

FERNANDA KONTIC DA ROCHA AZEVEDO

**Contraditório nas Decisões Paradigmáticas:
Julgamentos Repetitivos e Incidente de
Assunção de Competência**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Dr. Marcelo José Magalhães Bonizzi

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
Departamento de Direito Processual
São Paulo – SP
2020**

FERNANDA KONTIC DA ROCHA AZEVEDO

**Contraditório nas Decisões Paradigmáticas:
Julgamentos Repetitivos e Incidente de
Assunção de Competência**

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de mestre em Direito, na área de concentração de Direito Processual, sob orientação do Prof. Dr. Marcelo José Magalhães Bonizzi.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
Departamento de Direito Processual
São Paulo – SP
2020

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Azevedo, Fernanda Kontic da Rocha

Contraditório nas decisões paradigmáticas: julgamentos repetitivos e Incidente de Assunção de Competência / Rocha Azevedo, Fernanda Kontic da; orientador Prof. Marcelo José Magalhães Bonizzi -- São Paulo, 2020.
143p.

Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

1. Contraditório. 2. Precedentes. 3. Incidente de Assunção de Competência. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Recursos Repetitivos. I. Bonizzi, Prof. Dr. Marcelo José Magalhães , orient. II. Título.

A Banca Examinadora, abaixo assinada, aprova a Dissertação

**Contraditório nas Decisões Paradigmáticas:
Julgamentos Repetitivos e Incidente de
Assunção de Competência**

elaborada por

FERNANDA KONTIC DA ROCHA AZEVEDO

como requisito parcial para a obtenção do grau de

MESTRE EM DIREITO PROCESSUAL

BANCA EXAMINADORA:

*Ao meu pai,
Dr. Alberto Gomes da Rocha Azevedo Jr.,
meu grande professor.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, ao meu orientador, Dr. Marcelo José Magalhães Bonizzi, pela oportunidade e confiança em mim depositada. Sempre solícito e atencioso, sua orientação foi indispensável para o meu aprendizado.

Também, à professora Teresa Arruda Alvim, pelas aulas de graduação e pela oportunidade de ter sido sua assistente. Foi ela quem me apresentou o Processo Civil, matéria que tanto me interessa.

Aos meus pais, que sempre priorizaram a minha formação e felicidade. Ao meu saudoso pai, meu maior e eterno exemplo, e à minha mãe, que viveu tudo isso comigo.

Ao Milton Dotta Neto, meu marido, meu eterno companheiro, que esteve comigo a cada dia. Que nós dois sigamos sempre juntos e em frente.

Àqueles que conheci durante o Mestrado e que me deram tanto apoio, especialmente Roberto Barroco, Giovanna del Nero, Marcely Rodrigues, Cristhiane Bessas e Bruna Tourinho.

Não poderia de deixar de mencionar aqueles que estão comigo diariamente, no escritório Rocha Azevedo, Gomes e Lara: meu tio Antonio, minha prima Luiza e os sócios Ricardo, Pedro e Tácito, que me permitiram a dedicação ao Mestrado.

*“Quando estiver em dúvida,
escolha a opção que lhe parecer mais difícil,
normalmente é a melhor.”*

(Autor desconhecido)

ROCHA AZEVEDO, Fernanda Kontic da. *Contraditório nas decisões paradigmáticas: julgamentos repetitivos e Incidentes de Assunção de Competência*. 143p. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo – USP. São Paulo, 2020.

RESUMO

As decisões paradigmáticas são aquelas proferidas em sede de julgamento por amostragem. No Direito Processual Civil atual há três técnicas dessa espécie: os Recursos Especiais e Extraordinários Repetitivos, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e o Incidente de Assunção de Competência. Em todas elas os efeitos da decisão podem afetar não só os sujeitos do processo, como também terceiros e, quiçá, toda a sociedade. Dessa forma, para que haja certa garantia de participação e acesso à justiça, é necessário ampliar o contraditório. Existem mecanismos para isso, notadamente a participação de *amicus curiae* e as audiências públicas. Juntamente com a participação deve ser garantido aos interessados o poder de influência, que tem umbilical relação com a motivação da decisão paradigmática. Da mesma maneira, para a aplicação da decisão paradigmática, deve ser proporcionado às partes o debate, permitindo a manifestação acerca da utilização do paradigma. O presente estudo aborda a importância e os limites da ampliação do contraditório nos julgamentos por amostragem.

Palavras-chave: Contraditório. Precedentes. Incidente de Assunção de Competência. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Recursos Repetitivos.

ROCHA AZEVEDO, Fernanda Kontic da. *Contraditório nas decisões paradigmáticas: julgamentos repetitivos e incidentes de assunção de competência*. 143p. Dissertation (Master in Procedural Law) – Department of Procedural Law. Faculty of Law. University of São Paulo. São Paulo – USP. São Paulo, 2020.

ABSTRACT

Paradigmatic decisions are those made by judging by sampling. In current civil procedural law there are three techniques of this kind: repetitive appeals, the repetitive claims resolution incident, and the assumption of jurisdiction. In the three techniques, the effects of the decision affect not only the parties, but other people, in some cases, the whole society. Thus, in order to have a certain guarantee of participation and access to justice, it is necessary to broaden the debate. There are mechanisms for this, notably the participation of *amicus curiae* and public hearings. Along with participation, the possibility of influence should be guaranteed to the ones who have interested on the opinion, and there is a strong relation between the reasoning of the paradigmatic decision. Likewise, for the application of the paradigm, the parties should be allowed to debate, manifesting about the use of the precedent. This paper will study the importance and the limits of the widening of the contradictory in the judgments by sampling.

Key words: Contradictory. Precedent. Assumption of Competence. Repetitive Demands Resolution Incident. Repetitive Resources.

LISTA DE SIGLAS

ABPI	Associação Brasileira da Propriedade Intelectual
AGROBIO	Associação de Empresas de Biotecnologia, Agricultura e Agroindústria
BNPR	Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
ENFAM	Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrado
IAC	Incidente de Assunção e Competência
IPTU	Imposto Predial e Territorial Urbano
IRDR	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
ITBI	Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis e de Direitos
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OAB	Organização dos Advogados do Brasil
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TR	Taxa Referencial
TUSD	Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição
TUST	Tarifa de Uso da Transmissão

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	19
1 ACESSO À JUSTIÇA E LITIGIOSIDADE REPETITIVA	25
1.1 Justificativa.....	25
1.2 Acesso à Justiça	26
1.3 Litigiosidade Repetitiva	28
2 PRECEDENTE JUDICIAL	31
2.1 Terminologia	31
2.2 Dimensões dos precedentes.....	32
2.3 Técnicas da <i>common law</i>	38
2.4 APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL.....	40
2.4.1 Breve histórico	40
2.4.2 O Código de Processo Civil de 1973 e as Reformas	43
2.4.3 O Código de Processo Civil de 2015	45
2.5 A utilização de precedentes não torna o Brasil país de <i>common law</i>	49
3 JULGAMENTOS POR AMOSTRAGEM.....	53
3.1 Conceito de Julgamentos por.....	53
3.2 JULGAMENTOS REPETITIVOS.....	54
3.2.1 Conceito	54
3.2.2 Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.....	56
3.2.2.1 <i>Cabimento</i>	57
3.2.2.2 <i>Procedimento</i>	59
3.2.2.3 <i>Suspensão</i>	62
3.2.2.4 <i>Participação</i>	63
3.2.2.5 <i>Julgamento e fundamentação</i>	65
3.2.2.6 <i>Interposição de Recurso Especial ou Extraordinário</i>	66
3.2.2.7 <i>Vinculação</i>	66
3.2.2.8 <i>Revisão da tese</i>	67
3.2.3 Recursos Repetitivos	67
3.2.3.1 <i>Recursos Extraordinários</i>	67
3.2.3.2 <i>Recursos Repetitivos</i>	69
3.2.3.3 <i>Procedimento</i>	71
3.2.3.4 <i>Aplicação da tese e vinculação</i>	74

3.2.4 Conceito de Repetitividade	75
3.2.5 Julgamentos Repetitivos e Ações Coletivas	77
3.3 INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA (IAC)	79
3.3.1 Hipóteses de Cabimento.....	81
3.3.2 Procedimento.....	83
3.3.3 Vinculação	84
3.3.4 Os Incidentes de Assunção de Competência admitidos no STJ.....	85
4 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO	89
4.1 ESCORÇO CONCEITUAL.....	89
4.2 O CONTRADITÓRIO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	91
4.2.1 Arts. 9º e 10 do Código de Processo Civil de 2015	91
4.2.2 A cooperação processual	94
4.3 CONTRADITÓRIO E INFLUÊNCIA	96
4.3.1 A influência como finalidade do contraditório.....	96
4.3.2 A motivação das decisões judiciais como verificação do exercício do contraditório	98
4.3.2.1 Escopo da fundamentação	99
4.3.3 Dever de fundamentação, segundo o art. 489, § 1º do CPC	100
5 CONTRADITÓRIO E DECISÕES PARADIGMÁTICAS	103
5.1 FORMAÇÃO DO PARADIGMA	103
5.1.1 Subsídios de ordem técnica.....	104
5.1.2 Direito de participação	107
5.2 MECANISMOS	109
5.2.1 Escolha da causa-piloto.....	109
5.2.2 <i>Amicus Curiae</i>	111
5.2.3 Audiências Públicas.....	113
5.3 HIPÓTESES DE AMPLIAÇÃO DO CONTRADITÓRIO	115
5.4 FUNDAMENTAÇÃO DO PARADIGMA	119
5.5 APLICAÇÃO DO PARADIGMA	120
5.5.1 Elemento vinculante.....	120
5.5.2 Aspecto temporal da vinculação – Modulação.....	122
5.5.3 O contraditório na aplicação dos precedentes.....	124
CONCLUSÃO.....	127
REFERÊNCIAS	131

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objeto o contraditório para a formação e aplicação das decisões paradigmáticas. Para as finalidades da pesquisa, consideram-se decisões paradigmáticas os Acórdãos dos julgamentos por amostragem, quais sejam, os Julgamentos Repetitivos e o Incidente de Assunção e Competência (IAC).

O referido assunto relaciona-se à litigiosidade repetitiva e, também, aos precedentes – uma das técnicas utilizadas pelo legislador do Código de Processo Civil de 2015 para lidar com a litigiosidade.

Não é pretensão deste estudo – e tampouco se acredita ser possível – o diagnóstico preciso de uma única causa para a litigiosidade repetitiva e o congestionamento judiciário.

O tema é debatido pela doutrina há algumas décadas, anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88). Cita-se, como exemplo, o texto escrito por Alfredo Buzaid¹, publicado no ano de 1972, narrando impossibilidade de o Supremo Tribunal Federal (STF) lidar com a sobrecarga de processos já na década de 1950.

Parte da litigância repetitiva, consiste nos “conflitos de massa”. Tais litígios refletem modificações nas relações jurídicas, advindas do pós-revolução industrial. No período da revolução, em razão de alterações na produção, iniciou-se processo de massificação das relações. Contratos anteriormente confeccionados “sob medida”, cederam espaço a contratos de adesão². A existência de relações massificadas –, essencialmente idênticas entre si –, seja entre consumidor e fornecedor, entre tributante e contribuinte, grandes empregadores e trabalhadores, implica, em sua maioria, na existência de repetitivos conflitos de massa.

Simultaneamente, como reação aos Regimes Totalitários e à Segunda Guerra Mundial, iniciou-se um processo de reconhecimento e posituação de

¹ BUZOID, Alfredo. *A crise do Supremo Tribunal Federal*. Estudos de Direito. São Paulo: Saraiva, 1972.

² V. BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor In: MILARÉ, Édis (coord.). *Ação civil pública – Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 78.

“novos” direitos, notadamente pelos tratados e pactos de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas.

Desde 1948, ano em que foi promulgada a Declaração Universal de Direitos Humanos, foram reconhecidos muitos direitos – em sua maioria coletivos – por exemplo, o direito ao meio ambiente sadio, a proteção às pessoas com deficiência, à criança e ao adolescente, ao idoso, entre outros.

Concomitantemente, conferiu-se à população maior acesso à justiça para efetivação daqueles direitos. Esse movimento contou com a notória influência de Mauro Cappelletti e de Bryant Garth³, autores da obra “Acesso à Justiça”. A referida obra é fruto do chamado “Projeto Florença”, que consistiu num estudo multidisciplinar, observando-se diversos ordenamentos jurídicos com o objetivo de planejar meios de fornecer aos cidadãos o alcance dos seus direitos pelo Poder Judiciário⁴.

Sob influência desses ideais, foi editada, no Brasil, a Lei da Ação Civil Pública⁵, que visou à proteção dos direitos metaindividuais, e concebeu aos Juizados de Pequenas Causas⁶, a garantia para apreciação de conflitos de menor relevância econômica.

Pouco tempo depois o legislador Constituinte de 1988⁷ atribuiu relevância constitucional a uma série dos chamados direitos coletivos *lato sensu*, cita-se, como

³ “Para quem o acesso à justiça é tido como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar o direito de todos.” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 8).

⁴ Explica Ada Pellegrini Grinover: “A partir da declaração universal dos direitos do homem, em todas as constituições os valores fundamentais da justiça e da dignidade humana foram interiorizados pelos Estados, renunciando-se o advento da era das constituições. Ao longo desse processo, consolidam-se as ideias em torno do controle da constitucionalidade pelos Tribunais (constitucionais ou comuns) e o Judiciário assume uma posição mais ativa [...] o Judiciário assume a função de outros Poderes, em relação à observância da Constituição e da efetivação de direitos fundamentais por ela garantidos. É uma função de garantia. A função de garantia é voltada a colmatar, em especial no caso brasileiro, as lacunas contingenciais, que como reconhecido na doutrina, são sempre reparáveis, pois se trata de aplicar a norma constitucional.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 124).

⁵ BRASIL. *Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985*. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm. Acesso em: 12 set. 2019.

⁶ Os Juizados de Pequenas Causas foram criados pela Lei n. 7.244, de 7 de novembro de 1984, para julgamento de conflitos de menor importância econômica. Tancha foi a sua efetividade que tiveram a sua competência estendida pela Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995.

⁷ Relevante ressaltar que a crise dos Tribunais em razão do número exorbitante de processos não é algo recente, causado pela promulgação da Constituição de 1988. A impossibilidade de o STF lidar com a litigiosidade já era preocupação dos juristas desde a década de 1950, sendo até razão

exemplo, alguns: defesa do consumidor (art. 5º, XXXI, CF/88), direito ao meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado (art. 225, CF/88), direitos da criança e do adolescente (art. 227, CF/88) e direitos das pessoas com deficiência (arts. 24, XIV; 208, III; 227, § 1º, I e § 2º, CF/88).

Posteriormente, em 1990, foi editado o Código de Defesa do Consumidor (CDC)⁸, que representou uma inovação na legislação processual, consagrando, conjuntamente com a Lei da Ação Civil Pública, mencionada anteriormente, o microsistema processual coletivo.

O novo estatuto aperfeiçoou mecanismos de defesa em juízo de direitos metaindividuais, inserindo no ordenamento a tutela específica para a obrigação de fazer (art. 84) e a ampliação subjetiva da coisa julgada que, pela lei, poderia ser *erga omnes* (arts. 103 e ss). Assim, por remissão expressa, no art. 90, o CDC, conjuntamente com a Lei da Ação Civil Pública, formou o microsistema processual coletivo.

Essa série de “novos” direitos materiais, bem como a sua viabilização aos cidadãos em busca desses direitos junto ao Estado, na sua função jurisdicional, agravou a crise do Judiciário, uma vez que se deu vazão à “litigiosidade contida”⁹.

Para que fosse possível abarcar todas as demandas, e que se prestigiasse a igualdade e a razoável duração do processo, recorreu-se à utilização de técnicas de utilização de precedentes, notadamente, aos julgamentos por amostragem.

A ideia do precedente jurisprudencial como fonte do Direito não é nova no Direito pátrio. Nos capítulos 2 e 3 deste estudo apresenta-se um breve histórico que permite conhecer a origem lusitana do costume de observância da orientação pretoriana.

Ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1933, o STF passou a editar as súmulas persuasivas. Durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, especialmente após os anos 2000, positivaram-se institutos (e.g. súmula vinculantes, súmula impeditiva de recurso, julgamento de recursos repetitivos) que,

da criação do Superior Tribunal de Justiça pela Constituição de 1988. Nesse sentido, ver texto do ministro Alfredo Buzaid (BUZAID, Alfredo. Op. cit., 1972).

⁸ BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 12 set. 2019.

⁹ Conceito de Kazuo Watanabe. Mais em: WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: SALETTI, Achille (Org.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo, 2005, pp. 684-90.

de certa forma, vinculavam os órgãos judiciais inferiores, ou, ao menos, tinham forte impacto na persuasão do julgador.

O legislador do Código Processo Civil, de 2015, fortaleceu e criou novos instrumentos, a fim de implantar um regime de precedentes adaptado a tradição jurídica brasileira .

O art. 927, do CPC, estabelece aos julgadores obrigação de seguirem determinadas manifestações judiciais, dentre elas os acórdãos do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), dos Recursos Excepcionais sob Regime Repetitivos e o do Incidente de Assunção de Competência (IAC).

Esses todos, expressos no inc. III do referido artigo, guardam a semelhança de serem procedimentos por amostragem. Isso significa que se escolhe uma causa (dentre várias, no caso dos julgamentos repetitivos, ou uma singular, cuja matéria sob discussão seja de repercussão social, no IAC), para conhecimento e julgamento, aplicando-se tese jurídica fixada a demandas do mesmo objeto.

Neles os julgadores conhecem e julgam do processo ou recurso, com o objetivo de fixar tese¹⁰ de direito, que será aplicada a outras demandas idênticas. Distinguem-se, portanto, do *binding precedent* da *common law*. Naquela, ao julgar o caso, o juiz de *common law* visa a apenas dirimir aquele conflito específico, aplicando os princípios de direito e costume. Por ventura, em momento posterior, a decisão poderá ser aplicada, analogicamente, a outro caso concreto, quando será identificado a *ratio decidendi*, princípio de direito utilizado para, extraíndo-se uma regra geral¹¹.

Não se confundem, também, com as outras hipóteses do art. 927, do CPC/15, uma vez que nas súmulas e orientações de Tribunais são frutos reiteradas decisões. O tempo e diversidade de processos confere aos julgadores acesso a

¹⁰ O termo “tese” é utilizado nos acórdãos de julgamento de recursos repetitivos pelo STJ. Trata-se de enunciado que contém a interpretação jurídica fixada pelo Tribunal por ocasião do julgamento do recurso.

¹¹ Conforme trata José Rogério Cruz e Tucci, em obra sobre o tema, “O precedente, então, nasce como uma regra de um caso e, em seguida, terá ou não o destino de tornar-se a regra de uma série de casos análogos.” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004). No mesmo sentido, afirma Georges Abboud: “Destarte, ontologicamente, o precedente constitui decisão judicial proferida para solucionar caso concreto, ele nunca pode pretender nascer desde sempre como precedente. Assim, a aptidão dele para construir critério normativo apto a solucionar novos casos, dependerá, inevitavelmente do processo histórico referente à sua futura aplicação.” (ABBOUD, Georges. *Precedente Judicial versus Jurisprudência* dotada de efeitos vinculante. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012a, p. 514).

multiplicidade de argumentos e fatos, moldando a sua posição. Da mesma forma como no *common law* há dois momentos: o de julgamento e outro posterior, em que se verifica a regra geral a ser seguida.

Posto isso, é quase intuitiva a afirmação de que nos procedimentos do art. 927, III, do CPC, se deve promover mais elementos aos julgadores para cognição. Referida cognição é promovida pelo contraditório. Existem mecanismos para isso, tipicamente a possibilidade de intervenção de *amicus curiae* e agendamento de audiências públicas. Porém, questiona-se: a validade do paradigma é condicionada à influência e à manifestação de interessados possíveis no assunto – os chamados “litigante sombra”¹²? Haverá sempre a necessidade de participação, seja por audiências públicas ou intervenção como *amicus curiae*?

Ainda, no momento posterior, a aplicação do paradigmas, ou seja, das teses firmadas nos recursos repetitivos, IRDR e IAC, será automática? Como será promovido o debate e ônus argumentativo das partes?

Esses os questionamentos que o presente estudo se propõe a buscar as respostas.

¹² O termo “litigantes-sombras” foi utilizado pelo ministro Herman Benjamin, no voto vencido no REsp. n. 911.802-RS, referente à cobrança de assinatura básica pelas empresas de telefonia. O ministro, referindo-se aos consumidores, que seriam afetados, mas que não puderam influenciar na decisão, assim se manifestou: “[...] a voz dos consumidores não se tenha feito ouvir. Não lastimo somente o silêncio de D. Camila Mendes Soares, mas, sobretudo, a ausência, em sustentação oral, de representantes dos interesses dos litigantes-sombra, todos aqueles que serão diretamente afetados pela decisão desta demanda, uma gigantesca multidão de brasileiros [...]” (STJ. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 911.802-RS*. Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/portaIweb/hp/4/docs/stj_telefonia_assinatura_basica.pdf. Acesso em: 12 set. 2019).

1 ACESSO À JUSTIÇA E LITIGIOSIDADE REPETITIVA

1.1 Justificativa

O escopo desta dissertação é a análise do papel do contraditório nos Recursos Repetitivos, IRDR e IAC, mecanismos de julgamento por amostragem, especialmente no que tange à participação e oitiva de eventuais afetados pelo conteúdo da decisão paradigmática.

As referidas técnicas processuais¹³ não podem ser dissociadas de dois temas, umbilicalmente relacionados: o acesso à justiça e a litigiosidade repetitiva. Quanto a esta, por serem mecanismos de concentração de casos repetitivos¹⁴ ou de relevante questão de direito¹⁵, possibilitam que o Judiciário aprecie, de uma só vez, questão de direito, firmando tese jurídica. São, portanto, alguns dos instrumentos que dão vazão ao número de demandas e, ainda, em razão de paradigma fixado, zelam pela igualdade.

O acesso à Justiça é um tema minuciosamente tratado na obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, assim intitulada¹⁶. Os autores, como descrito no item a seguir, descreveram e previram que a evolução do acesso à Justiça seria em três ondas, cujos efeitos se acrescem.

A terceira onda do acesso à Justiça, denominada “acesso à representação em juízo a uma concepção”¹⁷, relaciona-se com a representatividade dos chamados “litigantes sombra”. É justamente um dos tópicos deste estudo, a possibilidade de possíveis interessados – mas nem sempre determináveis – exercerem influência no julgamento de processos que potencialmente afetarão suas esferas jurídicas.

¹³ O enquadramento dos julgamentos como técnica processual será abordado nos capítulos 2 e 3 deste estudo.

¹⁴ Termo do art. 928 do Código de Processo Civil, que trata das demandas repetitivas e recursos repetitivos como “casos repetitivos”. Confira-se: “Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em: I - incidente de resolução de demandas repetitivas; II - recursos especial e extraordinário repetitivos.” (BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 12 set. 2019).

¹⁵ A relevante questão de direito, de impacto social, é requisito para instauração do Incidente de Assunção de Competência, nos termos do art. 947 do Código Processual O significado de “relevante questão de direito” será abordado no capítulo 3 deste estudo.

¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

¹⁷ Id., *ibid.*

1.2 Acesso à Justiça

Na concepção contemporânea, o acesso à Justiça é garantia do cidadão, positivada no art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal de 1988. Contudo, tal conceito sofreu modificações no curso do tempo.

Nos séculos XVIII e XIX, após a Revolução Francesa, sob a influência do liberalismo e do individualismo, entendia-se que qualquer um, desde que arcasse com os respectivos custos, teria acesso aos órgãos do Judiciário, seja para reivindicar direitos, propondo uma ação ou para defender-se¹⁸. Interpretava-se como um direito natural do cidadão, satisfeito de maneira formal, qual seja, a distribuição da ação ou do protocolo da defesa.

Esse pensamento alterou-se notadamente a partir da segunda metade do século passado, no período pós-Segunda Guerra Mundial. Em reação aos regimes totalitários, potencializaram-se os deveres dos Estados para com os cidadãos. O entendimento liberal de necessária abstenção do Estado para com os particulares cedeu lugar à concepção de que este deveria agir com a finalidade de assegurar garantias mínimas¹⁹ - a ideia do *Welfare State*.

À vista disso, instituiu-se a possibilidade de isentar o cidadão²⁰, mesmo que provisoriamente, dos custos da demanda, sendo estes suportados pelo Estado.

Essa foi a primeira onda do acesso à Justiça, cujo movimento teve caráter mais econômico, permitindo o ingresso de ação por aqueles sem condições financeiras para tanto²¹.

No Brasil, exemplo dessa fase é a Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, que estabelece os requisitos e o alcance da assistência judiciária gratuita²². A

¹⁸ Id., *ibid.*

¹⁹ Nesse sentido, cabe mencionar o § 2º do art. 3º da Constituição Italiana: “Cabe à República remover os obstáculos de ordem social e econômica que, limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do País.” (ITALIA. *Constituição da República Italiana*. Milão: Senato della Repubblica, 2018) (tradução livre).

²⁰ No Código de Processo Civil brasileiro há previsão de que o beneficiário da justiça gratuita, caso vencido, tem o ônus da sucumbência suspensa, podendo o credor, nos cinco anos subsequentes, demonstrando que cessou a insuficiência financeira do beneficiário, exigir as verbas sucumbenciais (art. 98, § 3º, do CPC).

²¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op. cit., 1988.

²² BRASIL. *Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950*. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1060.htm. Acesso em: 12 set. 2019.

Defensoria Pública e seus convênios com órgãos da Advocacia²³, notadamente a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), também possibilitam o acesso à Justiça daqueles que não têm recursos para contratação de advogados.

Segundo dados do último relatório “*Justiça em Números*”, do Conselho Nacional de Justiça²⁴, referente ao ano de 2018, publicado em 2019, 34% dos casos solucionados em 2018 tiveram ao menos uma das partes beneficiadas pela Assistencial Jurídica Gratuita. O relatório aponta, ainda, o crescimento de 6,7% na concessão do referido benefício nos últimos quatro anos.

A segunda onda versa sobre a defesa de interesses difusos e coletivos em juízo. Trata-se de direitos cuja titularidade é indeterminada (ar puro, ambiente saudável) ou pertence a um grupo organizado de pessoas (direitos dos moradores de um bairro) ou, ainda, mesmo que individual, sua busca seja conveniente e conjunta em juízo (como, por exemplo, danos materiais em razão de um acidente de consumo).

Essa segunda onda foi observada com os procedimentos coletivos, regulamentados pela Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985) e Código do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), formando o microssistema processual coletivo. As referidas leis estabelecem a legitimidade e o rito para a defesa de interesses coletivos *lato sensu* em juízo.

A terceira onda, denominada pelos autores como “representação efetiva para interesses antes não representados ou mal representados”²⁵, guarda relação com a concepção material do acesso à Justiça, ou seja, o acesso à ordem jurídica justa. Em outras palavras, é o “alcance amplo conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar ou mesmo prevenir disputas”²⁶.

Kazuo Watanabe complementa afirmando que significa “acesso à ordem jurídica justa”, em que o povo é o consumidor do serviço e das normas²⁷.

Essa terceira onda retira do Judiciário o foco do acesso à Justiça, pois é dotada de visão mais educativa da população para que conheçam (e reconheçam)

²³ BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do processo no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 137.

²⁴ CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números*. Brasília, 2019, p. 84.

²⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op. cit., 1988, p. 67.

²⁶ Id., *ibid.*

²⁷ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

seus direitos²⁸. Relaciona-se, igualmente, com os meios adequados de resolução e conflito (ADR), e com o gerenciamento processual, no qual se espera do magistrado postura mais ativa, a fim de encontrar a melhor solução para a lide.

1.3 Litigiosidade Repetitiva

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)²⁹, em cada grupo de 100.000 habitantes, 11.796 ingressaram com uma ação judicial no ano de 2018. Relevante mencionar que, conforme o relatório “Os 100 maiores litigantes”³⁰, 50% dos processos têm em um dos polos os cinco maiores litigantes³¹.

Os dados supracitados sugerem a concentração das demandas em poucos litigantes. A litigiosidade exacerbada e a crise do Judiciário, que não dão vazão ao número de processos, não é recente³².

A doutrina esforça-se para identificar a causa da litigiosidade repetitiva. Kazuo Watanabe³³ menciona, nas faculdades de Direito, a cultura demandista e a falta de ensino e de meios alternativos de solução de conflito.

Já Rodolfo Camargo Mancuso afirma que “as causas do excessivo demandismo judicial não são particularmente investigadas ou diagnosticadas ...”³⁴, reprovando a preocupação em resolver a crise do Judiciário com a edição de normas, sem busca da real causa.

Rodolfo Camargo Mancuso observa, ainda, a delegação ao Judiciário, talvez pela morosidade do Executivo e Legislativo, de conflitos políticos, comentando “Na complexa sociedade contemporânea, conflitiva e massificada, vai se tornando cada vez mais difícil configurar-se uma lide judicial exclusivamente jurídica [...]”³⁵.

²⁸ FELSTINER, William L. F. et al. The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming. *Law & Society Review*, v. 15, n. 3/4, Special Issue on Dispute Processing and Civil Litigation (1980-1981).

²⁹ CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Op. cit., 2019, p. 84.

³⁰ CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *Os 100 maiores litigantes*. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 22 jul. 2016.

³¹ São eles, respectivamente, INSS, Caixa Econômica Federal, Fazenda Nacional, União e Banco do Brasil.

³² Na introdução citamos texto de Alfredo Buzaid relatando a dificuldade do STF em dar vazão aos recursos na década de 1970.

³³ WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: SALETTI, Achille (Org.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo, 2005, pp. 684-90.

³⁴ MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 53-7.

³⁵ Id., *ibid.*, p. 53.

Esse cenário, de massificação e demandas idênticas entre si, é favorável aos chamadas litigantes habituais ou *Repeat Playes*, em inglês.

Na década de 1970, Marc Galanter escreveu o texto “*Why the ‘haves’ come out ahead: speculations on the limits of legal change*”^{36,37}. O estudo foi realizado com base no sistema norte-americano, não obstante, há semelhanças com o sistema brasileiro.

Para o autor, o sistema legal é composto por: (a) Leis; (b) Tribunais; (c) Advogados; e (d) partes. Essas últimas, por sua vez, dividem-se em duas classificações: os *one-shotters* (litigante eventual) e os *repeat players* (litigante habitual)³⁸.

Os litigantes eventuais são, em regra, pessoas físicas ou pessoas jurídicas de pequeno e médio porte, que recorrem ocasionalmente ao Judiciário. Figuram como parte em poucas (ou apenas em uma única) demandas judiciais. Para eles, o litígio judicializado tem grande relevância, haja vista serem incomuns e, muito provavelmente, refletirem aspectos importantes da vida privada – sejam pessoais ou econômicos. São exemplos o consumidor, os litigantes em um divórcio, e o contribuinte tributário.

Já os litigantes habituais são, normalmente, pessoas jurídicas; empresas de grande porte, como, por exemplo, o INSS, a União, bancos e empresas de telefonia. Em razão do seu porte econômico e número de relações jurídicas, têm mais conflitos e, portanto, maior presença no Judiciário.

Segundo Marc Galanter³⁹, os litigantes habituais carregam vantagens em relação aos litigantes eventuais e perante as Cortes, a saber:

- a) Por participarem de lides muito similares, ou até mesmo, idênticas, adquirem expertise, podendo fazer adaptações extrajudiciais para não incorrer em novas demandas;
- b) Normalmente, detêm maiores recursos financeiros, contratando especialistas e profissionais qualificados;

³⁶ Em tradução livre, “Por que quem ‘tem’ sai na frente? Especulações sobre as barreiras da mudança legal”. Aqueles que “têm” seriam, para Marc Galanter, os litigantes repetitivos, com mais *expertise* nos trâmites do Judiciário.

