (*iii*) uniformizar os padrões de julgamento.

2.8.4. Há super-precedentes no Brasil? Há normas super-eficazes?

Ao debate sobre os *super-precedentes*, acreditamos que alguns valores precisam ser acrescentados. Não temos dúvidas de que pode haver uma norma muito respeitada, de origem em uma decisão judicial precedente. Mas é útil criar-se essa distinção? Por suposto que estejamos diante de tal super-precedente, qual a consequência pragmática desse encontro? Poderá a norma ser revogada, apesar de muito respeitada e arraigada nas instituições da nação?

É bem possível que haja super-precedentes no Brasil, que inclusive evitam os litígios futuros justamente porque a matéria foi assentada. Não obstante, não terá, a priori, tal precedente, força vinculante própria. Tomemos as súmulas vinculantes, por exemplo. Uma vez publicada no diário oficial, a norma deve ser tida como uma *super-norma*, uma vez que ela não apenas se dirige aos cidadãos, como também aos magistrados. Elas são portanto tanto normas de estrutura quanto de comportamento. Aquilo que a súmula vinculante fixa não poderá ser sequer decidido em sentido contrário. Mas apenas isso não é suficiente. O *engessamento* não é absoluto, e a súmula vinculante pode ser revogada a qualquer tempo, pelo próprio órgão que a prolatou. De tal sorte, a súmula vinculante não representa um *super-precedente*, mas apenas um precedente que, enquanto vigente, é uma norma de estrutura e de comportamento, dirigida aos jurisdicionados e aos julgadores. Modificada a situação fática, pode a súmula ser revogada. Assim, para ser um super-precedente, a decisão judicial precisa representar algo que permanece sem alterações por longos períodos de tempo. Mas e quando os fatos mudam (as condições sociais *etc.*), faz diferença ter classificado aquela decisão precedente como *super*? A resposta é um sonoro não.

De mesmo modo, no Brasil, não faz sentido se falar em "*super-leis*" ou "*super-normas*", que são respeitadas por tudo e por todos, pois é exatamente esse o objetivo das normas: serem respeitadas e obedecidas enquanto válidas e vigentes. A classificação em torno da superlativação do precedente (ou das normas) adquire então uma outra conotação: trata-se da busca por normas *super-eficazes*. Todavia, mais uma vez, não vemos utilidade nessa classificação, já que sempre que perder a sua *super-eficácia*, a norma poderá ser revogada ou derrogada. Se uma lei é eficaz até hoje, nada a impede de ser revogada ou derrogada amanhã. São planos distintos. A eficácia se localiza no plano fático (*ser*) e a validade e vigência no plano do ordenamento jurídico (*dever-ser*).

2.8.5. Técnicas de valorização como normas de estrutura

Também já afirmamos em diversas oportunidades acima que as técnicas de valorização dos precedentes são normas de estrutura. Com isso, queremos dizer que as normas sobre técnicas de valorização dirigem-se exclusivamente aos julgadores das causas. Essas normas regulam como, quando e de que forma os precedentes devem (ou não devem) ser utilizados no julgamento. Por exemplo, a norma que prevê o julgamento antecipadíssimo da lide (art. 285-A do CPC-73) determina que um magistrado de primeiro grau pode (se quiser) se utilizar de decisões prévias suas (*autoprecedente*) para julgar no mesmo sentido uma causa posterior. A norma em questão se dirige exclusivamente a magistrado da causa. A súmula vinculante, por outro lado, dirige-se a todos os magistrados e administradores públicos, em qualquer grau, instância ou órgão. Todavia, com graus distintos, é verdade, ambas as técnicas influenciam a tomada de decisões pelos cidadãos, pois a eles interessa criar expectativas e calcular os seus risco. Assim, apesar de as normas de estrutura — como são todas as técnicas de valorização dos precedentes — dirigirem-se apenas aos julgadores, elas são de interesse geral e cada particular pode potencialmente sentir os seus efeitos, quando uma causa sua for julgada por um magistrado (ou administrador público, no caso da súmula vinculante), aplicando-se uma técnica de valorização de precedentes.

Com isso, queremos dizer que todas as técnicas de valorização dos precedentes são normas de estrutura, mas em razão de influenciarem diretamente a tomada de decisão pelos cidadãos potencialmente afetados por elas, são as mesmas técnicas, também, regras de comportamento. Não são normas de conduta, mas influenciam diretamente o comportamento dos litigantes (ainda que em potencial), e isso não pode ser deixado de lado ao se estudar o tema.

2.8.6. Análise econômica do direito

Com relação à Análise Econômica do Direito, algumas anotações são imprescindíveis. Do trabalho de Landes e Posner, podemos inferir algumas conclusões bastante úteis. A primeira, e certamente a mais importante, é notar que a eficácia dos precedentes judiciais pode ser mensurada quantitativamente, em estudo empírico, a partir do número de citações de um precedente específico pelos casos seguintes, nos quais se invoca essa decisão anterior como fundamento determinante do julgamento.[289] Essa mensuração quantitativa permite inú-

289 *Cf.* LANDES, William; POSNER, Richard. "Legal Precedent: a theoretical and empirical analysis". *The Journal of Law and Economics*, v. 19, pp. 249-308, 1976.

meras outras análises e dá, na prática, uma medida a respeito da eficácia de um precedente específico. Essa análise empírica é, portanto, uma apuração da eficácia de precedentes judiciais determinados. A partir disso, e trata-se de mais uma conclusão permitida por LANDES e POSNER, hemos de notar que existe uma dimensão temporal ao lado dos planos de validade e eficácia. Se os precedentes são mensuráveis quantitativamente por meio de seu número de citações, e se por meio de um estudo empírico foi verificado que os precedentes se "depreciam" ao longo do tempo, então é importantíssimo acrescentar ao estudo da validade e da eficácia a medida temporal dessas duas variáveis. O plano de validade já costuma ser avaliado em sua dimensão temporal, em trabalhos de direito intertemporal,[290] mas o plano da eficácia, projetada no tempo (dimensão temporal) não é amplamente debatida no Brasil (e mesmo onde ela é estudada, o é de maneira incipiente[291]).

Concordando com LANDES e POSNER, é de suma importância notar que os precedentes devem ser o mais geral possível, preferencialmente estatuindo princípios ou cláusulas genéricas. Sempre que possível, devem os precedentes se abster de mencionar uma legislação em vigor específica, pois quando o fazem, sua depreciação (queda no seu uso como fator determinante para decidir) se dá muito mais depressa que nos casos em que o precedente estatui um princípio geral, aplicável a leis diferentes (que venham a suceder a lei que vigorava ao tempo da edição do precedente). Com isso, os precedentes passam a ser invocados por mais tempo e tornam assim mais eficiente o método estatal de adjudicação de conflitos.[292]

Com relação ao estudo de LANDES e POSNER sobre a função adjudicatória,[293] é bastante curioso que os autores tenham teorizado e colocado à prova a hipótese de que a falta de incentivos aos magistrados (para produzirem os precedentes) é, talvez, uma causa para que os precedentes sejam tão pouco respeitados.[294] Sem colocar em dúvida essa causa à falta de respeito aos precedentes, podemos imaginar outras que igualmente prejudicam. Por exemplo, a desconfiança que um magistrado possa ter nos precedentes de outros magistrados; em última análise, seria a completa falta de reconhecimento a respeito da autoridade de um magistrado de hierarquia superior. Essa causa, sem dúvida, é uma patologia de ordem sociológica. A autoridade sociológica de um magistrado não advém do ordenamento jurídico, e portanto não pode ser corrigida por meio do direito. Mas se esse fenômeno que é a falta de autoridade pu-

290 Por todos, *cf.* o recente trabalho de CAIS, Fernando Fontoura da Silva. *Direito processual civil intertemporal*. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

291 Essa análise empírica foi abordada com profundidade, por exemplo, nos já citados trabalhos de LANDES e POSNER ("Legal Precedent: a theoretical and empirical analysis". *The Journal of Law and Economics*, v. 19, pp. 249-308, 1976) e BRENNER e SPAETH (*Stare indecisis: the alteration of precedent on the Supreme Court, 1946-1992*. New York: Cambridge University Press, 1995).

292 Vide acima comentários finais ao n. 2.7.1, p. 70.

293 *Cf.* LANDES, William; POSNER, Richard. "Adjudication as a Private Good". *Journal of Legal Studies*, v. 8, pp. 235-284, 1979.

294 Vide acima comentários finais ao n. 2.7.2, p. 74.

der ser corrigido, ele certamente o será por meio de um movimento de acreditação do Poder Judiciário como um todo. Se o método estatal de solução de controvérsias receber mais a confiança dos cidadãos, aí talvez voltarão os juízes a serem vistos como uma autoridade moral, portadora de um melhor conhecimento específico das normas e do ordenamento e portanto digna de receber a confiança para julgar os litígios. Enquanto isso não acontecer, continuaremos a ter um Poder Judiciário sem crédito social e cujo maior reflexo disso é a aludida falta de respeito aos precedentes de um magistrado pelos demais. Por não ser um problema propriamente jurídico (mas apenas verificado nas instituições judiciárias), não há que se corrigi-lo por meio de lei. Deve-se buscar e esperar que as condições sociais permitam um maior respeito ao magistrado, e assim volte a deter a autoridade moral que o sistema presume que possua para poder julgar os conflitos. Como essa ideia envolve diretamente os limites e a eventual justaposição entre Direito e Moral, não é viável nos aprofundarmos nesse tema no presente trabalho.

Por fim, outro trabalho digno de síntese é o de RASMUSEN, que apurou uma tendência, segundo modelos estatísticos, de que um aumento no número de juízes que seguem cegamente os precedentes induz um aumento no número de juízes que começam a não *gostar mais* de segui-los.[295] A importância desse trabalho reside justamente na conclusão de que a falta de obediência aos precedentes seja *corrigida* com um aumento na força obrigatória dos mesmos ou uma *campanha* dentre os magistrados para que os precedentes sejam mais respeitados. Essa investida fatalmente levaria a um menor respeito aos precedentes. Assim, no Brasil, não vemos como produtivas as tentativas de forçadamente obrigar magistrados a seguir os precedentes. O que se deve buscar, isso sim, é criar técnicas que permitem que o precedente seja seguido, e não técnicas que obrigam a essa obediência.

2.8.7. Movimento de generalização do julgado individual

Por fim, a respeito do que chamamos acima de movimento de generalização do caso individual, e ao observar de longe a doutrina romano-germânica, nos parece que aquilo que os ingleses (e os países de mesma tradição jurídica) estudam sob o prisma da fundamentação com base em precedentes, os países de tradição europeia continental estudam do ponto de vista da interpretação jurídica. Os problemas que se colocam em um e no outro caso são basicamente os mesmos, e as soluções muito se assemelham. Evidentemente não são a mesma coisa, mas aos nossos olhos, parece que um está contida no outro. O gênero que seria a interpretação jurídica contém a interpretação de precedentes, contém a analogia, contém a in-

295 RASMUSEN, Eric. "Judicial Legitimacy as a Repeated Game". *The Journal of Law, Economics & Organization*, v. 10, pp. 63-83, 1994.

terpretação de leis *etc*. Com isso, entendemos que, sem desestimular o estudo dos precedentes, a sua utilização prática deve seguir os cânones da interpretação jurídica. A escolha *in concreto* de um precedente, em detrimento de outro, por exemplo, é uma atividade que deve ser analisada sob a ótica da interpretação jurídica, sempre lembrando que se trata de questão atinente à argumentação jurídica e ao discurso judicial, como já expusemos acima.[296]

Sem retomar essa questão do ônus argumentativo, entendemos que o movimento de generalização do julgado individual sempre ocorreu em qualquer ordenamento jurídico de origem romano-germânica. Se o precedente é emitido como uma norma individual e, ato contínuo, se insere em uma massa de normas (o conjunto de precedentes ainda em vigor: a jurisprudência), para dali ser escolhido por qualquer magistrado futuro, então o precedente, norma geral e abstrata, nada mais é que uma norma anedótica ou alegórica, que reforça o argumento, que perfaz a necessária motivação, ou que serve de elemento de comparação para divergir de entendimento anterior.

296 Vide acima, n. 2.8.2, p. 79.

CAPÍTULO 3. TÉCNICAS DE VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES

3.1. Grandes grupos e gêneros de técnicas de valorização dos precedentes

Os precedentes vêm passando no Brasil por um processo de valorização, lento e gradativo, ao qual DINAMARCO se referiu como *caminhada de valorização dos precedentes*, sobre a qual já nos detivemos. No panorama atual, temos várias técnicas diferentes e que devem ser estudadas em alguns grupos, de acordo com as suas semelhanças.

Agrupamos então as várias técnicas em gêneros. Com isso, foi possível entrever que esses gêneros atacam ora o problema do tempo (aceleração do procedimento), ora o problema da certeza do conteúdo da decisão (fixação da tese), ora os dois. Por isso, há três grandes grupos: técnicas temporais, técnicas de conteúdo e técnicas mistas.

Dentro desses três grandes grupos, pudemos inserir todos os gêneros elencados a seguir. No primeiro grupo (técnicas temporais), inserem-se os seguintes gêneros: técnicas que permitem a supressão do duplo grau de jurisdição e técnicas que permitem o julgamento imediato da causa. No segundo grupo, das técnicas de conteúdo, temos o gênero das técnicas que impõem um conteúdo obrigatório à decisão subsequente. Por fim, no grupo das técnicas mistas, tem-se o gênero das técnicas que permitem a suspensão do processo até que uma tese seja fixada e também o gênero das técnicas que permitem a fungibilidade recursal, para receber um recurso como se outro fosse, quando o segundo não foi admitido.

3.2. Técnicas temporais

3.2.1. Supressão do duplo grau de jurisdição

A primeira espécie de técnica do gênero temporal é a supressão do duplo grau de jurisdição cujo funcionamento compreende, como a própria denominação sugere, que o duplo grau de jurisdição seja simplesmente suprimido, aqui entendido como o dever ou direito de que uma decisão seja reanalisada por uma instância superior, que na nossa sistemática brasileira representa o binômio sentença—acórdão (decisão singular—colegiada, ou ainda juiz—tribunal). O raciocínio para sua adoção talvez tenha sido encontrar um "*atalho"* para a decisão final, isto é, se estabeleceu um termo final para determinadas demandas, que após implemento da condição, extingue-se o processo. Nesse raciocínio, a condição seria a publicação de uma decisão em conformidade com os precedentes, o que fulminaria a possibilidade de ser remetida para o tribunal.

Para a compreensão desta técnica, mister estudar a natureza do duplo grau de jurisdição, se princípio ou regra, se constitucional ou processual, se obrigatório (garantia) ou recomendável. No processo civil brasileiro, o duplo grau de jurisdição é geralmente associado ao *recurso de apelação* — pelo qual se recorre a um tribunal contra decisão de primeiro grau — e ao *recurso ordinário* — quando se recorre para um tribunal superior contra decisão de um tribunal que julga ação originária (por ex.: habeas corpus ou mandado de segurança impetrado diretamente em um tribunal local, tais como um tribunal de justiça estadual ou um tribunal regional federal).

WAMBIER e TALAMINI são categóricos ao afirmar que "*tem prevalecido o entendimento de que não se trata de garantia constitucional absoluta*", razão pela qual poderá haver lei ordinária que estabeleça que, em certos casos, não caberá recurso de apelação.[297]

THEODORO JR. leciona que embora sem previsão expressa na Constituição, o duplo grau de jurisdição está ínsito (implícito) me nosso sistema constitucional, pressupondo uma maior experiência do órgão julgador superior.[298] O autor anota, todavia, que o STF já decidira que o duplo grau de jurisdição não consubstancia garantia constitucional, até mesmo porque a

297 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*, v. 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 10ª ed. São Paulo: RT, 2008, p. 590 (n. 37.5.6).

298 THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*, vol. I: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 49ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 572 (§ 81, n. 527).

própria Constituição de 1988 não prevê recurso naqueles casos em que um tribunal superior possui competência originária, como no caso do art. 102 da CF-88.[299]

Nessa linha, pode-se confrontar as garantias fundamentais, dispostas na Constituição Federal, com o Artigo 8º, item 2, alínea *h*, do PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA (1969). Desse confronto, e imaginando-se que uma técnica de valorização dos precedentes irá dispensar o duplo grau quando houver um precedente sobre o tema, podemos passar pelos princípios constitucionais tácitos (ou implícitos, como seria o caso), e mesmo assim concluiremos que não há a necessidade de existir o duplo grau de jurisdição quando o resultado da causa já é conhecido (por força do precedente).[300]

Ademais, principalmente quando o motivo da existência do duplo grau é a maior experiência do órgão superior, então quando justamente este já tiver se pronunciado antes, é até recomendável que o duplo grau seja suprimido, dispensando-se uma nova manifestação do órgão mais experiente. Quando o motivo para o duplo julgamento não for exatamente esse, ao menos por força da aceleração do procedimento deve-se admitir que a causa seja julgada uma única vez, quando os órgãos de sobreposição concordam entre si a respeito da tese versada em uma dada causa.

Desta forma, sendo possível ao sistema suprimir o duplo grau, com o fim precípuo de valorizar o precedente, torna-se legítimo ao menos instituir alterações neste sentido. Os problemas podem surgir ao se legislar tais mecanismos, suprimindo-se algo diverso, ou não se permitindo maior celeridade e maior efetividade por exemplo.

Em resumo, hoje o sistema processual civil brasileiro conhece os mecanismos de supressão do duplo de jurisdição a seguir descritos.

3.2.1.1. Supressão do reexame necessário (Artigo 475, §3º, do CPC-73)

Primeira técnica é a supressão do reexame necessário, quando a sentença *estiver fundada em jurisprudência do plenário do STF ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente* (STJ, TST, STM, TSE), conforme §3º incluído ao artigo 475 do CPC pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001.

---

299 STF, ao julgar o Agravo Regimental em Recurso Extraordinário (AgRg em RE), n.º 216.257-4/SP, da 2ª Turma, relator o Min. Marco Aurélio, publicado no DJU de 11.12.1998, p. 7.

300 *Cf*. LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: RT, 1995.

Segundo Cleide Previtalli Cais, o duplo grau forçado (reexame necessário), pelo conteúdo da decisão, é ideia que surge da vontade do legislador de dar maior *certeza* às decisões proferidas contra os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), incluindo as respectivas autarquias e fundações de direito público, ou contra as Fazendas Públicas em Embargos a Execuções da Dívida Ativa.[301] Contudo, anota a autora que continua vigente o princípio da vedação à *reformatio in pejus*, segundo o qual não poderá a condenação do ente público ser majorada em reexame necessário.[302]

O disposto no §3º do artigo 475 vai ao encontro da constatação de que a remessa *ex officio* não ocupa mais o mesmo lugar que outrora ocupou. A valorização do magistrado de primeiro grau é tendência certa e a supressão do reexame necessário é medida que vai nesse exato sentido.

Não obstante, o reexame necessário (apelação *ex officio*) continua a ser prevista, mas suas hipóteses de aplicação vem sendo reduzidas. Muitas vezes, a própria procuradoria do órgão público libera seus advogados de recorrerem quando a jurisprudência das instâncias superiores é consolidada em sentido contrário ao interesse da Administração Pública. Isso, aliado ao dispositivo citado (artigo 475, §3º, do CPC-73) faz com que os temas pacificados praticamente só passem pela primeira instância, indo diretamente da sentença de primeiro grau para o cumprimento da decisão, perante o próprio juiz prolator da sentença (quando exequível a decisão).

3.2.1.2. Supressão da apelação (Artigo 518, §1º, do CPC-73)

Segunda técnica é a supressão do recurso de apelação, por meio do seu não recebimento pelo juiz, ainda no primeiro grau, *quando a sentença estiver em conformidade com súmula do STJ ou do STF*, ao que convencionou-se chamar "*súmula impeditiva de recurso*",[303] conforme § 1º introduzido ao artigo 518 do CPC, pela Lei Federal n.º 11.276, de 2006.

---

301 CAIS, Cleide Previtalli. *O processo tributário*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2011, pp. 99-102. Ver também pp. 108-111.

302 A autora (ob. e loc. cit.) sugere a leitura da Súmula n.º 45 do STJ ("*No reexame necessário, é defeso, ao tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública*") e da Súmula n.º 14 do TRF da 2ª Região ("*A remessa necessária não pode ser provida para agravar a condenação imposta à Fazenda Pública, haja ou não recurso voluntário das partes*").

303 *Cf*. THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*, vol. I: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 49ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 603 (= § 82, n. 544-a).

Para Theodoro Jr., o raciocínio determinante dessa alteração foi o fato de que, se é admitido que a súmula vincule juízes e tribunais, muito bem se pode (ou deve) impedir que a parte recorra da decisão em consonância com a súmula das duas mais altas cortes do país. Em ambos os casos (súmula vinculante e súmula impeditiva de recurso), para o autor, o que está em jogo é "*o prestígio da Súmula do STJ e do STF pela ordem jurídica*".[304]

Marcelo Tuze Cei anota que é um requisito de admissibilidade que a apelação não esteja se insurgindo contra uma sentença conforme súmula do STJ e do STF, mas a aplicabilidade do instituto, para o autor, se aproxima do próprio mérito do recurso. Para o autor, o legislador faltou com a precisão terminológica ao dispor que a apelação *não será recebida*. Na verdade, ela será de plano improvida, à semelhança do disposto no artigo 557 do CPC-73 que trata do julgamento do recurso singularmente pelo relator (o que seria uma técnica de julgamento imediato).[305]

Apenas não concordamos com essa afirmação final de Cei pois aqui não há julgamento algum, há uma recusa em se julgar, mantendo-se integralmente a sentença recorrida que seja conforme as súmulas do STJ e do STF (e que não possa haver matéria outra fora desse tema). Na técnica de julgamento imediato há efetivo julgamento, porém antecipado.

Sobre esse mecanismo, que por vezes é chamado de "*sentença irrecorrível*", importa notar que não basta que a sentença tenha mencionado ou se apoiado na súmula, mas é necessário que a própria decisão tenha se fundamentado na súmula e que não haja qualquer questão fora do decidido pela súmula, já que nesse caso a supressão do recurso feriria invariavelmente o direito à ampla defesa. Além disso, caso o magistrado de primeiro grau tenha equivocadamente não recebido o recurso, cabe à parte apelante agravar de instrumento, diretamente no Tribunal, conforme artigo 522, *caput*, do CPC.[306]

3.2.2. Julgamento imediato ou singular (como exceção ao julgamento colegiado)

Outra espécie de técnica do gênero temporal é a que obriga o julgamento a ser imediato, ou tão cedo quanto se constate essa possibilidade. Por essa técnica, uma demanda recém-ajuizada ou um recurso recém-interposto devem (*rectius:* podem) ser julgados de plano, caso seu conteúdo não represente tese nova, isto é, caso diga respeito a questões contro-

304 Idem, ob. e loc. cit., observando que a súmula que impede recursos não é a vinculante, mas qualquer súmula dos tribunais mencionados no dispositivo.

305 CEI, Marcelo Tuze. "Súmula impeditiva de recursos: integração, interpretação, constitucionalidade e efetividade". *Revista de Processo*, v. 173, p. 201ss., jul. 2009.

306 Theodoro Jr., *Curso...,* v. 1, ob. cit., pp. 603-604.

vertidas previamente julgadas em demandas análogas. Ainda, pode-se julgar de plano e singularmente recurso, ação ou incidente que ordinariamente se julgaria colegiadamente ou por órgão de maior *quorum*.

A adotar tal técnica, encontram-se em vigor no CPC quatro mecanismos de julgamento imediato da demanda (originariamente ou em nível recursal), a seguir expostos.

3.2.2.1. Julgamento de plano da petição inicial (Artigo 285-A do CPC-73)

A primeira técnica é o julgamento *prima facie* da petição inicial, antes mesmo da citação, por meio da faculdade conferida ao magistrado pelo artigo 285-A do CPC (acrescentado pela Lei nº 11.277, de 07.02.2006), para que se julgue imediatamente o pedido, para negar-lhe procedência, tratando-se de matéria unicamente de direito e se *no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos*, bastando ao magistrado reproduzir o teor da decisão anterior.

A respeito do primeiro mecanismo, importante acoimar que se trata de um dispositivo que, em situação similar à do julgamento do pedido para decretar a prescrição ou decadência (artigo 295, IV, CPC), permite ao magistrado julgar de plano a lide, ainda sem a presença do réu.[307]

O novel dispositivo determina que a decisão seja proferida antes da citação, ou seja, a sentença deve ser prolatada *in limine litis*. Esta providência se faz necessária pois, após a citação, o réu adquire o direito a contestar e formular diversos pedidos contrários do arsenal fornecido pelo sistema processual, como ajuizar Ação Declaratória Incidental, Reconvenção, Exceção de Incompetência e outros. Passada esta fase, o julgamento da ação não mais será imediato, mas meramente antecipado, consoante artigo 330 do CPC.

Além de ter como requisito a existência de causas idênticas julgadas improcedentes e ser caso de matéria unicamente de direito, a parte final do *caput* do artigo 285-A implica um terceiro requisito: que a reprodução do teor da sentença anterior se preste a solucionar a causa superveniente.

---

307 *Cf*. THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*, vol. I: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 49ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 359-362 (§ 54, nn. 357-*a* a 357-*c*).

Dito isso, surgem duas questões relevantes e não solucionadas no dispositivo: (***a***) se basta uma única sentença para que todas as supervenientes sejam assim solucionadas ou se há um número mínimo; e (***b***) se é possível a mera reprodução mecânica como cópia reprográfica ou se é necessário proferir nova sentença, reproduzindo o fundamento e o dispositivo ou apenas o dispositivo. Nosso entender é no sentido de que basta uma única, desde que seja possível identificar a repetitividade do caso já a partir da segunda causa, e que é preciso proferir uma nova sentença, bastando repetir os argumentos lançados anteriormente na fundamentação (pois o dever de motivar não pode ser jamais suprimido, especialmente diante do artigo 93, inciso IX,[308] da Constituição Federal de 1988).

Do ponto de vista do autor, que recebe a improcedência de plano, alguns autores chegam a cogitar de ofensa ao devido processo legal e ao direito de ação.[309]

Do ponto de vista do réu também não há ofensa ao contraditório e à ampla defesa, pois, em qualquer caso, o réu sempre deverá ser intimado da decisão proferida, ao menos para que dela tenha ciência e, se o caso, venha a exigir o seu cumprimento pelo autor da ação que foi julgada de plano.[310] Ao autor caberá interpor recurso de apelação, se assim desejar, sendo necessário que o réu seja citado para apresentar resposta (contrarrazões) ao recurso de apelação.[311] Quanto ao contraditório e a ampla defesa, nada lhes prejudica, pois o réu não é prejudicado pela decisão de mérito proferida. Caso o juiz se retrate, aí o processo terá o seu curso normal, com a citação do réu para se defender ou apresentar as demais respostas cabíveis.[312]

3.2.2.2. Julgamento monocrático de recurso (Artigo 557 do CPC-73)

A segunda técnica é o julgamento monocrático de recurso, a qualquer tempo, pelo seu relator, por meio da faculdade conferida (embora contenha comando imperativo) no artigo 557 do CPC (alterado pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998), que permite que seja negado seguimento nos casos em que as razões recursais encontram-se em confronto com súmula ou

308 Dispositivo que estatui o seguinte: "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e *fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade*, [...]" podendo a lei limitar em alguns casos o acesso às decisões, quando confrontados intimidade do interessado e interesse público à informação (conforme redação dada pela EC-45/2004).

309 Por todos, *cf*. MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. "Sentença emprestada: uma nova figura processual". *Revista de Processo*, v. 135, p. 152ss., mai. 2006.

310 *Cf*. THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*, vol. I: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 49ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 360-361 (§ 54, n. 357-a-1).

311 Idem, ibidem, p. 361, n. 357-b.

312 Idem, ibidem, p. 362, n. 357-c.

jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do STF ou do tribunal superior correspondente (TST, STJ, STM ou TSE), ou, inversamente, que seja dado provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver contrária à súmula ou jurisprudência dominante do STF ou do tribunal superior correspondente (consoante §1º-A do artigo 557).

Quanto ao julgamento singular de recursos, reflexões distintas surgem. Primeiro, há de se destacar que o *caput* do artigo 557 é mais amplo, representando um mecanismo de valorização do precedente muito abrangente, pois admite que o recurso seja negado monocraticamente se a decisão estiver em acordo até mesmo com jurisprudência dominante do tribunal que julga o recurso em questão.

Ademais, seja pelo *caput* ou pelo §1º-A, a decisão monocrática é válida para qualquer recurso julgado em tribunal, sendo que não se trata de supressão do segundo grau, mas de julgamento singular, cabendo ainda o agravo regimental para sanar eventual erro do relator. Além disso, o dispositivo se aplica também à remessa oficial, que conforme enunciado n.º 253 da Súmula do STJ tem natureza recursal.

3.2.2.3. Julgamento singular de conflito de competência (Artigo 120, § ún., do CPC-73)

Por meio dessa técnica, o relator de conflito positivo de competência poderá julgar singularmente, sem submeter ao colegiado, quando houver *jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada*. Por meio dessa singela técnica, antecipa-se o julgamento do conflito de competência, mas em razão de ainda caber agravo contra tal decisão, sua utilizada prática acaba sendo mitigada.

3.2.2.4. Exceção à reserva de plenário para a declaração incidente de inconstitucionalidade (Artigo 481 do CPC-73)

Por fim, também há técnica aceleratória, permitindo que o incidente de arguição de inconstitucionalidade, em tribunal, seja julgado singularmente, com exceção à regra ordinária de reserva de plenário (ou órgão especial, conforme o regimento interno do tribunal em questão).

Leia-se na íntegra o artigo 481 do CPC-73, após inclusão de seu parágrafo único pela Lei Federal n.º 9.756, de 17 de dezembro de 1998:

> Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.
>
> Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Como se sabe, o tema foi até objeto de Súmula Vinculante, enunciado n.º 10: "*Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte*".[313]

Mas não é esse o caso aqui tratado. O que o artigo 481, parágrafo único, trata é de declaração expressa de inconstitucionalidade pelo tribunal, por meio do controle difuso (incidentalmente a um processo em curso), que aqui expressamente dispensa a reserva de plenário para permitir que os órgãos fracionários (turmas, câmaras, grupos *etc.*) declarem, expressa e incidentalmente, a inconstitucionalidade, *quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do STF sobre a questão*.[314]

3.3. Técnicas de conteúdo

3.3.1. Conteúdo obrigatório — precedente vinculante por excelência

A técnica de conteúdo encontrada em nosso sistema não deixa alternativa ao julgador: ele há de atribuir conteúdo decisório obrigatoriamente idêntico ao paradigma jurisprudencial. Trata-se dos enunciados da *súmula vinculante* do STF.

313 Enunciado já citado acima (nota 35, p. 22). Publicado no Diário de Justiça Eletrônico (DJe) n.º 117 de 27/6/2008, p. 1. DOU de 27/6/2008, p. 1. Precedentes: RE 482090, RE 240096, RE 544246, RE 319181 e AI 472897 AgR.

314 *Cf.* THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*, vol. I: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 49ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 701-703 (§ 91, nn. 594-599).

3.3.1.1. Súmula vinculante do STF (artigo 103-A da CF-88)

A criação da súmula vinculante, pela Emenda Constitucional n.º 45, de 08.12.2004 ("EC-45"), pode ser vista como verdadeira inovação no nosso sistema pois, apesar de já ser conferido efeito *erga omnes* às decisões em ADIn, ADC e ADPF,[315] a súmula vinculante atribui verdadeira força normativa às súmulas do STF aprovadas por mais de dois terços (⅔) de seus membros, sobre matéria constitucional.[316,317,318,319]

No entanto, sob pena de se atribuir competência legislativa federal ao STF, apenas vinculam as súmulas que versem a respeito da validade, interpretação e eficácia de normas determinadas e sobre as quais haja fundada controvérsia e potencial multiplicidade de processos, engessando os órgãos do poder judiciário e da administração pública, atingindo efetivamente os particulares apenas quando estes venham a juízo, mas orientando-os na vida civil.

Além disso, apesar do STF ser uma Corte Constitucional, nem tudo o que lá se decide trata de regras constitucionais, podendo ser normas processuais, substanciais, de direito comum. Estas, que não versam sobre constitucionalidade, não podem ser objeto de súmula vinculante.

São pressupostos da súmula vinculante: a) decisões reiteradas sobre matéria constitucional; b) ocorrência de controvérsia (constitucional), cujo objeto é a validade, interpretação ou eficácia de normas determinadas (estas constitucionais ou não); c) reflexos que acarretam (i) grave insegurança jurídica e (ii) relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão (constitucional).

Nota-se, assim, que a técnica de obrigar o julgador a proferir decisão com predeterminado conteúdo é medida que, além de valorizar o precedente constitucional, caminha no sentido da antecipação do termo final da demanda. Os principais problemas que podem surgir relacionam-se com (*i*) a identificação das demandas que devem se sujeitar ao conteúdo obrigatório e (*ii*) a efetividade do conteúdo obrigatório como medida de justiça, uma vez que nem

315 Por todos, *cf*. DINAMARCO, Cândido Rangel. "Súmulas vinculantes". *Revista Forense*, v. 347, p. 51-65, jul.-set. 1999.

316 Dentre outros, *cf*. PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. "Reforma do judiciário: a polêmica em torno da adoção das súmulas vinculantes e a solução oferecida pelas súmulas impeditivas de recursos". *Revista de Processo*, v. 120, p. 77-94, fev. 2005.

317 *Cf*. também SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi. "A súmula vinculante: o contraditório e a ampla defesa". *Revista de Processo*, v. 120, pp. 68-76, fev. 2005.

318 Ainda, *cf.* LAMY, Eduardo de Avelar. "Súmula vinculante: um desafio". *Revista de Processo*, v. 120, p. 112-137, fev. 2005.

319 Veja também HIGASHIYAMA, Eduardo. "Teoria do direito sumular". *Revista de Processo*, v. 200, p. 71ss., out. 2011.

sempre a matéria controvertida é parâmetro exclusivo para se permitir a mesma conclusão, isto é, os fatos do caso concreto podem ser tão diferentes que a mesma matéria julgada anteriormente não deverá ter o mesmo julgamento.