³⁷ GALANTER, Marc. *Why the haves come out ahead? Speculations on the limits of legal change. Law and Society Review*, v. 9:1, 1974.

³⁸ “*We might divide our actors in those claimants who have only occasional recourse to the courts (one-shotters) and repeat players who are engaged in may similar litigations over times.*” (Id., *ibid.*, p. 97).

³⁹ Id., *ibid.*, pp. 98-103.

- c) Uma vez litigantes rotineiros, os litigantes repetitivos contam com maior proximidade com os agentes das Cortes;
- d) A fim de criar e manter posição de litigante combativo, os litigantes habituais têm interesse em ocupar posição de barganha, favorecendo-se em eventuais transações;
- e) Partes em demandas semelhantes, os litigantes habituais podem criar estratégias para maximizar seus ganhos, utilizando-se da probabilidade;
- f) Podem disputar tanto pelas regras como por ganhos imediatos, compensando utilizar recursos para influência na elaboração de regras;
- g) Os litigantes habituais têm maior interesse na utilização do processo para criar precedentes para casos futuros;
- h) Os litigantes habituais tendem a esforçarem-se para mudar entendimentos pretorianos. Assim, eles podem tolerar certa perda para um ganho futuro.

Na conclusão sugestiva, Marc Galanter aponta a necessidade de organização dos litigantes eventuais, em grupos, a fim de possibilitar o seu equilíbrio em relação aos litigantes eventuais. Dessa forma, para o autor, a coletivização do processo seria uma solução.

A constatação de Marc Galanter com algumas ressalvas pode ser transportada ao sistema brasileiro. Nos julgamentos por amostragem, especialmente no caso da repetitividade, é muito provável que haja interesse de litigantes habituais. Dessa forma, haverá necessidade de organização dos litigantes eventuais para se fazerem representar, podendo influir na formação de precedentes.

2 PRECEDENTE JUDICIAL

2.1 Terminologia

Não há definição legal para o termo “precedentes” no Ordenamento brasileiro. Inobstante utilize o termo, o Código de Processo Civil de 2015, não faz alusão à sua definição.

No referido diploma há certa imprecisão conceitual, tratando como sinônimos os termos *jurisprudência* e *precedente*. Com efeito, o *caput* do art. 926 determina que os “tribunais devem uniformizar sua jurisprudência”, ao passo que o art. 927, § 5º, estabelece que “darão publicidade aos seus precedentes”⁴⁰.

Em realidade, o termo “precedente” é polissêmico. Sua definição no português coloquial, segundo o Dicionário Houaiss, é “1. o que precede; ocorrido previamente; precessão/ [...]; 4. fato ou ato anterior invocado como justificação ou pretexto para agir da mesma forma”⁴¹.

Para fins do Direito, as duas definições anteriormente transcritas têm relevância, seja no regime da *civil law*, cuja tradição é de observância do texto de lei escrita, ou no *common law*, no qual vige o regime do *stare decisis*, em que se observa decisões preteridas.

Em ambas as famílias há influência – seja como fonte de Direito, mera persuasão ou, ainda, como técnica de julgamento – de decisões judiciais anteriores. Esse, portanto, é o significado *lato* precedente.

No item que segue constata-se que inexistente um conceito único, *strito*, de precedente, uma vez que não existe um regime único de *stare decisis* ou de aplicação de precedentes. Comparando-se dois dos ordenamentos que utilizam esse regime – Estados Unidos da América e Inglaterra – há diferenças substanciais quanto à utilização e vinculação dos precedentes.

⁴⁰ Nesse sentido, afirma Ada Pellegrini Grinover que “sob o ponto de vista técnico, e inclusive na nomenclatura do Código de Processo Civil, reina inequívoca imprecisão daquilo que se concebe por julgado, jurisprudência, precedente judicial, súmula de jurisprudência e precedente vinculante, do qual a súmula vinculante é espécie.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 1345).

⁴¹ DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA. São Paulo: Objetiva, 1986.

A despeito disso, é necessário distinguir os termos *precedente* e *jurisprudência*. Segundo Evaristo Aragão Santos⁴², o primeiro consiste na possibilidade de influenciar casos futuros. Para o autor, toda decisão com tal predisposição pode ser considerada precedente⁴³. A jurisprudência, por sua vez, pressupõe a ideia de conjunto, ou seja, trata-se de reiteradas decisões judiciais no mesmo sentido.

Nessa mesma perspectiva, Michele Taruffo diferencia precedente de jurisprudência:

[...] precedente faz, normalmente, referência a uma decisão relativa a um caso particular, enquanto que quando se fala da jurisprudência se faz normalmente referência a uma pluralidade, frequentemente bastante ampla, de decisões relativas a vários casos concretos⁴⁴.

Em resumo, há certo consenso de que o precedente é uma decisão única, que servirá como alicerce para fundamentação em uma lide futura. A jurisprudência, por sua vez, consiste na verificação do posicionamento de um tribunal, demonstrado pela repetição em várias decisões.

2.2 Dimensões dos precedentes

O significado jurídico de *precedente* não é uno, dado que cada jurisdição o aplica de maneira diversa, seguindo a tradição e história jurídica, seja nas famílias de *civil law* como nas de *common law*.

Inobstante o precedente em sentido *lato* sempre guardar a ideia de “qualquer julgamento que venha a ser utilizado como fundamento de um outro julgamento que venha a ser posteriormente proferido”⁴⁵, não há uma doutrina universal a respeito de sua sistemática de aplicação.

⁴² SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012a.

⁴³ “Na prática, pelo termo precedente busca-se, também, designar um pronunciamento judicial que, por sua autoridade e consistência, deveria ser adotado por outros juízes como padrão para decisão de casos semelhantes.” (Id., *ibid.*, p. 145).

⁴⁴ TARUFFO, Michele. Precedentes e jurisprudência. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 199, set. 2011, pp. 139-55.

⁴⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 1389.

Para citar-se exemplos de ordenamentos de *common law*, ao confronta-se o sistema inglês e o norte-americano. Há de fato maior semelhança entre a prática jurídica inglesa e a norte-americana, do que com a europeia continental. Porém, na antiga colônia os Tribunais não se consideram absolutamente vinculados aos seus precedentes, como no regime inglês. Justifica-se a diferença em razão do federalismo americano e dos sistemas autônomos de cada Estado e, ainda, com o controle constitucional difuso⁴⁶.

Michele Taruffo, no mesmo sentido, ao comparar os Estados Unidos com a Inglaterra⁴⁷ – dois países referências de *common law* –, assim se manifesta:

No entanto, a doutrina do *civil law* e a italiana em particular não dispõe de uma teoria geral do precedente [...] é duvidoso que exista uma concepção anglo-americana dos precedentes e que esta seja clara, sistemática e definida em todos seus aspectos. Sabe-se que o precedente inglês se diferencia fortemente do precedente americano por ser mais rígido e vinculante, enquanto os tribunais americanos rejeitam a vinculação formal e cultivam uma concepção elástica e persuasiva do precedente^{48,49}.

⁴⁶ No original “*Although the North America practice of giving judgment in the form of elaborate discussions of previous cases is more like the English than the continental, the United States’ Supreme Court and the appellate courts in the different states do not regard themselves as absolutely bound by their past decisions. [...] two reasons why the North American rules should remain more lax suggest themselves. These are the number of separate State jurisdiction in the former country and the comparative frequency with the North American courts have to deal with momentous constitutional issues.*” (CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in english law*. Clarendon Law Series. Oxford: Clarendon Press, 2004, p. 19).

⁴⁷ Sobre o *common law* nos Estados Unidos, ensina José Rogério Cruz e Tucci que em razão do federalismo e da rígida divisão de poderes há contraste entre a Colônia e o a Inglaterra. Para ele, há maior flexibilidade à regra do *binding precedente* (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004).

⁴⁸ Tradução livre de “*Pero la doctrina del civil law y la italiana em particular, no disponem de una teoría general del precedente. [...] es dudoso que exista una concepcion angloamericana del precedente y que ésta sea clara, sistemática y definida em todos sus aspectos. Se sabe, em efecto, que el precedente inglés se diferencia fuertemente del americano por ser más rígido y vinculante, mientras que los tribunales americanos rechazan los vínculos formales y cultivan una concepción elástica y substancialmente persuasiva del precedente.*” (TARUFFO, Michele. *Dimensiones del precedente judicial*. In: *Páginas sobre justiça civil*. Tradução de Maximiliano Aramburo Calle. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 541).

⁴⁹ Em outra obra sobre o procedimento civil nos Estados Unidos, Taruffo e Hazard, enumerando as fontes do Direito, afirmam que “Tanto no âmbito federal, como no âmbito estadual, as Cortes produzem suas decisões de três fontes básicas: a lei constitucional, a lei ordinária e os precedentes. Desse três, a Constituição é suprema, a legislação ordinária em seguida, e finalmente os precedentes detêm autoridade apenas na falta das duas anteriores.” Tradução livre de “*As both the federal and state leves, the courts derive their decisions from three basic sources: constitutional law, legislation, and common law. Among these, constitutional law is supreme, legislation is the next moste authoritative, and common law is authoritative only in the absence of constitutional or legislative provisions.*” (TARUFFO, Michele; HAZARD Jr. Geoffrey C. *American civil procedure: an introduction*. Yale University Press: New Haven, 1993, p. 37).

Partindo-se dessa premissa, de que não existe uma teoria geral uniforme dos precedentes, seja nos países de *civil law* ou nos países de *common law*, Michele Taruffo propõe uma organização sistemática de estudo dos precedentes. Com a finalidade de permitir a comparação dos vários sistemas jurídicos, e sob quatro dimensões, são elas: institucional, objetiva, estrutural e da eficácia⁵⁰.

A dimensão institucional reflete a organização judicial e a autoridade dos precedentes dentro da organização do Judiciário. Em outras palavras, trata-se do costume de aplicação de decisões pretéritas, seja de órgão hierarquicamente superior ou de órgão do mesmo patamar, em razão da sua estrutura.

Assim, a observância de decisões jurisdicionais pode se dar pelo costume ou pela determinação legal. Em geral, os países de *common law* seguem precedentes por costume, haja vista inexistir lei assim determinando.

Não obstante, há exemplo dessa prática em ordenamentos de *civil law*. A Alemanha consiste em um exemplo. O site institucional do *Bundesgerichtshof* – Tribunal Superior em matéria cível e penal, com função uniformizadora – informa que, em tese, as decisões daquele Tribunal vinculariam apenas as partes, contudo, os Tribunais de Apelação costumam seguir as suas orientações. Isso porque o efeito das decisões baseia a prática jurídica, de maneira que “bancos e companhia de seguros, bem como proprietários ou advogados de divórcio passam a orientar-se segunda a decisão”⁵¹.

Conquanto, a observância de precedentes em razão de determinação legal, pode ser verificada no ordenamento pátrio. Há previsões, tanto no âmbito constitucional, como as decisões de controle de constitucionalidade, como na legislação ordinária, em que se destaca o art. 927 do Código de Processo Civil.

⁵⁰ TARUFFO, Michele. Op. cit., 2009.

⁵¹ “Die Aufgabe des Bundesgerichtshofs besteht vor allem darin, die Rechtseinheit zu sichern, grundsätzliche Rechtsfragen zu klären und das Recht fortzubilden. Er überprüft Entscheidungen der Instanzgerichte – der Amtsgerichte, Landgerichte und Oberlandesgerichte – grundsätzlich nur auf Rechtsfehler. Auch wenn die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs formal nur im Einzelfall bindend sind, folgen die Instanzgerichte faktisch fast ausnahmslos seiner Rechtsauffassung. Die weitreichende Wirkung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs beruht zudem darauf, dass sich – insbesondere im Bereich des Zivilrechts – die Rechtspraxis regelmäßig an ihnen orientiert. Auf eine ‘Entscheidung aus Karlsruhe’, reagieren Banken und Versicherungen ebenso wie Vermieter oder Scheidungsanwälte.” (BUNDESGERICHTSHOF. Die Aufgaben des Bundesgerichtshofs. Disponível em: https://www.bundesgerichtshof.de/DE/DasGericht/Aufgaben/aufgaben_node.html. Acesso em: 21 maio 2016).

Prosegue Michele Taruffo classificando os precedentes em verticais e horizontais. Referida classificação considera as relações de hierarquia entre os órgãos do Judiciário.

Assim, na vinculação vertical os órgãos hierarquicamente inferiores devem observar o posicionamento dos superiores. O acatamento das decisões ocorre em razão não apenas da organização judiciária, mas, também, do preceito que os julgadores dos órgãos hierarquicamente superiores detêm maior conhecimento e expertise do Direito.

Já os horizontais, ou autprecedentes, são as decisões que vinculam o próprio órgão julgador. Buscam a preservação da lógica, da coerência e, principalmente, da isonomia.

Há especial atenção da doutrina no sentido de que as Cortes sigam seus próprios precedentes, em razão da segurança jurídica e necessidades políticas, econômicas de o Judiciário manter seu posicionamento, promovendo previsibilidade. É o que revelam os enunciados 169, 170 e 453 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, a seguir transcritos:

169. (art. 927) Os órgãos do Poder Judiciário devem obrigatoriamente seguir os seus próprios precedentes, sem prejuízo do disposto nos § 9º do art. 1.037 e § 4º do art. 927 (Grupo: Precedentes).

170. (art. 927, *caput*) As decisões e precedentes previstos nos incisos do *caput* do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos (Grupo: Precedentes).

453. (arts. 926 e 1.022, parágrafo único, I) A estabilidade a que se refere o *caput* do art. 926 consiste no dever de os tribunais observarem os próprios precedentes (Grupo: Precedentes, IRDR, Recursos Repetitivos e Assunção de competência)⁵².

Essa classificação não é excludente, o que significa que um precedente pode ter efeitos tanto no sentido vertical como horizontal. O art. 926, do Código de Processo Civil diz que “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, demonstrando a vontade do legislador de que, além de cumprirem a sua função uniformizadora, os Tribunais também devem se submeter a sua jurisprudência. Isso não significa impedir a mudança de

⁵² ENUNCIADOS DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Florianópolis, 2017. Disponível em: <http://civilemobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-de-Florian%C3%B3polis.pdf>. Acesso em: 12 set. 2019.

posicionamento, mas que a mudança decorra em razão de alterações substanciais, sejam no âmbito jurídico, político, cultural ou social.

Em relação aos julgamentos repetitivos e ao IAC, objeto deste estudo, é relevante notar que possuem tanto efeitos verticais como horizontais. No Incidente de Assunção de Competência é previsto pelo art. 947, § 3º, do CPC, que a decisão do órgão colegiado vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão da tese. Há, portanto, observância obrigatória do Órgão Julgador, a não ser que revise aquele julgador⁵³.

A mesma previsão ocorre no IRDR e nos Recursos Repetitivos. Naquele, a previsão dos arts. 985 e 986 prega a aplicação a todos os processos em que se discuta a mesma questão de Direito e nos casos futuros que venham a tramitar competência territorial do Tribunal competente, competindo a este a revisão da tese jurídica. Nos Recursos Superiores, sejam Especiais ou Extraordinários, a tese fixada será aplicada tanto pelos Órgãos Inferiores como pelo próprio Tribunal Superior, nos termos dos incisos do art. 1.040, do CPC.

A dimensão objetiva corresponde à ao elemento vinculativo do precedente. Em outras palavras, o que na decisão deve ser observado nos casos futuros. No regime de *common law* é a *ratio decidendi* que, em breve síntese, consiste na parte do pronunciamento que explicita o princípio de Direito aplicável.

Na *civil law* brasileira não há consenso do que vincula no precedente. Em relação às decisões paradigmáticas aqui estudadas, o art. 927, III, do CPC, serão observados os acórdãos. Tais acórdãos, por praxe dos tribunais, são divididos em duas fases, a saber: uma, que fixa a tese de direito⁵⁴ e, a outra, que a aplica ao caso afetado.

Em um primeiro momento pode-se afirmar que a vinculação seria aquela primeira parte da emenda – a que o Órgão Julgador fixa a tese aplicável. Ocorre que, como se verá no capítulo 5 deste estudo, a fundamentação também deve ser considerada na aplicação do precedente.

Na dimensão estrutural deve-se observar como o Judiciário aplica os precedentes nas suas decisões. Michele Taruffo elenca quatro hipóteses. A

⁵³ Os institutos da *common law* de *Distinguish* e *Overruling* serão abordados mais adiante, ainda neste capítulo.

⁵⁴ Os tribunais utilizam o termo “tese” ou “tese de direito”, para nós, contudo, guardam maior semelhança com enunciados.

primeira, em que é invocado um único precedente, é típica de *common law*. Essa hipótese pode ser verificada no nosso ordenamento. Há técnicas de formação de paradigmas – IAC, julgamentos repetitivos, controle concentrado de constitucionalidade – que permitirão ao julgador a fundamentação em um só acórdão.

Na segunda hipótese, o magistrado refere-se a várias decisões, que dizem respeito à mesma questão, é o caso da “jurisprudência pacífica” ou, como exemplifica o autor da “jurisprudência constante” italiana.

A terceira hipótese sugere um cenário menos harmônico, em que vários precedentes estão em conflito. É o caso de haver posicionamento divergente entre duas turmas de um mesmo tribunal. Michele Taruffo entende que o dissenso pode ser resolvido com técnicas institucionais, submetendo-se a questão à seção unida, para que fixe posicionamento uno. No nosso ordenamento, há técnicas com essa finalidade, como, por exemplo, o recurso especial pela alínea “c” do art. 105, III, da CF e os Embargos de Divergência.

Já a quarta hipótese é a situação de caos jurisprudencial, quando há “pulverização e contrariedade entre múltiplas decisões”⁵⁵. Esse cenário deve ser evitado, uma vez que revela insegurança jurídica e fere o princípio da igualdade.

A última dimensão é a da eficácia, relacionada à natureza e intensidade de influência do precedente. Trata-se da força do precedente que, para Michele Taruffo, deveria haver gradações entre a vinculação e a mera persuasão.

No processo civil pátrio verifica-se o diferente grau de vinculação entre precedentes. Há precedentes meramente persuasivos, como a decisão de um recurso especial pelo STJ. Contudo, mesmo as decisões qualificadas em lei, pode-se auferir diferentes “graus” de vinculação.

É correto, por exemplo, afirmar que o acórdão de controle concentrado de constitucionalidade proferido pelo STF “vincula mais” do que um acórdão proferido pelo STJ em sede de recurso especial repetitivo. Isso porque a decisão do controle concentrado de constitucionalidade produz efeitos em relação a administração pública (art. 103, §2º, CF), ao passo que, os efeitos dos recursos especiais repetitivos restringem-se ao Judiciário.

⁵⁵ Tradução livre de “*Se trata de la situación de caos jurisprudencial, es decir, de la pulverización y la contradictoriedad múltiple entre decisiones*”. (TARUFFO, Michele. Op. cit., 2009).

Essas são as cinco dimensões propostas por Michele Taruffo. Entendemos consistir em critérios válidos para análise da aplicação e conceito de precedentes nos diversos ordenamentos.

2.3 Técnicas da *common law*

Não é viável e tampouco seria produtivo o transplante absoluto de conceitos da *common law* para o regime jurídico brasileiro. Inobstante certa aproximação dos dois regimes, cada um segue com suas peculiaridades culturais, notadamente em relação à divisão de poderes.

Não obstante, algumas das técnicas justificadoras da não aplicação precedentes, como o *distinguish* e *overruling*, típicas do *common law* podem ser aproveitadas no processo civil brasileiro. Dessa maneira, proveitoso conceituar os seguintes termos: *stare decisis*, *ratio decidendi* e *obiter dicta*, *distinguish* e *overruling*.

*Stare decisis*⁵⁶ consiste no dogma do regime de *common law*, pelo qual os princípios do Direito são expostos por decisões anteriores - os precedentes- que servem como vetores para casos posteriores acerca das mesmas questões⁵⁷.

A *ratio decidendi* ou *binding* é o fundamento jurídico, o princípio do Direito, utilizado no precedente, e que será aplicado nas próximas decisões. Segundo definição do Dicionário Jurídico da Universidade de Oxford:

O princípio ou princípios de lei pelos quais a Corte toma uma decisão. A *ratio* desse caso foi deduzida dos seus fatos, das justificativas que a corte utilizou e da própria decisão. É dito que é o dispositivo de direito aplicável aos fatos materiais⁵⁸.

⁵⁶ Do latim "*stare decisis et non quieta movere*", significa "mantenha a decisão e não moleste o que foi decidido". (CRUZ E TUCCI, José Rogério. Op. cit., 2004, p. 160).

⁵⁷ Tradução livre da definição do *Dictionary Legal Terms*. No original, "*Rule by which common law courts are reluctant to interfere with principles announced in former decisions and therefore rely upon judicial precedent as a compelling guide to decision of cases raising issues similar to those in previous cases.*" (GIFIS, Steven H. *Dictionary of legal terms: a simplified guide to the language of law*. 4. ed. Barron's: Hauppauge, 2008).

⁵⁸ No original "*The principle or principles of law on which the court reaches its decision. The ratio of the case has to be deduced from facts, the reasons the court gave from reaching its decision, and the decision itself. It is said to be the statement of law applied to the material facts.*" (MARTIN, Elizabeth A. *Oxford Dictionary of Law*. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013).

Concernente ao conceito de *ratio decidendi*, temos o *obiter dictum*. Nem todo conteúdo do pronunciamento judicial⁵⁹ do precedente é vinculante, apenas as premissas determinantes para a decisão. Dessa forma, as outras ponderações do raciocínio demonstrado na motivação consistem na chamada *dicta*.

O *distinguish* e *overruling*, como dito anteriormente, consistem em técnicas que autorizam ao julgador afastar um precedente, diante dos fatos que lhe foram submetidos.

Para realizar o *distinguish*, incumbe demonstrar que os fatos da *ratio decidendi* do suposto precedente aplicável e os do caso *sub judice* são diversos e, por consequência, a regra pretoriana não é aplicável. Quando ocorre o *distinguish* o precedente permanece intacto, apenas se conclui pela sua inaplicabilidade pontual.

Diversamente, o *overruling* implica na superação do precedente, revogando-o e emitindo nova orientação, ou seja, trata-se de efeito da sua erosão gradual. Conforme ensina José Rogério Cruz e Tucci,

[...] pode deixar de ter eficácia quando se revela ultrapassado, sendo substituído por decisão que adota nova diferente orientação. Nesse caso, no sistema de *common law*, o precedente *overruled* é formalmente excluído das fontes⁶⁰.

O *Overruling* não é frequente, em razão do desejo de estabilidade do sistema. A Suprema Corte Americana, entre os anos de 1789 e 2004, ou seja, em mais de 200 anos, declarou como superados 208 precedentes em 133 casos⁶¹.

Esse dado demonstra a estabilidade do sistema. Em tese, a orientação jurisprudencial, seja nos Estados Unidos ou no Brasil, tem como escopo a preservação da segurança jurídica. Não é recomendável, como infelizmente ocorre nos Tribunais Superiores brasileiros, mude em poucos anos (ou meses).

⁵⁹ Utiliza-se o termo “pronunciamento judicial” para traduzir o termo inglês *opinion*, que consiste nos pronunciamentos judiciais de um juiz ou grupo de juízes. A tradução é imperfeita, haja vista que *opinion*, no contexto utilizado, pode significar tanto sentença, voto ou acórdão.

⁶⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Op. cit., 2004, p. 16.

⁶¹ GERHARDT, Michael D. *The power of precedent*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 9.

2.4 APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL

2.4.1 Breve histórico

Não se pode afirmar que a observância de precedentes judiciais no Direito brasileiro, advém apenas por influência recente dos regimes de *common law*. Pelo contrário, na história do direito pátrio, verifica-se que a tradição de obediência a precedentes já ocorria no no Direito Lusitano.

Anteriormente aos ideais da tripartição de poderes de Montesquieu⁶², no século XIV, prevalecia o entendimento de que a interpretação autêntica do Direito era exclusiva do monarca. Essa interpretação era exercida com a publicação de resultados de julgamentos das Casas de Suplicação, em sessões por ele presididas⁶³.

Posteriormente, D. Manuel outorgou tal competência para o Tribunal Superior – a Casa da Suplicação. Em 1518, determinou que as dúvidas quanto à interpretação da lei deveriam ser levadas ao regedor da Corte, que as submeteria a desembargadores ou ao rei. A solução, em ambas as hipóteses, seria vinculante e inserida em um livro, que passou a denominar-se “*Livro dos Assentos*”⁶⁴.

Os referidos assentos visavam “uniformizar o entendimento a respeito da interpretação *in abstracto* de uma regra constante das Ordenações”⁶⁵. A conclusão dos julgamentos era escrita em forma de enunciado, que detinha “força vinculante para casos futuros idênticos, surgindo, então, esses assentos como jurisprudência obrigatória”⁶⁶.

Tal prática foi adotada, também, em outras Cortes, como pelos Tribunais de Relação, dentre eles o do Rio de Janeiro, criado em 1751⁶⁷. A Lei da Boa Razão, de 1769, no entanto, restringiu o valor normativo⁶⁸ apenas aos Assentos da Casa

⁶² Para fins de situação temporal, menciona-se o livro de Montesquieu, “*O Espírito das Leis*”, que é do ano de 1748.

⁶³ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Op. cit., 2004, p. 130.

⁶⁴ Id., *ibid.*, pp. 131-5.

⁶⁵ CARMIGNANI, M. C. O direito judiciário lusitano – os assentos da casa da suplicação. *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade de São Paulo, n. 111, 2017, pp. 19-29, p. 24. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/133541>. Acesso em: 28 jun. 2019.

⁶⁶ Id., *ibid.*, p. 22.

⁶⁷ MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial no sistema processual brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2012, p. 55.

⁶⁸ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Recursos repetitivos, súmula vinculante e coisa julgada*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, p. 146.

da Suplicação teriam valor normativo. Nesse sentido, esclarecem José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo:

Os julgamentos [...] tomaram o nome de assentos; e tinham um valor normativo em tudo idêntico ao das próprias leis interpretadas, e, portanto, projetavam eficácia vinculativa para casos futuros semelhantes⁶⁹.

Em 1808, em razão da mudança da Coroa para o Brasil, o Tribunal de Relação do Rio de Janeiro foi transformado em Casa de Suplicação, outorgando-lhe competência para emitir Assentos⁷⁰.

Após a Independência, no ano de 1850, o Brasil passou a ter leis próprias processuais e de organização judiciária, com a edição do Regulamento 737. Naquela ocasião não havia um acervo jurisprudencial próprio, determinando o Decreto n. 2.684, de 1875, a implantação dos assentos da antiga metrópole no Brasil, com força de lei. Colaciona-se o art. 1º do referido decreto:

Art. 1º. Os assentos tomados na Casa da Supplicação de Lisboa, depois da criação da do Rio de Janeiro até á época da Independencia, á excepção dos que estão derogados pela legislação posterior, têm força de lei em todo o Imperio⁷¹.

A figura dos Assentos permaneceu no Ordenamento até a Constituição de 1891, ou seja, até a Proclamação da República. O referido diploma excluiu das atribuições do Poder Judiciário a edição dos assentos administrativos⁷².

Contudo, a observância de precedentes judiciais não cessou. Não há dúvidas da influência norte-americana na Constituição de 1981. Inspirado no *writ of error* americano, introduziu-se o Recurso Extraordinário, que visava “preservar a uniformidade na aplicação e uniformidade da Constituição e das leis federais, pelo seu guardião, o Supremo Tribunal Federal”⁷³.

Naquele período, cada Unidade Federativa editava a sua própria legislação civil. Foi criado o mecanismo do prejudgado, inicialmente, no Distrito Federal (Decreto n. 16.273, de 1923) e, também, no Estado de São Paulo (art. 1.126, do

⁶⁹ CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos. *Lições de história do Processo Civil lusitano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 166.

⁷⁰ MORETO, Mariana Capela Lombardi. Op. cit., 2012, p. 55.

⁷¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *O advogado, a jurisprudência e outros temas de Processo Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 55, *sic*.

⁷² DIDIER JÚNIOR, Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. O respeito aos precedentes como diretriz histórica do Direito brasileiro. *Revista de Processo Comparado*. São Paulo, v. 2, dez. 2015.

⁷³ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Op. cit., 2010, p. 56.

Código de Processo Civil e Comercial) e, posteriormente, com a edição da Lei 319, de 1936, a técnica passou a vigorar em todo o país⁷⁴.

O art. 2º da referida Lei determinou que qualquer juiz de uma turma julgadora poderia requerer o pronunciamento prévio da Corte Plena em caso de divergência de “decisões, ou de jurisprudência, entre câmaras ou turmas”.

Os prejudgados possuíam eficácia vinculante horizontal, sendo que a sua não observância poderia ser impugnada por Recurso de Revista⁷⁵. O instituto teve sua utilização reduzida com a modificação da competência para legislar sobre Direito Processual Civil, em 1939, quando, inobstante manutenção dos prejudgados, não foi mantido o cabimento do Recurso de Revista, excluindo o efeito vinculante⁷⁶.

Posteriormente, criou-se os enunciados da Súmula, instituída por Emenda ao Regimento Interno do Supremo Tribunal de Justiça, em 1963. A súmula consiste na jurisprudência reiterada e pacificado do tribunal, sistematizada pelos enunciados. Tais enunciados sintetizam a orientação de um Tribunal sobre determinado tema⁷⁷.

Os enunciados de súmula objetivaram facilitar a observância do posicionamento do STF. A técnica guarda confessa semelhança entre ela e os assentos do Direito português. Diferente dos Assentos, contudo, a súmula, como originalmente concebida, não tem o mesmo condão normativo, restringindo os seus efeitos nos processos judiciais. Nesse sentido, afirma Victor Leal Nunes:

[...] a Súmula realizou o ideal meio termo, quanto à estabilidade da jurisprudência, ela ficou entre a dureza implacável dos antigos assentos da casa da Suplicação [...] e a virtual inoperância dos prejudgados. É um instrumento flexível, que simplifica o trabalho da justiça em todos os graus, mas evita a petrificação, porque a Súmula regula o procedimento pelo qual pode ser modificada⁷⁸.

⁷⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogerio. Op. cit., 2004, pp. 237-9.

⁷⁵ MORETO, Mariana Capela Lombardi. Op. cit., 2012, p. 61.

⁷⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogerio. Op. cit., 2004, pp. 242-3.

⁷⁷ ROSAS, Roberto. *Da súmula à súmula vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 879. Jan. 2009 (versão digital).

⁷⁸ LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 145, jan. 1981, pp. 1-20. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43387>. Acesso em: 11 nov. 2019, p. 2.

2.4.2 O Código de Processo Civil de 1973 e as Reformas

É notória a edição de normas após a vigência do Código de Processo Civil, de 1973, e a promulgação da Constituição Federal de 1988, com o intuito de uniformizar a jurisprudência e, por consequência, incentivar a observância da orientação pretoriana.

A chamada “Súmula Impeditiva de Recurso” foi instituída pelo art. 38 da Lei nº 8.038/90⁷⁹, e reiterada pelas Leis nº 9.139/95 e nº 9.756/98, que alteraram a redação do art. 557, do Código de Processo Civil, de 1973, permitindo ao relator negar seguimento a recurso em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.

Com efeito, mitigou-se o princípio do julgamento colegiado, autorizando o relator a negar provimento liminarmente ao Recurso, cujas razões contrariassem súmula do respectivo Tribunal.

Pouco tempo depois, a Emenda Constitucional nº 3, de 1993, inseriu o parágrafo segundo no art. 102 da Carta Magna, determinando que as decisões definitivas em sede de controle concentrado de constitucionalidade “produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.”