ABBOUD afirma que a Súmula Vinculante se aplica pelo seu enunciado genérico, e não pelos fundamentos da decisão, como ocorreria em um verdadeiro sistema de precedentes judiciais. Assim, as súmulas vinculantes, tal qual os assentos, se desprendem das causas que lhes deram origem e se aplicam independentemente da demanda subjacente, como verdadeiro enunciado normativo ABBOUD anota ainda que grande evidência da natureza legislativa da súmula vinculante é o fato de ela poder ser revisada ou revogada a qualquer tempo pelo próprio STF, tal qual qualquer ato normativo expedido pelo Congresso Nacional. A súmula vinculante não se assemelha a uma decisão transitada em julgado, mas sim a uma lei ordinária.[320]

3.4. Técnicas mistas: de tempo e de conteúdo

3.4.1. Indução à criação do precedente

3.4.1.1. Recursos repetitivos ao STJ e ao STF (Artigos 543-B e 543-C do CPC-73)

A principal técnica do gênero misto (temporal e de conteúdo) consiste na suspensão do processo até que uma decisão que constitua e consolide o precedente seja proferida, sendo tal técnica adotada no sobrestamento dos recursos ordinários (ao STJ e ao STF), especial (ao STJ) e extraordinário (ao STF), conforme artigos 543-B e 543-C do CPC em vigor.

Uma técnica efetiva e aplicável em vários graus de jurisdição, neste sentido, talvez seja a mais necessitada pelo sistema em vigor, em virtude da completa falta de mecanismos para se lidar com o conflito multiplicado enquanto não constituído o precedente das cortes. Isto é, deve haver um mecanismo que identifique que determinada controvérsia seja potencial-

320 ABBOUD, Georges. "Súmula Vinculante versus Precedentes: notas para evitar alguns enganos". *Revista de processo*, v. 33, n. 165, nov. 2008.

mente múltipla e, a partir deste reconhecimento, preparar o sistema para receber as demandas massificadas, formando-se um precedente logo após notar-se que um será necessário.[321,322]

Esta técnica de *valorização dos precedentes* tem se mostrado cada vez mais aplicada e representa a maneira encontrada para lidar com causas seriadas (ou repetitivas) em grau de Recurso Especial e de Recurso Extraordinário (e, embora em menor medida, também de Recurso Ordinário ao STJ e ao STF, quando se tratar de ação originária de tribunal local), cabendo aos tribunais de origem detetá-las, selecionar aqueles recursos que tratam da mesma matéria e remetê-los para os tribunais de Brasília, permanecendo os demais recursos sobrestados na origem, aguardando a decisão nos representativos da controvérsia — recursos paradigma. Não se pode, entretanto, sobrestar um recurso baseado em duas questões se apenas uma delas é repetitiva. Isto é, para o sobrestamento ser legítimo, pressupõe-se identidade total de fundamentos no recurso estudado e naquele selecionado para julgamento (ou, como denominado nos citados artigos, deve haver "idêntica controvérsia" ou "idêntica questão de direito"). Além disso, se a repetitividade não for identificada na origem, poderá sê-lo ao chegar no STF ou STJ, ficando ali sobrestados, oficiando-se à origem para reter os demais. A partir de então, o procedimento é o mesmo.

Ao se julgar o recurso representativo da repetitividade, firma-se a jurisprudência e todos os demais recursos deverão ser julgados segundo o artigo 557, *caput* ou §1º-A, do CPC, seja na origem ou no próprio STJ ou STF.

Por essa técnica, no caso do STF (artigo 543-B), a repetitividade é analisada por meio do reconhecimento de repercussão geral e, no caso de indeferimento de tal condição, todos os recursos extraordinários são indeferidos, não sendo conhecidos, por falta de requisito de admissibilidade (repercussão geral). Trata-se pois de um requisito de admissibilidade.

Nesta técnica de valorização do precedente o objetivo não é acelerar (de imediato) o processo, mas frear a "*subida*" de recursos idênticos, reduzindo a quantidade supostamente em favor da qualidade. Ocorre que por esse mecanismo não se analisa o mérito das demandas e nem se as razões recursais dos vários recursos encontram-se em pé de igualdade técnica, de modo que o recurso escolhido pode ter sido o pior redigido, ou o que não expôs a controvérsia em todos os seus ângulos *etc*. Por isso, duvidosa sua eficácia para a análise completa da "idêntica controvérsia" ou da "idêntica questão de direito".[323]

321 *Cf*. THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle. "Litigiosidade em masse e repercussão geral no recurso extraordinário". *Revista de Processo*, v. 177, p. 9, nov. 2009.

322 *Cf*. também CASTRO, Daniel Penteado de. "Questões polêmicas sobre o julgamento por amostragem do recurso especial repetitivo". *Revista de Processo*, v. 206, p. 79, abr. 2012.

323 *Cf*. THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*, vol. I: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 49ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, […continua na p.99

Não obstante, a técnica é de salutar oportunidade, pois identificada a repetitividade do tema, aguarda-se que a tese seja fixada para só depois julgar os recursos, e se os julga em mesmo sentido, evitando a pluralidade de resultados. Ademais, quanto à por vezes alegada inconstitucionalidade ou inconveniência, tampouco há que se lamentar, já que essa técnica visa a concretizar vários escopos da jurisdição, especialmente os escopos jurídico, social e financeiro, quando assegura a uniformidade da interpretação das normas, a rápida pacificação e o menor custo pelo Estado para julgar a causa.

Quanto aos recursos especiais (artigo 543-C do CPC-73), trata-se de técnica de processamento dos recursos especiais e ordinários dirigidos ao STJ (e não requisito de admissibilidade), mas o objetivo é o mesmo: acelerar o julgamento e reduzir o número de recursos. Aqui também é o tribunal local que identifica se o recurso trata de tema que já foi reconhecido como afetado pela técnica de recursos repetitivos e assim se sobrestam os autos até que se julgue o recurso modelo. Uma vez assim procedido, é o próprio tribunal de origem que repete a tese aos recursos ali sobrestados.[324] A técnica foi regulamentada pela Resolução n.º 8 do STJ.

3.4.1.2. Incidente de resolução de demandas repetitivas (Novo CPC)

Mais um mecanismo que adota essa técnica indutora é o incidente de resolução de demandas repetitivas, proposto no PLS 166 para o Novo CPC. Sua técnica é similar à dos artigos 543-B e 543-C do CPC-73, mencionados acima. Esse mecanismo será estudado com bastante atenção no item 4.2 abaixo.[325]

---

pp. 668-669 (§ 87, n. 576-g).

324 *Cf*. WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. "Recursos especiais repetitivos: reflexos das novas regras (Lei 11.672/2008 e Res. STJ 8/2008) nos processos coletivos". *Revista de Processo*, v. 163, p. 28ss., out. 2008.

325 Não obstante, *cf*. AMARAL, Guilherme Rizzo. "Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um 'incidente de resolução de demandas repetitivas'". *Revista de Processo*, v. 196, p. 237ss., jun. 2011.

3.4.2. Fungibilidade recursal (recurso contra inadmissão de recurso)

3.4.2.1. Recebimento de agravo de inadmissão como recurso especial ou extraordinário (Artigo 544, §4º, do CPC-73)

A nova redação ao § 3º do artigo 544, depois renumerado para § 4º (pela Lei Federal n.º 12.322/2010), permite, em verdadeira atenção ao princípio da instrumentalidade das forma, que o agravo seja conhecido como recurso especial ou extraordinário (conforme o caso), sem a necessidade de se aguardar a remessa dos autos originários (que são devolvidos ao primeiro grau, diante da ausência de efeito suspensivo ao agravo tratado no artigo 544), passando-se diretamente ao conhecimento e (im)provimento do recurso especial, desde que a decisão agravada no tribunal de origem esteja *em confronto com a súmula ou jurisprudência dominante no tribunal*.[326]

3.5. Precedentes no Novo CPC

O Novo CPC adota largamente as técnicas acima narradas, até mesmo porque as hoje vigentes são muito utilizadas na praxe forense.

Dentre o grupo das técnicas temporais, encontramos tanto a supressão do duplo grau, como por meio da supressão do reexame necessário (artigo 478, § 3º, do PLS 166;[327] e artigo 483, § 3º, do PLC 8046, com alterações[328]).[329] Ainda, quanto à técnica de julgamento

326 *Cf*. THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*, vol. I: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 49ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 656-658 (§ 87, n. 575-a).

327 PLS 166: "§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal, em súmula desse Tribunal ou de tribunal superior competente, bem como em orientação adotada em recurso representativo da controvérsia ou incidente de resolução de demandas repetitivas."

328 PLC 8046: "§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em: I - súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de casos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência."

329 *Cf*. LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Sistema de precedentes judiciais civis no Brasil: formação, superação, autoridade e insuficiência*. 2012. 332 f. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2012, p. 298.

imediato, há a rejeição liminar da pretensão (artigo 317, I e II, do PLS 166;[330] e artigo 307, I, II e III, do PLC 6046, com alterações[331]), a concessão automática de tutela da evidência (artigo 285, IV, do PLS 166;[332] e artigo 278, IV, do PLC 8046, com modificação[333]), bem como o julgamento singular pelo relator de processo em tribunal (artigo 853, inciso III, alíneas "a" e "b", e inciso IV, alíneas "a" e "b", do PLS 166;[334] e artigo 888, inciso IV, alíneas "a" a "c", e inciso V, alíneas "a" a "c", do PLC 8046, com modificações[335]).

Quanto ao grupo das técnicas de conteúdo, inova-se em dois dispositivos: cria-se a força vinculante das súmulas em segundo grau, vinculando os órgãos do respectivo tribunal que emitiu os enunciados sumulares (artigo 847, incisos I a V do PLS 166;[336] correspondendo

330 PLS 166: "Art. 317. Independentemente de citação do réu, o juiz rejeitará liminarmente a demanda se: I - manifestamente improcedente o pedido, desde que a decisão proferida não contrarie entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, sumulado ou adotado em julgamento de casos repetitivos; II - o pedido contrariar entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, sumulado ou adotado em julgamento de casos repetitivos; […]"

331 PLC 8046: "Art. 307. O juiz julgará liminarmente improcedente o pedido que se fundamente em matéria exclusivamente de direito, independentemente da citação do réu, se este: I - contrariar súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - contrariar acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; […]"

332 PLS 166: "Art. 285. Será dispensada a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação quando: […] IV - a matéria for unicamente de direito e houver jurisprudência firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante."

333 PLC 8046: "Art. 278. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação, quando: […] IV - a matéria for unicamente de direito e houver tese firmada em julgamento de recursos repetitivos, em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em súmula vinculante."

334 PLS 166: "Art. 853. Incumbe ao relator: […] III - negar seguimento a recurso inadmissível, prejudicado ou que afrontar: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, de tribunal superior ou do próprio tribunal; b) decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal ou por tribunal superior em julgamento de casos repetitivos; IV - dar provimento ao recurso se a decisão recorrida afrontar: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, de Tribunal Superior ou do próprio tribunal; b) decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, ou por Tribunal Superior em julgamento de casos repetitivos. […]"

335 PLC 8046: "Art. 888. Incumbe ao relator: […] IV – negar provimento a recurso que contrariar: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. V - dar provimento ao recurso se a decisão recorrida contrariar: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. […]"

336 PLS 166: "Art. 847. Os tribunais velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte: I - sempre que possível, na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, deverão editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante; II - os órgãos fracionários seguirão a orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores aos quais estiverem vinculados, nesta ordem; III - a jurisprudência pacificada de qualquer tribunal deve orientar as decisões de todos os órgãos a ele vinculados; IV - a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalida- […continua na p.102

ao artigo 882 do PLC 8046, com alteração apenas no *caput*, mantida a redação dos incisos[337]), cria-se uma nova técnica de conteúdo, que é a modificação da sentença após sua publicação, para que ela passe a ser conforme tese fixada em julgamento de caso repetitivo (artigo 476, II, do PLS 166,[338] inciso suprimido do PLC 8046), e ainda se prevê a força vinculante dos julgamentos proferidos em embargos de divergência (artigo 865, § 2º, do PLS 166;[339] e artigo 900 do PLC 8046, com modificações no *caput* apenas, mantida a redação do § 2º[340]). Além disso, mantém-se vigente a Súmula Vinculante do STF (com previsão constitucional, em nada alterada).

Por fim, no grupo das técnicas mistas, cria-se o incidente de resolução de demandas repetitivas (artigo 903, do PLS 166; artigo 938 do PLC 8046) e se mantém a técnica relativa aos recursos repetitivos perante o STJ e o STF, criando-se, dentro da seção dos recursos especial e extraordinário, uma subseção apenas para essa técnica (com especial atenção para os artigos 956 e 957 do PLS 166;[341] e artigos 993 e 994 do PLC 8046, com modificações[342] e inserção de dois parágrafos ao artigo 994, para melhor regular a consequência do julgamento

de e da isonomia; V - na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. […]"

337 PLC 8046: "Art. 882. Os tribunais, *em princípio*, velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência: […]."

338 PLS 166: "Art. 476. Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la: […] II - para aplicar tese fixada em julgamento de casos repetitivos; […]."

339 PLS 166: "Art. 865. Ocorrendo relevante questão de direito ou multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre órgãos fracionários do tribunal, deverá o relator, de ofício ou a requerimento das partes ou do Ministério Público, propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o Regimento Interno indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado dará conhecimento ao Presidente do Tribunal e julgará o recurso. […] § 2º A decisão proferida com base neste artigo vinculará todos os órgãos fracionários, salvo revisão de tese, na forma do regimento interno do tribunal."

340 PLC 8046: "Art. 900. Ocorrendo relevante questão de direito ou multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre órgãos fracionários do tribunal, deverá o relator, de ofício ou a requerimento das partes ou do Ministério Público, propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o Regimento Interno indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado dará conhecimento ao Presidente do Tribunal e julgará o recurso. […] § 2º A decisão proferida com base neste artigo vinculará todos os órgãos fracionários, salvo revisão de tese, na forma do regimento interno do tribunal."

341 PLS 166: "Art. 956. Sendo decidido o recurso representativo da controvérsia, os demais órgãos fracionários ou declararão prejudicados os recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese. Art. 957. Publicado o acórdão, os recursos sobrestados na origem: I - não terão seguimento se o acórdão recorrido coincidir com a orientação da instância superior; ou II - serão novamente julgados pelo tribunal de origem, observando-se a tese firmada, independentemente de juízo de admissibilidade, na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação da instância superior."

342 PLC 8046: "Art. 993. Decidido o recurso representativo da controvérsia, os demais órgãos fracionários ou declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese. Art. 994. Publicado o acórdão paradigma: I - os recursos sobrestados na origem não terão seguimento se o acórdão recorrido coincidir com a orientação da instância superior; ou II – o tribunal de origem reapreciará o recurso julgado, observando-se a tese firmada, independentemente de juízo de admissibilidade do recurso especial ou extraordinário, na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação da instância superior. […]"

do recurso especial ou extraordinário repetitivo, no juízo de origem[343]). Essa última técnica já recebeu inicial análise acadêmica.[344,345] Quanto ao agravo contra a inadmissão de recurso especial ou extraordinário, mantém-se a técnica mista de fungibilidade, mas por remissão aos poderes do relator (artigo 996, § 6º, do PLC 8046,[346] por remissão ao artigo 888, já mencionado).

343 PLC 8046: "Art. 994. […] §1º Mantido o acórdão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial ou extraordinário. §2º Reformado o acórdão divergente, se for o caso, o tribunal de origem decidirá as demais questões antes não decididas e que o enfrentamento se torne necessário em decorrência da reforma."

344 *Cf.* FARIA, Marcela Kohlbach de. "Recursos repetitivos no novo código de processo civil: uma análise comparativa". *Revista de Processo*, v. 209, p. 337ss., jul. 2012.

345 Veja também LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Sistema de precedentes judiciais civis no Brasil: formação, superação, autoridade e insuficiência*. 2012. 332 f. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2012, p. 299.

346 PLC. 8046: "Art. 996. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo de admissão para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso. […] § 6º No Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o julgamento do agravo de admissão obedecerá ao disposto no respectivo regimento interno, podendo o relator, se for o caso, decidir na forma do art. 888."

CAPÍTULO 4. CONFLITOS REPETITIVOS E SUA RESOLUÇÃO

Na realidade judiciária contemporânea, observa-se uma extrema litigiosidade. Mas não é apenas isso, tem-se uma massificação de demandas: uma massa de processos a respeito dos mesmos assuntos, das mesmas teses, contras as mesmas pessoas; pedidos de indenização sobre os mesmos fatos originários (o mesmo dano a várias pessoas); pedidos idênticos sobre causas de pedir idênticas, mas sem identidade de partes. É preciso *contingenciar a litigiosidade*.[347]

Este é o problema há muito apontado por Kazuo Watanabe: precisamos *molecularizar* as demandas *atomizadas*;[348] agrupar os processos semelhantes, para não dizer idênticos. Do ponto de vista do julgador, não faz diferença quem é a parte, contanto que o pedido e a causa de pedir sejam iguais, o resultado do julgamento deve ser igual, tantas vezes quantas submetidas ao mesmo magistrado. Trata-se de premência por uma forçada *molecularização*.

E, no intento de *molecularizar*, foi preciso se conceber um mecanismo que pudesse forçadamente reunir os processos individuais, atomizados, para julgamento em conjunto.[349] Esse mecanismo é o incidente de resolução demandas repetitivas, ou melhor seria dizer, o incidente de *molecularização* de demandas.

Técnicas mais adequadas para os conflitos repetitivos surgem da constatação de que o modelo individual de processo civil, tradicional, não se presta a tutelar interesses massificados. Surgem então dois modelos de tutela de tais interesses, os coletivos e os individuais (repetitivos). Esse segundo caso é ora tratado abaixo e decorre ele próprio da adequação do método estatal de solução de litígios para lidar com as demandas repetitivas.[350]

---

347 *Cf.* VIGLIAR, José Marcelo, "Litigiosidade contida (e contingenciamento da litigiosidade)". *In:* SALLES, Carlos Alberto de (*coord.*). *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. pp. 49-66.

348 Expressão cunhada por Kazuo Watanabe, *cf.* GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*, São Paulo: RT, 1988, p. 131.

349 Como Vigliar já identificara como sendo a solução, *Litigiosidade contida…*, ob. cit., p. 66.

350 Sobre o tema, ver CUNHA, Leonardo José Carneiro da. "O regime processual das causas repetitivas". *Revista de Processo*, v. 179, p. 139ss., jan. 2010.

4.1. Conflitos repetitivos

4.1.1. Tratamento coletivo das demandas repetidas para efetivar o *acesso à justiça*

Essa busca pela *molecularização* das demandas se insere no contexto da terceira onda renovatória, identificada por CAPPELLETTI e GARTH,[351] segundo a qual é preciso se conceber mecanismos processuais que permitam o efetivo *acesso à justiça*. Nessa linha, é o tratamento coletivo de demandas individuais repetidas, massificadas, que irá efetivar o acesso de tais litigantes individuais e *atomizados* à Justiça.

Mais que uma intenção doutrinária, o *acesso à justiça*, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, inclui também a necessidade de que seja dado um adequado tratamento a direitos de natureza coletiva.[352] Isso significa que os direitos coletivos devem ser adjudicados de alguma forma, sob pena de violar o mencionado inciso XXXV do artigo 5º da CF-88.

Acesso à Justiça, de certo, deve ser concebido não como mera *admissão ao processo*, mas como *pacificação com justiça*,[353] que não pode ser obtido pelo tratamento incorreto de demandas repetidas como se individuais *puras* fossem.

Para tanto, "*é preciso também eliminar o óbice jurídico representado pelo impedimento de litigar para a defesa de interesses supra-individuais*".[354] É imprescindível que o *modo-de-ser do processo* seja adequado a receber demandas repetidas e com elas lidar, sem que se repitam todos os atos necessários em todos os processos; se a discussão se repete, também o deve a decisão.

O *acesso à justiça*, ensina DINAMARCO, é também a *efetividade* da ordem jurídica processual, de seus mecanismos e instrumentos. Isso significa que "*não basta alargar o âmbi-*

---

351 *Cf*. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. pp. 67-73.

352 *Cf*. trecho elaborado por KAZUO WATANABE, em: GRINOVER *et al.*, *Código brasileiro de defesa do consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed., São Paulo: Forense Universitária, 2004. p. 834.

353 *Cf*. CINTRA, Antonio; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*, 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. pp. 35-36, n. 8.

354 Idem, ibidem.

to de pessoas capazes de ingressar em juízo, sendo também indispensável aprimorar internamente a ordem processual, habilitando-a a oferecer resultados úteis e satisfatórios".[355]

Ensina DINAMARCO, mais, sobre a *instrumentalidade do processo* e sua *efetividade*, que "*o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-política-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais*".[356]

Concebemos então que as demandas individuais e repetitivas devem ser tratadas enquanto tais, repetitivas, e devem ser julgadas de acordo com essa natureza, com resultados semelhantes para situações semelhantes, esta a verdadeira expressão da garantia da *igualdade* estampada no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Ser igual não é ser tratado sempre da mesma maneira, mas a se tratar do mesmo modo aqueles que se encontram na mesma condição, e diferentemente os que não apresentam as mesmas características. E aqui rememoramos a já distante epígrafe da presente dissertação,[357] advertindo-nos que os precedentes judiciais poderão ser a forma de pacificar os entendimentos a respeito daquilo que compreenderá ou não um critério distintivo justo, uniformizando as situações iguais e distinguindo (sempre da mesma e justa forma) os casos diferentes.

Assim, as demandas repetidas devem ser tratadas repetidamente, com segurança jurídica, com resultados esperados, ao menos depois que as primeiras demandas são julgadas (ou todas em conjunto).

Surge portanto um direito (corolário do artigo 5º, *caput* e XXXV, da Constituição Federal de 1988) a que as demandas repetidas sejam tratadas coletivamente, não do ponto de vista da tese de fundo discutida, mas do ponto de vista da administração dos processos, do julgamento equivalente para situações iguais, do prisma da jurisprudência reduzidamente divergente, e assim por diante. Poder-se-ia fazer referência a um direito meta-processual, a que as demandas repetidas sejam tratadas coletivamente. Não se trata, portanto, da perspectiva da afirmação de lesão ou ameaça a um direito,[358] mas de uma visão dos escopos do processo (ju-

355 *Cf.* DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituição de direito processual civil, volume I*. 5ª ed., revista e atualizada de acordo com a emenda constitucional n. 45, de 8.12.2004 (DOU de 31.12.2004). São Paulo: Malheiros, 2005. p. 133, n. 43.

356 *Cf.* DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 319.

357 "Poder-se-ia considerar ideal a ordem jurídica que assegurasse perfeita distribuição da justiça entre os homens: que tratasse igualmente as coisas iguais e desigualmente, observada a justa proporção, as coisas desiguais. As divergências de opiniões, a respeito dos critérios de igualdade, são o primeiro, e seguramente o maior, obstáculo à consecução dessa ordem jurídica ideal." (BUENO VIDIGAL, Luís Eulálio de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VI. São Paulo: RT, 1976, p. 1, n. 1).

358 Nos termos propostos como significado do inciso XXXV do artigo 5º da CF-88, *cf.* BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 111.

rídico, absorvendo o social e político[359]), para que tenhamos normas processuais adequadas à realidade substancial, com o fim de se atingir o "*objetivo tão almejado pela ciência processual: efetividade da tutela jurisdicional*".[360]

Deve-se então colocar os interesses repetidos ao lado dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos. Ressalta-se que estes últimos são diferentes dos repetidos, pois não há identidade entre um direito individual homogêneo, relacionado a um fato, e outro relacionado a outro. Todavia, os direitos repetidos podem ser relacionados a fatos completamente distintos, e ainda assim serão repetidos se veicularem as mesmas questões de direito.

Para correta compreensão do que ora se afirma, preciso é definir cada um dos quatro conceitos.

Primeiro, encontram-se definidos no parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) os conceitos dos interesses coletivos (*lato sensu*):

> Art. 81. [...] 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.

Sobre os interesses individuais homogêneos, Kazuo Watanabe afirma[361] que os seus requisitos são a *homogeneidade* e a *origem comum*. A homogeneidade, conforme Watanabe ensina na mesma passagem, é mais do que a origem comum, é uma certa uniformidade entre os direitos, ou do dano (que embora comum, pode ter diferentes reflexos nas vítimas). Já a *origem comum* pode ser *de fato* ou *de direito*. Além disso, pode ser tanto *próxima* (ou *imediata*) quanto *remota* (ou *mediata*), de acordo com a proximidade entre a causa e o dano. Exemplifica-se que seria *próxima* a queda de um avião e *remota* a nocividade de um medicamento que causa danos à saúde, sendo que "*quanto mais remota a causa, menos homogêneos serão os direitos*".[362]

---

359 Idem, ibidem, p. 68.
360 Idem, ibidem, p. 83.
361 *Cf. Código brasileiro de defesa dos consumidores…*, ob. cit., p. 806.
362 Idem, ibidem, p. 807.

Sobre a distinção entre interesses (ou direitos) difusos e coletivos, novamente WATANABE esclarece que "*é necessário fixar com precisão os elementos objetivos da ação coletiva a ser proposta (pedido e causa de pedir)*".[363] Isso porque de acordo com tais elementos é que se verifica se o pedido requer um tratamento coletivo, ou se a causa de pedir eleita faz emanar uma natureza indivisível ou afeta a uma coletividade. Se houver pessoas pertencentes a um mesmo grupo, categoria ou classe, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base, trata-se dos coletivos; se houver interesses transindividuais e indivisíveis, e as pessoas titulares forem indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, trata-se dos difusos.[364]

É preciso então olhar então para a relação jurídica de direito material, conforme indicado por BEDAQUE, para que a partir da observância das peculiaridades da relação jurídica base (de direito material) possamos concluir qual deve ser a natureza do processo que lhes irá acolher para debate; qual o método de adjudicação mais adequado para o objeto dessa relação jurídica material. Aliás, BEDAQUE conclui que "*deve o procedimento adaptar-se às necessidades da relação substancial*" e "*só se pode falar em efetividade do processo se o resultado for socialmente útil, proporcionando o acesso à ordem jurídica justa*".[365]

Além dessas três categorias de interesses transindividuais, devemos elencar a que é objeto do incidente de resolução demandas repetitivas: os direitos repetitivos, seriados, os pedidos similares para causas de pedir similares, entre partes diferentes.

E é fácil notar que não se confundem com os individuais homogêneos: estes requerem homogeneidade e origem comum. Não é preciso origem comum para se reputar repetido um direito. Pode haver homogeneidade, e certamente alguma há de estar presente, mas é uma homogeneidade bem mais superficial que a necessária para os direitos individuais homogêneos do inciso III do artigo 81 do CDC, acima transcrito.

Chamaremos então de interesses ou direitos repetidos, ou seriados, os tais direitos transindividuais que não possuem origem comum, mas que são semelhantes. E são estes os que podem ser objeto do incidente de resolução de demandas repetitivas.[366]

Cabe ressaltar que, diferentemente dos interesses difusos ou coletivos, os titulares dos direitos repetidos não formam uma coletividade além daquela que só pode ser constatada no caso concreto, analisando-se quem tem um direito semelhante a outro. Não se pode *a pri-*

363 Idem, ibidem, p. 808.
364 Idem, ibidem, loc. cit.
365 Idem, ibidem, p. 176, conclusões nn. 34.21 e 34.23.
366 Vide abaixo "4.2.Incidente de resolução de demandas repetitivas", p. 115.

ori estabelecer o conjunto de titulares de direitos repetitivos, pois sua identificação decorre de uma situação concreta, que é justamente o direito de que são titulares ser repetitivo.

Não há coletividade entre os vizinhos distantes, além do fato de morarem na mesma vizinhança. Não há coletividade entre os usuários de um produto, além do fato de todos utilizarem o mesmo produto. Mas se todos eles tiverem um direito contra uma pessoa (ainda que diferentes para cada um deles), aí todos poderão deduzir uma mesma pretensão, e isso a despeito de cada um poder exercê-la em face de pessoas diferentes.

Esse já é o fato suficiente que os une e permite que todos tenham suas demandas julgadas da mesma forma, seja extinguindo-se todas elas com procedência ou improcedência do pedido. Este é o liame que as une. Mas não se trata, contudo, de uma coletividade, no sentido que se empresta ao vocábulo nos processos coletivos. Coletividade haveria se houvesse um liame jurídico. O laço que há é exclusivamente de fato: coincidentemente todos têm um direito semelhante aos demais, exercível contra pessoas diferentes.

4.1.2. Relação entre demandas repetitivas

A relação entre demandas, no processo civil brasileiro, é regulada de acordo com as regras atinentes aos institutos de conexidade, continência, litispendência, e coisa julgada — ao menos são esses os de maior relevância para o presente estudo. Contudo, ainda se pode mencionar as demais possíveis formas de relações entre demandas.[367] Pode-se falar, por exemplo, em *prejudicialidade* (em sentido amplo[368] ou em cotejo lógico entre duas ou mais demandas[369]), tema que até certo ponto é abordado pelo Código de Defesa do Consumidor, quando em seu artigo 104 dispõe que uma demanda individual poderá ser suspensa *sine die*

367 Mencionadas e expostas por DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, vol. II*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 148 e seguintes, n. 459 e seguintes.

368 Uma demanda prejudicial influi sobre o resultado de outra (prejudicada), que tem a primeira como um antecedente lógico seu. DINAMARCO sintetiza: "há relação de prejudicialidade entre duas causas quando o julgamento de uma delas é apto a influir no de outra"; e conclui que "a relação de prejudicialidade entre demandas existe sempre que uma delas verse sobre a existência, inexistência ou modo-de-ser de uma *relação jurídica fundamental*, da qual dependa o reconhecimento da existência, inexistência ou modo-de-ser do direito controvertido na outra" (*cf.* ob. cit., n. 465, p. 155).

369 A questão da antecedência lógica da prejudicial, se necessária ou eventual, foi enfrentada por LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 30-39. A autora concluiu pelo maior proveito processual em se prosseguir no processo até o momento no qual seja indispensável a conclusão da prejudicial, de modo que se possa, eventualmente, se dispensar a prejudicial, por se ter chegado ao mesmo final, por um caminho alternativo e igualmente idôneo, economizando-se tempo e em benefício das partes e de todos (ob. cit., p. 39).

até que uma demanda coletiva seja julgada. Pode-se falar também em *afinidade*,[370] ou *comunhão*,[371] entre ações. Há ainda a relação de *acessoriedade*,[372] ou de *dependência.*[373] Ou ainda, à semelhança do estudo da cumulação de pedidos de uma demanda, podemos falar em *sucessividade*[374] e *subsidiariedade*[375] entre demandas distintas. Uma vez que estas relações todas entre demandas não trazem mecanismos processuais úteis para o estudo dos precedentes na perspectiva da dicotomia "processo individual"—"processo coletivo", e também por estarem ligadas a situações muito particulares que devem ser verificadas a cada caso concreto, não as estudaremos com maior profundidade neste trabalho.

Quanto aos mecanismos processuais vinculados à relação entre demandas, primeiro temos os fenômenos de conexidade e continência, que tratam de demandas cujo objeto não é exatamente o mesmo.

O artigo 103 do Código de Processo Civil de 1973 (CPC-73) dispõe que "*reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir*". Na realidade, a categoria jurídico-processual da *conexidade* poderia incluir todas as demais, em razão de este fenômeno incluir todos os casos em que um ou mais elementos da demanda são interligados ou estão conectados. Assim, a *conexidade* deve ser tratada como regra *geral*, sendo as demais consideradas *especiais*, e devem ser analisadas e identificadas antes de se verifi-

370 "A *afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito* é uma relação tênue de semelhança entre duas ou mais demandas. É uma *conexidade degradada*, de intensidade menor, caracterizada por uma *causa petendi* parcialmente igual, mas que não chega ao ponto de ser a mesma." (Dinamarco, ob. cit., n. 461, p. 151).

371 "em posição oposta à da mera afinidade está a *comunhão em direitos ou em obrigações*, que é um fator potenciado e particularmente intenso de conexidade entre demandas. Consiste na titularidade de um só direito ou de uma só obrigação," sendo tratado pelo CPC pelo instituto do litisconsórcio (Dinamarco, ob. cit., n. 462, p. 152).

372 "A relação de acessoriedade entre demandas constitui em primeiro lugar projeção da existência, no plano do direito material, de direitos e obrigações acessórios. […] *Acessórios*, nos termos da lei civil e para a incidência do art. 108 do Código de Processo Civil, são os bens *cuja existência supõe a da principal* (CC, art. 58)" (Dinamarco, ob. cit., n. 467, p. 158)

373 Dependência é uma forma de exigir que as ações conexas sejam julgadas em conjunto. A distribuição por dependência, ao mesmo juiz, em razão de processo pendente, deve ser feita sempre que as novas demandas "guardem qualquer relação capaz de dar causa à prorrogação de competência ou também a reunião em *unum judicium* para julgamento em uma só sentença" (Dinamarco, ob. cit., n. 468, pp. 159-160).

374 *Sucessividade* é uma forma de estabelecer a relação entre duas demandas cumuladas em um único processo, de modo que uma seja julgada antes da outra, em ordem, em razão de uma forma de conexidade, como prejudicialidade de um pedido em face do outro, ou acessoriedade do segundo pedido face o primeiro. Deste modo, o pedido sucessivo só é analisado depois do primeiro, e muitas vezes dependerá do conhecimento e provimento do primeiro (caso prejudicial ou principal). A respeito da cumulação sucessiva de pedidos, *cf.* Dinamarco, ob. cit., n. 473, pp. 167-169.

375 *Subsidiário* é o pedido *eventual* cumulado com outro *prioritário* em uma mesma demanda, de modo que o demandante manifesta preferência por um deles, isto é, apenas caso se julgue o *prioritário* improcedente (ou dele não se conheça) é que o demandante quer o conhecimento e então a procedência do *eventual*, subsidiariamente. Sobre essa forma de alternatividade eventual de pedidos, *cf.* Dinamarco, ob. cit., n. 475, pp. 175-173.

car a conexidade, que estará presente sempre que as demais também estiverem. Além disso, a *conexidade* é um fenômeno recíproco e equilibrado, pois a identidade é *entre si*, não havendo qualquer carga de valor entre uma e outra demandas conexas, que serão igualmente conexas uma com a outra e *vice versa*.[376]

Já o artigo 104 estabelece o seguinte: "*dá-se a continência entre duas ou mais ações sempre que há identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o das outras*". Diz-se que há *continência* quando uma demanda *contém* outra, em relação de continente e conteúdo. Analisam-se os elementos concretos, quer objetivos ou subjetivos, em especial o pedido (mediato e imediato) e a causa de pedir remota (fatos alegados).[377]

Ambos são casos de demandas similares mas não idênticas. Conforme artigo 105 do CPC-73, o magistrado pode determinar a reunião dos processos conexos ou continentes, para julgamento conjunto. A finalidade da reunião das ações é "*evitar decisões conflitantes*", sendo que "*se uma das ações já está finda não há o perigo de decisões conflitantes, razão pela qual descabe a reunião dos processos por conexão, por falta de interesse processual*".[378]

Já os institutos da litispendência e da coisa julgada (que se aplicam caso o objeto de mais uma demanda seja exatamente o mesmo) são singelamente explicados no Código de Processo Civil de 1973 no artigo 301, §1º ("*verifica-se a litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada*") e §3º ("*há litispendência, quando se repete ação, que está em curso; há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso*"). São casos de idêntico objeto. Verificada a litispendência ou a coisa julgada, deve o magistrado determinar a extinção do processo, conforme artigo 267, V, do CPC-73. Ressalte-se que apesar de se adotar aqui e na praxe forense tais nomes (litispendência e coisa julgada) para designar a impossibilidade de repropositura de demandas (em curso ou já julgadas no mérito), o correto seria compreendê-los apenas como a existência de demanda sobre determinado objeto (litispendência) e o dever de imutabilidade das decisões (efeito da coisa julgada).

Esses quatro institutos representam os principais mecanismos processuais para lidar com a relação entre demandas.

---

376 Idem, ibidem, pp. 148-151, n. 460.

377 Idem, ibidem, pp. 153-154, n. 464.

378 *Cf.* NERY JR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante.* 11ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 378, n. 2 do coment. art. 105 do CPC.

Todavia, e essa é a inovação do instituto, o PLS 166/10 propõe um quinto mecanismo (o incidente de coletivização) que teria o condão de sobrestar os vários processos similares e não-idênticos, julgando-os de acordo com um paradigma a ser eleito, processado e julgado por meio do incidente propriamente dito. O que se precisa estudar, e é o que propomos nesta etapa do presente trabalho, é se a *relação entre demandas* tradicionalmente conhecida tem alguma influência sobre o incidente de coletivização[379] e, mais importante, se o incidente se aplica a todo e qualquer processo, independentemente da sua natureza, individual ou coletiva.

4.1.3. Elementos identificadores de uma demanda

Os mecanismos da relação entre demandas individuais, no processo civil tradicional, se inicia com a identificação dos processos por três elementos, denominados de *tria eadem*, i.e., a tríplice identidade. São as *partes* (elemento *subjetivo*), e o *pedido* e a *causa de pedir* (elementos *subjetivos*).

Para estudo da relação entre as demandas, antes precisamos definir o que é que *identifica* cada uma delas. Dinamarco nos ensina que todas as demandas existentes ou futuras possuem sua individualidade e elementos próprios:

> Esses elementos são (*a*) o sujeito que a propõe, (*b*) aquele em relação ao qual a demanda é proposta, (*c*) os fatos que o autor alega para demonstrar seu alegado direito, (*d*) a proposta de enquadramento desses fatos em uma categoria jurídico-material, (*e*) a postulação de um provimento jurisdicional de determinada natureza e (*f*) a especificação do concreto bem da vida pretendido. Os dois sujeitos são *partes*, os fundamentos de fato e de direito são *causa de pedir*, a postulação do provimento jurisdicional incidente sobre o bem da vida é *pedido*. Partes, causa de pedir e pedido, conforme especificados de modo concreto no ato de demandar e assim lançados na petição inicial, são os elementos constitutivos de cada demanda.[380]

Em seguida, após a enumeração acima, Dinamarco conclui que cada um dos três elementos (partes, pedido e causa de pedir) se desdobra em dois, razão pela qual seriam seis os elementos identificadores das demandas.[381] Então, os elementos (com maior rigor) são (*i*) o demandante (autor) e o demandado (réu),[382] (*ii*) a causa de pedir *próxima* (proposta de enqua-

379 Estudado abaixo no "4.2Incidente de resolução de demandas repetitivas", p. 115.

380 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, vol. II*. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005. p. 112, n. 436.

381 Idem, ibidem, p. 113, n. 436.

382 Idem, ibidem, pp. 113-114, n. 437, donde se extrai que *partes* é um conceito diferente de *representante* (que atua em nome alheio), *substituto* (que atua em nome próprio, por le- […continua na p.113

dramento jurídico) e a *remota* (fatos alegados),[383] e por fim (*iii*) o pedido *mediato* (*bem da vida* pretendido) e o *imediato* (a tutela pretendida).[384]

Assim, cada uma das demandas existentes ou encerradas, e todas as que vierem a ser propostas, poderão ser identificadas a partir dos elementos acima. Todavia, nem todos os elementos são *relevantes* para essa identificação. Dos seis elementos acima, a causa de pedir próxima (fundamentos jurídicos do pedido) é um elemento *abstrato*, que não passa de mera *proposta* de enquadramento dos fatos narrados, que poderá ser alterada pelo magistrado no momento de julgar o feito — o que torna irrelevante para identificar uma demanda. Os demais cinco não poderão ser alterados no curso da demanda, senão com a concordância de todas as partes. Por fim, a identidade apenas entre os fundamentos e o provimento pretendido também se torna irrelevante, pois o ordenamento jurídico não traz nenhuma consequência para demandas com mesmas teses jurídicas em discussão (que seria o caso de mera afinidade). Todavia, havendo iguais partes e causa de pedir, pode haver mais de uma demanda com pedidos diferentes, assim como podem coexistir demandas com iguais pedidos e partes, se as causas de pedir forem distintas.[385] Porém, nesses últimos casos, surge a relevância da distinção e deve-se recorrer ao estudo da identidade parcial entre demandas.

Esses três elementos básicos, que se desdobram cada qual em dois, nos bastam para podermos afirmar se duas demandas são idênticas entre si ou se são simplesmente similares.

Em se tratando de demandas coletivas, algumas ressalvas devem ser feitas, em razão de características próprias quanto aos elementos da demanda.

4.1.4. Reunião de processos conexos

A reunião de processos é uma técnica processual que determina o julgamento conjunto das demandas, caso haja identidade parcial entre os seus elementos e caso haja inte-

gitimação extraordinária) e, no aspecto puramente processual, o advogado que detém *capacidade postulatória* para representar a *parte*.

383 Idem, ibidem, pp. 126-127, n. 450. Causa de pedir representa os *fatos* e os *fundamentos*, isto é, trata-se de descrever os fatos que teriam dado luz ao direito do demandante (fatos, causa de pedir *remota*) e o preceito jurídico a ser aplicado sempre que tal pressuposto normativo ocorrer (*sanctio juris*) e que pretende o demandante ver aplicado para o seu caso (fundamentos jurídicos, causa de pedir *próxima*)

384 Idem, ibidem, pp. 118-120, n. 443. O pedido é *imediato* por ser a tutela que imediatamente se quer, porém o que o demandante realmente pretende e que configura o objetivo do processo é a obtenção do *bem da vida*, o que será conseguido indiretamente pela tutela, daí porque ser denominado de pedido ser mediato.

385 Idem, ibidem, pp. 131-132, n. 452.

resse nessa reunião. E, por interesse, deve-se entender a conveniência disso ou, para usar a mesma ideia aplicável ao interesse de agir (como condição da ação), devemos verificar a utilidade e adequação dessa reunião. Desta forma, o magistrado deve se sentir à vontade para apurar se, a cada caso concreto, a reunião dos processos será adequada e útil, isto é, se haverá algum ganho processual, como facilidade de defesa ou julgamento, economia de atos, *etc*.

Outra possibilidade é se entender que a reunião dos processo decorre da ordem pública, ou seja, que a falta de reunião contrariaria princípios essenciais ao próprio Estado. Pode-se dizer, inclusive, que interessa ao próprio Estado o julgamento conjunto das demandas que assim puderem ser agilizadas, ou economizando-se atos, *etc*.

Ademais, pode-se dizer que é a efetividade da tutela jurisdicional que está em em evidência, quando se avalia a necessidade (ou o interesse, i.e., utilidade e adequação) de se reunir ou não determinados processos.

Kazuo Watanabe entende que a multiplicidade de ações pode gerar "*contradições tão flagrantes de julgados*" que "*povo algum terá estrutura suficiente para absorver com tranqüilidade e paciência por muito tempo*." Além disso, "*por mais prestigiada que seja a justiça de um país*", ela "*não terá condições bastantes para resistir por muito tempo a tamanho desgaste*".[386]

Por fim, Mancuso entende que a técnica da reunião de ações (por conexão ou continência) não impõe a extinção delas, mas o apensamento e julgamento conjunto, como forma de não suprimir o direito dos colegitimados (democracia participativa), ou a evitar que demandas muito parecidas deixem de se distinguir pelo que as diferencia, pois não são iguais.[387]

4.1.5. Precedente como ponto de intersecção de processos repetitivos

Conforme visto acima, há certas demandas que se relacionam timidamente, de modo que são consideradas meras demandas afins. Todavia, essas podem ser muitas, milhares, de tal forma que o precedente será a solução para diferentes problemas iguais, caminhan-

386 Trecho de Kazuo WATANABE, em GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.], *Código brasileiro de defesa do consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto*, 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 827, n. "7" do coment. art. 81.

387 Mancuso, *A concomitância…*, ob. cit., p. 167.

do da construção de uma norma que antes era tida por individual e concreta, que passa a ser (sem perder essa característica individual) também geral e abstrata.

Se virmos o precedente não como norma meramente individual e concreta, mas tomando o caso a ser julgado como um paradigma do problema, como uma teorização de um problema concreto, então poderemos criar uma norma abstrata, o precedente, que se aplicará a vários casos diferentes (e também a um em concreto), a todas as demandas afins que tenham como ponto de intersecção um mesmo problema a ser solucionado. Neste ponto, estaremos também diante de uma norma geral, porque aplicável para todas as demandas que apresentem aquele mesmo problema. E o incidente abaixo tratado é um dos mecanismos de induzir a criação desse precedente, já vinculando-o aos casos que a ele serão submetidos.

4.2. Incidente de resolução de demandas repetitivas

4.2.1. Introdução ao 'incidente de coletivização' proposto no Novo CPC

No PLS 166/10, artigos 895 a 906,[388] foi criado um novo instituto, inicialmente denominado de "Incidente de Coletivização" durante os trabalhos da comissão e, em sua redação final, o "Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas".[389]

Para compreendermos o instituto, necessário analisar primeiro a origem de sua inspiração, em seguida as soluções similares encontradas por outros sistemas processuais civis e, por fim, a adequação do instituto, tal qual criado, à realidade jurídica-processual brasileira.

Conforme será melhor visto abaixo, o incidente de resolução de demandas repetitivas permite que se julgue conjuntamente as questões de direito que são iguais para diversos processos individuais. Identificada essa repetitividade de questões, propõe-se o incidente e o Tribunal competente julga exclusivamente essa questão, impondo o resultado do julgamento a todas as demais demandas individuais (apenas quanto à questão repetida), e estas serão julgadas em sua plenitude também individualmente, respeitando o resultado do incidente, ou seja, serão julgadas no mesmo sentido.

388 Ver ao final, "Apêndice A. Brasil: Incidente de resolução de demandas repetitivas", p. 168.
389 Quando tiver havido alguma alteração no trâmite legislativo no Senado Federal, indicaremos em nota de rodapé a alteração, fazendo referência ao PLC 8046/10 (conforme recebido do Senado Federal).

O Incidente de Coletivização se insere no contexto da massificação das demandas, na realidade judiciária brasileira de cerca de 300.000 (trezentos mil) processos distribuídos anualmente ao STJ[390] e cerca de 100.000 (cem mil) ao STF[391], em uma realidade com juízes de primeiro grau com 12, 15 mil processos para julgamento, e assim por diante.

E, no intento de *molecularizar*, foi preciso se conceber um mecanismo que pudesse forçadamente reunir os processos individuais, atomizados, para julgamento em conjunto.[392] Esse mecanismo é o incidente de demandas repetitivas, ou melhor seria dizer, o incidente de *molecularização* de demandas.

Esse já é o fato suficiente que os une e permite que todos tenham suas demandas julgadas da mesma forma, seja extinguindo-se todas elas com procedência ou improcedência do pedido. Este é o liame que as une. Mas não se trata, contudo, de uma coletividade, no sentido que se empresta ao vocábulo nos processos coletivos. Coletividade haveria se houvesse um liame jurídico. O laço que há é exclusivamente de fato: coincidentemente todos têm um direito semelhante aos demais, exercível contra pessoas diferentes.

4.2.2. Denominação do incidente

Muito se debateu na Comissão de Juristas a respeito da denominação do incidente ora em estudo,[393] propunha-se *incidente de coletivização*, *incidente de processos representativos da controvérsia*, *processo teste*, *processo piloto*, *ações repetitivas*, e assim por diante. Discutia-se se há coletivização ou não, se isso causaria alguma confusão, e outras questões extraprocessuais.

Confusão até poderá causar, mas o fato é que coletivização não há por esse procedimento criado. O que se tem é o tratamento conjunto de demandas repetidas, seriadas; não há coletividade alguma a ser destacada (além do próprio fato de que todos têm um direito repetido).

390 Em 2007 foram 302.967, em 2008 foram 277.449 e em 2009 foram 292.103, dados conforme CONJUR, "Justiça na era virtual", *Anuário da Justiça*. São Paulo, v. 2010, p. 125, 2010

391 *Cf.* BENETI, Sidnei, Exposição Verbal, *In:* IBDP, *VIII Jornadas de Direito Processual Civil*, Vitória, Espírito Santo, jun., 2010. Divergindo, informa o *Anuário da Justiça 2010* que em 2005 foram distribuídos 79 mil processos ao STF, em 2006 foram 116 mil, em 2007 foram 112 mil, em 2008 foram 66 mil e em 2009 foram 42 mil (CONJUR. "O supremo na ribalta". *Anuário da Justiça*. São Paulo, v. 2010, p. 41, 2010).

392 Como Vigliar já identificara como sendo a solução, *Litigiosidade contida…*, ob. cit., p. 66.

393 *Cf.* BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Presidência. Comissão de Juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto de Código de Processo Civil. Ata da primeira reunião da Comissão de Juristas. *Diário do Senado Federal*, Brasília-DF, 3 fev. 2010. pp. 566-568.

Se o incidente fosse de coletivização, haveria de no mínimo se encontrar uma coletividade que pudesse ser beneficiada com o incidente. Coletivização seria a transformação de milhares de ações individuais em poucas ações coletivas (uma para cada réu ou grupo de réus que pudesse se defender em conjunto, sem prejuízo). Mas, como será visto a seguir, não se reúne as demandas individuais em nada, apenas se julga as questões comuns aos processos individuais, e se impõe esse julgamento a cada um deles, para julgamento apenas das demandas questões que não se identificam com as demais ações. O incidente, na verdade, é de *molecularização* de demandas, ele força a uma reunião ou agrupamento para julgamento conjunto das questões comuns, sem contudo coletivizar nada.

Poder-se-ia até mesmo cogitar de uma inversão de instâncias, pois se a questão comum é julgada primeiro pelo tribunal, e depois imposta ao primeiro grau de jurisdição, então há na verdade a inversão da ordem, primeiro se afirma qual o entendimento do órgão hierarquicamente superior, e depois se impõe ao julgador esse resultado, evitando a necessidade de revisão pelo duplo grau de jurisdição. É uma decisão apriorística das teses que deverão ser aplicadas aos magistrados de primeiro grau, com o objetivo de evitar julgamentos dissonantes e jurisprudência excessivamente divergente. Mas inversão, quando há, é prevista em lei federal, e assim não há que se cogitar de qualquer inconstitucionalidade relacionada a essa inversão na ordem do julgamento.

O incidente, então, não é de coletivização, mas de conjugação de demandas *atomizadas* que não foram em tempo melhor *molecularizadas*, o que significa dizer que há mesmo uma simples resolução de demandas repetitivas.

4.2.3. Procedimento do Incidente do Novo CPC brasileiro

Finalmente, necessário estudar pormenorizadamente o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, o que será feito de acordo com o Projeto de Lei do Senado Federal, nº 166 de 2010, em seus artigos 895 a 906.[394,395]

O incidente tem cabimento nos caso em que for identificada uma controvérsia "*com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões*

394 Ver, ao final, "Apêndice A. Brasil: Incidente de resolução de demandas repetitivas", p. 168.
395 *Cf.* GAIO JR., Antônio Pereira. "Incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do Novo CPC: breves apontamentos". *Revista de Processo*, v. 199, p. 247, set. 2011.

conflitantes" (artigo 895, *caput*). Portanto, primeira nota, não há cabimento do incidente para questões de fato, apenas para questões de direito.

Podem suscitar o incidente o magistrado, de ofício; ou, por petição, as partes, o Ministério Público ou a Defensoria Pública (§1º). Assim como ocorre com a Ação Civil Pública, se o Ministério Público não tiver proposto, deve intervir e, em caso de abandono ou desistência pela parte, assume a posição de autor (§2º).

O incidente então deverá ser submetido a ampla e específica divulgação, especialmente por meio de um cadastro do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), alimentado por dados fornecidos pelos tribunais (artigo 896).

O incidente será então distribuído a um relator do plenário do tribunal do competente (ou do órgão especial, onde houver), que poderá requisitar informações ao juízo de primeiro grau que deu origem ao incidente (artigo 897 e artigo 898). O tribunal analisará ainda se é conveniente adotar a decisão paradigmática (artigo 898, §1º). Se o incidente for rejeitado, retoma-se ação originária, caso contrário, o tribunal suspende todas as ações pendentes tanto em primeiro quanto segundo grau (artigo 899) e julga a questão de direito submetida, lavrando o acórdão respectivo, cujo teor será vinculante e imposto a todos os juízes ou órgãos fracionários no âmbito de sua competência territorial (artigo 898, §2º). Ressalvam-se as medidas de urgência que sejam necessárias durante a suspensão dos processos (artigo 899, parágrafo único).

Objetivando à segurança jurídica, as partes, interessados, Ministério Público ou Defensoria Pública poderão requerer que seja determinada a suspensão de todos os processos em curso no país, sobre a mesma questão objeto do incidente (artigo 900). A competência para conhecer deste pedido coincide com a competência para julgar os recurso especial e extraordinário, o que hoje corresponde respectivamente ao STJ e ao STF.

Serão ouvidos então todos os interessados, inclusive entidade com interesse na controvérsia, que no prazo de quinze dias apresentarão documentos ou suas manifestações; depois ouve-se o Ministério Público (artigo 901).

Feito isso, remete-se para julgamento pelo órgão colegiado (plenário ou órgão especial), no qual poderão se manifestar o autor e o réu do processo originário, bem como o Ministério Público, cada qual com trinta minutos (artigo 902). Depois, manifestam-se os demais interessados, no prazo comum de trinta minutos.

Então, julgado o incidente, "*a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito.*" (artigo 903).

Se o incidente não for julgado em seis meses, cessa a eficácia da ordem de suspensão dos processos sobre a mesma questão, salvo decisão fundamentada do relator (artigo 904).

Após o julgamento, qualquer parte poderá interpor recursos especial ou extraordinário, que serão dotados de efeito suspensivo, ao contrário da regra geral, "*presumindo-se a repercussão geral da questão constitucional eventualmente discutida*" (artigo 905). Além disso, não será feito juízo de admissibilidade na origem, como também é a regra geral, remetendo-se diretamente para o tribunal competente julgar o recurso interposto (artigo 905, parágrafo único).

Por fim, encerrando as disposições do incidente, se não for observada a tese adotada na decisão paradigmática (proferida no incidente), tem cabimento *reclamação* para o tribunal competente (artigo 906), que irá decidir se houve usurpação de desrespeito à autoridade de sua decisão, nos termos do regimento interno de cada tribunal (parágrafo único do artigo 906).

Esse, portanto, o procedimento do incidente de resolução de demandas coletivas que, como dito no início, não coletiviza, mas "adianta" a tese que seria adotada pelo tribunal após a pacificação da jurisprudência (ou em um eventual incidente de uniformização de jurisprudência).

4.3. Inspiração para o incidente: modelo alemão

O incidente de resolução de demandas repetitivas tem sua declarada origem no modelo alemão de processos repetitivos em primeiro grau, o denominado *musterverfahren*. Essa inspiração é afirmada na exposição de motivos do anteprojeto,[396] com as seguintes palavras:

> Com os mesmos objetivos [de evitar a dispersão excessiva da jurisprudência], criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que conte-

396 *Cf.* BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil — Projeto de Lei do Senado nº 166 de 2010 (PLS nº 166, de 2010)*. Brasília: Senado Federal-DF, Presidência, 2010, p. 21.

> nham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta.

E, sobre o mesmo trecho (expressão "direito alemão"), tem-se a seguinte nota de rodapé (n.º 19):[397]

> No direito alemão a figura se chama *Musterverfahren* e gera decisão que serve de modelo (= *Muster*) para a resolução de uma quantidade expressiva de processos em que as partes estejam na mesma situação, não se tratando necessariamente, do mesmo autor nem do mesmo réu. (RALF-THOMAS WITTMANN. Il "contenzioso di massa" in Germania, *in* GIORGETTI ALESSANDRO e VALERIO VALLEFUOCO, *Il Contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel mondo*, Milão, Giuffrè, 2008, p. 178).

Trata-se portanto de inspiração no *musterverfahren*, o que todavia não significa que foi seguida à risca a fórmula. Necessário analisar, portanto, o mencionado *musterverfahren*, para se compreender a inspiração para então estudar o inspirado.

4.3.1. Procedimento-modelo ('*musterverfahren*')

A Alemanha vinha discutindo desde a década de 1970 a adoção de tratamento coletivo de demandas, sem quaisquer inovações, exceto em relações de consumo, que surgiu na década de 1990.[398] Passou-se a discutir na década seguinte a respeito da adoção de medidas similares às *class actions* norte-americanas, todavia essas inovações não tiveram apoio. Entretanto, diversos processos contra companhias alemãs passaram a ser ajuizados em corte norte-americanas, o que gerou na Alemanha uma grande insatisfação. Para corrigir essa situação, o legislador alemão criou, especificamente no mercado de capitais, um instrumento que permite o tratamento coletivo de demandas de indenização em massa (*mass tort litigation* ou *massenverfahren*).[399,400]

---

397 Idem, ibidem, loc. cit.

398 *Cf.* HESS, Burkhard. "Relatório Nacional da Alemanha", pp. 144-145, *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; MULLENIX, Linda; WATANABE, Kazuo. *Os processos coletivos nos países de "civil law" e "common law", uma análise de direito comparado*. São Paulo: RT, 2008.

399 Idem, pp. 145-147.

400 Sobre litígios de massa na Alemanha, *cf*. WANNER, Viola. *Das KapMuG als allgemeine Regelung für Massenverfahren*. Baden-Baden: Nomos, 2010. 208 p. (Dissertação defendida em setembro de 2009 na Ludwig-Maximilians-Universität, de Munique).

Surge então na Alemanha o *musterverfahren*, que pode ser traduzido como procedimento-modelo, procedimento-piloto ou ainda procedimento-padrão, previsto em lei que entrou em vigor em 1º de novembro de 2005.[401,402]

De acordo com o §20 da KapMuG, o procedimento-modelo seria uma técnica com vigência de apenas 5 anos. Aproximando-se da data prevista nessa *cláusula de por-do-sol*, a lei foi prorrogada por mais dois anos. Finalmente, aprovada em 27 de junho de 2012 e promulgada em 19 de outubro de 2012, a KapMuG foi substancialmente alterada, prevendo novas regras procedimentais, e prorrogando o prazo final de vigência para 1º de novembro de 2020 (§ 28 da "*KapMuG 2012*" [403]).

O objetivo deste procedimento é lidar principalmente com a legislação que impõe às empresas atuantes no mercado de capitais o dever de prestar informações, informar fatos relevantes *etc*. No caso de descumprimento destes deveres, surge para todos os investidores no mercado de capitais o direito a uma indenização, pois a tomada de decisões se deu de maneira assimétrica e por responsabilidade da companhia que violou os deveres.

Nota-se, portanto, que se trata de demandas extremamente massificadas, com o potencial de ser necessário indenizar todos os investidores, pois mesmo os que investiram em outras companhias o fizeram por acreditar ser esse o melhor investimento e, se a companhia que deveria ter revelado uma informação o tivesse feito, tal investidor poderia ter preferido esse investimento. São problemas decorrentes da assimetria de informações e a busca por evitar esse risco sistêmico é incessante, atingindo agora a seara processual civil. São vítimas virtualmente impossíveis de serem definidas e são afetados potencialmente todos os agentes do mercado de capitais.[404,405,406]

---

401 Trata-se da KapMuG de 16.08.2005 (ou melhor, *"Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten (Kapitalanleger—Musterverfahrensgesetz*"), publicada em 19.08.2005 no diário oficial. *Cf. Bundesministerium der Justiz* (Ministério da Justiça da Federação alemã). Disponível em <http://www.gesetze-im-internet.de/kapmug/BJNR243710005.html>, acesso em 03 jul. 2010. Ver, ao final, "Apêndice B. Alemanha: "Musterverfahren" (Tradução Livre)", p. 172.

402 Para a mais completa obra de comentários ao tema, embora datada de 2008, tanto do ponto de vista processual civil (KapMug e § 32b da ZPO) quanto pelo prisma do mercado de capitais sobre prospectos (BörsG, VerkProspG e InvG) e sobre informações no mercado de capitais (§ 331 da HGB, § 400 da AktG, §§ 37b e 37c da WpHG e §§ 11, 12 e 31 da WpÜG), *f.* a obra de HESS, Burkhard; REUSCHLE, Fabian; RIMMELSPACHER, Bruno. *Kölner Kommentar zum KapMuG (Kölner Kommentare zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht)*. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2008. 842 p. A obra conta com comentários de Matthias Casper, Alexander Dörrbecker, Stephan Göthel, Burkhard Hess, Ferdinand Kruism Fabian Reuschle, Bruno Rimmelspacher, Rüdiger Veil e Gregor Vollkommer.

403 KapMuG 2012: "*Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten (Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz – KapMuG)*". Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/kapmug_2012/BJNR218210012.html>. Acesso em: 8 jan. 2013.

Um caso que serviu de paradigma para motivar o legislador alemão foi o protagonizado pela empresa *Deutsche Telekom AG*, que deixou de prestar informações aos investidores e, na Corte do Distrito de Frankfurt, foram ajuizadas mais de 2.200 ações por mais de 14.000 autores,[407,408,409] com relação aos atos praticados pela empresa de telecomunicações em questão. A consequência desse volume foi a designação de audiências orais para três anos e meio após a primeira ação ser ajuizada, oportunidade na qual o juiz que presidiu o feito afirmou que a corte necessitaria de quinze anos para julgar todos os casos em primeira grau de jurisdição,[410] se não houvesse por parte do legislador uma atitude para tornar praticável a litigância em massa.

Foi editada então a lei do *musterverfahren*, para reduzir os riscos dos autores e para simplificar os processos de massa. O procedimento adotado pela nova legislação impõe o sistema a seguir descrito.[411,412] O procedimento-padrão pode ser iniciado por iniciativa de qualquer parte. O pedido permite que se discutam questões de fato ou de direito (como o fato de ter havido informações errôneas sobre o mercado de capitais, ou ainda o fato de ter-se violado o dever de prestar informações[413]). Se a corte de primeiro grau admitir o procedimento-modelo para processamento, então publica-se em um registro (ou cadastro) especial tanto o processo originário quanto o procedimento aceito, tudo com acesso pela *internet*. O registro público dá ciência ampla aos demais processos pendentes e para todos os demais litigantes em potencial que possam desejar aderir ao procedimento-modelo.

Publicado na *internet*, aguarda-se por 4 (quatro) meses que mais 9 (nove) litigantes requeiram a instalação de procedimentos-modelos, unindo-se ao requerente que deu início ao primeiro procedimento-padrão, após o que a corte de primeiro grau deve decidir quais se-

404 Sobre um panorama geral do procedimento-modelo, comparação com a *class-action* norte-americana, seus objetivos e uma perspectiva de seu futuro, *cf*. KRUPPA, Jan J. *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG): Bestandsaufnahme und Perspektiven*. Hamburg: Verlag Dr. Kovač, 2011. 319 p.

405 *Cf*. também CURDT, Thomas. *Kollektiver Rechtsschutz unter dem Regime des KapMuG*. Hamburg: Verlag Dr. Kovač, 2010. 182 p. (Dissertação apresentada em setembro de 2010 na Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen em Bonn).

406 Para um trabalho sobre a KapMuG fundado na dogmática jurídica e técnicas de hermenêutica, *cf*. HANISCH, Brigitte. *Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG): Anwendungsfragen und Rechtsdogmatik*. Baden-Baden: Nomos, 2011. 460 p. (Dissertação apresentada em outubro de 2010 à Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin)

407 *Cf*. HODGES, Christopher. *The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems: a new framework for collective redress in Europe*. Oxford:Hart Publishing, 2008, pp. 76-80.

408 *Cf*. HESS, *Relatório nacional da Alemanha*, ob. cit., p. 147.

409 *Cf*. KRENZER, Sina. *Die Grundzüge des Deutschen Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes (KapMuG) & der Fall Deutsche Telekom*. Norderstedt: GRIN Verlag, 2009. 14 p.

410 Idem, ob. e loc. cit.

411 Idem, ibidem, pp. 148-149.

412 *Cf*. CABRAL, Antônio do Passo. "O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas". *Revista de Processo*, n. 147, pp. 123-146, mai. 2007.

413 Exemplo dado por HESS, *Relatório Nacional da Alemanha*, ob. cit., pp. 148-149.

rão as questões de fato ou de direito a ser submetidas ao procedimento-padrão. Enquanto estiver pendente de julgamento o procedimento-modelo, ficam suspensas todas as demais ações que discutam as mesmas questões de fato ou de direito.

Remete-se então ao tribunal competente para julgamento das questões de fato ou de direito selecionadas. Cabe aqui enfaticamente ressaltar que se o procedimento for afeto a várias cortes de segundo grau, o julgamento do procedimento-modelo será feito pelo tribunal superior, impondo então a todo o território alemão a decisão, o que tem o condão de com melhor eficiência adjudicar questões que envolvam todo o território do país, efetivamente uniformizando a jurisprudência dos tribunais, sobre as mesmas questões de fato ou de direito, sendo ressalvado que a decisão possa ser imposta a tribunais específicos, a critério do tribunal superior.[414]

Na corte competente, seleciona-se um litigante modelo ou padrão, que será responsável por conduzir a demanda no tribunal. Não é possível influenciar nesse processo de seleção do litigante modelo, o que fica a critério exclusivo e irrecorrível da corte competente. Os demais litigantes podem aderir ao litigante modelo, mas desde que este concorde e coordene as ações, estratégias *etc*. A corte decide então as questões de fato ou de direito submetidas a julgamento.

Profere-se então a decisão modelo (ou decisão piloto, ou ainda a decisão padrão), que tem eficácia vinculante a todos os litigantes cujas demandas foram suspensas durante o procedimento-padrão. Não há nenhuma forma de escapar da eficácia ampla e geral da decisão-modelo, nem mesmo um sistema de *opt-out* (exclusão voluntária e prévia, do resultado do julgamento). Não há nem mesmo uma previsão de sistema de coisa julgada *secundum even-*

414 É o que afirma CABRAL, nestes termos: "*Determinada a instauração do Procedimento-Modelo, este tramitará não mais perante o juízo de origem, mas junto ao Tribunal Regional (Oberlandesgericht), que decidirá sobre o mérito (o objeto) do Musterverfahren. A lei prevê a possibilidade de que, para garantir segurança jurídica e uniformidade da jurisprudência, quando existentes tribunais estaduais diversos (nos Ländern, Estados-membros), possa a matéria ser atribuída ao julgamento de um tribunal superior, admitindo ainda que, por acordo ou convênio entre os governos estaduais, possa ser a decisão submetida a um determinado e específico tribunal.*" ("O novo procedimento-modelo…", ob. cit., *RePro* 147/123). Ver também, do mesmo autor, *Il nuovo Procedimento-Modello (Musterverfahren) tedesco: un'alternativa alle azioni collettive*, disponível em <http://judicium.it/ news/ins_28_12_08/ Do%20passo%20Cabral,%20oss.%20azioni%20seriali.html>, acesso em 02 jul. 2010.

tum litis[415] ou *secundum eventum probationis*[416], como há no Brasil no sistema das Ações Coletivas conforme previsões do Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal n.º 8.078/1990) e Lei da Ação Civil Pública (Lei Federal n.º 7.347/1985).

Uma vez definitiva a decisão-modelo, cada magistrado de primeiro grau deve julgar individualmente cada uma das ações, obedecendo à eficácia da decisão-modelo, julgando apenas as demais questões do caso concreto submetido à jurisdição por meio da demanda individual.

Assim, ainda que hajam mais questões a serem decididas, as questões centrais, a tese jurídica em si, já foi decidida, e de maneira uniforme para todos os processos individuais.

Se for comparado o procedimento-modelo com as *class actions* norte-americanas, é possível afirmar que a principal diferença consiste em não haver uma definição em abstrato da classe (dos seus membros), mas se impõe o resultado do procedimento-modelo a quem tiver um processo em andamento, sobre a mesma questão.[417] Além disso, os litigantes (pelo menos 10 deles) precisam exercer o *opt-in*, demonstrando a necessidade de se processar e julgar o procedimento-padrão, dividindo os custos do processo.

Além disso, não se permite que o litigante modelo transacione o procedimento, ele apenas é o líder que redige as peças, sustenta a questão, mas não é o líder das demandas, não faz acordos, não renuncia nem desiste de nada, ao contrário da *class action* dos Estados Unidos da América. Se o réu, na Alemanha, quiser fazer acordos, ele deve procurar individualmente cada um dos autores de processos individuais, tornando virtualmente impossível um acordo amplo. Todavia, como as questões principais são julgadas pelo tribunal, é possível que após a decisão-modelo, o vencido (na tese jurídica) queira procurar todos os vencedores, individualmente, para fechar um acordo.