Outra Emenda Constitucional relevante para o assunto é a nº 45, de 2004, que introduziu a Súmula vinculante, dando a seguinte redação ao art. 103-A, da Constituição Federal, de 1988:

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.

⁷⁹ “Art. 38. O Relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente ou, ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal.” (BRASIL. *Lei nº 8.038, de 29 de maio de 1990*. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://www.direitohd.com/lei-8038-90>. Acesso em: 12 set. 2019).

Alguns enunciados da súmula do STF, desde que com aprovação de dois terços dos ministros, passaram a obrigar o Judiciário e a Administração Pública, tendo efeito vinculante.

O instituto da súmula vinculante não substituiu a súmula persuasiva do Supremo Tribunal Federal. Ainda podem ser editados enunciados de súmula meramente persuasiva, assim, ambas podem seguir coexistindo⁸⁰. Não obstante, aponta-se que o último enunciado de Súmula persuasiva, n. 736⁸¹, foi publicado no Diário de Justiça em dezembro de 2003.

Ainda, a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, implementou a repercussão geral como pressuposto para o conhecimento dos Recursos Extraordinários. A Lei nº 11.418, de 2006, ao regulamentar o filtro recursal, incluiu no Código de Processo Civil, o art. 543-B, com a seguinte redação:

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

Criou-se um rito específico para análise da repercussão geral quando houvesse multiplicidade de recursos de mesmo fundamento de Direito. O Tribunal de segundo grau foi incumbido de selecionar um ou mais recursos representativos para que o STF se manifeste acerca ou não da existência de repercussão geral. Os demais recursos ficam sobrestados (art. 543-B, § 1º).

Caso o Supremo Tribunal Federal negasse a repercussão geral, os recursos sobrestados serão automaticamente inadmitidos (art. 543-B, § 2º).

Na hipótese de o requisito da repercussão geral ser satisfeito, julgado o Recurso Extraordinário representativo, os recursos sobrestados serão analisados pelo órgão *ad quo* que poderá declará-los prejudicados ou exercer juízo de retratação (art. 543-B, § 3º). Caso a decisão fosse mantida, o recurso seria remetido ao STF, que poderia cassar ou reformar liminarmente o acórdão contrário à orientação firmada (art. 543-C, § 4º).

⁸⁰ DANTAS, Bruno. *Teoria dos recursos repetitivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 58.

⁸¹ DJ de 09/12/2003, p. 2; DJ de 10/12/2003, p. 3; DJ de 11/12/2003, p. 3.

Esse procedimento foi estendido ao Recurso Especial pela Lei n. 11.472/2008, que inseriu o art. 543-C no Código de Processo Civil, de 1973, prevendo o Recurso Especial Repetitivo.

As técnicas, segundo Bruno Dantas, têm dupla função:

Por um lado, busca-se claramente racionalizar o processamento de recursos repetitivos no STF e STJ, mas esta não é a meta principal. O mais importante é homogeneizar decisões, proporcionando, para situações iguais, igual solução⁸².

Verifica-se, portanto, que as orientações e decisões pretorianas, desde a época Colonial, detêm notável influência, servindo como fundamentação de decisões futuras. O Código de Processo Civil de 2015, como se verá a seguir, amplia o regime de precedentes.

2.4.3 O Código de Processo Civil de 2015

É notória a intenção do legislador do Código de Processo Civil valorizar orientações pretorianas, seja como técnicas de simplificação do procedimento, como meio de promover igualdade, ou mesmo como mecanismo de gerenciamento de demandas repetitivas e litigância de massa.

Nessa esteira, colabora o trecho da Exposição de Motivos, elaborada pela Comissão de Juristas, com a preocupação de criar mecanismos de estímulo à uniformização e observação da Jurisprudência, conforme se verifica a seguir:

Prestigiou-se, seguindo-se a direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro [...] tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir os tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize. Essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: preferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema⁸³.

As técnicas de utilização de precedentes permeiam diversos institutos do Código de Processo Civil. São exemplos a tutela de evidência (art. 311), a dispensa

⁸² DANTAS, Bruno. Op. cit., 2015, p. 68.

⁸³ BRASIL. Senado Federal. *Código de Processo Civil e Normas Correlatas*. 7. ed., atual. até abr./2015. Brasília: Senado Federal, 2015, p. 29. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2018.

do reexame necessário (art. 496), a dispensa de caução no cumprimento provisório de sentença (art. 521), dentre outros. Não obstante, os arts. 926 e 927 destacam-se na regulamentação do tema.

O art. 926 afirma que “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência, mantê-la estável, íntegra e coerente”⁸⁴. O referido artigo demonstra a preocupação do legislador em garantir a estabilidade do Direito Jurisprudencial, evitando alterações bruscas de posicionamento.

Na sequência, o art. 927 determina que os juízes e tribunais observarão:

- I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- II - os enunciados de súmula vinculante;
- III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
- IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
- V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Os incisos do artigo supracitado estabelecem pronunciamentos judiciais que devem ser observados pelos magistrados e tribunais hierarquicamente subordinados ao órgão prolator.

Em razão do termo “observarão”, que denota sentido de “são vinculados”, há questionamentos na doutrina a respeito da sua inconstitucionalidade. Quem posiciona-se nesse sentido, entende que a vinculação vertical pretendida só poderia ter sido instituída pela Constituição Federal, ou seja, por Emenda Constitucional⁸⁵. Aqueles que defendem a constitucionalidade argumentam que “o Judiciário não está criando norma jurídica, legislando. Apenas está dotando de significado unívoco norma que foi criada pela via legislativa”⁸⁶.

Para fazer referência a esses pronunciamentos vinculantes, o Código de Processo Civil utiliza os termos *precedentes* e *súmulas*, conforme se verifica nos seguintes dispositivos: art. 489, § 1º, incs. V e VI; art. 926, § 2º; e art. 927, § 5º, do

⁸⁴ Parte da doutrina aponta ser tal artigo uma obviedade (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Primeiros Comentários ao Novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016; BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017).

⁸⁵ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 1837 (nota n. 5, art. 927 do CPC/2015).

⁸⁶ SALLES, Carlos Alberto de. *Precedentes e jurisprudência no novo CPC: Técnicas Decisórias. O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 86.

Código de Processo Civil. Foram, também, utilizados os termos anteriormente à primeira alteração do CPC, pela Lei nº 13.256/2016, no art. 988, inc. IV, prevendo cabimento da Reclamação com a finalidade de “garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência”.

Conclui-se que, para o legislador, súmula e precedentes são institutos diversos. Deveras, os enunciados de súmula consistem na reprodução de tese que serviu de fundamento ao entendimento dominante do Tribunal acerca de divergência ou lacuna jurídica; é a “*ratio decidendi* em que os precedentes se fundamentaram”⁸⁷.

O art. 927, incs. I e II, do CPC, estabelece a observância das decisões em controle concentrado de constitucionalidade e dos enunciados de súmula vinculante. Repete-se norma constitucional (respectivamente art. 102, § 2º e art. 103-A, da Constituição Federal de 1988).

Também são vinculantes os acórdãos proferidos em sede de Incidente de Assunção de Competência (IAC), Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e Recursos Especiais e Extraordinários Repetitivos, conforme o art. 927, inc. III, do Código de Processo Civil. São essas as técnicas de julgamento por amostragem, as quais se diferenciam por serem concebidas para a formação de um precedente.

O inc. IV do mesmo art. 927, do CPC, determina a obediência das súmulas de jurisprudência do STF e STJ. Trata-se de dispositivo que visa a coerência do sistema, haja vista que a função do STF é dar a última palavra sobre a lei constitucional, enquanto a do STJ é se posicionar sobre matéria infraconstitucional⁸⁸.

Por fim, o inc. V do art. 927, do CPC, prevê a fidelidade à orientação do plenário ou do órgão especial a qual estiverem vinculados. Orientação essa compatível com o art. 926, do CPC, afinal pouco adiantaria norma processual de

⁸⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: execução forçada, processo nos tribunais e direito intertemporal*. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. III, 2016, p. 794.

⁸⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). *Op. cit.*, 2016, p. 1460.

estabilidade e uniformização de jurisprudência sem que os tribunais de segundo grau seguissem a própria jurisprudência⁸⁹.

Dentre as hipóteses de observância, a maioria era prevista no Ordenamento anterior à vigência do Novo Código de Processo Civil, excetuando-se apenas o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e o Incidente de Assunção de Competência (IAC). Ambas são técnicas de julgamento por amostragem, da mesma maneira que os Recursos Repetitivos.

De qualquer maneira, o traço em comum de todas as hipóteses dos precedentes é certa carga normativa, no sentido de produzirem efeitos para além das partes do processo. Afinal, “uma decisão que não transcender o caso concreto nunca será utilizada como razão de decidir de outro julgamento, de forma que não é considerada um precedente”⁹⁰.

A doutrina classifica os precedentes de acordo com a sua obrigatoriedade. Os precedentes fortes seriam aqueles impugnáveis por meio de reclamação, já os fracos, apenas por recursos⁹¹. São fortes, portanto, aqueles estabelecidos nos quatro primeiros incisos do art. 927⁹², e fracos, os do inciso V. Nesse sentido, observa Osmar Mendes Paixão Côrtes⁹³:

Recursos são cabíveis sempre, contra decisões mais fortes e mais fracas, mas a reclamação, não! Ela dá um diferencial, elevando de nível em termos de impacto e observância, a decisão paradigma em um recurso repetitivo.

Houve, também, regulamentação da aplicação (art. 489, § 1º, incs. V e VI e art. 927, § 1º, do CPC), formação, modificação dos ditos precedentes e súmula (art. 927, §§ 2º e 4º, do CPC), com previsão de modulação (art. 927, § 3º, do CPC).,

⁸⁹ Arthur Cesar de Souza comenta o art. 927 do Código de Processo Civil (SOUZA, Artur Cesar de. *Código de Processo Civil: anotado, comentado e interpretado: parte especial* (arts. 693 a 1.072). São Paulo: Almedina, v. III, 2015a, p. 1226).

⁹⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., 2017, pp. 1389-90.

⁹¹ Ver Teresa Arruda Alvim Wambier nos comentários ao art. 927, do CPC (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. cit., 2016, pp. 1402-3) e Daniel Neves (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., 2017, pp. 1389-90).

⁹² A Lei nº 13.256/2016, que alterou o Código de Processo Civil antes mesmo de sua vigência, dificultou sensivelmente a reclamação nos casos de recursos repetitivos, uma vez ter previsto a necessidade de esgotamento das instâncias ordinárias (art. 988, § 5º, inc. II, do Código de Processo Civil).

⁹³ CÔRTEES, Osmar Mendes Paixão. *A reclamação é necessária para a inteireza do sistema de recursos repetitivos?* Disponível em <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI312851,51045-A+reclamacao+e+necessaria+para+a+inteireza+do+sistema+de+recursos>. Acesso em: 11 out. 2019.

Há inegável valorização da orientação pretoriana no Código de Processo Civil de 2015, com previsão de técnicas de julgamento a fim de promover a celeridade e, ainda, remédios específicos para impugnar decisões que não observem os fortes precedentes.

2.5 A utilização de precedentes não torna o Brasil país de *common law*

Não é incomum a afirmação de que o Novo Código de Processo Civil teria aproximado (ou até mesmo tornado) o sistema brasileiro dos regimes de *common law*. Inobstante certa convergência mútua dos regimes⁹⁴, haja vista intercâmbio cultural⁹⁵, é precipitada a afirmação de que o Brasil não é mais de *civil law*.

O direito europeu continental – onde nasceu a *civil law* – e o direito inglês – berço da *common law* – originaram-se do Direito romano. Vale lembrar que no Direito romano, inobstante a apreciação de caso a caso, havia a intenção de se decidir igualmente, casos iguais⁹⁶, como ensina Eduardo J. Coutore⁹⁷:

O direito romano manteve sua primazia não apenas no próprio território, mas também em todas as terras conquistadas por Roma. [...] Desses intercâmbios surge uma série de sistemas jurídicos, que podemos dividir em cinco grupos⁹⁸: [...]. b) sistema luso-brasileiro, abarca o Direito de Portugal e do Brasil; [...] d) sistema Anglo-americano; tem, notoriamente, ponto de partida no direito romano, como tal era aplicado pelos tribunais ingleses e projetado, posteriormente, aos Estados Unidos, adquire diversas formas, sem prejuízo de manter sua unidade essencial⁹⁹.

⁹⁴ Mauro Cappelletti, já no início da década de 1990, observava a aproximação dos regimes de *common law* e *civil law*, reconhecendo que não era restrito apenas ao Direito Judiciário (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 19).

⁹⁵ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 149.

⁹⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 893, mar. 2010 (versão eletrônica).

⁹⁷ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1972, pp. 18-21.

⁹⁸ Os grupos elencados pelo autor são: (a) sistema hispano-americano; (b) sistema luso-brasileiro; (c) sistema francês e italiano; (d) sistema anglo-americano; e (e) sistema austro-alemão.

⁹⁹ No original “*El derecho romano mantuvo su primacía no sólo em el territorio romano propriamente dicho, sino también em todas las tierras conquistadas por Roma [...]. De esos contatos surge una serie de sistema jurídicos nacionales, que podemos dividir em cinco grupos: [...] b) sistema luso-brasileño; abarca el derecho de Portugal y del Brasi [...]; d) sistema anglo-americano; tiene, según es notorio, punto de partida el derecho romano, tal como era aplicado po los tribunales ingleses; proyectanto luego a los Estados Unidos, adquire allí múltiples formes, sin prejuicio de mantener una unidad esencial.*”

Os regimes apartaram-se durante os séculos, desenvolvendo características próprias. O regime de *civil law* sofreu mais transformações, quando comparado ao de *common law*. Isso em razão das várias alterações nos sociais e culturais dos países europeus continentais, que culminaram nos ideais, na Revolução Francesa e no positivismo jurídico.

Atualmente, na concepção pós-positivista, o Direito deve espelhar a moral mínima, cujo mister incumbe ao Judiciário¹⁰⁰ por meio da aplicação dos Princípios, convergindo às famílias jurídicas de *common law* e *civil law*.

Verifica-se, paralelamente, o crescimento de leis escritas (os *statutes*) no Direito inglês e americano e da força dos precedentes, no *civil law*, com a inclinação dos juízes a observarem decisões das Cortes. A esse respeito se manifesta Nicola Picardi:

Com efeito, hoje se verifica um estado de ânimo tendente a revalorizar o momento jurisprudencial do direito. Constitui convicção difundida que a tarefa de adequar o direito à realidade histórico-social pertença também ao juiz, e não faltou quem, embora sob diversos matizes, tenha considerado a sua obra como fonte concorrente e instrumental de produção jurídica¹⁰¹.

A observância de precedentes no Brasil não significa mudança de regime. A Jurisprudência, súmulas e os outros precedentes do art. 927, do Código de Processo Civil, guardam função interpretativa¹⁰², suprimindo lacunas e “cláusulas gerais”¹⁰³.

A utilização dos precedentes e de outras técnicas de fundamentação é alicerçada na permissão legislativa, seja pela Constituição Federal ou pela lei ordinária, notadamente o Código de Processo Civil.

¹⁰⁰ ALEXY, Robert. *Conceito e validade do Direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

¹⁰¹ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Trad. de Carlos Aberto Álvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 2-3.

¹⁰² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do Direito. In: *Direito Jurisprudencial*. Obra coletiva de Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012b.

¹⁰³ Adverte Luiz Guilherme Marinoni que: “É exato que a técnica das cláusulas abertas tenha dado ao juiz espaço que ele não tinha, e que, por conta disso, deve merecer atenção da teoria jurídica para se evitar a multiplicação de normas jurídicas para casos iguais, a traduzir perda de previsibilidade e violação da igualdade.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *O julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016b, p. 62).

Diversamente, na *common law* a utilização dos precedentes advém da tradição, e não há regulamentação legal. O cidadão pauta a conduta, predominantemente, nos precedentes que criam o Direito.