Esse é o procedimento-modelo, adotado na Alemanha, no setor de mercado de capitais. Em razão da novidade, o legislador alemão preferiu colocar uma data final para o procedimento, 1º de novembro de 2010, data esta que, como já informado acima, foi prorro-

415 "*Segundo o resultado do processo,* […] *quando a imutabilidade de uma decisão depender do modo como o mérito houver sido julgado — impondo-se a* auctoritas rei judicatæ *em caso de procedência da demanda mas não se impondo quando esta for julgada improcedente, ou vice-versa,* […] por exemplo] *com relação às sentenças que julgam ações coletivas envolvendo direitos individuais homogêneos: se procedente a demanda, elas formam coisa julgada* erga omnes *mas, se improcedente, não impedem os interessados de propor suas demandas individuais*" (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Vocabulário do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2009. pp. 404-405, n. 455).

416 "*Segundo o resultado da prova,* […] *excluindo a* auctoritas rei judicatæ *em caso de improcedência fundada em deficiência probatória*" (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Vocabulário do processo civil*, ob. citada, pp. 405-406, n. 456).

417 *Cf.* HESS, *Relatório*…, ob. cit., p. 149.

gada para 2020, quando se decidirá sobre o futuro do instituto. Há diversos procedimentos-modelo em andamento nas mais diversas cortes regionais, tais como Frankfurt, Stuttgart e Munique, conforme consulta ao *Klageregister*, na página da imprensa oficial na internet.[418]

4.3.2. Demandas coletivas *vs.* representativas da controvérsia

Ainda sobre o modelo alemão (*musterverfahren*), importante ressaltar que o sistema adotado diverge grandemente dos sistemas de ações coletivas. Com o fim de ressaltar as distinções entre os modelos, Cabral explica que a *efetiva* proteção dos interesses supra-individuais decorre de *procedimentos representativos*, quando certos sujeitos postulam em nome de uma coletividade, por meio de legitimação extraordinária. Além dessa técnica, também se criam ficções sobre a extensão da coisa julgada, ampliando-a a todos os membros da coletividade levada a juízo por meio do seu representante extraordinário. Por fim, costuma-se isentar de custas e de despesas o substituto processual, para não desestimular a demanda coletiva, ressalvando-se casos de má-fé.[419]

Conforme é proposto por Cabral, a tutela de direitos supra-individuais tradicionalmente é realizada por substitutos processuais, que litigam em favor de terceiros, defendendo-se direito alheio. É o modelo da representatividade. Todavia, esse modelo apresentada dificuldades, pois, apesar de sua *justificação social nobre*, com ele são trazidas contradições teóricas e obstáculos práticos, principalmente sobre a vinculação de terceiros ao resultado da demanda e sobre a partilha do ônus financeiro do processo entre os seus beneficiados. Isso, principalmente, em vista de casos em que os potenciais beneficiados estão tão esparsos geograficamente que às vezes sequer possuem conhecimento sobre a demanda proposta em seu benefício.[420]

Esses problemas apontados (como legitimação extraordinária, extensão subjetiva da coisa julgada, repartição do ônus financeiro do processo e conhecimento pelos membros da classe sobre a demanda em seu benefício) são o calcanhar de aquiles dos sistemas de demandas coletivas e cada sistema processual civil busca uma solução alternativa a eles. Segundo Cabral, o sistema norte-americano das *class actions* busca atenuar o *hiato comunicativo*, quando já na fase de *certification* (aceitação da demanda como coletiva) a corte afere se há conflitos internos à classe que possam comprometer a legitimidade do substituto e o conheci-

418 Bundesanzeiger. *Klageregister*. Disponível em: <https://www.bundesanzeiger.de/>. Acesso em: 06 jan. 2013.

419 CABRAL, Antônio do Passo. "O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas". *Revista de Processo*, n. 147, pp. 123-146, mai. 2007.

420 Idem, ibidem.

mento da demanda pelos interessados. No Brasil esse hiato é gigantesco, quando os legitimados coletivos decorrem de um extenso rol estanque, previsto em lei, sem se aferir qualquer questão relacionada à maior ou menor proximidade entre o substituto e a classe levada a juízo. A legitimidade *ad causam* é deferida independentemente da relação entre o substituto e a classe.[421]

Isto é, o magistrado norte-americano controla diversos aspectos das *class actions*, em especial a adequada representatividade do autor da ação, existindo a previsão de exercer o *opt-out*, ou seja, a pessoa que tiver conhecimento da ação (a qual será intimada) pode, tempestivamente, requerer a sua exclusão dos efeitos da ação coletiva, seja para o benefício (procedência em favor da vítima) ou para prejuízo (vinculação a um julgado desfavorável).

Esses são os problemas identificados por Cabral para os sistemas de representatividade, os quais clamam por uma solução diferente, sem adotar ações de grupo, mas visando a um incidente coletivo, no âmbito de processos individuais. Esse formato da substituição processual leva nossa atenção para as ações de grupo, evitando demasiadas ficções jurídicas sobre a representatividade do substituto processual. Algumas soluções propostas visam a reunir diversos autores, sem que se faça uso de uma classe devidamente identificada (como o modelo inglês, a ser visto mais abaixo).[422]

O que se propõe então é a busca por algo similar a uma *class action*, mas sem a necessidade de se definir uma classe: "*È il tentativo di stabilire 'qualcosa analoga' ad una* class action*, ma senza classe*".[423] De outro lado, tem-se então o que Consolo e Rizzardo propunham, o sistema alemão, um tratamento coletivo a ações, sem a necessidade de se definir um grupo identificável. Cabral afirma que esse modelo vai na linha dos institutos *não-representativos*, limitado ao setor do mercado de capitais.[424] Conclui-se assim que o sistema não-representativo, apesar de limitado a setores específicos, pode ser muito valioso e útil, senão a única maneira de se lidar com as demandas repetitivas, em primeiro grau de jurisdição, principalmente quando inviável a identificação e coordenação de uma classe.

Esse modelo alemão foi declaradamente adotado pelo nosso incidente de resolução de demandas repetitivas, que também adota um sistema não-representativo para julgamento de tais demandas.

---

421 Idem, ibidem.
422 Idem, ibidem.
423 *Cf.* CONSOLO, Claudio; RIZZARDO, Dora. "Due modi di mettere le azione collettive alla prova: Inghilterra e Germania.". *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 3, p. 900, sett. 2006.
424 *Il nuovo procedimento-modello…*, ob. cit.

Em vez de se buscar uma adaptação do procedimento da ação civil pública (sistema de representatividade, ou substituição processual), partiu-se para o objetivo de se reunir exclusivamente o julgamento das ações, mantendo tudo o mais separado, individual. Desta forma, não se coletiviza o processo, mantém-se a natureza individual das ações; não se impede o acesso ao judiciário, mas se *molecularíza* as ações.

Assim como se tem o confronto entre os modelos norte-americano de *class action* e alemão de procedimento-padrão, no Brasil temos ao mesmo tempo ambos os institutos, as ações coletivas (para direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos) e o tratamento coletivo, ou conjunto, de demandas repetitivas (os recursos repetitivos no STJ, o julgamento de plano da lide, conforme artigo 285-A do CPC e agora, como proposição, o incidente de resolução de demandas repetitivas)

4.4. Modelo italiano

Para se estudar as mudanças que ocorreram na Itália, relativamente a litigância de massa, primeiro será necessário abordar a tutela de direitos coletivos antes de 2008.[425] Até então, os interesses supra-individuais eram tutelados com base no artigo 28, da Lei n.º 300 de 20 de maio de 1970, lei esta a respeito da tutela da liberdade e dignidade dos trabalhadores, dos sindicatos e da atividade sindical no local de trabalho. Também se tinha a tutela por meio do artigo 18 da Lei n.º 349, de 8 de julho de 1986, sobre a tutela do meio ambiente e de danos ambientais, perante juízes administrativos. Tinha-se ainda o artigo 3º da Lei n.º 281, de 30 de julho de 1998, a respeito dos direitos dos consumidores e dos usuários, com uma previsão expressa da lei sobre o juiz civil. Depois foram realizadas alterações setoriais, bastante limitadas, como a do artigo 8º da Lei n.º 231 de 2002.

Assim, até 2008, havia na Itália apenas a tutela coletiva sob a forma inibitória, ou sobre o ressarcimento do dano coletivo (liquidado em montantes irrisórios, como o previsto no artigo 27 da Lei n. 283, de 7 de dezembro de 2000).[426] Não se indenizava o prejuízo individual, para a vítima. Discutia-se até mesmo em que medida poderia a vítima, em um processo individual, aproveitar os resultados do processo coletivo. Discutia-se as vezes em que era atribuído efeito *ultra partes* ao julgado coletivo; e se concluiu que quando um sindicato, por exemplo, litiga em processo coletivo, os sindicalizados não são terceiros, o sindicato demanda em nome próprio, e os sindicalizados são parte no processo. Não se falava, assim, em exten-

425 *Cf.* GIUSSANI, Andrea. "Relatório Nacional da Itália", p. 169. *In:* GRINOVER, Ada Pellegrini; MULLENIX, Linda; WATANABE, Kazuo. *Os processos coletivos nos países…,* ob. citada.

426 Ainda *cf.* GIUSSANI, ibidem, pp. 169-170.

são subjetiva da coisa julgada para além das partes do processo (que eram, no exemplo, todos os sindicalizados).

Sobreveio então, em 24 de dezembro de 2007, a "*Legge Finanziaria 2008"*, Lei nº 244, com efeitos a partir de seis meses de sua publicação 2008, alterando o *codice di consumo* (equivalente ao nosso Código de Defesa do Consumidor), acrescentando o artigo 140-bis,[427] por meio dos parágrafos 445 a 449 do artigo 2º.[428,429] Foi instituída então a tutela coletiva ressarcitória dos consumidores, com uma sistemática parecida com a nossa Ação Civil Pública (ou Ação Coletiva) prevista no nosso CDC.

Ocorre que o dispositivo foi sofrendo sucessivas prorrogações e acabou sendo inteiramente substituído por nova redação antes que entrasse em vigor (na nova redação, o instituto foi substituído por uma "*Azione di Classe*"). Não obstante essa alteração, estudaremos a seguir a redação original de 2008.

4.4.1. Tutela Coletiva Ressarcitória: verdadeira coletivização de demandas individuais. Sistema de adesão voluntária ('*opt-in*').

O procedimento italiano, este sim de verdadeira coletivização de ações individuais, inicia-se com a propositura da ação coletiva pelos legitimados (associações *etc.*, adequadamente representativas dos interesses coletivos), perante juiz de primeiro grau (conforme artigo 140-bis, n. 1). Os consumidores ou usuários que desejarem valer-se da tutela prevista no artigo 140-bis devem comunicar por escrito ao autor da ação coletiva a sua adesão (conforme artigo 140-bis, n. 2). É o sistema de *opt-in*, portanto.[430] Mas não apenas isso, qualquer demanda individual proposta posteriormente deve ser distribuída ao mesmo juízo para o qual foi distribuída a ação coletiva, que fica prevento para o objeto demandado.

Assim, já se nota uma grande diferença com relação ao sistema brasileiro: na Itália há prevenção para demandas individuais propostas posteriormente à ação coletiva, o que não temos. O incidente de resolução de demandas repetitivas não induz conexão ou prevenção

427 A "*legge finanziaria*" é publicada anualmente, conforme exigido pelo artigo 81 da Constituição italiana, e traz diversas disposições sobre o governo, questões orçamentárias, tributos, despesas *etc*.

428 Ver, ao final, "Apêndice C. Itália: Ação Coletiva Ressarcitória (Tradução Livre)", p. 183.

429 Sobre o tema, *cf*. HODGES, Christopher. *The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems: a new framework for collective redress in Europe*. Oxford: Hart Publishing, 2008, pp. 80-83.

430 *Cf*. GRINOVER, Ada Pellegrini. "Relatório Geral, civil law". *In:* _____; MULLENIX, Linda; WATANABE, Kazuo. *Os processos coletivos nos países*…, ob. cit., p. 177.

(ainda que o julgamento se dê no tribunal, o incidente é suscitado no primeiro grau de jurisdição, e este juízo poderia ficar prevento, mas não é o que ocorre).

Aceita a ação (mediante juízo de admissibilidade, nos termos do n. 3, podendo ser diferida essa análise), deve ser dada ampla publicidade da ação e do provimento para prosseguimento da ação. Se procedente a ação, o juiz determina os critérios-base para a liquidação da soma a ser paga ou restituída aos consumidores individuais que tiverem aderido à ação coletiva. Se possível, é definida uma soma mínima a cada um dos consumidores ou usuários.

Nos sessenta dias seguintes à notificação da sentença, a empresa deve propor o pagamento e depositar a proposta por termo na secretaria, e os consumidores que o aceitarem têm constituído um título executivo (n. 4 do artigo 140-bis). O processo vincula os aderentes ou os que nele interviram; ficam expressamente ressalvado os que não tiverem exercido o *opt-in*, a resguardo dos silentes (n. 5 do artigo 140-bis).

Por fim, se a empresa não comunica a proposta no prazo ou se esta oferta não é aceita, cria-se uma câmara de conciliação especificamente para o processo para se determinar a soma a ser paga ou restituída aos consumidores ou usuários que tiverem aderido ao processo. A câmara é composta por um advogado indicado pelo réu, outro pelo autor, e um terceiro, presidente, indicado pelo presidente do tribunal.

Assim descrito o procedimento, notamos que embora haja uma tutela similar à nossa ação civil pública, o instrumento permite que as demandas individuais, em vez de serem simplesmente sobrestadas (como ocorre conosco, no artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor), sejam efetivamente aderidas ao procedimento coletivo.

Ademais, enquanto nós temos o prazo de trinta dias para requerer o sobrestamento, na Itália pode-se exercer o *opt-in* até a "*udienza di precisazione delle conclusioni*"[431] (audiência prevista no artigo 189 do Código de Processo Civil italiano, na qual as partes informam ao juiz instrutor as conclusões que devem ser remetidas ao colegiado para decisão da causa). Essas, mais a já mencionada prevenção de juízo, são as diferenças entre o sistema italiano e o brasileiro.

E são regras importantíssimas, uma vez regulada a prevenção do juízo, a proliferação de ações continuará e será completamente perdido o controle sobre as ações que devem

431 Sobre representação gráfica do procedimento e suas fases, ver BUFFONE, Giuseppe. *Class Action italiana: azione collettiva risarcitoria a tutela dei consumatori*. Disponível em <http://www.altalex.com/index.php?idnot=1581>, acesso em 03 jul. 2010.

ser suspensas; a administração dos processos sujeitos ao incidente torna-se inviável, quase impossível, criando outros problemas hoje inexistentes.

4.5. Modelos de origem anglo-saxã

Os países de *common law* — especialmente Inglaterra (com País de Gales), Estados Unidos da América (EUA) e Canadá — têm todos um sistema de litigância em massa. Enquanto nos Estados Unidos tem-se, ao menos em nível federal, um sistema uniforme de *class actions*, no Canadá tem-se uma legislação diferente para cada província, algumas adotando ações similares às *class actions*. Na Inglaterra, por sua vez, apesar de não haver uma ação coletiva, há um incidente, uma ordem, que determina o processamento de demandas de grupo. Vejamos os três países separadamente.

4.5.1. Ação de classe ('*class action*') norte-americana e representatividade adequada

A *class action* dos Estados Unidos da América vem prevista nas *Federal Rules of Civil Procedure* (as "FRCP", ou "Fed. R. Civ. P."), que trata do processo civil nas cortes federais.[432] Estas regras federais foram editadas em 1938 e reformadas em 1966. YEAZELL preconiza[433] que uma leitura das regras sugere ser o processo por representação apenas um mecanismo para tornar mais eficiente a adjudicação, agregando casos de semelhantes características, o que não é revolucionário nem controvertido. Todavia — continua YEAZELL —, ninguém fora enganado pelas aparências, pois dependendo do poder de persuasão, juízes e advogados tanto adoram quanto condenam o instrumento, mas a maioria concorda que as *class actions* são de alguma forma extraordinárias, uma revolução em termos jurídicos.

432 Regra nº 1: aplicação a ações cíveis nas cortes distritais federais.

433 *Cf.* YEAZELL, Stephen. "Group litigation and social context: toward a history of the class action". *Columbia Law Review*, n. 77, p. 866, 1977. No original: "*A reading of the rule itself suggests that the representative suit is simply a device to make adjudication more efficient by aggregating instances of similar litigation, surely not a revolutionary or controversial proposal. No one, however, has been fooled by appearances. Depending on their persuasions, judges, lawyers, and laymen either praise or curse it, but most agree that the class action is at any rate something out of the ordinary, an essentially new turn in legal events*".

4.5.1.1. Regra nº 23 das 'Federal Rules of Civil Procedure'

Em meio às Regras Federais de Processo Civil, encontramos a de nº 23: *Class Actions*, que constitui um capítulo ou seção, regulando o instituto.[434] O item "23(a)" estabelece pré-requisitos,[435] e o item "23(b)" as modalidades de *Class Actions*. São admitidas ações coletivas, conforme item "23(b)(1)", para permitir ações quando o ajuizamento em separado criar o risco de: (A) inconsistentes ou variadas decisões que imporiam à outra parte incompatíveis padrões de conduta; ou quando (B) a tutela para um indivíduo representar uma interferência na esfera dos demais membros daquela classe e os impediria de proteger seu interesse.

Conforme item "23(b)(2)", admite-se a *class action* se a parte adversa tiver agido ou se recusado a agir com fundamento que diga respeito a toda a classe, de modo que a pacificação do conflito deva dizer respeito à classe como um todo.

Ou ainda, conforme item "23(b)(3)" se a corte entender que questões de direito ou de fato comuns aos membros da classe predomine sobre questões individuais, e o procedimento da *class action* for melhor que outros métodos de adjudicar a controvérsia.

Esses métodos mencionados de processo devem ser um ou mais dos seguintes: (A) a classe tem interesse no controle individual de sua demanda em separado; (B) a extensão e natureza do litígio já teve início; (C) o potencial de concentrar o litígio em particular é benéfico; e/ou (D) as dificuldades prováveis em manejar a *class action* impediriam sua utilidade.

Podemos notar, então, que as *class actions* destinam-se a, em cortes distritais federais, adjudicar conflitos de natureza coletiva, segundo os quais uma classe, bem definida e conceituada (item "23(c)(1)"), litiga contra outras pessoas ou outra classe.

Deve ser dada ciência da ação aos demais membros da classe (conforme item "23(c)(2)"), para que se quiserem exerçam o seu *opt-out*, ficando excluídos dos efeitos da demanda (apenas no terceiro tipo de *class action*, do item "23(b)(3)"), caso contrário são considerados sujeitos ao resultado do feito.

Assim, conflitos individuais são englobados pela *class action*, exceto se o seu autor solicitar o *opt-out*.

434 Ver, ao final, "Apêndice E. EUA (J. Federal): Class Actions (Tradução Livre)" p. 189.

435 Quais sejam: "*(1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable, (2) there are questions of law or fact common to the class, (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class*".

Todavia, a utilidade desse estudo se insere no que vem a seguir, que é a verificação pelo juiz dos pressupostos da ação e da seleção daquele litigante que irá "encabeçar" a *class action*; trata-se da análise da representatividade adequada.

4.5.1.2. Representatividade adequada nas 'class actions'

Conforme o item "23(d)" da Regra nº 23, o juiz deve, ao conduzir a causa, sempre verificar e dar oportunidade aos membros da classe para que se pronunciem a respeito da representatividade adequada e justa ("*fair and adequate representation*"). Essa representatividade adequada, aliás, é um dos quatro pré-requisitos do item "23(a)", acima transcrito. Lê-se no item "23(a)(4)" que *"the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class*", ou seja, o representante deve proteger os interesses da classe.

Todavia, a representatividade adequada é muito mais do que isso. Primeiro, deve-se analisar se o representante possui *standing* (espécie de legitimidade *ad causam*) de uma ação individual. De acordo com a jurisprudência norte-americana[436], se exige que a parte apresente um verdadeiro e real caso ou controvérsia com a parte adversária, bem como deve haver "*personal stake*", um interesse pessoal na causa, um algo a perder ou ganhar (barrando casos hipotéticos ou conjecturais).

A Suprema Corte norte-americana identificou três requisitos[437] para o *standing* ordinário: que o indivíduo tenha sofrido um prejuízo real ou iminente (*injury-in-fact*), o qual seja imputável a uma conduta do réu (*causation*) e desde que haja um remédio processual na lei (*remedy*). A representatividade adequada impõe ao julgador também o dever de fiscalizar o advogado (*class counsel*), verificando a experiência do advogado em *class actions*, a capacidade financeira do advogado (que custeia o processo, inclusive as despesas com as notificações aos demais membros da classe), o conhecimento do direito material aplicável, o trabalho que o advogado já desenvolveu em identificar os pedidos da classe e os seus membros, e assim por diante.

Ainda, a representatividade adequada inclui a análise dos direitos envolvidos, se o representante adequadamente apresenta todos os direitos pedidos na demanda. Isto é, se há mais de uma causa de pedir, ou se há mais de um direito lesado, o representante adequado é

436 *Cf.* MULLENIX, Linda. "General report, *common law*", p. 280. *In:* GRINOVER, Ada Pellegrini; _____; WATANABE, Kazuo. *Os processos coletivos nos países de "civil law" e "common law", uma análise de direito comparado*. São Paulo: RT, 2008.

437 Idem, ibidem, p. 281.

aquele que apresentar todas as possibilidades, todos os direitos, aquele que sofreu o maior número de danos, enumerados como causa de pedir da demanda.

Era aqui que queríamos chegar. O representante adequado é aquele que satisfatoriamente representa a classe, aquele que é um modelo dos demais membros da classe. Se, por exemplo, a demanda coletiva versar sobre danos ambientais trabalhistas, o representante será adequado se tiver sofrido todos eles, ou o maior número possível.

No incidente de resolução de demandas repetitivas, o tribunal seleciona um representante e determina que ele "encabece" o procedimento-modelo. Pois é justamente aí que deve a corte avaliar, necessariamente, se o litigante escolhido adequadamente representa a controvérsia, do caso contrário ele não terá o interesse necessário para adequadamente representar a classe ou grupo, mas se limitará apenas ao direito que lhe diz respeito.

É possível associar o representante adequado, ainda, às garantias fundamentais, uma vez que se uma dada pessoa for se vincular à coisa julgada em um processo no qual não participará efetivamente, diretamente, então essa participação à distância, *ficta*, há de se dar por meio de um adequado representante.[438]

4.5.2. Ações coletivas no Canadá e limites territoriais da coisa julgada

De acordo com Mullenix, as jurisdições canadenses desenvolveram um complexo e intrincado corpo de princípios atinentes à coisa julgada, relativamente a *class actions.*[439] Surgem problemas quando a decisão dada em uma província afeta residentes em outra província ou território. Há dois modelos antagônicos de solução.

A província da Colúmbia Britânica, em sua legislação sobre *class actions*, vincula membros da classe, ainda que residam em outra província ou território, desde que o membro tenham manifestado interesse em se vincular à causa (*opt-in*). Ao contrário, a província de Ontário, por meio de decisões judiciais, passou a permitir *class actions* entre províncias, baseada em sistema de *opt-out*.

438 A respeito, ver FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. *Representatividade adequada nos processos coletivos*. 2010. 188f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, pp. 116 e 165-166.

439 *Cf. General report, common law*, ob. cit., p. 289-290.

As demais províncias têm adotado o modelo da Colúmbia Britânica, oferecendo a oportunidade de se incluir no resultado da demanda (*opt-in*), para os residentes fora dos limites da província. A província de Manitoba, por sua vez, seguiu o modelo de Ontário e permite que a classe seja definida com a inclusão de residentes fora dos seus limites territoriais.

As cortes canadenses têm aceito inclusive que acordos com classes norte-americanas incluam tanto cidadãos estado-unidenses quanto canadenses. As cortes da província de Ontário desenvolveram um teste de três perguntas[440] para verificar se há coisa julgada no Canadá, o que foi seguido pelas cortes da província do Québec.

Com relação a julgamentos a respeito de "*classes nacionais*", adjudicados em uma província e buscando-se sua vinculatividade às demais, as cortes também divergem. Ontário e Québec tomam partido de questões como ordem e justiça, com o principal foco em adequada notificação aos membros de classe não residentes. Isto é, estas províncias analisam se a decisão proferida em outro tribunal respeita o entendimento local, local, de ordem e de justiça e, se não for ofendido, e todos os membros tiverem sido adequadamente notificados, então a coisa julgada tem validade. É uma análise que se aproxima do juízo de delibação efetuado em sede de reconhecimento de sentenças estrangeiras no Brasil, com a diferença de que no Canadá a questão se dá entre províncias. As demais cortes, incluindo as duas citadas, analisam ainda se aquela que julgou o caso realmente tinha jurisdição, se era razoável que lá se julgasse o caso concreto.

O entendimento geral é de que a Corte Suprema do Canadá, eventualmente, terá de analisar a questão e decidir como se dará a execução extraterritorial de julgamentos em *class actions*.

Transportando para a realidade dos interesses ou direitos repetidos, o problema canadense se replica no Brasil. Se cada Tribunal de Justiça dos estados tiver que julgar a questão, e se cada Tribunal Regional Federal também tiver de fazê-lo, então teremos mais de 30 decisões, uma para cada tribunal, sem que qualquer uniformidade haja.

Para corrigir esse problema, é evidente que o julgamento não deve ser feito por cada tribunal, mas deve um órgão superior julgar a questão, ou então eleger um tribunal que irá decidir a causa selecionada para julgamento. Do contrário, a potencial utilidade do instituto do incidente em estudo será mitigada, para não dizer perdida.

---

440 São essas as três perguntas: (1) se há um liame real ou substancial que conecte a causa da ação a uma jurisdição estrangeira, (2) se os direitos dos membros de classe não-residentes foram adequadamente representados, e (3) se os membros de classe não-residentes receberam justiça processual, especialmente se foram adequadamente notificados. (MULLENIX, *General report...,* ob. cit., p. 290.)

Assim, a solução só pode ser mesmo o julgamento pelo STJ do incidente, ou a escolha por este de um tribunal local para julgar a questão repetitiva, sob pena de termos repetitivos incidentes de resolução de demandas repetitivas. Como última alternativa, resta inspiração no modelo que algumas províncias canadenses adotam: analisar se o julgamento de outro tribunal respeita a ordem e a justiça, e então repetir esse entendimento localmente.

4.5.3. Inglaterra e o registro de '*group litigation orders*'

Na Inglaterra e País de Gales, que adotam um único ordenamento jurídico consuetudinário, foi criado um instituto denominado de "*Group Litigation Order*".[441] Esse mecanismo foi acrescentado, com vigor a partir de maio de 2000, como parte das *Civil Procedure Rules*, de 1999.[442] Basicamente, a *group litigation order* (ou simplesmente "*GLO*") é uma determinação judicial associada a *case management* (administração de processos) para lidar com a multiplicidade de demandas sobre as mesmas questões de fato ou de direito.

O procedimento da GLO é baseado em *opt-in*, de modo que seja permitido às pessoas que tiverem processos em andamento, e sobrevenha uma GLO, aderir ao julgamento coletivo.

As normas encontram-se previstas nas regras 19.10 a 19.14 das *Civil Procedure Rules* (CPR).[443] De acordo com a regra 19.10, pode ser realizada uma GLO sempre que houver uma ordem de acordo com a regra 19.11, destinada a gerenciar os casos de processos que fazem surgir questões comuns ou relacionadas de fato ou direito, são as "questões GLO" (ou "*GLO issues*").[444]

Quanto ao cabimento, há três disposições, na regra 19.11, nos subitens. De acordo com a regra 19.11.1, a corte deve proferir uma GLO quando houver, ainda que potencialmente, um elevado número de processos que façam surgir as "questões GLO". O requerimento para instauração da GLO pode se dar por iniciativa da parte ou da corte (conforme *Practice Directions* 19B, 4).

441 *Cf.* ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orient. e Rev. da Trad. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2010, pp. 344-351.

442 Até 1999, na Inglaterra e no País de Gales não havia normas processuais civis legisladas, apenas consuetudinárias, baseadas no *common law*, perfazendo um único ordenamento jurídico.

443 Ver, ao final, 'Apêndice F. Inglaterra: Group Litigation Orders (Tradução Livre)', p. 195.

444 Regra 19.10 — Definição: "*A Group Litigation Order ('GLO') means an order made under rule 19.11 to provide for the case management of claims which give rise to common or related issues of fact or law (the 'GLO issues').*"

Além disso, a ordem de GLO deve necessariamente (19.11.2): (a) conter explicações sobre o estabelecimento de um registro, no qual os pleitos administrados sob a GLO serão inseridos;[445] deve (b) especificar as *questões GLO* que identificarão os pleitos a serem administrados como um grupo, sob a GLO; e deve (c) especificar a corte que irá administrar os processos do registro do grupo.

Também, a GLO pode (não é obrigatório), conforme regra 19.11.3.a: em relação aos processos que lhe deram origem, (i) determinar a transferência dos autos para a corte de administração, (ii) ordenar a suspensão dos feitos até segunda ordem, e (iii) determinar a inserção dos processos no registro do grupo.

Ainda é possível que a corte (19.11.3.b) determine que a partir de uma certa data todos os processos relacionados à GLO sejam iniciados diretamente na corte de administração e sejam inseridos no registro do grupo. Permite-se ainda (19.11.3.c) que seja determinada a publicização da GLO.

O julgamento, então, será vinculante a todos os processos que constarem do registro, na data do proferimento da decisão. Os que posteriormente vierem a ser registrados não poderão recorrer, mas poderão requerer que o julgamento não seja vinculante.

Para que a decisão seja vinculante, é preciso que uma ação correspondente seja ajuizada e só então será possível requerer a submissão ao registro de GLO (conforme *Practice Directions* 19B, 6.1A).

Nota-se assim que se trata de modelo muito mais associado a *case management* do que ações coletivas, que a nosso sentir coincide com o intuito do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Assim, podemos extrair do modelo que o registro é essencial para a administração de processos repetitivos, sob pena de sequer se saber quais são as demandas repetitivas. Além disso, de notável importância, todas as ações ajuizadas após a GLO podem ser submetidas automaticamente à corte administradora da GLO, o que deve ser decidido pela corte quando determinar a GLO.

Conclui-se, então, que o incidente brasileiro deve aproveitar essa experiência britânica e prever um sistema adequado de registro e de prevenção da corte competente para no-

445 O registro é administrado pela *The Law Society* (o equivalente britânico à Ordem dos Advogados do Brasil — OAB) e é chamado de *"Multi-party Action Information Service"*.

vas ações, evitando a dispersão em um incidente (ou uma GLO) iniciado ainda enquanto muitos autores estavam em vias de propor suas demandas.[446]

4.6. Direito comparado frente ao Novo CPC brasileiro

Esclarecido o procedimento, necessário enfrentar o incidente, tal como apresentado no anteprojeto que originou o PLS 166/2010, em face da análise feita acima do direito comparado e das experiências estrangeiras com a massificação de demandas e com a proliferação de decisões repetidas.

Duas possíveis sugestões a versões anteriores do anteprojeto, fundadas no direito comparado, já não têm mais razão de ser. Isso porque a primeira, a respeito de um adequado registro das ações, enfrentada pelo direito inglês nas "*Group Litigation Orders*",[447] já se encontra estabelecida no projeto do Novo CPC, prevendo um banco de dados alimentado pelos tribunais e administrado pelo Conselho Nacional de Justiça. Resta saber se esse registro será efetivo e bem gerido, mas essa questão já não diz respeito ao direito processual, mas a questões de administração judiciária.

A segunda sugestão oriunda do direito comparado diria respeito ao julgamento de causas para além da competência territorial de um estado ou região da justiça federal. No projeto do Novo CPC tem-se a previsão de o STJ ou STF ter de apreciar pedido para que, com fundamento na segurança jurídica, imponha uma eficácia nacional à decisão do incidente. Assim, um tribunal estadual (ou regional) decide a questão, com validade em todo o território nacional, ficando preservada a competência do STJ e do STF para julgar o eventual recurso especial ou extraordinário.

Melhor essa solução do que a hoje vigora com relação às Ações Civis Públicas, que supostamente[448] têm a validade de suas decisões vinculada à competência territorial do juiz prolator da decisão; trata-se de grande incongruência que, para dizer o mínimo, torna inó-

446 Para uma análise aprofundada entre o incidente brasileiro e o modelo inglês, *cf*. LÉVY, Daniel de Andrade. "O incidente de resolução de demandas repetitivas no anteprojeto do Novo Código de Processo Civil: exame à luz da Group Litigation Order Britânica". *Revista de Processo*, v. 196, p. 165ss., jun. 2011.

447 Ver '4.5.3. Inglaterra e o registro de 'group litigation orders'', *acima*, p. 135.

448 Supostamente porque é inconstitucional a modificação do artigo 16 da Lei nº 7.347/85 que se deu por meio de Medida Provisória, que não pode regular matéria processual, e com o objetivo de dividir o indivisível (direitos difusos ou coletivos), *Cf.* FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. *Representatividade adequada nos processos coletivos*. 2010. 188f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. pp. 137-139, n. 5.5.1.1.

cuo o instrumento. Na Alemanha, havendo necessidade de decisão para além da competência do tribunal que irá julgá-lo, o incidente é julgado pela corte superior[449], mas aqui no incidente do Novo CPC não há essa necessidade, pois a corte superior dá a ordem para extensão da decisão.

Poderíamos ainda observar outras experiências estrangeiras, menos relevantes para o estudo (por não trazerem novidades), como o direito norueguês (e as *ações piloto* aplicáveis a questões de fato e de direito, como na Alemanha)[450], o direito dinamarquês (e os *casos piloto*, que induzem a suspensão de casos repetitivos e apenas alguns selecionados são julgados, aplicando-se o entendimento aos demais)[451] e o colombiano (cujas ações coletivas exigem no mínimo 20 aderentes, ou membros da classe, para serem processadas)[452]. Portanto, apesar dessas duas sugestões do direito comparado não serem mais pertinentes, outras ainda o são, e passamos e expô-las com o imprescindível vagar.

4.6.1. Julgamento de questões de fato

Primeiro, e mais importante, o incidente não tem cabimento para questões de fato, mas apenas de direito, mesmo sendo previsto na Alemanha, extremamente refratária a tutela coletiva,[453] que o procedimento-modelo é apto a tratar de questões de fato ou de direito.[454] A preocupação da Comissão de Juristas, de que o incidente fosse utilizado apenas para "teses jurídicas", certamente é louvável. Todavia, passou vencida a necessidade de que questões de fato também sejam objeto, sob pena de, quando isso for pertinente, ficar completamente aleijado o instituto do incidente.

Por exemplo, imagine-se um dano praticado por uma empresa de telefonia fixa, que por erro desliga os telefones (interrompe a prestação do serviço) de todos os residentes em uma respectiva macrorregião, São Paulo, ou Rio de Janeiro, por 24 horas (de pessoas físicas, empresas, hospitais, profissionais liberais *etc.*). É certo que todos sofreram danos e devem

449 Ver '4.3.1. Procedimento-modelo ('musterverfahren')', *acima*, p. 120.

450 *Cf.* SCHEI, Tore. "Relatório Nacional da Noruega", p. 64-63. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; MULLENIX, Linda; WATANABE, Kazuo. *Os processos coletivos nos países de "civil law" e "common law", uma análise de direito comparado*. São Paulo: RT, 2008.

451 *Cf.* SMITH, Eva. "Relatório Nacional da Dinamarca", p. 142-143. *In:* GRINOVER, Ada Pellegrini; MULLENIX, Linda; WATANABE, Kazuo. *Os processos coletivos nos países…,* ob. citada.

452 *Cf.* GUZMÁN, Ramiro Bejarano. "Relatório Nacional da Colômbia", p. 51. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; MULLENIX, Linda; WATANABE, Kazuo. *Os processos coletivos nos países…,* ob. cit.

453 *Cf.* HESS, Burkhard. "Relatório Nacional da Alemanha", p. 97, *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; MULLENIX, Linda; WATANABE, Kazuo. *Os processos coletivos nos países…,* ob. citada.

454 Idem, ibidem, p. 99. Ver também §1, (1), primeira parte, da KapMuG, ao final, "Apêndice B. Alemanha: "Musterverfahren" (Tradução Livre)", p. 172).

ser reparados. O fato do desligamento é inclusive notório e prescindiria de prova (mas não de declaração judicial sobre sua existência). Se todos os moradores ajuizarem uma demanda individual,[455] serão 20, 30 milhões de processos. Para solucionar a questão, o modelo do incidente de demandas repetitivas é perfeito. Entretanto, pode-se perder utilidade do instituto, caso ele só tenha cabimento para questões de direito, hipótese na qual a tese jurídica ("*quem desliga o telefone por erro deve indenizar*") será julgada e imposta a todos os processos, e em cada um dos processos individuais deverá ser feita prova não apenas do nexo com o dano (por exemplo, "sou titular de linha telefônica"), mas também da ocorrência do fato danoso, que no caso, pela notoriedade, poderia vir declarada na sentença, mas e se o fato não for notório? E se for um dano causado em diversas pequenas comarcas, 50 usuários de telefone em uma, outras 30 em outras, somando, no Brasil todo, centenas de milhares de ações, dependendo de provas distintas e não notórias? Como ficará a utilidade do incidente? Será afirmado que a pessoa tem o direito à indenização, desde que prove que a empresa telefônica cortou os telefones. E se não houver inversão do ônus da prova?

Podemos pensar ainda em danos ao meio ambiente (tais como contaminação do lençol freático, poluição do ar ou de rios *etc.*), aos consumidores, aos usuários de serviços públicos (como contaminação do fornecimento de água potável), a contribuintes de diversos municípios do país (cada qual com sua própria legislação), e assim por diante. São essas as questões que justificam que inclusive questões de fato, necessariamente associadas à questão de direito a ser decidida, sejam objeto do incidente de demandas repetitivas.

4.6.2. Representatividade adequada

Quanto ao segundo ponto cuja reforma ou alteração é sugerida a partir da análise do direito comparado, é de perplexo apontamento que não haja controle da representatividade adequada no incidente de resolução de demandas repetitivas, ainda que não nos moldes das *class actions* norte-americanas,[456] ao menos conforme proposto na doutrina nacional.[457,458] No

455 Nesse caso caberia Ação Civil Pública com fundamento em direitos individuais homogêneos, (Conforme artigo 81, III, do Código de Defesa do Consumidor), que não tem o condão de suspender obrigatoriamente as ações individuais. Portanto não resolveria o problema da multiplicidade de casos.

456 Ver '4.5.1.2. Representatividade adequada nas 'class actions", *acima*, p. 132.

457 Sempre que houver a regra da extensão subjetiva da coisa julgada para além do processo, deve haver alguma forma de controle da adequação do representante, (*cf.* WATANABE, Kazuo, "Relatório-síntese", p. 302-303, *In:* GRINOVER, Ada Pellegrini; MULLENIX, Linda; _____. *Os processos coletivos nos países…,* ob. cit.).

458 Ver ainda, sobre coisa julgada e representatividade adequada, FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. *Representatividade adequada nos processos coletivos*. 2010. 188f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. pp. 153-162 e 170-171.

projeto de Novo CPC, tal como proposto, os autores e réus do processo que originou o incidente (no qual fora suscitado) são as suas partes (suscitante e suscitado) e o sustentam oralmente no tribunal, interpõem recursos, apresentam manifestações *etc*. Não há uma participação efetiva de qualquer outra pessoa que será afetada, apenas a oportunidade de apresentar documentos (artigo 901 do PLS 166/2010) e interpor recurso especial e extraordinário (artigo 905 do PLS 166/2010), na condição de terceiro interessado, bem como sustentar oralmente, em um período de trinta minutos, a ser dividido entre todos os interessados no incidente (artigo 902, §2º do PLS 166/2010). Essa participação não é efetiva, e não assegura a representatividade adequada da pessoa que suscitou o incidente (ou da parte contrária, que também participa).

A doutrina norte-americana já concluiu[459] que o princípio do "*a fair day in Court"* (segundo o qual todo cidadão tem direito de levar a um juízo justo o seu direito) não é violado pelo uso de *class actions*, entendidas como ações representativas, por meio das quais o interesse do cidadão teve sim o seu dia na corte, independentemente de participação direta da pessoa, fisicamente nos tribunais. Todavia, para se legitimar esse sistema, e a coisa julgada dele decorrente, é imprescindível que haja uma adequada representação. Tanto é assim que "*a única exceção à atuação* erga omnes *da coisa julgada* […] *ocorre na hipótese de se provar,* a posteriori*, que a representatividade do legitimado não foi adequada*".[460] Conclui dessarte que é a adequação da representatividade que legitima a sujeição de terceiros a um processo no qual não participaram diretamente, sob pena de se violar princípios básicos da judicialização de conflitos, como o devido processo legal e o acesso à justiça.

No doutrina nacional, mesmo quando se estudam as *class actions* norte-americanas, entende-se como *representante processual* aquele que está qualificado (pela lei ou pelo próprio interessado) a atuar em nome do representado, mas no caso de ações coletivas (inclusive *class actions*), trata-se de *substituto processual*, que na qualidade de *legitimado extraordinário* pleiteia em juízo direito próprio, em benefício dos titulares do direito transindividual que se pretende ver tutelado.[461]

Aliás, essa tutela pretendida não prescinde da relação de direito material; porém, desde que haja "*nexo entre as relações jurídicas de titularidade do legitimado ordinário e do extraordinário*", a legitimação extraordinária é um "*mecanismo destinado à tutela do interesse*

459 Idem, ibidem, p. 131.
460 Idem, ibidem, p. 132.
461 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Vocabulário do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2009. pp. 248-249, verbete "representatividade adequada".

do legitimado extraordinário",[462] de modo que se o mecanismo é para o interesse do substituto, então somente um adequado representante poderá exercer essa substituição.

Mais ainda, "*é possível afirmar que o legislador poderia ter legitimamente determinado a extensão subjetiva do julgado,* ultra partes *ou* erga omnes*, sem qualquer exceção, desde que* [...] *a adequação da representatividade fosse criteriosamente aferida*".[463] E, no caso do incidente, a coisa julgada é sim *ultra partes* e atinge indistintamente todos os sujeitos que apresentem uma demanda sobre um interesse ou direito repetido, conclamando-se pelo controle da representatividade adequada.

Por essas razões, entendemos que a verdadeira utilidade do incidente de demandas repetitivas seria a escolha, pelo tribunal, de outras pessoas que viessem nos autos do incidente solicitar a substituição do legitimado original, tornando-se legitimados extraordinários, para dar efetividade à uma adequada representação (por substituição) e legitimação (não apenas processual, mas social e política mesmo) à coisa julgada *ultra partes* (à justiça pacificadora de suas decisões).

Do contrário, quem primeiro suscitar o incidente terá prerrogativa que não assistirá aos demais litigantes que ficarão sujeitos ao resultado do incidente, em detrimento de pessoas possivelmente mais capacitadas. Isso não é interessante (segundo o interesse público de se pacificar com justiça, nos escopos social, político e jurídico do processo) para a adjudicação do conflito supraindividual, nem é adequado a esse sistema de julgamento com eficácia *ultra partes*. Se for escolhido um representante adequado, é certo que será a justiça das decisões que será sagrada vitoriosa, pois o conflito será melhor debatido, melhor analisado e os julgadores terão melhores subsídios para julgar, com força de grande extensão territorial.

Além disso, a representatividade adequada, como vimos acima ao estudar as *class actions*, é muito mais do que selecionar uma parte com advogado competente. Trata-se até mesmo de bem selecionar um indivíduo que represente, no seio de seu pedido e causa de pedir, a tese em sua completude, inteireza. Se o indivíduo que suscita o conflito não apresenta uma dada característica, que é apresentada por outros indivíduos, então as manifestações dessa pessoa selecionada possivelmente não levarão em consideração a característica ou o problema que não possui, que não lhe pertine ou interessa. Desta forma, o correto é selecionar uma pessoa que em si mesma seja um exemplar completo dos demais sujeitos que serão afetados pelo incidente de demandas repetitivas.

---

462 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. 5ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 108.

463 *Cf.* GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. *Código brasileiro de defesa do consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 926.

Assim, resta como sugestão, oriunda essencialmente dos sistemas de *class actions* (principalmente do modelo norte-americano), que o incidente preveja um meio de controlar a representatividade adequada do sujeito que irá no incidente atuar em nome de toda uma gama de pessoas (os titulares dos direitos repetidos), cujos processos foram suspensos e serão afetados pelo resultado do incidente, por sua eficácia *ultra partes*.

4.6.3. Ações distribuídas após o incidente

Outra questão digna de menção é a falta de previsão, no procedimento do incidente do Novo CPC, da suspensão (ou não) de ações propostas (distribuídas) após o incidente ser suscitado. É extramente relevante saber se as ações propostas na pendência do incidente devem ou não ter seu seguimento suspenso.

E, em havendo previsão na legislação, entendemos como mais adequado (e até mesmo lógico) que fiquem suspensas tais ações, uma vez que se havia motivos para se suspender as ações já em curso, com mais razão ainda devem ser suspensas as que são propostas, como ações individuais, depois do incidente ser suscitado e até mesmo ter o seu processamento determinado (verificação da admissibilidade).

É exatamente o que propõem os modelos do direito da Inglaterra e País de Gales (as "*group litigation orders*", ou GLOs) e da Itália (as "*azioni collettive risarcitorie*"), nos quais as ações ficam suspensas desde a sua distribuição, sendo dirigidas diretamente ao juízo onde se processa o incidente ou ação, que fica prevento para ações sobre o mesmo tema.

Portanto, mesmo depois de suscitado o incidente, entendemos mais correto que todas as ações propostas devem ter o mesmo destino das ações que já estavam em andamento antes do incidente ser suscitado, sendo todas elas suspensas.

4.6.4. Natureza da decisão proferida no incidente, em confronto com a extensão subjetiva da coisa julgada e com a súmula vinculante

Ainda, necessário ponderar a respeito do tratamento dado à coisa julgada pelo incidente de demandas repetitivas. Encontramos duas disposições a respeito no Novo CPC, no artigo 898, §2º (será lavrado acórdão "*cujo teor será observado pelos demais juízes e órgãos*

fracionários situados no âmbito de sua competência") e no artigo 903 ("*julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito*").

Desses dois dispositivos, não podemos com completude compreender o efeito do julgamento oriundo do incidente de coletivização. Que ela vincula os magistrados de processos em andamento, não temos dúvida. Mas e os demais processos, posteriores, ou já julgados e ainda em fase de recurso? Deve o STJ em recurso especial aplicar a tese declarada pelo tribunal *a quo*, após a interposição do recurso? Deve o processo posterior ter-lhe aplicada a tese jurídica cuja declaração no incidente transitou em julgado antes da distribuição dessa nova ação? E, por último, a questão central: trata-se de coisa julgada propriamente dita(?), ou estamos diante de um procedimento similar ao de *súmulas vinculantes*? Essas as dúvidas que temos e que não podemos vislumbrar na redação atual a firmeza necessária para sua solução. Contudo, traçamos abaixo alguns breves comentários a respeito.

4.6.4.1. Extensão subjetiva da coisa julgada

Sobre a extensão subjetiva da coisa julgada, primeiro, é preciso mencionar que a regra tradicional, individualista, é a do artigo 472 do Código de Processo Civil em vigor (CPC-73), segundo a qual "*a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros*", contexto no qual, leciona Dinamarco, "*os vocábulos 'parte' e 'terceiro'* […] *são empregados em sentido puro, para designar aquele que esteve e aquele que não esteve integrado à relação processual em que foi dada a sentença*".[464]

Todavia, esclarece Dinamarco, "*o* [substituído] *processual, que não é parte no processo mas o é na relação jurídico-material controvertida, assimila-se no conceito de parte para os fins do art. 472 e é natural que assim seja*".[465] Isto é, "*o 'substituído' é e permanece sendo titular dos interesses substanciais em litígio, não-obstante defendidos no processo por outra pessoa*".[466]

Aliás, na fórmula dos processos coletivos, os substituídos, que não foram parte do processo, diretamente, certamente estiveram representados (e aqui volta a questão da representatividade adequada). E, nessa condição de participantes (por substituição) do contraditório e do processo, há sim que se sujeitá-los aos efeitos da coisa julgada, mas na qualidade de

464 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual, v. III*. 6ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 322, n. 963.
465 Idem, ibidem, loc. cit.
466 Idem, ibidem, p. 328, n. 965.

parte, e não de *terceiros*, pois de terceiro não se trata. Portanto, não estamos diante de coisa julgada *ultra partes*, mas de sujeição de substituídos (parte) ao resultado da demanda.[467]

Sem divergir, no incidente de demandas repetitivas, todas as partes processuais (em seus respectivos processos individuais, são autor e réu), que tiveram os seus processos suspensos, são substituídos pelas partes do processo em que o incidente fora suscitado. Desse modo, havendo substituição, tal qual há no caso de direitos individuais homogêneos, devem todos se sujeitar ao resultado do incidente. Entretanto, não se trata apenas de caso de substituição processual, pois há diversas peculiaridades que transmudam a natureza do incidente de mero mecanismo de substituição processual de indivíduos para algo além.

4.6.4.2. Súmula vinculante

As *súmulas vinculantes* foram introduzidas por meio da Emenda Constitucional n.º 45, de 2004 (EC 45),[468,469] que acrescentou à Constituição Federal de 1988 o artigo 103-A[470], segundo o qual o STF poderá inserir enunciados vinculantes em sua súmula de decisões, de modo que tais decisões sejam vinculantes a todo o judiciário e toda a Administração Pública, essencialmente sobre questão constitucional que "*acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica*". Como se vê, o objetivo da *súmula vinculante* sempre foi evitar a multiplicação de processos sobre os mesmos temas constitucionais.

De acordo com Dinamarco, as *súmulas vinculantes "são verdadeiros 'preceitos normativos' a serem emitidos pelo Supremo Tribunal Federal no exercício de suas funções jurisdicionais*", de modo a "*não só estabelecer um clima de confiabilidade nas decisões judiciá-*

467 *Cf.* GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. *Código brasileiro de defesa do consumidor…*, 9ª ed., ob. cit., p. 924-925.

468 *Cf.* ALMEIDA, Dulce Calmon de. "Súmula vinculante : meio impeditivo de acesso à justiça?". *Revista forense*, v. 103, n. 393, p. 467-472, set.-out. 2007.

469 *Cf.* PEREIRA, Ruitemberg Nunes. "Os paradoxos do judiciário no estado constitucional e as súmulas vinculantes". *Revista de doutrina e jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios*, n. 92, p. 13-34, jan.-abr. 2010.

470 Nestes termos: "*Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.*" e "*§1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica*".

rias, mediante a eliminação dos efeitos perversos das variações jurisprudenciais, como ainda poupar tempo, evitando as notórias repetições".[471] Foi introduzido, portanto, um instrumento para se evitar as repetições de teses ou questões constitucionais reiteradamente submetidas a julgamento pelos tribunais pátrios. Em caso de descumprimento de uma súmula, cabe o instrumento da *reclamação* ao órgão prolator da *súmula vinculante*. Além disso, pela sua vinculatividade e ainda pela interpretatividade do direito material, colocam-se as súmula vinculantes, dessarte, entre o precedente judicial e a normatividade dos atos legais. Poder-se-ia dizer até mesmo que se encontram em um plano mais vinculante que as próprias normas legislativas, uma vez que das *súmulas vinculantes* não cabe mais interpretação judicial, enquanto que as leis sempre podem ser impugnadas judicialmente. Ressalva-se, todavia, com DINAMARCO, que é necessário haver uma certa concretude, ou melhor, uma menor abstração nas decisões que são inseridas na *súmula*, não sendo lícito por meio de *súmulas vinculantes* introduzir no ordenamento jurídico um preceito inteiramente novo.[472]

4.6.4.3. Súmula vinculante estadual?

Em retorno ao incidente do Novo CPC, para elucidar a questão proposta (extensão da coisa julgada ou súmula vinculante), lembremos que a decisão dada no incidente de demandas repetitivas deve ser inserida na *súmula* do tribunal, e que a decisão assim proferida pelo órgão especial ou pelo plenário do Tribunal competente será obedecida por todos os seus órgãos hierarquicamente subordinados.[473]

Além disso, uma vez inserido o enunciado na *súmula* do órgão prolator, pela eficácia *ultra partes* do incidente (na verdade, como visto, pela sua aplicação a todos os substituídos processuais) e também pela sua força *vinculante* aos processos em andamento (sob pena de reclamação), o incidente acaba sendo o método para induzir a criação de *súmulas vinculantes estaduais*, dentro da competência de cada tribunal. São pois precedentes judiciais vinculantes, proferidos por tribunais locais, por provocação pelo incidente de demandas repetitivas. O objetivo é evitar a repetição de idênticas questões.

---

471 *Cf.* DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, v. I*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 354, n. 132-A.

472 Idem, ibidem, loc. cit.

473 Conforme dispõe o artigo 847 do PLS 166 (ou artigo 882 do PLC 8046), as súmulas em segundo grau possuem força obrigatória, vinculando os órgãos do respectivo tribunal que emitiu os enunciados sumulares. Segundo tais dispositivos, cuja redação dos incisos é idêntica, os tribunais devem "*sempre que possível,* [...] *editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante*", de tal modo que "*os órgãos fracionários* [sigam] *a orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores aos quais estiverem vinculados, nesta ordem*", sendo que "*a jurisprudência pacificada de qualquer tribunal deve orientar as decisões de todos os órgãos a ele vinculados*".

Portanto, só podemos estar diante de *súmulas vinculantes*, proferidas por tribunais locais, mediante provocação pelo incidente de resolução de demandas repetitivas.

Mas essa conclusão ainda não resolve o desconforto de se ter uma declaração de um tribunal que produz efeitos fora de sua competência territorial. Não se poderia cogitar que, por força própria, a súmula produzida por um tribunal (ainda que no seio de um incidente de demandas repetitivas) tenha força vinculante a ser imposta sobre outros tribunais. Todavia, a decisão dada no incidente tem sim esse poder, não por força própria, mas mediante declaração desses efeitos pelo STJ ou STF, estes sim com competência para atribuir tal vinculatividade a todo o território nacional (ou qualquer porção deste).

Apesar do cabimento de *reclamação* contra o desrespeito à decisão proferida no incidente, cabe mencionar que há uma importante distinção com a súmula vinculante do STF (a do artigo 103-A da CF-88): a decisão do incidente está sujeita a todo o arcabouço recursal que é oferecido pelo processo civil brasileiro, notadamente, por previsão expressa, sujeita-se à revisão pelo STJ e pelo STF por meio dos recursos especial e extraordinário.

Conclui-se assim que estamos diante do mecanismo para provocar a produção de *súmulas vinculantes* perante os tribunais locais. Ressalva-se, ainda, que as demais questões de cada processo individual, que não foram objeto do incidente, serão julgadas individualmente, aplicando-se o entendimento do incidente àquilo que lhe for pertinente e julgando o que lhe transbordar.

4.7. Síntese do Capítulo 4.

No presente capítulo, analisou-se a origem dos direitos coletivos (*lato sensu*) e estudou-se o direito comparado da experiência inglesa (com as "*group litigation orders*"), norte-americana (as "*class actions*" das cortes federais e a representatividade adequada), canadense (as "*class actions*" e o conflito entre províncias), italiana (as "*azioni collettive risarcitorie*") e, principalmente, alemã (o "*musterverfahren*"), para então verificar o procedimento adotado no Novo CPC com o incidente em estudo. Pudemos desse estudo chegar a algumas conclusões, apresentadas a seguir, sinteticamente.

4.7.1. Direito individual 'repetido' (sem origem comum)

É possível identificar que, ao lado dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, existe o "direito individual repetido" (ou repetitivo), que apresenta uma certa homogeneidade, mas não requer uma origem comum, ao contrário dos direitos individuais homogêneos. Os tais direitos individuais repetidos hoje recebem, e sempre receberam, tutela por meio do acesso ordinário ao judiciário, em demandas individuas. Todavia, a sociedade de massa tornou insustentável e impraticável a adjudicação singular de todos os conflitos individuais, ao menos não em uma perspectiva temporal razoável.

4.7.2. Do direito alemão, o 'musterverfahren'

Do direito alemão e da experiência do "*musterverfahren*", importamos o procedimento-modelo, segundo o qual o tribunal julga uma questão de fato ou de direito, e impõe a decisão aos processos pendentes sobre as mesmas questões de fato ou direito. Não há sistema de *opt-in* nem *opt-out*. A corte superior julga questões afetas a mais de um tribunal. Seria salutar que o incidente brasileiro previsse seu cabimento também para questões de fato, permitindo que demandas fundadas em dúvidas sobre a ocorrência de fatos também possam se aproveitar do incidente.

4.7.3. Do direito italiano, a ' azione collettiva risarcitoria'

Do direito italiano e da *azione collettiva risarcitoria*, aprendemos que é possível que processos individuais adiram ao procedimento coletivo (*opt-in*), podendo essa adesão ser efetuada até momentos bem avançados da demanda; também aprendemos que fica prevento o juízo que processa a demanda coletiva para receber os processos posteriores ao coletivos.

4.7.4. Do direito inglês, as 'group litigation orders'

Do direito inglês e das *group litigation orders*, podemos aprender sobre a gestão de processos (*case management*), e como lidar com um grande número de processos sobre

um mesmo assunto. O incidente do Novo CPC poderia aproveitar a experiência e prever um mecanismo pelo qual o registro de ações no cadastro seja obrigatório também para as ações que sejam distribuídas após o início do incidente.

4.7.5. Do direito norte-americano, as 'class actions'

Do direito norte-americano e da experiência federal das *class actions*, aprendemos que somente por meio de uma adequada representatividade se pode impor a alguém uma decisão na qual não houve sua participação; somente pela representatividade adequada se legitima a aplicação da coisa julgada a uma pessoa que não participou diretamente do processo. Por meio desse mecanismo, se controla a adequação do advogado e também da pessoa legitimada; se ela apresenta todo o feixe de direitos possíveis, e não apenas parte dele, sob pena de não defender todos os interesses possíveis do grupo. No incidente, não há qualquer controle da representatividade adequada, sendo que o suscitante e a parte contrária desempenham um papel protagonista, em detrimento de possíveis melhores representantes, que com mais acuidade e competência arguiriam as questões envolvidas.

4.7.6. Do direito canadense, as 'class actions' de competência das províncias

Do direito canadense e suas *class actions* legisladas localmente, nas províncias, inferimos que os conflitos entre entes locais, entre tribunais diferentes, deve ser tratada com muito cuidado, principalmente em razão dos critérios de legitimação e vinculação de terceiros à coisa julgada proferida por tribunal de outra província. Apesar do modelo do Novo CPC adotar a possibilidade de extensão da coisa julgada para além do território da competência do tribunal que julga o incidente, esse sistema mantém o problema de se questionar a divisibilidade de interesses indivisíveis (por exemplo, um contrato de crédito abusivo o será em qualquer lugar do país), e assim, quando não houver a declaração de extensão da coisa julgada, expressamente, continua-se com o problema.

4.7.7. No Brasil, a resolução das demandas repetitivas

Na busca pelo *contingenciamento da litigiosidade*, no intento de *molecularizar* as demandas *individuais*, a Comissão de Juristas, instituída para criar o Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil, decidiu criar um incidente de resolução de demandas repetitivas. O intuito, basicamente, é julgar questões centrais e impor a decisão a todos os processos em andamento, sobre as mesmas questões. Entretanto, o incidente poderia adotar mecanismos pontuais, que são indicados pelo estudo do direito comparado.

Pudemos concluir que a decisão proferida no incidente tem a natureza de uma *súmula vinculante* em tribunal local; trata-se de um precedente judicial vinculante. Assim entendemos em razão da decisão ser oriunda do órgão especial ou do plenário do tribunal e do seu resultado dever ser imposto a todos os processos pendentes sobre o mesmo assunto, sob pena de *reclamação* ao tribunal. Com outra denominação, trata-se do mesmo procedimento e das mesmas consequências da *súmula vinculante* do STF, com a ressalva do cabimento de todo o arcabouço recursal, como embargos de declaração, recursos especial e extraordinário, embargos de divergência *etc.*, para se controlar ou rever a decisão. Quando a decisão é imposta a tribunais de outra competência, trata-se de uma figura nova, da extensão da súmula de um tribunal a outro, por decisão do STJ ou STF, este sim competente sobre o tal tribunal que aplica decisão de outro. Por outro lado, não se regula expressamente a aplicação da decisão a processos novos distribuídos após o incidente. Apesar da ausência de regulamentação, entendemos que a decisão do incidente deve sim ser aplicada a processos posteriores, e como *súmula vinculante*, como exposto.

Por derradeiro, cabe consignar que não se trata de coletivização alguma, mas de gestão de processos múltiplos, pela previsão de um mecanismo que *molecularíza* demandas e se cria uma *súmula vinculante*, com iniciativa das partes ou do magistrado, em um procedimento aberto à participação (ainda que limitada) da comunidade jurídica.

CAPÍTULO 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

5.1. Síntese final

Em razão de todo o exposto no presente estudo, e reafirmando as sínteses de capítulo acima narradas, reiteramos que:

1. Os precedentes judiciais são normas jurídicas *individuais* e *concretas*, porque *retrospectivamente* resolvem um litígio específico entre partes determinadas (ou determináveis), mas ao mesmo tempo *gerais* e *abstratas*, porque *prospectivamente* destinam-se a indeterminadas pessoas que podem vir a ser afetadas ou não pelo seu conteúdo prescritivo que se projeta normativamente para o futuro, balizando a conduta dos agentes.

2. O elemento do precedente judicial que pode ser utilizado em caso futuro é apenas a *ratio decidendi* (a solução jurídica, a *tese*), e jamais os *obiter dicta*, que são os demais elementos mencionados por acaso, que não compõe logicamente a conclusão prescritiva da norma.

3. Os conflitos repetitivos são passíveis de pacificação por meio da aplicação de precedentes, uniformizando-se a solução aos casos e dando assim tratamento uniforme a situações que se mostram equivalentes. De igual sorte, os precedentes servem para distinguir casos diferentes, uniformizando a distinção entre as situações díspares.

4. O incidente de resolução de demandas repetitivas, proposto no Novo CPC, por sua força obrigatória aos casos de primeiro grau, equivale a uma súmula vinculante em nível local (estadual ou na região federal, por ex.), precedentes judiciais criados por indução.

5. Deve ser permitida uma forma de afastamento do precedente, caso o processo posto a julgamento não se enquadre exatamente na fórmula do precedente, razão pela qual deve ser previsto um mecanismo que no primeiro grau de jurisdição permita ao suposto prejudicado assim deduzir. Por isso, o incidente de coletivização não reduzirá o número de recur-

sos contra as sentenças de primeiro grau. Contudo, e assim entendemos, seu objetivo não é reduzir o trabalho dos tribunais, mas sim uniformizar as teses jurídicas fixadas jurisprudencialmente, e a esse fim o instituto muito contribui, contribuindo para a efetividade da tutela jurisdicional.

6. A análise econômica do direito pode contribuir muito para o estudo dos precedentes judiciais, prescritivamente, permitindo teorizar modelos que sirvam à melhor administração da justiça e adjudicação dos conflitos. Por exemplo, precedentes judiciais podem ser tidos como ativos, que se depreciam ao longo do tempo e que podem ser substituídos ou tornados obsoletos, por precedentes mais modernos e com mais critérios (LANDES-POSNER); trata-se da evolução natural dos precedentes, acompanhando o desenvolvimento da sociedade e a atualização do ordenamento jurídico.

7. Se um precedente vinculante possuir uma fórmula o mais abstrata e geral possível, ao ponto de se evitar que conflitos surjam a seu respeito, então estaremos diante de um super-precedente, que impede que uma lide venha a juízo, persuadindo as partes para que não entrem em conflito por ser a regra aplicável já suficientemente clara e não questionada.

5.2. Pesquisas futuras

Ao longo do presente trabalho foram investigados diversos temas correlatos, alguns com maior profundidade, outros apenas superficialmente, com a mera menção de teorias ou de assuntos investigativos.

Como muitos desses não pertenciam ao escopo desta dissertação, não foram, propositadamente, investigados. Alguns desses temas possíveis já se encontram devidamente pesquisados pela ciência processual civil. Contudo, outros não o foram e merecem um estudo pormenorizado, e aqui se indica ao pesquisador aqueles temas que, em nossa opinião, são os de maior oportunidade e proveito para que a ciência processual civil continue sua evolução investigativa.

Primeiro tema sugerido consiste na interação entre precedentes judiciais e argumentação jurídica (pensar em autores como FREDERICK SCHAUER, ROBERT ALEXY, RAIMO SILTALA e JOSEPH RAZ, por exemplo). Se uma decisão judicial, no nosso sistema, precisa ser adequadamente fundamentada, motivada, então o julgador possui um ônus argumentativo de demonstrar as razões pelas quais concluiu pelo resultado do julgamento. E assim, no âmbito dos pre-

cedentes judiciais, esse ônus argumentativo se exacerba e a complexidade do julgamento aumenta. Justifica-se uma pesquisa sobre os modelos de interação entre esses dois temas (precedentes judiciais e argumentação jurídica) por sua possibilidade de atingir indefinidamente toda uma coletividade, por meio de uma única decisão (o precedente judicial).

Outro tema a ser pesquisado é a relação entre a justiça distributiva e o papel dos precedentes judiciais (autores como JOHN RAWLS, OWEN FISS e AMARTYA SEN, por exemplo). Para que se atenda adequadamente à distribuição de riqueza, e até mesmo por meio de análise econômica do direito, talvez a alocação de recursos seja melhor feita por meio de precedentes, evitando que a cada caso se tenha uma regra distinta de distribuição dos bens entre os agentes econômicos. Ou talvez a justiça distributiva, em substituição à comutativa, seja uma forma mais eficiente de julgamento de causas. Enfim, é preciso percorrer por uma série de temas distintos porém conexos para se investigar adequadamente o papel dos precedentes na perspectiva da justiça distributiva e da adjudicação dos conflitos.

Ainda se pode indicar pesquisa no sentido do motivo pelo qual as normas jurídicas são obedecidas e a influência dos precedentes judiciais nesse contexto de normatividade, interpretação e autoridade estatal. Esse é o tema mais amplo e diversos autores já enveredaram por linhas de pesquisa relacionadas a ele (RONALD DWORKIN, JOSEPH RAZ, RICHARD POSNER, SCOTT SHAPIRO, MIRJAN DAMAŠKA, dentre muitos outros).

No mais, cada ordenamento jurídico mencionado neste trabalho dá um tratamento legal, doutrinário e jurisprudencial diferente para o problema da massificação das relações jurídicas e suas implicações processuais. De grande valia será um estudo aprofundado sobre um ordenamento específico, ainda que sem confrontá-lo com o de outros países, mas ao menos investigando os motivos pelos quais foram dadas essas ou aquelas soluções aos problemas que *são iguais em qualquer lugar* — como tudo o mais relativo à globalização e à massificação dos mercados consumidores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

De acordo com as regras da NBR 6023, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

ABBOUD, Georges. "Súmula vinculante versus precedentes: notas para evitar alguns enganos". *Revista de Processo*, v. 165, p. 218ss., nov. 2008.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____; DREIER, Ralf. "Precedent in the Federal Republic of Germany". In: MacCORMICK, Neil (ed.); SUMMERS, Robert (ed.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Surrey: Ashgate, 1997, pp. 17-64.

ALMEIDA, Dulce Calmon de. "Súmula vinculante : meio impeditivo de acesso à justiça?". *Revista forense*, v. 103, n. 393, pp. 467-472, set.-out. 2007.

AMAR, Akhil Reed. "Heller, HLR, and holistic legal reasoning". *Harvard Law Review*, v. 122, pp. 145-190, 2008.

AMARAL, Guilherme Rizzo. "Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um 'incidente de resolução de demandas repetitivas'". *Revista de Processo*, v. 196, p. 237ss., jun. 2011.

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orient. e Rev. da Trad. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2010. 351 p.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito, introdução e teoria geral* — uma perspectiva luso-brasileira. 11ª ed., Coimbra: Almedina, 2001.

BARNETT, Randy. "It's a Bird, It's a Plane, No, It's Super Precedent: A Response to Farber and Gerhardt". *Minnesota Law Journal*, v. 90, pp. 1.232-1.251, 2006.

BARTRUM, Ian. "The constitutional canon as argumentative metonymy". *William and Mary Bill of Rights Journal*, v. 18, pp. 327-394, 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. 5ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2009. 191 p.

BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principals of morals and legislation*. Oxford: Clarendon, 1907. 379 p. (Também publicado em Indianapolis: Liberty Fund, 2011. Disponível em: <http://oll.libertyfund.org/title/278>. Acesso em: 23 jul. 2012. 249 p.)