Para comparação, cita-se um precedente do Direito inglês, *Donoghue v. Stevenson*, em que a *House of Lords* reconheceu a responsabilidade civil de uma fábrica de garrafas de gin em relação à consumidora final, em razão de haver uma lesma em decomposição no interior da garrafa, condenando a fornecedora a lhe pagar indenização.

A *ratio decidendi* do precedente foi, posteriormente, identificada no sentido de que o fabricante tem o dever de cuidado em relação ao produto, respondendo por danos¹⁰⁴.

Para fins de comparação, cita-se o Recurso Especial Repetitivo Tema 446, do STJ. A questão submetida ao rito dos Recursos Repetitivos foi a responsabilidade do fornecedor pela inclusão indevida do consumidor junto aos órgãos de proteção de crédito em decorrência de fraude por terceiros.

Fixou-se, então, a seguinte tese: “As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias”

Ambos os paradigmas se relacionam com a responsabilidade por dano moral de um fornecedor. Verifica-se, contudo, que no caso inglês foi criada uma norma de conduta (semelhante à do art. 14, do Código de Defesa do Consumidor). Enquanto isso, o Recurso Repetitivo do STJ uniformizou uma pequena lacuna: o fato de o cadastro junto ao órgão de proteção de crédito ter sido em razão de fraude de terceiro, afasta a responsabilidade objetiva legal do fornecedor?

Aufere-se, portanto, que a adoção de “precedentes vinculantes” pelo Código de Processo Civil, não configura migração do Brasil para *common law*, uma vez que tais precedentes não são normativos, mas jurisprudenciais. “Buscamos neles não a norma, mas uma unidade de sentido para aqueles preceitos normativos encontrados em nossas leis”¹⁰⁵.

A função interpretativa não reduz a importância dos pronunciamentos jurisprudenciais qualificados do art. 927 do Código de Processo Civil. Defende-se

¹⁰⁴ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. Op. cit., 2004, pp. 42-4.

¹⁰⁵ SALLES, Carlos Alberto de. Op. cit., 2015, pp. 77-88.

que o julgador segue adstrito à lei¹⁰⁶, devendo interpretá-la. A criação de lei pelo Judiciário seria ativismo judicial, o que feriria a repartição dos poderes.

Constata-se, porém, que mesmo a interpretação pode trazer impactos ao dia a dia da população. Exemplo atual é o IRDR Tema 19, julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

No incidente, foi verificada a legalidade da adoção pela municipalidade do chamado “valor venal de referência”, arbitrado pela Prefeitura, para recolhimento do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis e de Direitos (ITBI). Firmou-se a tese de que tal valor não poderia ser utilizado, lançando-se o tributo pelo valor do negócio jurídico ou pela base de cálculo do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU).

Percebe-se que a orientação pretoriana *vinculante* gera impactos tanto aos contribuintes como aos cofres públicos. Dessa forma, mesmo objetivando mera interpretação do conceito “base de cálculo”, constatou-se impactos.

Em conclusão, os regimes de *civil law* e *common law*, paulatinamente, movimentam-se no sentido de aproximação. O reconhecimento da influência do Judiciário é espelho dessa aproximação, inobstante manutenção do Brasil no regime de *civil law*.

Certa criatividade judicial é permitida pelo Ordenamento, e até desejável, haja vista fixar interpretação das leis, suprimindo lacunas, bem como permitir o avanço do Direito. A criatividade, contudo, deve ser limitada para que não haja o ativismo judicial, esse sim indesejável.

¹⁰⁶ Nesse aspecto, no enunciado nº 324 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Lei nova, incompatível com o precedente judicial, é fato que acarreta a não aplicação do precedente por qualquer juiz ou tribunal, ressalvado o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, a realização de interpretação conforme ou a pronúncia de nulidade sem redução de texto.” (ENUNCIADOS DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. *Op. cit.*, 2017).

3 JULGAMENTOS POR AMOSTRAGEM

3.1 Conceito de Julgamentos por

O Código de Processo Civil de 2015 segue a tendência de valorização Jurisprudência como fonte do Direito. Os julgamentos por amostragem são exemplo de técnicas processuais que visam à aplicação de precedentes.

O termo, julgamento por amostragem, foi concebido por José Carlos Barbosa Moreira, no comentário aos arts. 543-A, 543-C e 543-C, do Código de Processo Civil, de 1973¹⁰⁷. Segundo ele, para lidar com o congestionamento processual no STF e STJ, “adotou-se, então, o procedimento a que não soa mal a denominação de ‘recursos extraordinários por amostragem’”.

O termo foi adotado pela doutrina, designando os atuais julgamentos repetitivos e o Incidente de Assunção de Competência (IAC), objeto deste capítulo. Distingue-se o IAC, dos julgamentos repetitivos justamente pela prescindibilidade da repetitividade, cabendo o procedimento em razão da relevância da questão jurídica.

À vista disso, as técnicas de julgamento repetitivos e IAC visam a proporcionar maior segurança jurídica, promovendo a igualdade, uma vez que a tese de direito fixada será aplicada a demandas com idêntica questão de direito.

Possibilitam, também, o gerenciamento dos processos, a razoável duração e maior qualidade das decisões, uma vez que ao unificar o momento do conhecimento da questão de direito, otimizam o tempo dos juízes dos tribunais. Fixando-se uma tese com a devida fundamentação e justeza, será efeito a observância dos órgãos hierarquicamente inferiores e a redução (ou simplificação no procedimento para análise) dos recursos.

Há, contudo, críticos, dentre eles Rodolfo de Camargo Mancuso, para quem o obsessivo foco nos julgamentos em bloco ou por amostragem resulta na crise dos Tribunais, sem tratamento da causa¹⁰⁸.

Defendemos, contudo, que se forem bem utilizados, com o devido contraditório, proverão o acesso à Justiça e segurança jurídica, o que incentivará,

¹⁰⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. V, arts. 476 a 565, 2011, p. 618.

¹⁰⁸ MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 56.

especialmente os litigantes repetitivos, a pautarem-se com base nos precedentes, evitando conflitos.

3.2 JULGAMENTOS REPETITIVOS

3.2.1 Conceito

O art. 928 do Código de Processo Civil de 2015 considera julgamentos repetitivos aqueles proferidos no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e no Recurso Especial e Extraordinário Repetitivos¹⁰⁹.

O atual código, portanto, além de inserir nova técnica de julgamento repetitivo – o IRDR – disciplinou-os minuciosamente, fornecendo ao magistrado instrumentos para o gerenciamento da litigiosidade de massa¹¹⁰.

Tanto no IRDR, em sede dos Tribunais de segundo grau, como nos Recursos Repetitivos, nos Tribunais superiores, escolhe-se um ou mais processos, dentre vários, com a mesma questão de direito, para conhecimento, julgamento e fixação da tese de direito¹¹¹. Essa tese será aplicada aos casos idênticos.

Nas duas técnicas há afetação de processos representativos da controvérsia, em que se destaca a questão jurídica repetitiva para conhecimento e fixação de tese. A doutrina observa a natureza objetiva, uma vez que se desliga o conflito subjetivo da questão de Direito.

A doutrina aponta inspiração nos julgamentos repetitivos do *Musterverfahren* alemão¹¹². A primeira experiência germânica com o “procedimento-piloto” ocorreu

¹⁰⁹ Sobre o Recurso Extraordinário Repetitivo, Cassio Scarpinella Bueno rememora que o art. 543-B do CPC/73 previa o procedimento de identificação da repercussão geral de casos repetitivo, não obstante a prática do referido artigo, pelo STF, tenha sido além “passando-se, também, ao julgamento dos recursos extraordinários repetitivos” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 578; e, também, BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil: procedimento comum, processos nos tribunais e recursos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, versão eletrônica).

¹¹⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 538.

¹¹¹ TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 88.

¹¹² Há outras técnicas de julgamento por amostragem no julgamento no direito comparado, como, por exemplo a collective redress, na Comissão Européia, a Group Litigation Order, do direito inglês e, no direito americano, a Multidistrict Litigation Order. Sobre o assunto DANTAS, Bruno. *Teoria dos recursos repetitivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. e SOUZA, Artur Cesar de. *Resolução de demandas repetitivas*. São Paulo: Almedina, 2015b (versão eletrônica).

em 1991, perante o Tribunal Administrativo de Munique, quando foram interpostas 5.724 reclamações contra a construção do aeroporto Frank Josef Strauss. O Tribunal, diante da inundação de processos, suspendeu todas as demandas e selecionou 30 delas para julgamento, aplicando a tese aos demais¹¹³.

A técnica foi questionada e, após ser submetida ao controle de constitucionalidade, foi julgada constitucional. Posteriormente, o art. 93-A foi inserido no Código de Processo Administrativo (*Verwaltungs Gerichts Ordnung*)¹¹⁴.

Posteriormente, no início da década de 2000, em razão da empresa de telefonia *Deutsche Telekom* divulgar dados equivocados quanto ao seu patrimônio, ao lançar oferta pública na Bolsa de Valores, apurou-se prejuízo de 150 milhões de euros aos acionistas. Essa lesão provocou a distribuição, entre 2001 e 2003, de 13 mil ações junto à 7ª Vara Comercial de Frankfurt.

Em razão da morosidade na apreciação e julgamento, foram ajuizadas reclamações constitucionais, alicerçadas na inobservância da garantia da duração razoável do processo. O Tribunal Constitucional negou provimento, mas recomendou a instauração de procedimento piloto.

Foi o que ocorreu. Em 2005, com auxílio da Escola de Valores Mobiliários de Frankfurt, foi editada a *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz* (Lei do Procedimento Modelo para Mercado de Capitais). Sua vigência foi estabelecida por um prazo certo, ou seja, de 01 de novembro de 2005 a 2010, sendo renovada em 2009 até 2020.

Em 2012, sob a justificativa de verificar a necessidade de reformas no procedimento, foram realizadas audiências públicas com representantes do Mercado de Capitais, Judiciário e Advocacia. Dentre as impressões sobre o procedimento, ficou registrada a crítica pela demora e, ainda, a sua complexidade de aplicação, uma vez que a decisão do primeiro *Musterverfahren* contava com mais de 100 páginas¹¹⁵.

¹¹³ BLANKE, Herman-Josef. Demandas repetitivas na jurisdição alemã. In: *Seminário demandas repetitivas na Justiça Federal: possíveis soluções processuais e gerenciais*. Trad. Vânia Cardoso e André Moraes. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013.

¹¹⁴ Entre outras regras, o dispositivo estabelece que (1) para a instauração do procedimento deve haver mais de 20 processos, tendo por objeto a fiscalização de ato administrativo; (2) a decisão que suspende o processo não admite recurso (tradução livre).

¹¹⁵ DEUTSCHER BUNDESTAG. *Protokoll Nr. 82*. (Atas em alemão). Disponível em: http://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Bibliothek/Gesetzesmaterialien/17_wp/KapMuG Reform/wortproto.pdf?__blob=publicationFile. Acesso em: 12 set. 2019.

Esse procedimento modelo, direcionado a conflitos afetos ao Mercado de Capitais é o que a doutrina brasileira diz ter inspirado os Recursos Repetitivos e o IRDR. Instaurados, todos os processos em que a decisão dependa do resultado do *Musterverfahren* serão suspensos de ofício, e escolhidos pelo Tribunal “Íderes” para representarem o polo ativo e passivo.

É assegurada, todavia, ampla participação de interessados no processo, sendo aqueles que fazem parte dos processos individuais automaticamente considerados como intervenientes.

A decisão do procedimento modelo será aplicada aos processos individuais, vinculando as instâncias inferiores. Importante ressaltar que o âmbito de abrangência será para os processos distribuídos num certo intervalo temporal, cujos fundamentos foram os mesmos do procedimento modelo.

Há, deveras, semelhança entre o *Musterverfahren* e os julgamentos repetitivos, uma vez que se cinde fato e direito para apreciação. O Tribunal competente, dentro do possível¹¹⁶, aprecia só a questão de Direito.

Essa chamada objetivação do processo decorre do prestígio do interesse público na realização das funções uniformizadoras dos Tribunais em detrimento da vontade dos litigantes¹¹⁷. Sofia Temer, para subsidiar a natureza de processo objetivo, aponta o prosseguimento do processo em caso de desistência da demanda ou do recurso pelas partes¹¹⁸.

Uma vez introduzido o conceito dos julgamentos repetitivos, passa-se à análise das técnicas processuais – o Incidente de Resolução Repetitiva e os Recursos Especial e Extraordinário Repetitivos.

3.2.2 Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é um incidente processual *sui generis*¹¹⁹. É harmônico com dois dos objetivos do Novo Código de

¹¹⁶ Ressalva-se que não há como afastar, por completo, questões de fato e de direito, como ensina Teresa Arruda Alvim Wambier (ver comentário ao art. 976: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Primeiros Comentários ao Novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016).

¹¹⁷ Nesse sentido, CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. A “objetivação” no processo civil: as características do processo objetivo no procedimento recursal. *Revista de Processo*, v. 178, dez. 2009.

¹¹⁸ TEMER, Sofia. Op. cit., 2016, p. 88.

¹¹⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. Op. cit., 2016, p. 538.

Processo Civil, quais sejam, a razoável duração do processo, sem perda da qualidade, e uniformidade da jurisprudência¹²⁰.

Por meio da técnica processual, o tribunal de segundo grau, ante a constatação de repetitividade, pinça uma ou algumas demandas, julgamento e fixação de tese. Dita tese de direito será aplicada às demais, de forma que será ponto de partida para decisão dos magistrados e órgãos vinculados ao tribunal.

3.2.2.1 Cabimento

O art. 976 do Código de Processo Civil prevê dois requisitos simultâneos para instauração do IRDR, a saber: (i) efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de Direito; e (ii) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica

Inicialmente, verifica-se que o legislador elencou como requisito a efetiva repetição, excluindo-se, portanto, o caráter preventivo do incidente. Não obstante, no projeto do Senado (PLS 166/2010) era previsto o cabimento quando a controvérsia pudesse “gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito”¹²¹.

A repetição deve ser da questão de Direito¹²². Não obstante, adverte Teresa Arruda Alvim que em toda ação há discussão acerca de fatos e direitos, com exceção da ADIN, devendo ser a “questão predominantemente de Direito”, como expressa a autora:

São aquelas que não há discussão sobre fatos, porque [...] são comprováveis documentalmente. Ou, ainda, são situações em que os fatos já estão comprovados, por várias espécies de provas e, não havendo dúvidas sobre o que ocorreu, e como ocorreu, discute-se apenas a sua qualificação jurídica¹²³.

¹²⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. cit., 2016, 2016, p. 1551.

¹²¹ O *caput* do art. 930 do PLS n. 166/2010 tinha a seguinte redação “Art. 930. É admissível o incidente de demandas repetitivas sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes” (SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei do Senado n. 166, de 2010*. Disponível em: https://www2.cjf.jus.br/jspui/bitstream/handle/1234/45441/PL%208046_2010.pdf?sequence=1. Acesso em: 12 set. 2019).

¹²² Teresa Arruda Alvim Wambier afirma que o IRDR é vocacionado para demandas acerca de interesses individuais homogêneos, especialmente em razão de haver restrições da abrangência das ações coletivas em algumas matérias, como direito tributário e previdenciário. Vocação do instituto para ações que envolvam direitos individuais homogêneos (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. cit., 2016).

¹²³ Id., *ibid.*, p. 1552.

No mesmo sentido, para Daniel Amorim Assumpção Neves, deve haver certa flexibilidade quanto à interpretação do dispositivo. Para o autor, na redação do dispositivo também aparenta ser imperiosa a identidade de fatos, porém, faz a ponderação de que fatos diversos podem implicar as mesmas questões de Direito, concluindo que:

[...] diversidade de fatos apta a afastar o cabimento do incidente de resolução de demandas repetitivas deve ser aquela suficiente a influenciar a aplicação do direito ao caso concreto, porque, havendo fatos diferentes de origem comum, deve ser cabível o incidente¹²⁴.