_____; BOWRING, John (Ed.). *The works of Jeremy Bentham, v.V: Scotch Reform, Real Property, Codification Petitions*. Edinburgh: William Tait, 1843. 621 p. (Também publicado em Indianapolis: Liberty Fund, 2011. Disponível em: <http://oll.libertyfund.org/title/1996>. Acesso em: 23 jul. 2012. 1155 p.)

_____; _____. *The works of Jeremy Bentham, v. VI: introductory view of the rationale of evidence; for the use of non-lawyers as well as lawyers*. Edinburgh: William Tait, 1843. 580 p. (Também publicado em Indianapolis: Liberty Fund, 2011. Disponível em: <http://oll.libertyfund.org/title/1923>. Acesso em: 23 jul. 2012. 1091 p.)

BIN, Marino. *Il precedente giudiziario: valore e interpretazione*. Padova: Cedam, 1995.

BLACKSTONE, (Sir) William; CHRISTIAN, Edward (Ed.). *Commentaries on the Laws of England, in four volumes*. 15th ed., with the last corrections of the author and with notes and additions by [editor] Edward Christian, Esq., barrister at law. London: A. Strahan, 1809 (For T. Cadell and W. Davies, in the strand). 4 v. (Fac-símile disponível em Charleston: Forgotten Books, 2010).

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 4ª ed. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Apres. Allaor Caffé Alves. Bauru: Edipro, 2008. 192 p.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Apres. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: UnB, 1999. 184 p.

BRASIL. Emenda Constitucional n.º 45, de 08 de dezembro de 2004. "Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências.". *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 dez. 2004, Seção 1, p. 9.

_____. Lei n.º 9.756, de 17 de dezembro de 2012. "Dispõe sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais". *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 18 dez. 1998, Seção 1, p. 1. Também disponível em <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:lei:1998-12-17;9756>. Acesso em 28 ago. 2012.

_____. Lei n.º 10.352, de 26 de dezembro de 2001. "Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, referentes a recursos e reexame necessário". *Diário Oficial da União, Brasília*, DF, 27 dez. 2001, Seção 1, p. 1. Também disponível em <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:lei:2001-12-26;10352>. Acesso em 07 set. 2012.

_____. Lei n.º 11.276, de 07 de fevereiro de 2006. "Altera os arts. 504, 506, 515 e 518 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativamente à forma de interposição de recursos, ao saneamento de nulidades processuais, ao recebimento de recurso de apelação e a outras questões". *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 08 fev. 2006, Seção 1, p. 2. Também disponível em <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:lei:2006-02-07;11276>. Acesso em 07 set. 2012.

_____. Lei n.º 11.277, de 07 de fevereiro de 2006. "Acresce o art. 285-A à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil". *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 08 fev. 2006, Seção 1, p. 2. Também disponível em <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:lei:2006-02-07;11277>. Acesso em 07 set. 2012.

_____. Lei n.º 11.417, de 19 de dezembro de 2006. "Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências". *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 dez. 2006, Seção 1, p. 1. Também disponível em <http://www.lexml.gov.br/ urn/urn:lex:br:federal:lei:2006-12-19;11417>. Acesso em 07 set. 2012.

_____. Lei n.º 11.418, de 19 de dezembro de 2006. "Acrescenta à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal". *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 dez. 2006, Seção 1, p. 2. Também disponível em <http://www.lexml.gov.br/ urn/urn:lex:br:federal:lei:2006-12-19;11418>. Acesso em 07 set. 2012.

_____. Lei n.º 11.672, de 8 de maio de 2008. "Acresce o art. 543-C à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, estabelecendo o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça". *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 9 mai. 2008, Seção 1, p. 11. Também disponível em <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:lei:2008-05-08;11672>. Acesso em 07 set. 2012.

_____. "Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010 (Do Senador José Sarney, proveniente dos trabalhos da Comissão de Juristas, instituída pelo Ato nº 379, de 2009, do Presidente do Senado Federal) — Dispõe sobre a reforma do Código de Processo Civil". *Diário do Senado Federal*, Brasília, DF, 9 jun. 2010. pp. 26.692-26.950.

_____. Congresso Nacional. Senado Federal. Presidência. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Brasília-DF, 2010. 381 pp. Disponível em <http://www. senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>.

_____. Congresso Nacional. Senado Federal. Presidência. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Ata da 1ª reunião, realizada em 30.11.2009. *Diário do Senado Federal*, Brasília, DF, 3 fev. 2010. pp. 542-611.

_____. Superior Tribunal de Justiça. "PEC da repercussão geral no STJ já tramita no Legislativo". Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine. wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106795>. Acesso em: 12 out. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Revista Trimestral de Jurisprudência (RTJ)*, n.º 45, jul. 1968, pp. 73-76. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/indiceRtj/>. Acesso em 23 jul. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n.º 10. "Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte". *Diário de Justiça Eletrônico* (DJe) n.º 117 de 27/6/2008, p. 1. DOU de 27/6/2008, p. 1. Precedentes: RE 482090, RE 240096, RE 544246, RE 319181 e AI 472897 AgR.

BRENNER, Saul; SPAETH, Harold. *Stare indecisis: the alteration of precedent on the Supreme Court, 1946-1992*. New York: Cambridge University Press, 1995. 151 p.

BRYCE, Viscount James. *Studies in history and jurisprudence*. New York: Oxford University Press, 1901. 2 v.

BUCHANAN, James. "Federalism and Individual Sovereignty". *Cato Journal*, v. 15, pp. 259-286, 1995.

_____. "Politics, Property, and the Law: An Alternative Interpretation of Miller et al., v. Schoene". *The Journal of Law & Economics*, v. 15, p. 439-452, 1972.

_____. "Positive economics, Welfare Economics, and Political Economy". *Journal of Law and Economics*, v. 2, p. 124-138, 1959.

_____. "The justice of natural liberty". *The Journal of Legal Studies*, v. 5, p. 1-16, 1976.

_____; BRENNAN, Geoffrey. *The Collected Works of James M. Buchanan, v. 10: The Reason of Rules - Constitutional Political Economy*. Indianapolis: Liberty Fund, 2000. 194 p. (Primeira edição publicada em Cambridge: Cambridge University Press, 1985)

BUENO, Cássio Scarpinella. "Conexão e continência entre ações de improbidade administrativa". *In:* BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. *Improbidade Administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001. pp. 110-139.

BUENO VIDIGAL, Luís Eulálio de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VI. 2ª ed. São Paulo: RT, 1976.

BUFFONE, Giuseppe. *Class Action italiana: azione collettiva risarcitoria a tutela dei consumatori*. Disponível em: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=1581>, acesso em: 03 jul. 2010.

BUZAID, Alfredo. *Anteprojeto de código de processo civil*. Disponível em <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/177246/1/anteprojeto%20de%20codigo%20de%20processo%20civil.pdf>. Acesso em 23 jul. 2012.

CABRAL, Antônio do Passo. *Il nuovo Procedimento-Modello (Musterverfahren) tedesco: un'alternativa alle azioni collettive*. Disponível em <http://judicium.it/news/ins_ 28_12_08/Do%20passo%20Cabral,%20oss.%20azioni%20seriali.html>. Acesso em 02 jul. 2010.

_____. "O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas". *Revista de Processo*, n. 147, pp. 123-146, mai. 2007.

CAIS, Cleide Previtalli. *O processo tributário*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2011. 808 p.

CAIS, Fernando Fontoura da Silva. *Direito processual civil intertemporal*. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

CALABRESI, Guido. "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts". *Yale Law Journal*, v. 70, p. 499s., 1961.

CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1999. 3 v.

_____. "La Cassazione Civile, vol. II. Disegno generale dell'istituto". In: _____. *Opere giuridiche*, vol. VII. Napoli: Morano, 1976.

CAPONI, Remo. "Modelo europeu de tutela coletiva no processo civil: comparação entre a experiência alemã e italiana". *Revista de Processo*, v. 200, p. 235ss., out. 2011.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008. 73 p.

CASTRO, Daniel Penteado de. "Questões polêmicas sobre o julgamento por amostragem do recurso especial repetitivo". *Revista de Processo*, v. 206, p. 79, abr. 2012.

CEI, Marcelo Tuze. "Súmula impeditiva de recursos: integração, interpretação, constitucionalidade e efetividade". *Revista de Processo*, n. 173, p. 201ss., jul. 2009.

CHE, Yeon-Koo; YI, Jong Goo. "The Role of Precedents in Repeated Litigation". *Journal of Law, Economics, & Organization*, v. 9, pp. 399-424, 1993.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzione di diritto processuale civile.* Napoli: Jovene, 1960.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

COASE, Ronald. "The Problem of Social Cost". *The Journal of Law and Economics*, v. 3, p. 1s., 1960.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile, v. I: Il processo ordinario di cognizione*. Bologna: Mulino, 1995. 714 p.

CONJUR. *Anuário da Justiça*. v. 2010. São Paulo: CONJUR, 2010. 322 p.

CONSOLO, Claudio; RIZZARDO, Dora. "Due modi di mettere le azione colletive alla prova: Inghilterra e Germania". *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, v. LX, n. 3, sett. 2006. p. 891-914.

CONSTANTINO, Giorgio. "Class actions at a crossroads: Europe's choice between its own and the American model". *Revista de Processo*, v. 153, p. 181ss., nov. 2007.

COSTA, Susana Henriques da. *Processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. *Precedent in english law*. 4th ed. Oxford: Clarendon, 1991. 246 p.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. "O regime processual das causas repetitivas". *Revista de Processo*, v. 179, p. 139ss., jan. 2010.

CURDT, Thomas. *Kollektiver Rechtsschutz unter dem Regime des KapMuG*. Hamburg: Verlag Dr. Kovač, 2010. 182 p. (Dissertação apresentada em setembro de 2010 na Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen em Bonn).

DICEY, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Indianapolis: Liberty Fund, 1982. (Reprint of the 1915 8th edition published by Macmillan in 1915).

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4ª ed. São Paulo, Malheiros, 2011. 2 v.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil: volume I*. 5ª ed., revista e atualizada de acordo com a emenda constitucional n. 45, de 8.12.2004 (DOU de 31.12.2004), de acordo com a EC 45/2004. São Paulo: Malheiros, 2005. 735 p.

_____. *Instituições de direito processual civil*, v. II. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 3ª ed. São Paulo, Malheiros, 1993.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 400 p.

_____. "Súmulas vinculantes". *Revista Forense*, v. 347, p. 51-65, jul.-set. 1999.

_____. *Vocabulário do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2009. 432 p.

_____; GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *Participação e processo.* São Paulo: RT, 1988.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008.

FARIA, Marcela Kohlbach de. "Recursos repetitivos no novo código de processo civil: uma análise comparativa". *Revista de Processo*, v. 209, p. 337ss., jul. 2012.

FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. *Representatividade adequada nos processos coletivos*. 2010. 188f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) — Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

FRIEDENTHAL, Jack; KAY KANE, Mary; MILLER, Arthur. *Civil procedure*. 3rd ed. St. Paul: West Group, 1999. 896 p.

_____; _____; _____. *Civil Procedure: hornbook*. 4th ed. St. Paul: West, 2005. 964 p.

GAIO JR., Antônio Pereira. "Incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do Novo CPC: breves apontamentos". *Revista de Processo*, v. 199, p. 247ss., set. 2011.

GARNER, Bryan (Ed.). *Black's Law Dictionary*. 9th ed (deluxe). St. Paul: West, 2009.

GERHARDT, Michael. "Super Precedent". *Minnesota Law Journal*, v. 90, pp. 1.204-1.231, 2006.

_____. "The irrepressibility of precedent". *North Carolina Law Review*, v. 86, pp. 1279-1298, 2008.

_____. *The power of precedent*. New York: Oxford University Press, 2008. 350 p.

GIUSSANI, Andrea. "Relatório Nacional da Itália". *In:* GRINOVER, Ada Pellegrini; MULLENIX, Linda; WATANABE, Kazuo. *Os processos coletivos nos países de "civil law" e "common law", uma análise de direito comparado*. São Paulo: RT, 2008. pp. 169-178.

GOODHART, A. L. "Case Law - a short replication". *Law Quarterly Review*, v. 50, pp. 196-200, abr. 1934.

_____. "Precedent in English and Continental Law". *Law Quarterly Review*, v. 50, pp. 40-65, abr. 1934.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004.

_____. *Código brasileiro de defesa do consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto*. 9ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2007. 1.217 p.

_____. "Parte II — Novas tendências em matéria de legitimação e coisa julgada nas ações coletivas: Resumo do Relatório Geral, *Civil Law*". *In:* GRINOVER, Ada Pellegrini; MULLENIX, Linda; WATANABE, Kazuo. *Os processos coletivos nos países de "civil law" e "common law", uma análise de direito comparado*. São Paulo: RT, 2008. pp. 228-252.

_____. "Relatório geral, *civil law*: os processos coletivos nos países de *Civil Law*". *In:* GRINOVER, Ada Pellegrini; MULLENIX, Linda; WATANABE, Kazuo. *Os processos coletivos nos países de "civil law" e "common law", uma análise de direito comparado*. São Paulo: RT, 2008. pp. 17-28.

_____; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUZMÁN, Ramiro Bejarano. "Relatório Nacional da Colômbia". *In:* GRINOVER, Ada Pellegrini; MULLENIX, Linda; WATANABE, Kazuo. *Os processos coletivos nos países de "civil law" e "common law", uma análise de direito comparado*. São Paulo: RT, 2008. pp. 45-54.

HANISCH, Brigitte. *Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG): Anwendungsfragen und Rechtsdogmatik*. Baden-Baden: Nomos, 2011. 460 p. (Dissertação apresentada em outubro de 2010 à Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin)

HAYWARD, Allison. "The Per Curiam Opinion of Steel: Buckley v. Valeo as Superprecedent? Clues from Wisconsin and Vermont". *Cato Supreme Court Review*, pp. 195-216. Disponível em: <http://www.cato.org/pubs/scr/2006/hayward.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2011.

HAZARD Jr., Geoffrey; JAMES Jr., Fleming; LEUBSDORF, John. *Civil procedure*. 5th ed. New York: Foundation Press, 2001. 865 p.

_____; TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure: an introduction*. New Haven: Yale University Press, 1993. 230 p.

HESS, Burkhard. "Relatório Nacional da Alemanha". *In:* GRINOVER, Ada Pellegrini; MULLENIX, Linda; WATANABE, Kazuo. *Os processos coletivos nos países de "civil law" e "common law", uma análise de direito comparado*. São Paulo: RT, 2008. pp. 144-149.

_____; REUSCHLE, Fabian; RIMMELSPACHER, Bruno. *Kölner Kommentar zum KapMuG (Kölner Kommentare zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht)*. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2008. 842 p.

HIGASHIYAMA, Eduardo. "Teoria do direito sumular". *Revista de Processo*, v. 200, p. 71ss., out. 2011.

HODGES, Christopher. *The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems: a new framework for collective redress in Europe*. Oxford: Hart Publishing, 2008. 319 p.

HOLDSWORTH, W. S. "Case Law". *Law Quarterly Review*, v. 50, pp. 180-195, 1934.

IBDP, Instituto Brasileiro de Direito Processual. *VIII Jornadas de Direito Processual Civil*. Vitória, Espírito Santo, jun. 2010.

KAY KANE, Mary. *Civil procedure in a nutshell*. 6th ed. St. Paul: West Group, 2007. 311 p.

KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. "Economic Analysis of Law". *SSRN (Social Science Research Network)*, 96 p., fev. 1999. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=150860>. Acesso em: 14 set. 2012.

KRUPPA, Jan J. *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG): Bestandsaufnahme und Perspektiven*. Hamburg: Verlag Dr. Kovač, 2011. 319 p.

KMIEC, Keenan. "The Origin and Current Meanings of 'Judicial Activism'". *California Law Review*, oct. 2004. pp. 1441-1477.

KRENZER, Sina. *Die grundzüge des deutschen Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes (KapMuG) & der Fall Deutsche Telekom*. Norderstedt: GRIN Verlag, 2009. 14 p.

LAMY, Eduardo de Avelar. "Súmula vinculante: um desafio". *Revista de Processo*, v. 120, p. 112-137, fev. 2005.

LANDES, William; POSNER, Richard. "Adjudication as a Private Good". *The Journal of Legal Studies*, v. 8, pp. 235-284, 1979.

_____; _____. "Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis". *The Journal of Law and Economics,* v. 19, pp. 249-308, 1976.

_____; _____. "Legal precedent: a theoretical and empirical analysis". *NBER Working Paper Series*, n. 146, pp. 1-95, aug. 1976.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil.* São Paulo: RT, 1995.

LAWLOR, Reed. "Excerpts from Fact Content of Cases and Precedent: A Modern Theory of Precedent". Jurimetrics Journal, v. 12, p. 245-270, 1971.

LEAL, Victor Nunes. "Passado e futuro da súmula do STF". *Revista de Direito Administrativo*. n. 145, jul.-set. 1981.

LEE, Thomas. "Stare Decisis in Economic Perspective: An Economic Analysis of the Supreme Court's Doctrine of Precedent". *North Carolina Law Review*, v. 78, p. 643-706, 1999.

LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2008. 330 p.

LEONEL, Ricardo de Barros. "Causa de pedir e pedido nos processos coletivos: uma nova equação para a estabilização da demanda". *In:* GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: RT, 2007. pp. 144-155.

LÉVY, Daniel de Andrade. "O incidente de resolução de demandas repetitivas no anteprojeto do Novo Código de Processo Civil: exame à luz da Group Litigation Order Britânica". *Revista de Processo*, v. 196, p. 165ss., jun. 2011.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Sistema de precedentes judiciais civis no Brasil: formação, superação, autoridade e insuficiência*. 2012. 332 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2012.

LINDQUIST, Stefanie; CROSS, Frank. "Empirically Testing Dworkin's Chain Novel Theory: Studying the Path of Precedent". *New York University Law Review*, v. 80, p. 1.156-1.206, 2005.

LOUISIANA. Louisiana State Legislature. Disponível em <http://www.legis.state.la.us/>. Acesso em 25 ago. 2012.

MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert. *Interpreting precedents: a Comparative Study*. Surrey: Ashgate, 1997. 585 p. Classic Reprint Series.

MALAURIE, Philippe. *Les précédents et le droit*. [s.l.]: [s.n.], 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. "A concomitância entre ações de natureza coletiva". *In:* GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007. pp. 161-173.

_____. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: RT, 2009.

_____. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante.* São Paulo: RT, 1999.

_____. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2001.

_____. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante:* de acordo com a EC 45/2004, Lei 11.417/2006 e Res. STF 388/2008 (Inclui perguntas e respostas sobre súmula vinculante). 4ª ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: RT, 2010.

MARCIANO, Alain. "Value and exchange in Law and Economics: Buchanan *versus* Posner". *Review of Austrian Economics*, 2007, n. 20. pp. 187-200.

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*, v. 172, p. 175 ss., jun. 2009.

_____. "Eficácia vinculante: a ênfase à ratio decidendi e à força obrigatória dos precedentes". *Revista de Processo*, v. 184, p. 9 ss., jun. 2010.

_____. *Precedentes obrigatórios*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011.

MARQUEZINI, Paulo Roberto da Silva. *Técnicas de julgamento de causas repetitivas no direito brasileiro*. 2012. 162 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito.* 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957.

McGINNIS, John O.; RAPPAPORT, Michael. "Reconciling originalism and precedent". *Northwestern University Law Review*, v. 103, n. 2, pp. 803-856, 2009.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2008. 238 p.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. "Sentença emprestada: uma nova figura processual". *Revista de Processo*, v. 135, p. 152ss., mai. 2006.

MESQUITA, José Ignacio Botelho de. "Processo civil e processo incivil". *Revista de Processo*, v. 131, p. 250ss., jan. 2006.

MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco. "Precedent in Spain". In: MacCORMICK, Neil (ed.); SUMMERS, Robert (ed.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Surrey: Ashgate, 1997, pp. 259-291.

MILL, John Stuart. "Austin on Jurisprudence [1863]". In: _____; ROBSON, John (Ed.). *The Collected Works of John Stuart Mill, Volume XXI — Essays on Equality, Law, and Education*. Toronto: University of Toronto Press, 1984. v. 21, pp. 165-205.

MILLER, Geoffrey P. "Unmanifested harm in business-to-consumer transactions". *SSRN (Social Science Research Network)*. Abstract ID n. 1659817, aug. 2010. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1659817>. Acesso em: 11 set. 2012. (*NYU Law and Economics Research Paper Series, Working Paper no. 10-35*)

MITIDIERO, Daniel. "Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial". *Revista de Processo*, v. 206, p. 61ss., abr. 2012.

MOLLICA, Rogério. *O reexame necessário, a fazenda pública e a efetividade do processo*, Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) — Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Efetividade do processo e técnica processual". In: _____. *Temas de direito processual, sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997. pp. 17-29.

_____. "Notas sobre o problema da 'efetividade' do processo". In: _____. *Temas de direito processual, terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984. pp. 27-42.

_____. "Por um processo socialmente efetivo". *Revista de Processo*, v. 105, pp. 181-190, jan.-mar. 2002.

MULLENIX, Linda. "General Report, *Common Law*". *In:* GRINOVER, Ada Pellegrini; MULLENIX, Linda; WATANABE, Kazuo. *Os processos coletivos nos países de "civil law" e "common law", uma análise de direito comparado*. São Paulo: RT, 2008. pp. 253-300.

MÜLLER, Friedrich. "Observations on the Role of Precedent in Modern Continental European Law from the Perspective of Structuring Legal Theory". *Stellenbosch Law Review*, v. 11, pp. 426-436, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante.* 11ª ed. São Paulo: RT, 2010. 2.000 p.

_____; _____. *Leis civis comentadas.* São Paulo: RT, 2006. 989 p.

NUNES, Dierle José Coelho. "Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidades". *Revista de Processo*, v. 184, p. 109ss., jun. 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "Efetividade e tutela jurisdicional". *Revista dos Tribunais*, v. 836, p. 29, jul. 2005.

PECZENIK, Aleksander. "The binding force of precedent". In: MacCORMICK, Neil (ed.); SUMMERS, Robert (ed.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Surrey: Ashgate, 1997, pp. 461-479.

PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. "Reforma do judiciário: a polêmica em torno da adoção das súmulas vinculantes e a solução oferecida pelas súmulas impeditivas de recursos". *Revista de Processo*, v. 120, pp. 77-94, fev. 2005.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. "Os paradoxos do judiciário no estado constitucional e as súmulas vinculantes". *Revista de doutrina e jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios*, n. 92, pp. 13-34, jan.-abr. 2010.

POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. "Economic Analysis of Law". *SSRN (Social Science Research Network)*. Abstract ID n. 859406, 42 p., nov. 2005. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=859406>. Acesso em: 13 set. 2012. (*Stanford Law School, John M Olin Program in Law and Economics, Working Paper n. 316); (Harvard Law School, John M Olin Center for Law, Economics and Business, Discussion Paper no. 536*).

POLLOCK, Frederick. "Nature and Meaning of Law". *Law Quarterly Review*, v. 10, pp. 228-239, jul. 1894.

_____. "Vocation of the Common Law". *Law Quarterly Review*, v. 11, pp. 323-336, oct. 1895.

POSNER, Richard. "Economic approach to law". *Texas Law Review*, v. 53, pp. 757-782, 1974.

_____. "Some Uses and Abuses of Economics in Law". *The University of Chicago Law Review,* v. 46, n. 2, pp. 281-306, 1979.

_____. *The problems of jurisprudence*. Cambridge: Harvard University Press, 1990. 485 p.

_____. "Utilitarianism, Economics, and Legal Theory". *The Journal of Legal Studies*, v. 8, pp. 103-140, 1979.

QUARCH, Tilman. "Equilíbrio entre efetividade da tutela jurisdicional e eficácia do funcionamento judiciário: filtros recursais no direito processual civil alemão, com enfoque na 'revision'". *Revista de Processo*, v. 207, p. 85ss., mai. 2012.

RASMUSEN, Eric. "Judicial Legitimacy as a Repeated Game". *The Journal of Law, Economics & Organization*, v. 10, pp. 63-83, 1994.

REDISH, Martin; MARCUS, Richard; SHERMAN, Edward. *Civil procedure: a modern approach*. 2nd ed. St. Paul: West Publishing, 1995. 1.181 p.

REESE, Jessica. "The lone second amendment interpretation: has it reached the status of 'superprecedent'?". *Illinois University Law Journal*, v. 32, pp. 211-229, 2007.

ROSA, Renato Xavier da Silveira. "Cooperação entre as partes na definição do objeto litigioso: sistemas de instrução processual nos Estados Unidos e na França". *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo (RIASP)*, v. 15 (nova série), n. 29, pp. 267-302, jul. 2012.

ROSEN, Jeffrey. "So Do You Believe in 'Superprecedent'?". *N.Y. Times Week in Review*, 30 oct. 2005, §4, n. 1.

SALAMA, Bruno M. "O que é 'direito e economia'?". *In:* TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito & Economia*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil.* São Paulo: Saraiva.

SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi. "A súmula vinculante: o contraditório e a ampla defesa". *Revista de Processo*, v. 120, pp. 68-76, fev. 2005.

SCHAUER, Frederick. "Precedent". *Stanford Law Review*, v. 39, n. 3, pp. 571-606, 1987.

_____. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning.* Cambridge: Harvard University Press, 2009.

_____. "Why precedent in law (and elsewhere) is not totally (or even substantially) about analogy". *In:* John F. Kennedy School of Government, Harvard University. *KSG Faculty Research Working Paper Series.* 13 aug. 2007.

SCHEI, Tore. "Relatório Nacional da Noruega". *In:* GRINOVER, Ada Pellegrini; MULLENIX, Linda; WATANABE, Kazuo. *Os processos coletivos nos países de "civil law" e "common law", uma análise de direito comparado*. São Paulo: RT, 2008. pp. 60-66.

SEDLEY, Stephen. *Ashes and Sparks: Essays On Law and Justice*. New York: Cambridge University Press, 2011. 425 p.

SHAVELL, Steven. "Economic Analysis of Litigation and the Legal Process". *SSRN (Social Science Research Network)*, Abstract ID n. 382060, 66 p., fev. 2003. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=382060>. Acesso em: 15 set. 2012.

SINCLAIR, Michael. "Precedent, super-precedent". *George Mason Law Review*, v. 14, pp. 363-412, 2007.

SILVA, Fernando César Nimer Moreira da. "Conciliação Cível em Primeira Instância em São Paulo: Perspectiva da Análise Econômica do Direito". *EALR (Economic Analysis of Law Review*), v. 2, n. 1, pp. 65-94, Brasília, jan.-jun. 2011. Também disponível em: <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/>. Acesso em 18 set. 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais — conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. "O proporcional e o razoável". *Revista dos Tribunais*, v. 798, p. 23-50, 2002.

SMITH, Eva. "Relatório Nacional da Dinamarca". In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MULLENIX, Linda; WATANABE, Kazuo. *Os processos coletivos nos países de "civil law" e "common law", uma análise de direito comparado*. São Paulo: RT, 2008. pp. 142-143.

STRANG, Lee. "An Originalist Theory of Precedent: the privileged place of originalist precedent". *Brigham Young University Law Review*, v. 2010, pp. 1.729-1.794, 2010.

STRENGER, Irineu. *Da dogmática jurídica: contribuição do Conselheiro Ribas à dogmática do direito civil brasileiro.* 2ª ed. São Paulo: LTr, 2000.

STÜRNER, Rolf; KERN, Christoph. "Processo civil comparado: tendências recentes e fundamentais". *Revista de Processo*, v. 200, p. 203ss., out. 2011.

SUMMERS, Robert. "Precedent in the United States (New York State)". In: MacCORMICK, Neil (ed.); _____ (ed.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Surrey: Ashgate, 1997, pp. 355-405.

TARUFFO, Michele. "Precedente e Giurisprudenza". *In:* FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de (coord.). *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional* — Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, t. V, Juez y Sentencia Constitucional. pp. 795-810. Disponível em <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2559/39.pdf>. Acesso em 21 jan. 2011.

_____. *Precedente e giurisprudenza*. [s.l.]: Scientifica, 2007. Il diritto giurisprudenziale — Università degli Studî Suor Orsola Benincasa — Facoltà di Giurisprudenza.

TEISEN, Axel. "False theory of the binding force of precedent". *Central Law Journal*, v. 76, p. 147-153, 1913.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. "A efetividade do processo e a reforma processual". *Revista de Processo*, v. 78, p. 85ss., abr.-jun. 1995.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*, vol. I: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 49ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 798 p.

_____; NUNES, Dierle. "Litigiosidade em masse e repercussão geral no recurso extraordinário". *Revista de Processo*, v. 177, p. 9, nov. 2009.

TIMM, Luciano Benetti. "As recentes alterações legislativas sobre os recursos aos Tribunais Superiores: a repercussão geral e os processos repetitivos sob a ótica da *law and economics*". *Revista de Processo*, v. 178, dez. 2009. Disponível em: <http://www. revistadostribunais.com.br/>. Acesso em: 16 ago. 2012.

TOSTA, Jorge. *Do reexame necessário*. São Paulo: RT, 2005.

TROCKER, Nicolò; VARANO, Vincenzo. *The reforms of civil procedure in comparative perspective: an International Conference dedicated to Mauro Cappelletti, Florence, 12-13 December, 2003*. Torino: G. Giappichelli, 2005. 275 p.

TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. "Precedent in France". In: MacCORMICK, Neil (ed.); SUMMERS, Robert (ed.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Surrey: Ashgate, 1997, pp. 103-140.

TUCCI, José Rogério Cruz e. "Eficácia do precedente judicial na história do direito brasileiro". *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 24, n. 78, pp. 43-48, set. 2004.

_____. "Garantia do processo civil sem dilações indevidas". *In:* _____. (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil : homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988.* São Paulo: RT, 1999.

_____. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004. 350 p.

UNITED KINGDOM. House of Lords. "Beamish v. Beamish [1861]". *English Reports*, v. 11, pp. 735 ss. (11 E.R. 735). (Também disponível em *Commonwealth Legal Information Institute,* <http://www.commonlii.org/uk/cases/EngR/1861/475.pdf>, acesso em: 13 set. 2012.); (Idem, *In: Clark and Finnelly's House of Lords Reports New Series*, v. IX, pp. 274-360, 1859-1861 — 9 H.L.C. 274 [1859-61].)

_____. House of Lords. "London Street Tramways Co. Ltd. v. London County Council [1898]". *Law Reports, Appeal Cases, House of Lords*, v. 1898, p. 375 ss. ([1898] A.C. 375).(Também disponível em *British and Irish Legal Information Institute,* <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1898/1.html>, acesso em 13 set. 2012.)

_____. Judiciary of England and Wales. *Structure of the Courts System.* Disponível em: <http://www.judiciary.gov.uk/about-the-judiciary/introduction-to-justice-system/court-structure>. Acesso em: 20 set. 2012.

_____. Parliament. *Constitutional Reform Act 2005*. London, 24 mar. 2005. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/4/contents>. Acesso em: 9 jul. 2011.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. "Brown v. Board of Education of Topeka, argued December 9th, 1952, reargued December 8th, 1953, decided May 17th, 1954". *United States Reports*, v. 347, p. 483, 1954. (*347 U.S. 483 [1954]*)

_____. "Buckley v. Valeo, no. 75-436, argued November 10th, 1975, decided January 30th, 1976". *United States Reports*, v. 424, p. 1, 1976. (*424 U.S. 1 [1976]*)

_____. "District of Columbia v. Heller, decided June 26th, 2008". United States Reports, v. 554, p. 570, 2008. (*554 U.S. 570 [2008]*)

_____. "Erie Railroad Co. v. Tompkins, no. 367, argued January 31st, decided April 25th, 1938". *United States Reports*, v. 304, p. 64, 1938. (*304 U.S. 64 [1938]*)

_____. "Marbury v. Madison, decided February 24th, 1803". *United States Reports*, v. 5, p. 137, 1803. (*5 U.S. 137 [1803]*)

_____. "Miranda v. Arizona, no. 759, argued February 28th to March 1st, decided June 13th, 1966". *United States Reports*, v. 384, p. 436, 1966. (*384 U.S. 436 [1966]*)

_____. "Roe v. Wade, no. 70-18, argued December 13rd, 1971, reargued October 11st, 1972, decided January 22nd, 1973". *United States Reports*, v. 410, p. 113, 1973. (*410 U.S. 113 [1973]*)

_____. "United States v. Miller, no. 696, argued March 30th, 1939, decided May 15th, 1939". *United States Reports*, v. 307, p. 174, 1939. (*307 U.S. 174 [1939]*)

VALLADÃO, Haroldo. *Lei geral de aplicação das normas jurídicas: Anteprojeto oficial (Decretos 51.005 de 1961 e 1.490 de 1962) de reforma da Lei de Introdução ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964. 125 p.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes, "Litigiosidade contida (e contingenciamento da litigiosidade)", *In:* SALLES, Carlos Alberto de (*coord.*), *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. pp. 49-66.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. "A súmula vinculante, vista como meio legítimo para diminuir a sobrecarga de trabalho dos tribunais brasileiros". *Revista do Advogado* (AASP), n. 92, jul. 2007. pp. 8-22.

_____; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. "Recursos especiais repetitivos: reflexos das novas regras (Lei 11.672/2008 e Res. STJ 8/2008) nos processos coletivos". *Revista de Processo*, v. 163, p. 28 ss., out. 2008.

_____; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*, v. 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 10ª ed. São Paulo: RT, 2008. 718 p.

_____; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. "Anotações sobre a efetividade do processo". *Revista dos Tribunais*, v. 814, p. 63, ago. 2003.

WANNER, Viola. *Das KapMuG als allgemeine Regelung für Massenverfahren*. Baden-Baden: Nomos, 2010. 208 p. (Dissertação defendida em setembro de 2009 na Ludwig-Maximilians-Universität, de Munique)

WATANABE, Kazuo. "Relatório-síntese". *In:* GRINOVER, Ada Pellegrini; MULLENIX, Linda; WATANABE, Kazuo. *Os processos coletivos nos países de "civil law" e "common law", uma análise de direito comparado*. São Paulo: RT, 2008. pp. 301-308.

WEIDEMAIER, W. Mark. "Toward a theory of precedent in arbitration". *William & Mary Law Review*, v. 51, pp. 1.895-1.958, 2010.

YIANNOPOULOS. A.N. "The Civil Codes of Louisiana". *Civil Law Commentaries*, v. 1, n. 1, 2008. Disponível em: <http://www.civil-law.org/v01i01-Yiannopoulos.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2012.

YEAZELL, Stephen. "Group litigation and social context: toward a history of the class action". *Columbia Law Review,* n. 77, pp. 866-896, 1977.

ZACCARIA, Giuseppe. *La giurisprudenza come fonte di diritto*. [s.l.]: Scientifica, 2007. Il diritto giurisprudenziale — Università degli Studi Suor Orsola Benincasa — Facoltà di Giurisprudenza. 68 p.

ZYWICKI, Todd J; SANDERS, Anthony. "Posner, Hayek & the economic analysis of law". *Iowa Law Review*, v. 93, n. 2, pp. 559-603, fev. 2008. (*George Mason University Law and Economics Research Paper Series, n. 07-05*). Também disponível em *SSRN (Social Science Research Network)*, Abstract ID n. 957177, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=957177>, Acesso em 18 set. 2012.

APÊNDICE A. BRASIL: INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Alterações entre o Anteprojeto de Novo CPC entregue ao Senado Federal (PLS 166/10) e o projeto enviado à Câmara dos Deputados pelo Senado Federal (PLC 8046/10). Comparativo elaborado pelo autor.

Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010[474] —

Nota 1. Comparativo entre sua versão de apresentação ao Senado Federal (PLS 166/10) e a final remetida à Câmara dos Deputados (PLC 8046/10 tal qual recebido).

Nota 2. Inserções marcadas com sublinhado.

Nota 3. Exclusões tachadas com traço duplo horizontal, ambas entre colchetes.

[...]

CAPÍTULO VII

DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Art. [~~895~~][930]. É admissível o incidente de demandas repetitivas sempre que identificada controversista com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes.

§1º O pedido de instauração do incidente será dirigido ao Presidente do Tribunal:

I — pelo juiz ou relator, por ofício;

474 *Cf. Diário do Senado Federal*, 09.06.2010, pp. 26692—26950. Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/verDiario.asp?dt=08062010&p=26692>, acesso em 03 jul. 2010.

II — pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.

§2º O ofício ou a petição a que se refere o § 1º será instruído com os documentos necessários à demonstração da necessidade de instauração do incidente.

§3º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e poderá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono.

Art. [~~896~~][931]. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.

Parágrafo único. Os tribunais promoverão a formação e atualização de banco eletrônico de dados específicos sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando, imediatamente, ao Conselho Nacional de Justiça, para inclusão no cadastro.

Art. [~~897~~][932]. Após a distribuição, o relator poderá requisitar informações ao órgão em cujo juízo tem curso o processo originário, que as prestará em quinze dias; findo esse prazo improrrogável, será solicitada data para admissão do incidente, intimando-se o Ministério Público.

Art. [~~898~~][933]. O juízo de admissibilidade e o julgamento do incidente competirão ao plenário do tribunal ou, onde houver, ao órgão especial.

§1º Na admissibilidade, o tribunal considerará a presença dos requisitos do art. ~~[895]~~[930] e a conveniência de se adotar decisão paradigmática.

§2º Rejeitado o incidente, o curso dos processos será retomado; admitido, o tribunal julgará a questão de direito, lavrando-se o acórdão, cujo teor será observado pelos demais juízes e órgãos fracionários situados no âmbito de sua competência, na forma deste Capítulo.

Art. [~~899~~][934]. Admitido o incidente, o presidente do tribunal determinará, na própria sessão, a suspensão dos processos pendentes, em primeiro e segundo graus de jurisdição.

Parágrafo único. Durante a suspensão poderão ser concedidas medidas de urgência no juízo de origem.

Art. 900. As partes, os interessados, o Ministério Público e a Defensoria Pública, visando à garantia da segurança jurídica, poderão requerer ao tribunal competente para conhecer de eventual recurso extraordinário ou especial a suspensão de todos os processos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente.

Parágrafo único. Aquele que for parte em processo em curso no qual se discuta a mesma questão jurídica que deu causa ao incidente é legitimado, independentemente dos limites da competência territorial, para requerer a providência prevista no caput.

Art. [~~901~~][935]. O Relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de quinze dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida; em seguida, no mesmo prazo, manifestar-se-á o Ministério Público.

Art. [~~902~~][936]. Concluídas as diligências, o relator pedirá dia para o julgamento do incidente.

§1º Feita a exposição do incidente pelo relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao autor e ao réu do processo originário, e ao Ministério Público, pelo prazo de trinta minutos, para sustentar suas razões.

§2º Em seguida, os demais interessados poderão se manifestar no prazo de trinta minutos, divididos entre todos, sendo exigida inscrição com quarenta e oito horas de antecedência.

Art. 937. As partes, os interessados, o Ministério Publico e a Defensoria Publica, visando à garantia da segurança jurídica, poderão requerer ao tribunal competente para conhecer de eventual recurso extraordinário ou especial a suspensão de todos os processos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente.

Parágrafo único. Aquele que for parte em processo em curso no qual se discuta a mesma questão jurídica que deu causa ao incidente é legitimado, independentemente dos limites da competência territorial, para requerer a providência prevista no caput.

Art. [~~903~~][938]. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal.

Parágrafo único. Se houver recurso e a matéria for apreciada, em seu mérito, pelo plenário do Supremo Tribunal Federal ou pela corte especial do Superior Tribunal de Justiça, que, respectivamente, terão competência para decidir recurso extraordinário ou especial originário do incidente, a tese jurídica firmada será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitem em todo o território nacional.

Art. [~~904~~][939]. O incidente será julgado no prazo de seis meses e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

§ 1º Superado o prazo previsto no caput, cessa a eficácia suspensiva do incidente, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário.

§ 2º O disposto no § 1º aplica-se, no que couber, à hipótese do art. ~~[900]~~[937].

Art. [~~905~~][940]. O recurso especial ou extraordinário interposto por qualquer das partes, pelo Ministério Público ou por terceiro interessado será dotado de efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida.

Parágrafo único. Na hipótese prevista no caput, interpostos os recursos, os autos serão remetidos ao tribunal competente, independentemente da realização de juízo de admissibilidade na origem.

Art. [~~906~~][941]. Não observada a tese adotada pela decisão proferida no incidente, caberá reclamação para o tribunal competente.

Parágrafo único. O processamento e julgamento da reclamação [~~serão regulados pelo regimento interno do respectivo tribunal~~][observará o Capítulo VIII, deste Livro].

APÊNDICE B. ALEMANHA: "MUSTERVERFAHREN" (TRADUÇÃO LIVRE)

O procedimento-modelo para o investidor no mercado de capitais. "KapMuG: Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz". Tradução livre pelo autor.[475,476]

Lei do Procedimento Modelo para os Conflitos do Mercado de Capitais

Capítulo I

Pedido de decisão modelo; Método de remessa

§ 1

Pedido de Decisão Modelo

(1) ①[477] Por meio do Pedido de Decisão Modelo, em um processo de primeira instância que tenha por objeto

1. uma pretensão indenizatória fundada em prestação falsa ou enganosa, ou omissão, de informações públicas do mercado de capitais; ou

2. uma pretensão ao cumprimento de um contrato, com base em uma oferta sob a Lei de Aquisição e Transferência de Controle de Valores Mobiliários (*WpÜG*);

pode-se requerer o reconhecimento da presença ou ausência das condições que fundamentam ou excluem a pretensão ou ainda o esclarecimento de questões de direito (Decisão Pretendida), desde que a resolução do litígio disso dependa. ② O Pedido de Decisão Modelo pode ser feito pelo requerente ou pelo requerido. ③ Informações públicas sobre o mercado de capitais significam informações direcionadas a um grande número de investidores, relativamente a fatos, circunstâncias, números e outros dados corporativos relativos a um emissor de valores mobiliários ou outro ofertante de ativos financeiros. ④ Essas são, especificamente, informações sobre

475 Tradução livre pelo autor a partir do original. *Cf.* "*Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten (Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz — KapMuG)*", de 16.08.2005. *Cf.* ainda *Bundesministerium der Justiz* (Ministério da Justiça da Federação da Alemanha). Disponível em <http://www.gesetze-im-internet.de/kapmug/ BJNR243710005.html>, acesso em 03 jul. 2010.

476 As referências legislativas serão feitas ao noma traduzido, com a indicação do nome abreviado em alemão. Exemplo: "Código de Processo Civil (*ZPO*)". Além disso, para fins de aproximação com o direito brasileiro, as indicações internas de leis serão desdobradas em capítulo (*Abschnitt*), artigo ou parágrafo (*§, paragraph* ou *artikel*), inciso (*Abs.*, *absatz*), frase (*satz*) e alínea (*Nr.*, *nummer, numerus*).

477 N.T.: quando um inciso possuir mais de uma frase, cada uma delas será indicada numericamente dentro de círculos concêntricos, a fim de evidenciá-las, como é de praxe na doutrina jurídica alemã.

1. Prospectos nos termos da Lei de Prospectos de Valores Mobiliários (*WpPG*),

2. Prospectos de Venda tanto nos termos da Lei de Prospectos de Venda (*VerkaufsprospektG*) quanto nos da Lei de Investimentos *(InvG),*

3. Mensagens a respeito de informações privilegiadas, tal como definido no § 15 das Leis de Negociação de Valores Mobiliários (*WpHG*),

4. Apresentações, declarações, discursos e informações sobre as condições na Reunião Anual da Companhia, incluindo suas relações com as empresas associadas na acepção do § 400, inciso (1), alínea 1 da Lei das Sociedades por Ações (*AktG*),

5. Demonstrações financeiras anuais, relatórios anuais, demonstrações financeiras consolidadas, relatórios de gestão consolidados e relatórios financeiros anuais parciais do emissor, e

6. Documentos de oferta para os fins do § 11, inciso (1), frase 1, da Lei de Aquisição e Transferência de Controle de Valores Mobiliários (*WpPG*).

(2) ① O Pedido de Decisão Modelo deve ser apresentado ao juízo de origem e deve conter a Decisão Pretendida e a informação pública sobre os mercados de capitais relevante para a causa. ② O pedido deve conter todas as questões de fato e de direito (questões controvertidas) que sirvam de fundamento para a Decisão Pretendida e deve ainda descrever as provas que o requerente pretende usar para provar ou refutar as alegações fáticas. ③ O peticionário deve demonstrar que a Decisão Pretendida poderá transcender ao caso individual e se tornar importante para demandas similares. ④ Ao réu é dada a oportunidade de se manifestar por escrito.

(3) ① O Pedido de Decisão Modelo com fulcro no inciso (1), primeira frase, não será admitido quando

1. já estiver em vias de ser proferida a decisão no processo de origem, no qual o Pedido de Decisão Modelo foi feito,

2. o Pedido de Decisão Modelo tiver intuito protelatório,

3. a prova descrita for inadequada,

4. as razões do peticionário não justificarem o Pedido de Decisão Modelo, ou

5. uma questão exclusivamente de direito não parecer necessitar de esclarecimento e for ela objeto do Pedido de Decisão Modelo.

② O juízo de admissibilidade do Pedido de Decisão Modelo será realizado pelo juízo de origem.

§ 2

Publicação no Cadastro de Ações

(1) ① O juízo de origem deve publicar a admissibilidade do Pedido de Decisão Modelo no Diário Oficial Eletrônico (www.bundesanzeiger.de) sob a rubrica “Cadastro de Ações da Lei do Procedimento Modelo para os conflitos do Mercado de Capitais” (Cadastro de Ações).

② A decisão sobre a publicação será tomada pelo juízo de origem. ③ A decisão será irrecorrível. ④ A publicação deverá conter somente as seguintes informações:

1. O nome completo do réu e de seu patrono,

2. O nome do emissor dos valores mobiliários ou ofertante de outros ativos financeiros a respeito dos quais se refere o Pedido de Decisão Modelo,

3. A identificação do juízo de origem,

4. O número dos autos no juízo de origem,

5. A Decisão Pretendida com o Pedido de Decisão Modelo e

6. A data exata da publicação no Cadastro de Ações.

⑤ Os Pedidos de Decisão Modelo cuja Decisão Pretendida se relacione com um mesmo objeto litigioso (pedidos conexos) serão registrados no Cadastro de Ações por ordem cronológica de acordo com a data de seu anúncio. ⑥ Os Pedidos de Decisão Modelo não devem contudo serem publicados no Cadastro de Ações caso já tenham sido atingidas as condições previstas no § 4, inciso (1), primeira frase.

(2) O acesso ao Cadastro de Ações será de acesso livre e gratuito.

(3) O juízo de origem ficará responsável pela proteção dos dados publicizados por ele no Cadastro de Ações, especialmente quanto à legalidade da reunião de dados, confiabilidade da publicação e sua precisão.

(4) ① O operador do Diário Oficial Eletrônico (*elektronischen Bundesanzeigers*) deve preparar um plano de contingências para a publicação no Cadastro de Ações, em cooperação com o Escritório Federal de Segurança da Informação, o qual deverá incluir, especialmente, as medidas técnicas e organizacionais necessárias de acordo com o § 9 da Lei de Proteção de Dados (*BDSG*). ② A efetividade das medidas devem ser reanalisadas em intervalos regulares, levando-se em consideração os mais recentes desenvolvimentos tecnológicos.

(5) Os dados armazenados no Cadastro de Ações serão excluídos na eventualidade de ser negado o Pedido de Decisão Modelo, nos termos do § 4, inciso (4), ou então de acordo com a decisão final no Procedimento Modelo.

(6) ① O Ministério da Justiça terá competência para regulamentar com precisão o conteúdo e a estrutura do Cadastro de Ações, especialmente quanto a suas entradas, alterações, exclusões, direitos de acesso, segurança das informações e proteção de dados. ② Isso incluirá a emissão de regulamentos sobre as datas de exclusão e sobre disposições que assegurem que as publicações

1. permaneçam intactas, completas e atuais, e

2. possam ter a sua origem rastreada a qualquer tempo.

§ 3

Interrupção dos Processos

Os processos serão interrompidos a partir da publicação do Pedido de Decisão Modelo no Cadastro de Ações.

§ 4

Remessa ao Tribunal Regional (*Oberlandesgericht*)

(1) ① O juízo de origem deve determinar que a superior instância profira um julgamento a respeito da Decisão Pretendida de conexos Pedidos de Decisão Modelo (a Decisão Modelo), se

1. no processo perante o juízo de origem tiver sido submetido o primeiro Pedido de Decisão Modelo, de acordo com a data; e

2. em pelo menos outros nove processos conexos tiverem sido feitos Pedidos de Decisão Modelo perante o mesmo ou outros juízos durante os quatro meses subsequentes à publicação.

② A decisão de remessa à superior instância será irrecorrível e vinculará o Tribunal Regional[478]. ③ A ordem cronológica dos Pedidos de Decisão Modelo será determinada de acordo com a data de publicação no Cadastro de Ações.

(2) A decisão de remessa à superior instância deverá conter:

1. a Decisão Pretendida,

2. todos os pontos controvertidos, desde que relevantes para a decisão,

3. os meios de prova indicados e

4. um breve relatório do conteúdo essencial dos direitos pretendidos e os argumentos a favor e contra.

(3) O juízo de origem deverá publicar a ordem de remessa à superior instância e sua data no Cadastro de Ações.

(4) Se nos quatro meses subsequentes à publicação do Pedido de Decisão Modelo não forem feitos pedidos conexos em número mínimo necessário para a remessa ao Tribunal Regional, o próprio juízo de origem deverá indeferir o Pedido e retomar o procedimento.

(5) ① Se houver mais de um Tribunal Regional em cada estado (*Land*), a Decisão Modelo de competência do Tribunal Regional pretendida com base no inciso (1) poderá ser atribuída por decreto pelo governo estadual a um dos Tribunais Regionais, a fim de assegurar uma jurisprudência uniforme. ② O governo estadual poderá transferir essa autorização à administração judiciária estadual. ③ Por meio de convênios entre unidades federativas (*Länder*), um Tribunal Regional poderá receber a competência sobre um distrito específico ou vários estados (*Länder*) de uma mesma região.

478 N.T.: O qual não poderá deixar de julgar o Pedido de Decisão Modelo.

§ 5

Efeito Obstativo da Decisão de Remessa à Superior Instância

A partir da Decisão de Remessa à Superior Instância, não poderão mais ser requeridos novos Procedimentos-Modelo nos processos suspensos com base no § 7.

Capítulo II

Implementação do Procedimento-Modelo

§ 6

Publicação do Procedimento-Modelo

① Com o recebimento dos autos na superior instância, o Tribunal Regional deverá publicar no Cadastro de Ações:

1. o nome do Requerente-Modelo e de seu representante legal (§ 8, inciso (1), alínea 1),

2. o nome completo do Requerido-Modelo e de seu representante legal (§ 8, inciso (1), alínea 2),

3. a Decisão Pretendida por meio do Procedimento-Modelo,

4. o número dos autos perante o Tribunal Regional e

5. o inteiro teor da decisão de remessa à superior instância.

② O Tribunal Regional ficará responsável pela proteção dos dados nos termos do § 2, inciso (3).

§ 7

Efeito Suspensivo

(1) ① Com a publicação do Procedimento-Modelo no Cadastro de Ações pelo Tribunal Regional, cada juízo de origem suspenderá de ofício todas as ações que nele tramitem ou que venham a tramitar até que seja proferida uma Decisão-Modelo, cujas decisões dependam da conclusão do Procedimento-Modelo ou de questões de direito a serem nele assentadas. ② Isso vale independentemente de no processo ter sido formulado um Pedido de Decisão Modelo. ③ As partes serão ouvidas, exceto se tiverem renunciado a essa oportunidade. ④ A decisão que suspende o processo será irrecorrível.

(2) O juízo de origem deverá comunicar ao Tribunal Regional os processos que foram suspensos, indicando o valor da causa, exceto se for o caso do próprio processo objeto do Procedimento-Modelo.

§ 8

As Partes dos Procedimentos-Modelo

(1) São partes nos Procedimentos-Modelos:

1. o Requerente-Modelo,

2. o Requerido-Modelo,

3. terceiros interessados que tenham sido citados.

(2) ① O Tribunal Regional determinará, decidindo por equidade, aquele que será considerado o Requerente-Modelo, escolhendo dentre os autores interessados na Decisão-Modelo. ② Será levado em consideração

1. o valor da causa, desde que seja objeto do Procedimento-Modelo, e

2. um acordo entre os vários autores para designar o Requerente-Modelo.

③ Essa decisão será irrecorrível.

(3) ① Autores e Réus dos processos suspensos serão citados sobre o Procedimento-Modelo. A Decisão de Suspensão vale como intimação no Procedimento-Modelo. ② Com a Decisão de Suspensão, o juízo de origem informará às partes interessadas citadas

1. que os custos do Procedimento-Modelo serão incluídos nas despesas processuais, e

2. que nos termos do § 17, frase 4, isso não vale se houver a desistência da demanda em até duas semanas após a Decisão de Suspensão.

§ 9

Regras Gerais de Procedimento

(1) ① Ao Procedimento-Modelo na primeira instância aplicar-se-ão as regras procedimentais de cada tribunal estadual, exceto disposição em contrário, aplicando-se no que couber o Código de Processo Civil (*ZPO*). ② Não se aplicam os §§ 278, 348 a 350 e 379, do Código de Processo Civil (*ZPO*). ③ Os interessados citados não serão mencionados nas decisões.

(2) ① A intimação das partes interessadas para audiências poderão ser substituídas por intimação publicação. ② Uma intimação pública será feita por meio do Cadastro de Ações. ③ O intervalo mínimo entre a intimação pública e o dia da audiência deverá ser de quatro semanas.

(3) ① O governo federal e os governos estaduais poderão dentro de sua competência territorial determinar por decreto o período pelo qual serão mantidos os arquivos eletrônicos do Procedimento-Modelo e a forma de organização técnica pela qual serão criados, mantidos e armazenados tais arquivos eletrônicos. ② O governo estadual poderá transferir essa competência por decreto para a administração judiciária estadual.

(4) ① O governo federal e os governos estaduais poderão determinar por decreto que em sua competência territorial os atos processuais serão submetidos em forma eletrônica, desde que

sejam enviadas confirmações de recebimento eletrônicas e desde que as partes sejam obrigadas a aceitar o envio de documentos eletrônicos pelo juízo. ② O decreto deverá prever a forma pela qual serão processados os documentos. ③ O governo estadual poderá transferir essa competência por decreto para a administração judiciária estadual.

§ 10

Preparação das Audiências

① Para a preparação das Audiências, o juiz presidente ou membro de seu gabinete por ele designado poderá instruir as partes interessadas citadas a apresentar razões escritas complementares às do Requerente-Modelo e do Requerido-Modelo, podendo ainda definir um prazo para que sejam prestados esclarecimentos em disputas que exijam maior elucidação. ② Os complementos submetidos pelas partes interessadas citadas serão fornecidos ao Requerente-Modelo e ao Requerido-Modelo. ③ Pedidos escritos das partes interessadas citadas não serão fornecidos aos demais interessados. ④ Pedidos escritos do Requerente-Modelo ou do Requerido-Modelo somente serão fornecidos às partes interessadas citadas se estas tiverem assim requerido por escrito.

§ 11

Efeitos da Desistência

(1) A desistência de um Pedido de Decisão Modelo não terá qualquer efeito sobre a situação do Requerente-Modelo ou do Requerido-Modelo.

(2) ① Se o Requerente-Modelo desistir de sua demanda no curso do Procedimento-Modelo, o juízo deverá apontar um novo Requerente-Modelo. ② O mesmo deverá ocorrer caso tenha início um processo de insolvência sobre os bens do Requerente-Modelo, ou em caso de sua morte, perda de capacidade processual, perda de representante legal, ordem judicial de intervenção ou administração judicial, desde que o procurador legal que representa o Requerente-Modelo tenha requerido a suspensão do Procedimento-Modelo.③ A desistência da demanda por uma das partes interessadas citadas não terá qualquer efeito sobre o prosseguimento do Procedimento-Modelo.

§ 12

Posição Jurídica dos Terceiros Interessados

As partes interessadas citadas receberão o processo no estado em que ele se encontrar; poderão formular argumentos a favor ou contra e praticar todo e qualquer ato processual, exceto se suas declarações ou ações estiverem em conflito com as declarações ou ações de sua parte principal (Requerente-Modelo ou Requerido-Modelo).

§ 13

Ampliação do Objeto do Procedimento-Modelo

(1) Pelo sistema do Pedido de Decisão Modelo o Requerente-Modelo, o Requerido-Modelo ou qualquer parte interessada citada, até a conclusão do Procedimento-Modelo, poderá requerer que novo pontos controvertidos sejam julgados, desde que a decisão de seu processo seja conexa e o juízo de origem a considere relevante.

(2) A ampliação das Decisões de Remessa à Superior Instância será irrecorrível e vinculará o Tribunal Regional.

(3) O Tribunal Regional fará publicar no Cadastro de Ações a ampliação da Decisão de Remessa à Superior Instância. No que couber, será aplicável o § 6, frase 2.

§ 14

Decisão-Modelo

(1) ① O Tribunal Regional, em julgamento oral, preferirá uma Decisão-Modelo. As partes interessadas citadas não serão nomeadas no cabeçalho da Decisão-Modelo. ② A Decisão-Modelo será citada ao Requerente-Modelo e ao Requerido-Modelo; as partes interessadas citadas serão informalmente notificadas. ③ Poderá ser feita uma publicação nesse sentido, intimando o Requerente-Modelo e o Requerido-Modelo. ④ No que couber, será aplicável o § 9, inciso (2), frase 2.

(2) A decisão sobre os custos o Procedimento-Modelo caberão ao juízo de origem no qual os processos foram suspensos.

(3) ① Não serão aplicáveis ao Procedimento-Modelo os §§ 91a e 306 do Código de Processo Civil (*ZPO*). ② Se nem todas as partes interessadas (§ 8, inciso (1)) estiverem de acordo, não será admitida a extinção do Procedimento-Modelo por transação.

§ 15

Recurso sobre Questões de Direito

(1) ① A Decisão-Modelo estará sujeita a recurso sobre questões de direito. ② O tema deverá ter fundamental relevância no sentido do § 574, inciso (2), alínea 1, do Código de Processo Civil (*ZPO*). ③ Não caberá recurso com fundamento em alegação de ter o juízo proferido erroneamente, com base no § 4, inciso (1), uma Decisão-Modelo. ④ Qualquer parte interessada poderão recorrer (§ 8, inciso (1)).

(2) ① O juízo recursal deverá notificar todas as partes interessadas citadas sobre a interposição do recurso, desde que o recurso seja cabível, esteja revestido da forma prescrita e tenha sido interposto no prazo. ② As partes poderão intervir no procedimento recursal dentro de um período estrito de um mês a contar do recebimento da notificação. ③ Poderá ser feita uma publicação para fins dessa notificação; aplicar-se-á, no que couber, § 9, inciso (2), frase 2. ④ As partes deverão substanciar as razões de intervenção dentro de um mês. ⑤ O prazo se iniciará desde a notificação sobre a interposição do recurso, mencionada na frase (1); aplicar-

se-á, no que couber, § 551, inciso (2), frases 5 e 6 do Código de Processo Civil (*ZPO*). ⑥ Se uma das partes interessadas citadas desistir de intervenção ou não manifestar razões para buscar intervenção, dentro do período previsto na frase 2, então o Procedimento-Modelo perante o juízo recursal terá prosseguimento sem lhe dizer respeito. ⑦ Independentemente da posição jurídica das partes interessadas citadas, aplicar-se-á, no que couber, o § 12.

(3) ① Se o Requerente-Modelo recorrer contra questões de direito da Decisão-Modelo, ele deverá prosseguir como Recorrente-Modelo perante o juízo recursal. ② Se o Recorrente-Modelo desistir de seu recurso sobre questões de direito, então o juízo recursal deverá indicar, nos termos do § 11, inciso (2), frase 1, em conjunto com o § 8, inciso (2), um novo Recorrente-Modelo dentre aqueles terceiros interessados citados que tenham manifestado interesse em intervir perante o juízo recursal, exceto se esses terceiros interessados também desistirem de continuar com o recurso.

(4) ① Se o recurso sobre questões de direito não for interposto pelo Requerente-Modelo, mas por uma ou mais partes interessadas citadas, então aquele que primeiro tiver interposto o recurso será indicado como Recorrente-Modelo pelo juízo recursal. ② O inciso (2), frase 1, será aplicável, no que couber, para o Requerente-Modelo e para o Requerido-Modelo.

(5) ① Se o Requerido-Modelo recorrer da Decisão-Modelo, então o Recorrido-Modelo deverá ser o Requerente-Modelo indicado pelo Tribunal Regional. ② Às partes interessadas citadas aplicar-se-á, no que couber, o § 574, inciso (4), frase 1, do Código de Processo Civil (*ZPO*).

Capítulo III

Efeito da Decisão-Modelo; Custos; Disposições Transitórias

§ 16

Efeito da Decisão-Modelo

(1) ① A Decisão-Modelo vinculará todos os juízos de origem, cujas decisões dependam da conclusão do Procedimento-Modelo ou da tese jurídica a ser fixada no Procedimento-Modelo. ② A decisão é capaz de gerar coisa julgada, se o mérito do Procedimento-Modelo for decidido. ③ Sem prejuízo do inciso (2), a Decisão-Modelo produzirá efeitos ao favor ou contra (*pro et contra*) todas as partes interessadas citadas, independentemente de essa parte interessada citada ter questionado todos os pontos controvertidos. ④ Isso será aplicável mesmo se a parte interessada citada tiver desistido da demanda. ⑤ Com o envio da Decisão-Modelo transitada em julgado por uma das partes, o processo de origem será retomado.

(2) Com o trânsito em julgado da decisão no Procedimento-Modelo, as partes interessadas citadas somente serão ouvidas em demandas judiciais contra a parte *ex adversa* que veiculem o argumento de ter a parte principal[479] apresentado o caso inadequadamente, desde que, em razão do estado em que o Procedimento-Modelo se encontrava no momento em que a parte interessada foi citada ou em razão das ações ou declarações da parte principal, a parte interessada citada foi cerceada no seu direito de argumentar a favor ou contra, ou seu direito de argu-

479 N.T.: ou seja, o Requerente-Modelo ou o Requerido-Modelo.

mentar a favor ou contra não lhe foi informado, seja intencionalmente ou em função de grave negligência.

(3) A Decisão-Modelo também produzirá efeitos sobre as partes interessadas citadas que não interviram no juízo recursal.

§ 17

Objeto da Decisão sobre os Custos Processuais

① Os custos havidos pelo Requerente-Modelo ou pelas correspondentes partes interessadas citadas na primeira instância serão compreendidos pelos custos do respectivo julgamento na primeira instância. ② Os custos havidos pelo Requerido-Modelo ou pelas correspondentes partes interessadas citadas na primeira instância serão compreendidos pelos custos do respectivo julgamento na primeira instância. ③ A respectiva parte nos custos será determinada à razão do valor da causa demandada pelo respectivo autor, desde que isso seja objeto do Procedimento-Modelo, sobre o total dos valores envolvidos nas demandas levadas a julgamento pelo Requerente-Modelo ou pelas correspondentes partes interessadas citadas no Procedimento-Modelo, desde que tais demandas sejam objeto do Procedimento-Modelo. ④ Uma demanda não será considerada se a pretensão deduzida no processo principal for desistida dentro de duas semanas a contar da intimação da ordem de suspensão nos termos do § 7. ⑤ Aplicar-se-á, no que couber, o § 96 do Código de Processo Civil (*ZPO*).

§ 18

Vício quanto aos Requisitos para a Remessa à Instância Superior

O julgamento por um dos juízos de origem sobre o mérito da causa não estará sujeito a recurso fundado na alegação de que o Tribunal Regional não era o juízo competente para proferir uma Decisão-Modelo ou de que a decisão de remessa à superior instância para que fosse proferida uma Decisão-Modelo não preenchia os seus requisitos.

§ 19

Decisão sobre os Custos do Recurso sobre Questões de Direito

(1) Os custos havidos com a interposição de recurso sobre questões de direito pelo Requerente-Modelo ou pelas correspondentes partes interessadas citadas, em caso de ser não ser provido o recurso, serão suportados, dependendo do grau de intervenção, pelo Recorrente-Modelo e por aqueles partes interessadas citadas que intervenham no recurso sobre questões de direito.

(2) Se o juízo recursal proferir uma decisão sobre o tema, os custos havidos com a interposição do recurso sobre questões de direito pelos Requeridos-Modelo ou uma das correspondentes partes interessadas citadas, em caso de ser dado provimento ao recurso, serão suportados, dependendo do grau de intervenção do Procedimento-Modelo na primeira instância, pelo Requerente-Modelo e por todas as correspondentes partes interessadas citadas.

(3) Em caso de provimento parcial ao recurso, aplicar-se-á, no que couber, o § 92 do Código de Processo Civil (*ZPO*).

(4) ① Caso seja cassada a decisão do Tribunal Regional e venha a ser determinado que uma nova decisão deve ser proferida, o Tribunal Regional decidirá por equidade sobre a repartição dos custos processuais havidos no juízo recursal, simultaneamente ao julgamento da nova Decisão-Modelo. ② Em assim fazendo, o resultado do Procedimento-Modelo deverá ser tomado como base. ③ Aplicar-se-á, no que couber, o § 91, inciso 1, do Código de Processo Civil (*ZPO*).

(5) Se o Requerente-Modelo e as correspondentes partes interessadas citadas foram condenados a suportar as custas processuais havidas no juízo recursal, deverão ser reembolsadas as custas adiantadas pelo Requerido-Modelo ou pelas correspondentes partes interessadas citadas, bem como os honorários advocatícios do Requerido-Modelo e das correspondentes partes interessadas citadas, de acordo com o respectivo valor da causa envolvido com o objeto do Procedimento-Modelo.

§ 20

Disposições Transitórias

Em relação aos processos nos quais até 1º de novembro de 2010 tenha sido formulado um Pedido de Decisão Modelo, continuará em vigor esta Lei bem como as alterações dos Artigos 2 a 8 das Leis para a Introdução do Procedimento Modelo para os Conflitos do Mercado de Capitais (*KapMuG*), de acordo com sua versão vigente em 1º de novembro de 2010.

APÊNDICE C. ITÁLIA: AÇÃO COLETIVA RESSARCITÓRIA (TRADUÇÃO LIVRE)

Artigo 2, nn. 445-449 da Legge Finanziaria 2008, que altera o "Codice di Consumo". Tradução livre pelo autor.[480]

Lei Financeira 2008 — Lei n. 244 de 24 de dezembro de 2007.

Art. 2. [...]

445. As disposições dos parágrafos 446 a 449 abaixo instituem e disciplinam a ação coletiva ressarcitória na tutela do consumidor, qual o novo instrumento geral de tutela no quadro das medidas nacionais para a disciplina dos direitos dos consumidores e dos usuários, em conformidade com os princípios estabelecidos na legislação comunitária destinada a aumentar os níveis de tutela.

446. Após o artigo 140 do código do consumo, decreto legislativo n. 206 de 6 de setembro de 2005, fica inserido o seguinte:

> ***"Art. 140-bis – (Ação Coletiva Ressarcitória)***
>
> ***1.*** As associações do parágrafo 1 do artigo 139 e os outros sujeitos do parágrafo 2 do presente artigo são legitimados para agir na tutela dos interesses coletivos dos consumidores e dos usuários requerendo ao tribunal, do local em que tenha sede a empresa, o julgamento do direito ao ressarcimento do dano e à restituição das quantias devidas aos individuais consumidores ou usuários no âmbito das relações jurídicas relativas a contratos estipulados no sentido do artigo 1342 do código civil[481], ou em consequên-

480 Tradução livre pelo autor a partir do original. *Cf.* ITÁLIA. Legge 24 Dicembre 2007, n. 244. "Legge Finanziaria 2008". *Gazzetta Ufficiale*, n. 300, de 28.12.2007, *Supplemento Ordinario* n. 285. Disponível em <http://www.gazzettaufficiale.it/>. Acesso em 21 jul. 2012. Versão disponível em <http://www.altalex.com/index.php?idnot=38467>, acesso em 21 jul. 2012. *Cf.* esp. art. 2º, parágrafos 445 a 449.