Há discussão da sobre a exigência da causa pendente em segunda instância (seja pela via recursal, remessa necessária ou competência originária) para cabimento do incidente. Daniel Amorim Assumpção Neves¹²⁵ defende que seria salutar haver, ao menos, um recurso no Tribunal, o que permitiria o amadurecimento do tema. O Tribunal de Justiça de São Paulo deixou de admitir IRDR sob tal fundamentação¹²⁶.

Sofia Temer apresenta posição divergente devido à desnecessidade de lide pendente no Tribunal, uma vez que a instauração diretamente em primeira instância não tornaria o incidente preventivo e poderia causar a repetitividade¹²⁷.

Esse entendimento prevalece na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrado (ENFAM), resultando no enunciado nº 22: “A

¹²⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 1496.

¹²⁵ Id., *ibid.*, p. 1496.

¹²⁶ Confira-se ementa do Proc. nº 2065868-32.2016.8.26.0000: “INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS – DISCUSSÃO ACERCA DE TESE DE LEGITIMIDADE DE LANÇAMENTO, PELO FISCO PAULISTA, DE IPVA INCIDENTE SOBRE VEÍCULO REGISTRADO EM OUTRA UNIDADE FEDERATIVA NA HIPÓTESE EM QUE O CONTRIBUINTE PESSOA FÍSICA POSSUA MÚLTIPLAS RESIDÊNCIAS – JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE – Imprescindibilidade do esgotamento da primeira instância e a pendência de recurso para adequada aplicação das regras pertinentes ao IRDR, sob o risco de supressão do Juízo *a quo*, consoante inteligência do art. 978, parágrafo único, do CPC 2015 - Não preenchimento, na hipótese, de todos os requisitos de admissibilidade imprescindíveis ao regular processamento do incidente, notadamente porque este foi suscitado no momento em que o processo de origem se encontrava em fase instrutória em primeiro grau -, de modo que lhe carece o interesse de agir (adequação) necessário ao regular exercício do direito de ação. - Incidente não admitido.” (TJ-SP. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Processo n. 2065868-32.2016.8.26.0000. Relator: Paulo Barcellos Gatti. Data de julgamento: 26/08/2016. Turma Especial – Público, Data de Publicação: 30/08/2019).

¹²⁷ TEMER, Sofia. *Op. cit.*, 2016, p. 110.

instauração do IRDR não pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal”¹²⁸.

O incidente é cabível em questões de Direito Material e Processual (art. 928, Parágrafo Único, do CPC).

Além da repetição da questão de Direito, é preciso existir risco de ofensa à isonomia e segurança jurídica. Como dito anteriormente, o objetivo do IRDR, além da igualdade e segurança jurídica, é evitar o congestionamento do Judiciário e decisões conflitantes.

Logo, na hipótese de a Jurisprudência demonstrar-se uníssona sobre a questão de Direito, não é necessária a admissão do IRDR¹²⁹. Não por outra razão, o incidente não será instaurado quando um Tribunal Superior, no âmbito de sua respectiva competência, já houver afetado Recurso Repetitivo para definição de tese (art. 976, § 4º, do CPC).

3.2.2.2 Procedimento

O presidente do Tribunal apreciará o pedido de instauração do IRDR, que pode ser feito por ofício do juiz ou relator ou por petição das partes, Ministério Público¹³⁰ e Defensoria Pública (art. 977, do CPC).

¹²⁸ ENFAM. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrado. *Seminário: O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil*. Enunciados aprovados. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>. Acesso em: 12 set. 2019.

¹²⁹ A Turma Especial de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sob tal fundamento, inadmitiu o IRDR autuado sob nº 2084075-79.2016.8.26.0000. Verifique-se emenda “INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - Município de Jaú - Pretensão da requerente em pacificar entendimento das Câmaras Especializadas em Tributos Municipais acerca da cobrança da taxa de conservação de vias prevista no art. 99 do CTM – Jurisprudência pacífica sobre o tema – Inexistência de risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica - Desatendimento, ademais, da regra estabelecida no parágrafo único do art. 978 do NCPC, em razão de o processo indicado como paradigma não estar tramitando nesta Corte - Inadmissibilidade da instauração do incidente.” (TJ/SP. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas*. Incabíveis, Inadmitidos e Pendentes. Processo n. 2084075-79.2016.8.26.0000. Atualizado em: 16 dez. 2019. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Nugep/Irdri/IrdriInadmitidos.pdf>. Acesso em: 12 set. 2019).

¹³⁰ Sobre o pedido de instauração pelo Ministério Público, Teresa Arruda Alvim Wambier defende a aplicação dos critérios para participação do Ministério Público na Ação Civil Pública (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. cit., 2016, p. 1552).

O IRDR foi concebido como técnica processual destinada aos Tribunais de Segunda Instância, pois os Tribunais Superiores contam com a figura dos recursos repetitivos. Nesse sentido, o enunciado 343, do Fórum Permanente de Processualistas Civis, determina que “O incidente de resolução de demandas repetitivas compete a tribunal de justiça ou tribunal regional”¹³¹.

Já houve, contudo, decisões do STJ que, em caso de competência originária daquele Tribunal, é possível a instauração naquela Corte Superior. Verifique-se:

AGRAVO INTERNO EM PETIÇÃO. RECLAMAÇÃO. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR). INSTITUTO AFETO À COMPETÊNCIA JURISDICIONAL DE TRIBUNAIS DE SEGUNDA INSTÂNCIA (ESTADUAIS OU REGIONAIS FEDERAIS). INSTAURAÇÃO DIRETA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. POSSIBILIDADE RESTRITA. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS (ART. 976 DO CPC). JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE NÃO ULTRAPASSADO. NÃO CABIMENTO DA INSTAURAÇÃO DO INSTITUTO.

(...)

2. A instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas diretamente no Superior Tribunal de Justiça é cabível apenas nos casos de competência recursal ordinária e de competência originária e desde que preenchidos os requisitos do art. 976 do CPC.

3. Quando a reclamação não ultrapassa o juízo de admissibilidade, não cabe a instauração do incidente de demandas repetitivas no Superior Tribunal de Justiça.

4. Agravo interno desprovido

(STJ. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt na Pet 11.838/MS*. Rel. ministra Laurita Vaz, Rel. p/ Acórdão ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, julgado em 07/08/2019, DJe 10/09/2019).

O presidente do Tribunal realiza um primeiro juízo de admissibilidade, remetendo o pedido ao órgão competente, nos termos do Regimento Interno do Tribunal. Em relação ao órgão competente, estabelece o art. 978, do CPC, que deve ser algum “dentre os responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal”.

O órgão colegiado competente faz o juízo de admissibilidade (art. 981, do CPC). A inadmissão em razão de ausência de pressupostos do art. 976, do CPC, não impede o conhecimento do incidente, uma vez satisfeito o requisito (art. 976, § 3º, do CPC).

¹³¹ ENUNCIADOS DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Florianópolis, 2017. Disponível em: <http://civile imobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-de-Florian%C3%B3polis.pdf>. Acesso em: 12 set. 2019.

Não é cabível recurso aos Tribunais Superiores da decisão que não admitiu o IRDR. Entende-se que o art. 987, do CPC, restringiu o cabimento de recursos excepcionais aos julgamentos de mérito. Nesse sentido, é decisão em sede de Recurso Especial:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - IRDR. ACÓRDÃO DE TRIBUNAL DE 2º GRAU QUE INADMITE A INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE. RECORRIBILIDADE AO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. POSSIBILIDADE DE NOVO REQUERIMENTO DE INSTAURAÇÃO DO IRDR QUANDO SATISFEITO O REQUISITO AUSENTE POR OCASIÃO DO PRIMEIRO PEDIDO, SEM PRECLUSÃO. RECORRIBILIDADE AO STJ OU AO STF PREVISTA, ADEMAIS, SOMENTE PARA O ACÓRDÃO QUE JULGAR O MÉRITO DO INCIDENTE, MAS NÃO PARA O ACÓRDÃO QUE INADMITE O INCIDENTE. DE CAUSA DECIDIDA. REQUISITO CONSTITUCIONAL DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS. AUSÊNCIA. QUESTÃO LITIGIOSA DECIDIDA EM CARÁTER NÃO DEFINITIVO.

1- Os propósitos recursais consistem em definir: (i) preliminarmente, se é cabível recurso especial do acórdão que inadmite a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas - IRDR; (ii) se porventura superada a preliminar, se a instauração do IRDR tem como pressuposto obrigatório a existência de um processo ou de um recurso no Tribunal.

2- Não é cabível recurso especial em face do acórdão que inadmite a instauração do IRDR por falta de interesse recursal do requerente, pois, apontada a ausência de determinado pressuposto, será possível a instauração de um novo IRDR após o preenchimento do requisito inicialmente faltante, sem que tenha ocorrido preclusão, conforme expressamente autoriza o art. 976, §3º, do CPC/15.

3- De outro lado, o descabimento do recurso especial na hipótese decorre ainda do fato de que o novo CPC previu a recorribilidade excepcional ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal apenas contra o acórdão que resolver o mérito do Incidente, conforme se depreende do art. 987, caput, do CPC/15, mas não do acórdão que admite ou que inadmite a instauração do IRDR.

4- O acórdão que inadmite a instauração do IRDR não preenche o pressuposto constitucional da causa decidida apto a viabilizar o conhecimento de quaisquer recursos excepcionais, uma vez que ausente, na hipótese, o caráter de definitividade no exame da questão litigiosa, especialmente quando o próprio legislador previu expressamente a inexistência de preclusão e a possibilidade de o requerimento de instauração do IRDR ser novamente realizado quando satisfeitos os pressupostos inexistentes ao tempo do primeiro pedido.

5- Recurso especial não conhecido.

(STJ. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1631846/DF*. Rel. ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. p/Acórdão ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 05/11/2019, DJe 22/11/2019).

Uma vez instaurado, o incidente será julgado no prazo de um ano, tendo preferência no trâmite (art. 980, do CPC). O art. 979, do CPC, prevê a necessidade de ampla publicidade e divulgação do incidente e seu julgamento. O Conselho

Nacional de Justiça (CNJ), mantém em seu sítio eletrônico banco de dados dos incidentes de resolução de demandas repetitivas instaurados¹³².

Caberá ao relator as seguintes providências, nos termos do art. 982, do CPC: (i) a suspensão dos processos pendentes em trâmite no Estado ou região; (ii) caso necessário, requisitar informações dos órgãos em cujo juízo tramita processo, (iii) intimar o Ministério Público, para manifestar seu interesse na lide.

3.2.2.3 Suspensão

Prevê o art. 982, I, do CPC, ao ser admitido o IRDR, caberá ao relator suspender os processos individuais ou coletivos em trâmite no Estado ou Região do Tribunal.

Segundo palavras de Teresa Arruda Alvim, é a suspensão é “intrínseca à razão de ser do instituto, consequência natural do juízo de admissibilidade”^{133,134}. A suspensão será, a princípio, no Estado ou região do respectivo Tribunal, sendo comunicada aos órgãos jurisdicionais competentes (art. 982, § 1º, do CPC).

Em obediência ao princípio da segurança jurídica, preveem os §§ 3º e 4º desse dispositivo legal a possibilidade de suspensão dos processos que versem sobre a matéria afetada em território nacional.

Para isso, um dos legitimados do art. 977, incs. I e II, do CPC, ou parte em processo com a mesma questão objeto, em trâmite em estado ou região diversa, pode fazer o pedido de ampliação do sobrestamento ao STJ ou STF – tribunais competentes para reconhecer um futuro Recurso Especial ou Extraordinário. O sobrestamento cessa se não for oposto o recurso excepcional cabível contra a decisão (art. 982, § 5º, do CPC)¹³⁵ ou, então, com o julgamento do recurso.

¹³² CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *Consulta de precedente*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/bnpr-web/>. Acesso em: 12 set. 2019.

¹³³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. cit., 2016, p. 1552.

¹³⁴ Não obstante, o Tribunal de Justiça de São Paulo costumeiramente admite IRDR sem a suspensão dos processos, como, por exemplo, os temas 4, 5 e 19.

¹³⁵ Prevê o § 4º do art. 1.029, do CPC: “Quando, por ocasião do processamento do incidente de resolução de demandas repetitivas, o presidente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça receber requerimento de suspensão de processos em que se discuta questão federal constitucional ou infraconstitucional, poderá, considerando razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, estender a suspensão a todo o território nacional, até ulterior decisão do recurso extraordinário ou do recurso especial a ser interposto.”

Concordamos com Sofia Temer¹³⁶ quando ela afirma que deverá haver prolação de decisão e respectiva intimação com a finalidade comunicar às partes acerca do sobrestamento.

A comunicação privilegia o contraditório, possibilitando às partes tanto a participação no IRDR, como interessado, como que se insurjam contra o indevido sobrestamento, fazendo a necessária distinção¹³⁷.

Na hipótese de o processo versar sobre outras matérias, além do tema repetitivo afetado, entende-se ser possível a suspensão parcial do julgamento, prosseguindo o julgamento em relação às outras questões. Isso se justifica na figura do art. 356, do CPC, com o julgamento antecipado parcial da lide¹³⁸.

Nesse sentido, transcreve-se decisão monocrática do ministro Paulo de Tarso Sanseverino¹³⁹, relator do REsp nº 1551956-SP, afetado para julgamento do tema repetitivo 938, ao apreciar requerimento:

Porém, de ofício, esclareço que a suspensão de processos determinada por este relator não obsta a resolução parcial do mérito ou a concessão de tutela de provisória (cf. arts. 294/311 e 356 do CPC/2015), nas hipóteses em que cabíveis, apenas com relação aos pedidos não abrangidos pela controvérsia afetada ao rito dos recursos especiais repetitivos.

O art. 980, parágrafo único, do CPC, prevê, ainda que no caso de o julgamento do IRDR superar o prazo de um ano, cessa a suspensão, a não ser que o relator decida, de maneira fundamentada, em sentido diverso.

3.2.2.4 Participação

Há interesse público no IRDR, uma vez que tem função precípua de fixação de tese de Direito, a ser aplicado, em princípio, nas demandas de mesmo fundamento jurídico.

¹³⁶ TEMER, Sofia. Op. cit., 2016, pp. 121-5.

¹³⁷ Entende-se que da decisão que mantiver a suspensão do processo cabe Agravo de Instrumento, se em primeira instância; e Agravo Interno, se decisão do relator, por aplicação analógica do art. 1.037, § 13, do CPC.

¹³⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., 2017, p. 1507.

¹³⁹ STJ, PET no REsp 1551956/SP, Rel. min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 15/04/2016.

Não por outra razão, a desistência ou abandono não impedem o julgamento do mérito do incidente, incumbindo ao Ministério Público – caso já não figure como requerente – assumir a sua titularidade (CPC, art. 976, §§ 1º e 2º).

Além da previsão de oitiva do Ministério Público, como *custus legis*, cuja função é defender o interesse público, no art. 983 é prevista oitiva de interessados com a própria sociedade¹⁴⁰, ou seja:

Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo.

Em razão dos seus efeitos, qual seja, a resolução de questão de direito e não de uma lide singular; comum, não é justificável a manutenção da estrutura bilateral Autor vs. Réu. O incidente pode ser multipolarizado¹⁴¹, o que justifica a participação de terceiros, seja como *amicus curiae*, ou como terceiro interessado.

Deve ser permitida, também, a participação das partes cujos processos foram suspensos. Há divergência na doutrina a respeito da classificação da atuação dessas no IRDR que, segundo Daniel Amorim Assunção Neves, seriam assistentes litisconsorciais. Diverge Sofia Temer, argumentando que não há interesse jurídico que tradicionalmente justifique a assistência, sugerindo uma modalidade de intervenção *sui generis*, qual seja, a “assistência para a formação de precedentes”¹⁴².

Em relação à participação de interessados, *amicus curiae*¹⁴³ é uma técnica processual que permite a “democratização (e, conseqüentemente, a legitimação) das decisões judiciais”¹⁴⁴. Ressalta-se que o interesse institucional¹⁴⁵ não é necessariamente a favor do autor ou réu, mas os *amicus curiae* podem esclarecer

¹⁴⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. cit., 2016, p. 1561.