481 O artigo 1342 do Código Civil Italiano dispõe sobre contratos equivalentes aos de adesão no ordenamento jurídico brasileiro. Em tradução livre, o citado artigo 1342, sob a epígrafe de *Contratos celebrados por meio de modelos ou formulários*, dispõe que: "*Os contratos celebrados por meio da assinatura de modelos ou formulários, elaborados para regular de maneira uniforme determinadas relações contratuais, as cláusulas adicionadas ao modelo ou ao formulário prevalecem sobre aquelas que constam do modelo ou do formulário, caso sejam incompatíveis aquelas com estas, mesmo que não tenham sido estas últimas canceladas (1370). Aplicam-se também as disposições do segundo parágrafo do artigo precedente*".
Dispõe ainda tal segundo parágrafo do artigo 1341, sobre as *condições gerais do contrato*, em tradução livre, que: "*Em nenhum caso terão efeito, se não forem especificamente aprovadas por escrito, as condições que estabelecem, a favor daquele que as prevê, as limitações de responsabilidade, a faculdade de rescindir o contrato ou de suspender sua execução, ou ainda penalizar o outro contratante nas relações com terceiros, prorrogações tácitas ou renovação do contrato, cláusulas compromissórias ou derrogação de competência da autoridade judicial*".
Por fim, dispõe o artigo 1370 do mesmo Código Civil, referenciado pelo artigo 1342, sobre a *interpretação contra o autor da cláusula*, o seguinte: *"As cláusulas inscritas nas con-* […continua na p.184

cia dos atos ilícitos extracontratuais, das práticas comerciais incorretas ou dos comportamentos anticoncorrenciais, quando são lesivos aos direitos de uma pluralidade de consumidores ou de usuários.

2. São legitimados para agir nos termos do parágrafo 1 também associações e sindicatos que sejam adequadamente representativos dos interesses coletivos a fazer valer. Os consumidores ou usuários que intencionam se valer da tutela prevista no presente artigo devem comunicar por escrito ao demandante a própria adesão à ação coletiva. A adesão pode ser comunicada, também no juízo de apelação[482], ao final da audiência de definição do objeto litigioso[483]. Na demanda promovida nos termos do parágrafo 1 é sempre autorizada a intervenção dos individuais consumidores ou usuários para propor demanda sobre o mesmo objeto. O exercício da ação coletiva do parágrafo 1 ou, se sucessiva, a adesão à ação coletiva, produz os efeitos interruptivos da prescrição nos termos do artigo 2945 do código civil.

3. Até a primeira audiência, o magistrado, ouvidas as partes, e adotada justificativa breve quando necessário, se pronunciará sobre a admissibilidade da demanda, com decisão recorrível para o tribunal de apelação, que se pronunciará por uma de suas câmaras de julgamento[484]. A demanda será declarada inadmissível quando for manifestamente infundada, quando subsistir um conflito de interesses, ou mesmo quando o juiz não antever a existência de um interesse coletivo suscetível de adequada tutela nos termos do presente artigo. O juiz poderá diferir a pronúncia da admissibilidade da demanda quando sobre o mesmo objeto houver em curso uma demanda instrutória perante uma autoridade independente. Se possuir admissibilidade a demanda o juiz disporá, por conta de quem tiver proposto a ação coletiva, que seja dada idônea publicidade do conteúdo da ação proposta e que sejam previstas as medidas para o prosseguimento da demanda.

4. Se acolher a demanda, o juiz determinará os critérios sobre os quais se liquidará a quantia correspondente ou que se restituirá aos individuais consumidores ou usuários que tiverem aderido à ação coletiva ou que tiverem intervido na demanda. Se possível no ato, o juiz determinará a quantia mínima correspondente a cada consumidor ou usuário. Nos sessenta dias seguintes à notificação da sentença, a empresa proporá o pagamento de uma quantia, por escrito, comunicando a cada um que tiver direito e o depositará em secretaria. A proposta que for de qualquer forma aceita pelo consumidor ou usuário constitui título executivo.

5. A sentença que definir a demanda proposta nos termos do parágrafo 1 também produz efeitos nos confrontos dos consumidores ou usuários que tiverem aderido à ação coletiva. Excetua-se a ação individual dos consumidores ou usuários que não aderiram

---

dições gerais do contrato ou em modelo ou formulário elaborado por um dos contratantes se interpretam, em caso de dúvida, em favor do outro".

482 O juízo de apelação, no processo civil italiano, pode ser incidental ou diferido, o que de alguma forma se assemelha aos brasileiros agravos de instrumento e retido.

483 No original: "*udienza di precisazione delle conclusioni*". Audiência prevista no artigo 189 do Código de Processo Civil italiano, na qual as partes informam ao juiz instrutor as questões (pontos controvertidos) que devem ser decididas (e que são, ordinariamente, remetidas a julgamento por um colegiado de três magistrados). Em grau de apelação, o procedimento, conforme artigo 352 do Código de Processo Civil italiano, também é composto por audiências "*di trattazione*" e, ao final, por uma "*udienza di precisazione delle conclusioni*" (ato processual que pode se dar por escrito, se as partes não requererem a forma oral).

484 A chamada "*camera di consiglio*".

à ação coletiva, ou que não interviram na demanda promovida nos termos do parágrafo 1.

6. Se a empresa não comunicar a proposta ao final do prazo do parágrafo 4 ou se não for aceita a proposta ao final dos sessenta dias da comunicação desta, o presidente do tribunal competente nos termos do parágrafo 1 constituirá uma única câmara de conciliação para determinar a quantia devida ou a restituir aos consumidores ou usuários que tiverem aderido à ação coletiva ou intervido nos termos do parágrafo 2 e que não propuseram uma demanda. A câmara de conciliação será composta por um advogado indicado pelos sujeitos que tiverem proposto a ação coletiva e por um advogado indicado pela empresa concordante e será presidida por um advogado designado pelo presidente do tribunal dentre os inscritos no livro especial para a jurisdição superior. A câmara de conciliação quantificará, com termo subscrito pelo presidente, os modos, os termos e a quantia que corresponderá aos individuais consumidores ou usuários. O termo de conciliação constitui título executivo. Alternativamente, com a concordância e por requerimento do promotor da ação coletiva e da empresa condenada, o presidente do tribunal disporá que a composição voluntária ocorrerá em um dos organismos de conciliação do artigo 38 do decreto legislativo n. 5 de 17 de maio de 2003, e subsequentes modificações, agindo em comum com a sede do tribunal. Se aplicam, no quanto compatíveis, as disposições dos artigos 39 e 40 do citado decreto legislativo n. 5 de 17 de maio de 2003, e subsequentes modificações."

447. As disposições dos parágrafos 445 a 449 entrarão em vigor após o decurso de 1 (um) ano desde a data da entrada em vigor da presente lei.[485]

448. Ao artigo 50-*bis*, primeiro parágrafo, do código de processo civil, após o número "7)", é adicionado o seguinte:

"7-*bis*) nas causas do artigo 140-*bis* do código de consumo, do decreto legislativo n. 206 de 6 de setembro de 2005."

449. No código de consumo, do decreto legislativo n. 206 de 6 de setembro de 2005, a rubrica do título II da parte V é substituída pelo seguinte: "Acesso à justiça".

485 Item modificado sucessivamente e, antes de entrar em vigor, foi revogado, tendo o artigo 140-bis acima (parágrafo 446 desta lei) sido inteiramente substituído por nova redação, conforme Lei n. 99, de 23 de julho de 2009, art. 49, parágrafo 1, tendo a nova redação entrado em vigor em 1º de janeiro de 2010.

APÊNDICE D. ITÁLIA: A NOVA "AZIONE DI CLASSE" (TRADUÇÃO LIVRE)

Em substituição à Ação Coletiva Ressarcitória.
Tradução livre pelo autor.[486]

Lei n. 99, de 23 de julho de 2009.

"Dispõe sobre o desenvolvimento e a internacionalização das empresas, incluindo em matéria de energia"

[...]

Art. 49.

(Modifica o artigo 140-bis do código de consumo, decreto legislativo n. 206, de 6 de setembro de 2005)

1. O artigo 140-*bis* do código de consumo, decreto legislativo n. 206 de 6 de setembro de 2005, é substituído pelo seguinte:

"Art. 140-bis – (Ação de Classe)

1. Os direitos individuais homogêneos dos consumidores e dos usuários tratados no parágrafo 2 são tuteláveis também por meio da Ação de Classe, segundo as previsões do presente artigo. Com tal objetivo, cada componente da classe, ainda que por meio de associações a quem atribua mandato ou sindicatos de que participe, podem demandar pela decisão da responsabilidade e pela condenação ao ressarcimento dos danos e às restituições.

2. A ação de classe pode tutelar:

a) os direitos contratuais de uma pluralidade de consumidores e usuário que versem no confronto de uma mesma empresa em situação id6entica, incluindo os direitos relativos a contratos estipulados nos termos dos artigos 1341 e 1342 do código civil *[sobre contratos de adesão]*;

b) os direitos idênticos relativos aos consumidores finais de um determinado produto no confronto com o respectivo produtor, ainda que prescindir de uma relação direta contratual;

c) os direitos idênticos para ressarcir o prejuízo causado aos mesmos consumidores e usuários em decorrência de práticas comerciais incorretas ou de comportamentos anticoncorrenciais.

486 Tradução livre pelo autor a partir do original. *Cf*. ITALIA. Legge 23 luglio 2009, n. 99. "Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia". *Gazzetta Ufficiale*, n. 176, de 31.07.2009, *Supplemento Ordinario* n. 136. Versão disponível em <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/090991.htm>, acesso em 10 set. 2012.

3. Os consumidores e usuários que pretendem se valer da tutela tratada pelo presente artigo podem aderir à ação de classe, sem o auxílio de procurador. A adesão importa em renúncia a todas as ações restituitórias ou ressarcitórias individuais fundadas no mesmo título, exceto quanto ao previsto no parágrafo 15 abaixo. O requerimento de adesão, contendo, além da eleição de domicílio, a indicação dos elementos constitutivos do direito que se quer fazer valer, com a relativa documentação provatória, será depositado em secretaria judicial, também para o demandante, no prazo previsto no parágrafo 9, letra 'b', abaixo. Os efeitos da prescrição, na forma dos artigos 2943 e 2945 do código civil, decorrerão a partir da notificação da demanda e, para queles que tiverem aderido sucessivamente, a partir do depósito do requerimento de adesão.

4. A demanda será proposta no tribunal ordinário *[primeiro grau de jurisdição]*, na capital da região em que tiver sede a empresa, mas para o *Valle d'Aosta* será competente o tribunal de *Torino*, para *Trentino-Alto Adige* e *Friuli-Venezia Giulia* será competente o tribunal de *Venezia*, para o *Marche*, a *Umbria*, o *Abruzzo* e o *Molise* será competente o tribunal de *Roma*, e para a *Basilicata* e a *Calabria* será competente o tribunal de *Napoli*. Os tribunais tratarão a causa em composição colegiada.

5. A demanda será proposta com o requerimento de citação, com notificação também do Ministério Público com sede no tribunal da causa, o qual poderá intervir limitadamente no juízo de admissibilidade.

6. Ao final da primeira audiência, o tribunal decidirá sobre a admissibilidade da demanda, mas poderá suspender o feito quando sobre fatos relevantes para o deslinde da causa estiver pendente de instrução um outro processo, perante uma autoridade independente ou perante um juízo administrativo. A demanda será declarada inadmissível quando for manifestamente infundada, quando subsistir um conflito de interesses ou mesmo quando o juiz não vislumbrar a identidade dos direitos individuais tuteláveis ao teor do parágrafo 2 acima, ou quando o demandante não parecer representar adequadamente os interesses da classe.

7. A decisão que apreciar a admissibilidade estará sujeita a recurso à Corte de Apelação no prazo peremptório de 30 dias a partir da sua comunicação, ou notificação se anterior. O recurso será decidido colegiadamente em não mais de 40 dias após o seu protocolo. O recurso contra a decisão de admissibilidade não suspenderá o procedimento perante o juízo de origem.

8. Com a decisão de inadmissibilidade, o juiz fixará as despesas processuais, no sentido no artigo 96 do código de processo civil, e ordenará a mais oportuna publicidade sobre conta e ordem do sucumbente.

9. Com a decisão de admissibilidade o juízo fixará os prazos e modalidade da mais oportuna publicidade, com o objetivo de permitir a tempestiva adesão pelos demais membros da classe. A realização da publicidade é condição para o prosseguimento da demanda. Com a mesma decisão, o juízo:

a) definirá as características dos direitos individuais objeto da causa, especificando os critérios com base nos quais os sujeitos que requererem a adesão serão considerados incluídos na classe ou deverão requerer exclusão da ação.

b) fixará um prazo peremptório, não superior a 120 dias da realização da publicidade, dentro do qual os atos de adesão, por meio do demandante, serão protocolados na secretaria judicial. Cópia da decisão será transmitida, por conta e ordem da secretaria,

ao Ministério do Desenvolvimento Econômico que ficará responsável pela publicidade e pela publicação no seu respectivo sítio na internet.

10. É vedada a intervenção de terceiros no sentido no artigo 105 do código de processo civil.

11. Com a ordem de admissibilidade da ação, o juízo determinará também o procedimento a ser seguido, assegurando, quanto ao contraditório, a justa, eficaz e solícita gestão do processo. Com a mesma ou posterior decisão, modificável ou revogável a qualquer tempo, o juízo determinará as medidas destinadas a evitar indevida repetição ou complicação da apresentação de provas ou argumentos; atribuirá às partes a publicidade reputada necessária à tutela dos aderentes; regulará o modo que considera mais oportuno para a instrução probatória e disciplinará todas as outras questões de rito, dispensando todas as formalidades não essenciais ao contraditório

12. Julgando procedente a demanda, o juízo pronunciará sentença condenatória com a qual liquidará, no sentido do artigo 1226 do código civil, a quantia definitiva devido a cada um que tenha aderido à ação ou estabelecerá o critério homogêneo de cálculo para a liquidação da dita quantia. Em caso de procedência de uma ação de classe proposta no confronto de gestores de serviços públicos ou de utilidade pública, o juízo deve levar em conta a quantia reconhecida em favor dos usuários e dos consumidores prejudicados nas relativas cartas de serviço eventualmente emitidas. A sentença se terá força executiva a partir de 180 dias da sua publicação. Os pagamentos das quantias feitos durante tal período serão isentos de todos os acréscimos e atualizações, inclusive por acessórios legalmente previstos incidentes após a publicação da sentença

13. A Corte de Apelação *[segundo grau de jurisdição]*, requeridos os provimentos previstos no artigo 283 do código de processo civil, deverá levar em conta o total da soma devida pelo devedor, o número de credores, bem como a dificuldade de reverter o ato de pagamento caso o recurso seja provido. A corte pode dispor que, até o final do trânsito em julgado da sentença, a quantia total devida pelo devedor seja depositada e fique vinculada na forma considerada mais oportuna.

14. A sentença que define o julgamento vincula também os aderentes. Excetuam-se as ações individuais dos sujeitos que não aderiram à ação coletiva. Não poderão ser propostas novas ações de classe pelos mesmos fatos e em face da mesma empresa, depois de passado o prazo para a adesão, conforme definido pelo magistrado nos termos do parágrafo 9. Aquelas que forem propostas dentro do prazo serão reunidas de ofício pelo juiz, caso tramitem no mesmo tribunal; alternativamente, o juiz subsequentemente competente pode ordenar o cancelamento da distribuição da causa, assinalando um prazo peremptório não superior a 60 dias para que se requeira a readmissão da causa perante o juiz original.

15. As renúncias e as transações que ocorrerem entre as partes não devem prejudicar os direitos dos aderentes que não tiverem expressamente consentido. Os mesmos direitos serão resguardados inclusive nos casos de extinção do juízo ou resolução antecipada do processo”

2. As disposições do artigo 140-*bis* do código de consumo, decreto legislativo n. 206 de 6 de setembro de 2005, conforme substituído pelo parágrafo 1 do presente artigo, será aplicável aos ilícitos causados após a data da entrada em vigor da presente lei *[qual seja, 1º de janeiro de 2010]*.

APÊNDICE E. EUA (J. FEDERAL): CLASS ACTIONS (TRADUÇÃO LIVRE)

"Federal Rules of Civil Procedure" (FRCP), Rule n. 23. Tradução livre pelo autor.[487]

Regra 23. Ações de Classe

(A) PRÉ-REQUISITOS

Um ou mais membros de uma classe podem demandar ou ser demandados como partes representantes em nome de todos os membros de tal classe, desde que:

(1) a classe seja tão numerosa que um litisconsórcio que reúna todos os membros seja impraticável,

(2) haja questões de direito ou de fato comuns a toda a classe,

(3) os pedidos ou defesas dos representantes sejam exemplificativos dos pedidos ou defesas da classe; e

(4) os representantes protejam justa e adequadamente os interesses da classe.

(B) TIPOS DE AÇÕES DE CLASSE

Uma ação de classe pode ser processada se a Regra "23.a" for satisfeita e se:

(1) o processamento de ações em separado por ou contra membros individuais da classe puder criar o risco de:

(A) decisões inconsistentes ou variadas no que diz respeito a membros individuais da classe, o que poderia estabelecer padrões de conduta incompatíveis para a parte oposta à classe; ou

(B) decisões a respeito de membros individuais da classe que, na prática, desconsidere os interesses dos demais membros que não sejam parte do processo individual ou que, substancialmente, dificultariam ou impediriam sua possibilidade de proteger seus interesses;

(2) a parte *ex adversa* da classe agiu ou se recusou a agir sob fundamentos que se aplicam à classe em geral, de modo a que a reparação final ou correspondente declaração judicial seja adequada em relação à classe como um todo; ou

(3) o magistrado entender que questões de direito ou de fato comuns aos membros da classe sejam predominantes sobre outras questões que afetem somente membros individuais, e que a ação de classe seja superior a outros métodos disponíveis para julgar a controvérsia justa e eficientemente. Os assuntos pertinentes a esse entendimento incluem:

487 Tradução livre pelo autor a partir do original. *Cf. Cornell University Law School, Legal Information Institute (LII)*. Disponível em <http://www. law.cornell.edu/rules/frcp/>, acesso em 21 jul. 2012.

(A) os interesses dos membros da classe em controlar individualmente o processamento ou a defesa de ações em separado;

(B) a extensão e a natureza de qualquer litígio sobre a controvérsia que já se tenha iniciado por ou contra membros da classe;

(C) a conveniência ou inconveniência da concentrar o litígio de tais pedidos em um foro em particular; e

(D) as prováveis dificuldades em gerenciar a ação de classe.

(c) Ordem de Processamento (Certificação); Notificação aos membros da classe; Julgamento; Classes de Questões; Subclasses.

(1) Ordem de Processamento (Certificação).

(A) *Prazo para Concessão*. Em um momento inicial praticável após uma pessoa demandar ou ser demandada como um representante de classe, o magistrado deve ordenar se a ação deverá ser processada como uma ação de classe.

(B) *Definição da Classe; Designação do Advogado Procurador da Classe*. Uma ordem de processamento (certificação) deve definir a classe e suas pretensões, questões, ou defesas, e deve designar um advogado procurador da classe nos termos da Regra "23.g".

(C) *Alterando ou Emendando a Ordem*. Uma ordem que conceda ou indefira o processamento da ação de classe pode ser alterada ou emendada antes do julgamento final.

(2) Notificação.

(A) *Para classes dos tipos b.1 ou b.2*. Para quaisquer classes definidas sob as Regras "23.b.1" ou "23.b.2", o magistrado pode enviar uma notificação adequada para a classe.

(B) *Para classes do tipo b.3*. Para quaisquer classes definidas sob a Regra "23.b.3", o magistrado deve enviar aos membros da classe a melhor notificação que for praticavelmente possível sob as circunstâncias, incluindo notificações individuais para todos os membros da classe que puderem ser identificados por meio de esforços razoáveis. A notificação deve expor concisa e claramente, por meio de uma linguagem simples e facilmente compreensível, o seguinte:

(i) a natureza da ação;

(ii) a definição da classe certificada;

(iii) os pedidos, as questões ou defesas da classe;

(iv) que um membro da classe pode se apresentar por meio de um procurador se ele assim desejar;

(v) que o magistrado irá excluir da classe qualquer membro que assim requeira;

(vi) o prazo e a forma para requerer a exclusão; e

(vii) o efeito vinculante de um julgamento em classe sobre os seus membros sob a Regra "23.c.3".

(3) Julgamento.

Seja a favor ou contra a classe, o julgamento em uma ação de classe deve:

(A) para quaisquer classes definidas sob as Regras "23.b.1" ou "23.b.2", incluir e descrever aqueles que o magistrado reputa serem membros da classe; e

(B) para quaisquer classes definidas sob a Regra "23.b.3", incluir e especificar ou descrever aqueles a quem a notificação da Regra "23.c.2" foi enviada, que não requereram sua exclusão, e que o magistrado reputa serem membros da classe.

(4) Questões Específicas.

Quando apropriado, uma ação pode ser levada a juízo e ser processada como uma ação de classe em relação a questões específicas.

(5) Subclasses.

Quando apropriado, uma classe pode ser subdividida em subclasses que sejam cada qual tratada como uma classe sob esta regra.

(D) CONDUÇÃO DA AÇÃO.

(1) Em geral.

Na condução da ação sob esta regra, o magistrado pode emitir ordens que:

(A) determinem o rito procedimental ou disponham sobre medidas para prevenir desnecessária repetição ou complicação na apresentação das provas ou argumentos;

(B) requeiram — para proteger os membros da classe e conduzir isonomicamente a ação — que seja dada adequada ciência para alguns ou todos os membros da classe a respeito de:

(i) qualquer etapa da ação;

(ii) a proposta de extensão do julgamento;

(iii) a oportunidade dos membros para indicarem se eles se consideram justa e adequadamente representados, para intervirem e apresentarem pedidos ou defesas, ou para de outra maneira agirem;

(C) imponham condições sobre os representantes ou dos interventores.

(D) requeira que os pedidos sejam emendados para eliminar alegações sobre a representação de pessoas ausentes e que a ação prossiga de acordo;

(E) lidem como assuntos procedimentais similares.

(2) Cumulação e Emenda das Ordens.

Uma ordem sob a Regra "23.d.1" pode ser alterada ou emendada de tempos em tempos e pode ser cumulada com uma ordem sob a Regra "16"[488].

(e) Transação, Desistência Voluntária, ou Compromissos.

As pretensões, questões, ou defesas de uma classe já certificada podem ser transacionadas, voluntariamente desistidas ou compromissadas somente com a concordância do magistrado. Os seguintes procedimentos se aplicam a uma proposta de transação, de desistência voluntária ou de compromisso:

(1) O magistrado deve dirigir uma notificação de maneira razoável para todos os membros da classe que seriam vinculados pela proposta.

(2) Se a proposta vincular os membros da classe, o magistrado pode aprová-la apenas após uma audiência e se entender que ela é justa, razoável e adequada.

(3) As partes buscando a aprovação devem apresentar uma declaração identificando quaisquer acordos conexos à proposta.

(4) Se a ação de classe foi anteriormente certificada sob a Regra "23.b.3", o magistrado pode se recusar a aprovar a transação a não ser que ela ofereça a membros individuais da classe, que tiveram a chance de requerer sua exclusão e assim não fizeram antes, a oportunidade de requerer sua exclusão da proposta.

(5) Quaisquer membros da classe podem recusar a proposta se ela requerer aprovação judicial sob esta subdivisão "e"; a recusa poderá ser reconsiderada somente com aprovação judicial.

(f) Recursos.

A corte de apelação pode permitir um recurso contra uma ordem que conceda ou indefira a certificação da classe sob esta regra se a petição recursal for apresentada no serviço judicial *ad quem* dentro de 14 dias da emissão da ordem. Um recurso não suspende o processo no órgão *a quo* exceto se o magistrado ou tribunal *ad quem* assim ordenar.

(g) Advogados Procuradores da Classe.

(1) Designação do Procurador da Classe.

Exceto se a lei dispuser em contrário, o magistrado que certificar a classe deve designar o advogado procurador da classe. Ao fazê-lo, o magistrado:

(A) deve considerar:

(i) o trabalho exercido pelo advogado na identificação e investigação de potenciais pedidos na ação;

488 A Regra 16 estabelece a possibilidade do juiz ordenar encontros ou audiências prejulgamento, com o fim de sanar dúvidas, evitar nulidades ou atos desnecessários, permitir melhores investigações, estabelecer o calendário de julgamento, entre outras medidas de gestão do processo.

(ii) a experiência do advogado no trato de ações de classe, outras demandas complexas, e a natureza dos pedidos veiculados na ação;

(iii) o conhecimento do advogado a respeito do direito aplicável;

(iv) os recursos que o advogado irá empregar na representação da classe;

(B) pode considerar quaisquer outros temas pertinentes à habilidade de o advogado representar os interesses da classe justa e adequadamente;

(C) pode ordenar que potenciais advogados da classe forneçam informação sobre assuntos pertinentes à sua designação e que apresente proposta de termos para os honorários advocatícios e despesas não tributáveis;

(D) pode incluir na ordem de designação alguma disposição sobre a condenação em honorários advocatícios e despesas não tributáveis sob a Regra "23.h"; e

(E) pode adotar outras medidas em conexão com a designação.

(2) Padrão para a Designação do Advogado Procurador da Classe.

Quando um candidato pretender sua designação como advogado da classe, o magistrado pode designar tal candidato somente se ele for adequado sob a Regra "23.g.1" e "23.g.4". Se mais de um candidato for adequado, o magistrado deve indicar o candidato que melhor puder representar os interesses da classe.

(3) Advogado Interino.

O magistrado pode designar um advogado interino para agir em nome de uma classe putativa antes de determinar se ela será definida como uma ação de classe.

(4) Dever do Advogado Procurador da Classe.

O advogado procurador da classe deve justa e adequadamente representar os interesses da classe.

(h) Honorários Advocatícios e Despesas Não Tributáveis

Em uma ação de classe certificada, o magistrado pode condenar em razoáveis honorários advocatícios que sejam autorizados por lei ou por acordo entre as partes. Os seguintes procedimentos se aplicam:

(1) Um pedido para tal condenação deve ser feito por meio de petição sob a Regra "54.d.2"[489], sujeita aos termos desta subdivisão "h", no prazo assinalado

489 Regra 54.d.2: "*Honorários Advocatícios*. (A) *Pedido de Fixação por Petição*. Um pedido de honorários advocatícios e relacionadas despesas não tributáveis deve ser feito por petição exceto se a lei substancial requerer que tais honorários sejam provados durante o julgamento como um dos elementos da indenização. (B) *Prazo e Conteúdo da Petição*. Exceto se uma lei ou ordem judicial dispuser em contrário, a petição deve (i) ser protocolada em até 14 dias a contar do início do jul-[…continua na p.194

pelo magistrado. Ciência desta petição deve ser dada a todas as partes e, se apresentada pelo procurador da classe, enviada aos membros da classe em uma maneira razoável.

(2) Um membro da classe, ou uma parte de quem se exija algum pagamento, pode objetar o pedido.

(3) O magistrado pode realizar uma audiência e deve buscar os fatos e informar suas conclusões jurídicas sob a Regra "52.a"[490].

(4) O magistrado pode delegar questões relacionadas ao montante da condenação a um mestre especial ou a um magistrado experiente, conforme Regra "54.d.2.D"[491].

---

gamento; (ii) especificar o julgamento e a lei, regra ou outro fundamento que justificam o pedido; (iii) afirmar a quantia desejada ou fornecer sua justa estimativa; e (iv) revelar, se o magistrado exigir, os termos de qualquer acordo sobre os honorários por serviços que justificam os honorários. (C) *Procedimento*. Sujeitando-se à Regra '23.h', o magistrado deve, a pedido de uma das partes, dar a oportunidade para o adversário se manifestar sobre a petição, de acordo com a Regra '43.c' ou '78'. O magistrado pode decidir questões de responsabilidade pelos honorários, antes de receber os valores pelos serviços. O magistrado deve buscar os fatos e declarar suas conclusões na forma da Regra '52.a' (D) *Procedimentos especiais por regras locais; Delegação a um Mestre ou Juiz Leigo.* [...] (E) *Exceções*. Os subparágrafos 'a'-'d' não se aplicam a pedidos de honorários e despesas como sanções por violações a essas regras ou sanções sob a norma 28 U.S.C. §1927.".

490 Regra 52.a: "(a) *Descobertas e Conclusões*. (1) Em geral, em uma ação julgada sobre fatos sem um júri ou com um júri consultivo, o magistrado deve buscar os fatos especialmente e deve declarar suas conclusões jurídicas em separado. As descobertas e conclusões podem constar dos autos após as provas ou podem constar de uma opinião ou memorando de decisão a ser protocolado pelo magistrado. [...]. (2) *Para uma medida interlocutória*. Ao conceder ou rejeitar uma medida interlocutória, o magistrado deve similarmente declarar as descobertas e conclusões que dão fundamento à decisão. (3) *Para uma petição*. O magistrado não é obrigado a declarar suas descobertas e conclusões quando julgar um pedido sob a regra '12' ou '56' ou ainda, exceto se essas regras dispuserem em contrário, qualquer outra petição. (4) *Efeitos das Descobertas de um Mestre*. Uma descoberta de um mestre, até os limites adotados pelo magistrado, deve ser considerada como a descoberta do próprio juiz.. (5) *Impugnação do Material Fático*. Uma parte pode depois impugnar a suficiência das provas que dão suporte às descobertas, independentemente da parte ter requerido as descobertas, recusado-as, peticionado para emendá-las, ou peticionado por descobertas parciais. (6) *Afastando as Descobertas*. As descobertas de fatos, baseadas em provas orais ou não, devem não ser afastadas exceto se claramente errôneas, e a corte revisora deve dar o devido respeito ao julgamento do juiz *a quo* quanto à credibilidade da testemunha."

491 Regra 54.d.2.D: "(D) *Procedimentos especiais por regras locais; Delegação a um Mestre ou Juiz Leigo*. Por regra local, o juiz pode estabelecer procedimentos especiais para resolver questões relacionadas aos honorários sem a realização de audiências instrutórias abrangentes. Também, o juiz pode delegar questões relativas à valoração de serviços para um mestre especial na forma da Regra '53' sem respeitar as limitações da Regra '53.a.1', e pode delegar um pedido de honorários advocatícios a um juiz magistrado na forma da Regra '72.b' como se isso fosse uma questão dispositiva prejulgamento."

APÊNDICE F. INGLATERRA: GROUP LITIGATION ORDERS (TRADUÇÃO LIVRE)

"Civil Procedure Rules" (CPR), regras 19.10 a 19.14. Tradução livre pelo autor.[492]

III. LITÍGIOS COLETIVOS

Definição

• 19.10

Uma Ordem de Litígio Coletivo ("OLC") significa uma ordem emitida sob a regra 19.11 para permitir o gerenciamento de causas que dêem lugar a questões de direito ou de fato comuns ou relacionadas (as "questões OLC").

Ordem de Litígio Coletivo

• 19.11

(1) O magistrado pode emitir uma OLC onde houver ou puder haver inúmeras demandas ensejando questões OLC.

(A regra 19B das Regras Práticas dispõe sobre o procedimento para requerer uma OLC)

(2) Uma OLC deve —

(a) conter dispositivos sobre a instauração de um registro (o "registro coletivo") no qual as demandas gerenciadas sob a OLC serão inscritas.

(b) especificar as questões OLC que irá identificar as demandas a serem gerenciadas coletivamente sob a OLC; e

(c) especificar o juízo (o "juízo gestor") que irá gerenciar as demandas do registro coletivo.

(3) Uma OLC pode —

(a) em relação às demandas que ensejem uma ou mais questões OLC —

(i) ordenar sua transferência para o juízo gestor;

(ii) ordenar sua suspensão até segunda ordem; e

(iii) ordenar sua inscrição no registro coletivo.

492 Tradução livre pelo autor a partir do original. *Cf. Ministry of Justice*. Disponível em <http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules>, acesso em 21 jul. 2012.

(b) ordenar que a partir de uma data específica as demandas que ensejem uma ou mais questões OLC deverão ser iniciadas no juízo gestor e inscrita no registro coletivo; e

(c) indicar a forma de publicação da OLC.

Efeitos da OLC

• 19.12

(1) Quando um julgamento é dado ou ordem é feita em uma demanda do registro coletivo em relação a uma ou mais questões OLC —

(a) tal julgamento ou ordem é vinculante a todas as partes das demais demandas que constem do registro coletivo ao tempo do julgamento ou da ordem, exceto se o magistrado dispuser em contrário; e

(b) o magistrado pode determinar o limite até o qual o julgamento ou a ordem é vinculante sobre as partes de qualquer demanda que for posteriormente inscrita no registro coletivo.

(2) Exceto se o item (3) for aplicável, qualquer parte que for afetada adversamente por um julgamento ou ordem que seja vinculante sobre ela poderá pleitear permissão para recorrer da ordem.

(3) A parte de uma demanda, que foi inscrita no registro coletivo após ser proferido julgamento ou ordem a ela vinculante, não pode —

(a) requerer que o julgamento ou a ordem sejam apartados, modificados ou suspensos; ou

(b) recorrer do julgamento ou ordem,

mas poderá requerer que o magistrado determine que o julgamento ou ordem não seja a ela vinculante.

(4) Exceto se o magistrado dispuser em contrário, a divulgação de qualquer documento em relação a questões OLC por uma parte a uma demanda do registro coletivo equivale à divulgação de tal documento a todas as partes das demandas —

(a) que constem do registro coletivo; e

(b) que sejam posteriormente inscritas no registro coletivo.

Gerenciamento das causas

• 19.13

Determinações do juízo gestor podem incluir determinações que —

(a) modifiquem as questões OLC;

(b) determinem que uma ou mais demandas do registro coletivo prossigam como demandas teste;

(c) apontem que o advogado de uma ou mais partes sejam advogados líderes para os demandantes ou demandados;

(d) especifiquem os detalhes a serem incluídos em uma declaração da causa de modo a demonstrar que os critérios para inscrição da demanda no registro coletivo foram satisfeitos;

(e) especifiquem uma data após a qual nenhuma outra demanda poderá ser adicionada ao registro coletivo exceto se o magistrado expressamente permitir; e

(f) inscrevam qualquer demanda que satisfaça os critérios de uma ou mais questões OLC no registro coletivo.

Remoção do registro

• 19.14

(1) Uma parte em uma demanda inscrita no registro coletivo pode requerer ao foro gestor que sua demanda seja removida do registro.

(2) Se o foro gestor determinar que a demanda seja removida do registro ela pode determinar a gestão futura da demanda.

Renato Xavier da Silveira Rosa
<renato.rosa@usp.br> | <renatoxsr@gmail.com>
"Precedentes no processo civil brasileiro: valorização e efetividade."
Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
Arcadas, 16 de janeiro de 2013.