¹⁴¹ Nesse sentido, afirma Sofia Temer: “Como o objetivo, no IRDR, é resolver a questão de direito e não a demanda, não há o que justifique que tenha que se manter no incidente a mesma estrutura bipolar própria dos processos que se desenvolvem em torno da lide, muito menos a mesma composição ou simetria dos polos ocupados por autor e réu nas demandas repetitivas originárias - multipolarizada ou suspensas.” (TEMER, Sofia. Op. cit., 2016, p. 148).

¹⁴² Id., ibid., pp. 169-71.

¹⁴³ Defende Teresa Arruda Alvim Wambier que o relator pode requerer, de ofício, a manifestação de entidade como *amicus curiae*. O capítulo 5 deste estudo propõe analisar o contraditório na formação dos precedentes e os limites do exercício de ofício do magistrado.

¹⁴⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., 2015, p. 626.

¹⁴⁵ Sobre *amicus curiae* e o interesse institucional, verificar o item 5.2.2. do presente trabalho.

uma questão técnica. Exemplifica-se com a intervenção da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) em demandas em que a Bolsa de Valores seja parte.

Para a oitiva dos interessados e partes, bem como esclarecimentos, é prevista audiência pública, a ser agendada pelo Relator.

Não há, contudo, previsão de critérios para escolha do processo a ser afetado¹⁴⁶. Sofia Temer, provavelmente espelhando-se no procedimento do *Musterverfahren*, procedimento padrão alemão, em que se escolhem o “autor-líder” e “réu-líder” para a representação das partes, sugere a escolha de sujeitos líderes. Esses seriam legitimados extraordinários, e atuariam em defesa do Direito institucional e não de seu Direito subjetivo, objetivando dirimir controvérsias¹⁴⁷.

Entende-se a necessidade de aplicar as mesmas regras para escolha do recurso repetitivo afetado, quais sejam, a escolha de, no mínimo, dois processos, e preferir processos que detenham abrangente argumentação e contraditório sobre a questão analisada.

3.2.2.5 Julgamento e fundamentação

Os parágrafos e incisos do art. 984, do CPC, regulamentam o julgamento do IRDR. Para o objeto do presente estudo, destaca-se o § 2º do referido artigo:

§ 2º. O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários.

Nota-se a preocupação do legislador para que constem no acórdão todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica, independentemente se favoráveis ou contrários.

Trata-se, como se verá, da fundamentação do Judiciário como comprovação do efetivo contraditório exercido para convencimento. Ainda, através de extensa fundamentação, abre-se a possibilidade de, futuramente, ser defendida a distinção no caso *sub judice* e da tese firmada¹⁴⁸.

¹⁴⁶ A escolha da causa-piloto como contraditório na formação dos precedentes será objeto de estudo no capítulo 5 deste estudo.

¹⁴⁷ TEMER, Sofia. Op. cit., 2016, p. 148.

¹⁴⁸ Esclarece Sofia Temer que “A própria lei exige, expressamente, que constem do acórdão que julga o IRDR todos os fundamentos relativos à questão jurídica apreciada, sejam eles contrários ou favoráveis à tese fixada (art. 984, s2, CPC/2015). O dever de fundamentação exaustiva serve para

3.2.2.6 Interposição de Recurso Especial ou Extraordinário

O art. 987 do CPC prevê o cabimento de Recurso Especial ou Extraordinário da decisão de mérito do IRDR, de acordo com as hipóteses previstas nos arts. 105, inc. III, e 102, inc. III, da Constituição Federal de 1988, respectivamente.

No caso do Recurso Extraordinário, a repercussão geral será presumida nos termos do art. 987, § 1º, do CPC.

O recurso pode ser proposto pelas partes, pelo Ministério Público, nos termos do art. 996, do CPC, ou pelo *amicus curiae*, conforme o § 3º, do art. 138, do CPC.

Uma vez julgado o Recurso pelo STF ou STJ, aplica-se a tese no território nacional. Questiona-se, portanto, se consiste em interesse recursal a interposição do recurso para a extensão territorial da tese.

Entendemos que, por mais que exista interesse recursal, especialmente do litigante repetitivo em fixar tese, o recurso não pode ser interposto meramente com esse intuito, curvando-se sempre às hipóteses constitucionais de cabimento. Ademais, deve-se analisar a conveniência de fixação de tese em território nacional, haja vista a existência de peculiaridades em cada Estado ou região.

3.2.2.7 Vinculação

O art. 985 determina que a tese jurídica do IRDR será aplicada em todos os processos, tanto individuais como coletivos, em trâmite na área de jurisdição do Tribunal julgador, que versem sobre a mesma questão de Direito, incluindo expressamente os Juizados Especiais. Também incidirá nos casos futuros que venham a tramitar no Estado ou região, salvo revisão.

Prevê, ainda, o § 1º do referido artigo que, não observada a tese, será cabível reclamação. Constitui, portanto, um precedente forte, haja vista haver vias próprias para o questionamento da decisão em desconformidade.

convencer os destinatários da superioridade racional da solução adotada pelo tribunal, mas, também, para possibilitar que as decisões dos casos concretos possam enquadrá-los ou distingui-los adequadamente.” (Id., *ibid.*, p. 212).

Quanto ao aspecto subjetivo da vinculação, destina-se aos órgãos do Judiciário hierarquicamente subordinados ao Tribunal que conheceu do IRDR. A decisão do IRDR, diferente da Súmula Vinculante e do controle constitucional, não vincula a Administração Pública.

O § 2º do art. 985, do CPC, dispõe que se o incidente tiver por objeto questão relativa à prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação por parte dos entes sujeitos à regulação da tese adotada.

O referido dispositivo tem caráter meramente persuasivo, no entanto, Luiz Guilherme Marinoni pondera que a implementação da tese pelo órgão regulamentador, vigiando sua observância pelo órgão regulamentado, evitaria conflitos e, conseqüentemente, demandas judiciais¹⁴⁹.

3.2.2.8 Revisão da tese

Por fim, o art. 986, do CPC, prevê o procedimento para revisão da tese do IRDR. Essa deve ser realizada pelo mesmo Tribunal, de ofício ou a requerimento dos legitimados. Percebe-se o objetivo do legislador de estabilização, mas não de engessamento da Jurisprudência.

A revisão deve ser excepcional¹⁵⁰, incumbindo a quem suscita o ônus de comprovação de alterações políticas, sociais, econômicas ou normativas, dentre outras, que justifiquem a alteração do precedente pretendida¹⁵¹.

3.2.3 Recursos Repetitivos

3.2.3.1 Recursos Extraordinários

¹⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: decisão de questão idêntica x precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016a, p. 108.

¹⁵⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. cit., 2016, p. 1561.

¹⁵¹ TEMER, Sofia. Op. cit., 2016, p. 148.

Os Recursos Extraordinários ou Excepcionais consistem gênero cujas as espécies são o Recurso Extraordinário e o Recurso Especial, sendo o primeiro de competência do STF e do STJ.

Uma vez destinados às Cortes de Vértices, responsáveis pela uniformização e interpretação, respectivamente, da lei constitucional e da lei federal, os Recursos Excepcionais distinguem-se dos ordinários, destinados aos outros Tribunais.

Nesse giro, apontam Bruno Dantas e Teresa Arruda Alvim serem quatro os escopos dos recursos para os Tribunais Superiores: dois clássicos e dois contemporâneos¹⁵².

As funções clássicas são a nomofilática e a uniformizadora. A primeira é relativa ao zelo pela interpretação e aplicação uniforme da legislação, e a secundária ao princípio da igualdade, garantindo a uniformização da interpretação do Direito entre os Tribunais.

Os escopos contemporâneos¹⁵³ são a função dialógica, qual seja, a resolução justa do conflito e a paradigmática, relacionada à formação de precedentes.

Dessa forma, inobstante caráter revisional, uma vez que ao julgar nova decisão é proferida, o objeto dos Recursos Extraordinário e Especial é restrito à aplicação Direito¹⁵⁴, não cabendo a eles rever fatos, subsidiando ao constatado pelas instâncias ordinárias. Nesse sentido, ensina José Carlos Barbosa Moreira que “não dá ensejo a novo reexame da causa, neles discutem-se unicamente questões de Direito”¹⁵⁵.

As hipóteses de cabimento são previstas pela Constituição Federal de 1988, no art. 102, inc. III para o Recurso Extraordinário, e no art. 105, inc. III para o Recurso Especial.

Há peculiaridades nos requisitos de admissibilidade quando comparado aos recursos ordinários. A primeira delas é o requisito do pré-questionamento, que

¹⁵² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. Op. cit., 2016.

¹⁵³ Bruno Dantas justifica a classificação como contemporâneas em razão de não serem as funções idealizadas pelos mentores dos dois grandes modelos de tribunais de cúpula – a Corte Suprema dos Estados Unidos e a Corte de Cassação Francesa. As funções dialógica e paradigmática sobressaíram-se no exercício das atribuições das cortes (DANTAS, Bruno. *Repercussão geral: perspectivas históricas, dogmática e de Direito Comparado: questões processuais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012).

¹⁵⁴ O enunciado de Súmula nº 7, do STJ, prescreve “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.” (STJ. Superior Tribunal de Justiça. *Súmulas*. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf. Acesso em: 12 set. 2019).

¹⁵⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. cit., 2011, p. 582.

consiste no afrontamento da questão constitucional ou federal no acórdão impugnado¹⁵⁶.

A repercussão geral é pressuposto para o Recurso Extraordinário, bastante debatido na doutrina, a qual foi inserida pela Emenda Constitucional n. 45/2004, regulamentada pela Lei n. 11.418, de 2006, e inseriu o art. 543-A, do CPC/73, cujo *caput* trazia a seguinte redação:

Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

Trata-se de filtro recursal¹⁵⁷, que confere ao STF a possibilidade de selecionar apenas Recursos Extraordinários que versem a respeito de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, e que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

Em virtude desse requisito, a verificação de existência de repercussão geral, o julgamento do Recurso Extraordinário é bifásico. Na primeira decisão, o Pleno determina se a questão é ou não de repercussão geral. Prevê o § 3º do art. 102, da CF/88, que a repercussão geral pode ser “afastada” com o voto de 2/3 dos membros. Caso seja reconhecida, há uma segunda decisão, que julga o mérito recursal propriamente dito¹⁵⁸.

Interposto o Recurso Especial ou Extraordinário, após as contrarrazões, caberá ao presidente do Tribunal de Segunda Instância, ou ao quem o regimento interno o tribunal delegar, realizar o juízo de admissibilidade. Caso admitido, será remetido à Corte Superior, que fará novo exame da admissibilidade.

3.2.3.2 Recursos Repetitivos

A Lei nº 11.418/2006, que regulamentou o instituto da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário, inseriu no Código de Processo Civil, de 1973, o art. 543-

¹⁵⁶ Sobre pré-questionamento, ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

¹⁵⁷ A repercussão geral foi mecanismo para lidar com o número de recursos enviados ao STF. Nesse sentido, MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 157; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. cit., 2011; DANTAS, Bruno. Op. cit., 2012.

¹⁵⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. Op. cit., 2016.

B. O referido dispositivo possibilitou ao STF, em caso de multiplicidade de Recursos Extraordinários respaldados em idêntica controvérsia jurídica, analisar a repercussão geral por amostragem.

Caberia, assim, ao Tribunal de origem, selecionar um ou mais recursos representativos, suspendendo os demais até o pronunciamento do STF sobre a existência do pressuposto da Repercussão Geral. Caso fosse negada, os recursos sobrestados seriam inadmitidos (art. 543-B, §§ 1º e 2º, do CPC/73).

Na hipótese de reconhecimento de repercussão geral, e consequente apreciação do mérito, tais recursos seriam reanalisados pelos Tribunais, que poderiam declará-los prejudicados, ou exercer juízo de retratação (art. 543-B, § 3º, do CPC/73).

Se o acórdão contrário à orientação firmada fosse mantido pelo Tribunal de origem, e o Recurso Extraordinário admitido, o STF poderia cassar ou reformar liminarmente a decisão guerreada, nos termos do Regimento Interno, de acordo com o § 4º do referido artigo.

Em 2008, a Lei nº 11.672/2008 regulamentou procedimento semelhante para o julgamento de Recursos Especiais Repetitivos, conforme determina o art. 543-C, do CPC/73. Previa o artigo e seus parágrafos que na ocorrência de multiplicidade de recursos versando sobre idêntica questão de Direito, o presidente do Tribunal de origem deveria admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao STJ, suspendendo os demais (art. 543-C, § 1º, do CPC/73). Tal providência também poderia ser tomada pelo ministro Relator, podendo determinar a suspensão nos Tribunais de Segunda Instância dos recursos pendentes (art. 543-C, § 2º, do CPC/73).

Julgado e publicado o acórdão, os recursos sobrestados na origem teriam seguimento negado, caso a decisão guerreada estivesse de acordo com a tese firmada. Na hipótese contrária, de divergência entre a decisão e o paradigma, os recursos seriam novamente examinados pelo Tribunal de origem (art. 543-C, § 7º, do CPC/73). Nesta última, se fosse mantido julgado divergente, proceder-se-ia ao exame de admissibilidade.

Ressalta-se que os §§ 4º e 5º do artigo sob comento previam a oitiva do Ministério Público e, de acordo com a matéria, manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.

Sobre o procedimento dos Recursos Repetitivos, é correta a ponderação de Humberto Theodoro Júnior ao afirmar que “consiste – diante da constatação de uma mesma questão de direito figurar numa série numerosa de recursos – na possibilidade de selecionar um ou alguns dele para seu julgamento servir de padrão ou paradigma”¹⁵⁹. O autor afirma, ainda, que o procedimento não deve ser visto apenas como técnica de lidar com a litigiosidade repetitiva, mas, sim, voltado à padronização e uniformização da lei¹⁶⁰.

3.2.3.3 Procedimento

Não se pretende, neste estudo, esmiuçar o procedimento dos Recursos Especiais e Extraordinários Repetitivos, far-se-á apenas observações, haja vista a descrição do rito sob a égide do Código de Processo Civil, de 1973, no item anterior, e semelhanças com o Novo Código de Processo Civil.

O art. 1036, do CPC, prescreve que sempre que houver multiplicidade de Recursos Extraordinários ou Especiais com fundamento em idêntica questão de Direito, haverá afetação para julgamento sob o rito dos Recursos Repetitivos. A literalidade da redação do dispositivo sob comento aparenta ser cogente, de forma que o Tribunal Superior poderia apenas deixar de aplicar fundamento em que não há repetitividade¹⁶¹.

Didaticamente, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero¹⁶² elencam cinco estágios do procedimento dos Recursos Repetitivos, a saber: (i) escolha dos recursos de mesma controvérsia de Direito (art. 1.036, do CPC); (ii) decisão de afetação pelo relator do Tribunal Superior (art. 1.037, do CPC); (iii) instrução da controvérsia (art. 1.038, do CPC)¹⁶³; (iv) julgamento da questão de Direito afetada; (v) aplicação da tese firmada nos processos sobrestados e futuros (art. 1.039 e 1.040, do CPC).

¹⁵⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: execução forçada, processo nos tribunais e direito intertemporal*. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. III, 2016, p. 1144.

¹⁶⁰ Id., *ibid.*, p. 1146.

¹⁶¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Op. cit.*, 2017, pp. 1751-3.

¹⁶² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Manual do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019 (edição eletrônica), 2019.

¹⁶³ O art. 1.038, do CPC, estabelece as providências do relator para promover o contraditório, tema a ser abordado no capítulo 5 desta dissertação.

A verificação de existência de multiplicidade de recursos sob a mesma fundamentação de Direito pode ser auferida pelo presidente ou vice do Tribunal de origem. Com a seleção, será determinada a suspensão de todos os processos pendentes que tramitem sob a área de jurisdição do respectivo Tribunal (art. 1.036, § 1º, do CPC). O art. 1.036, § 5º, do CPC, estende ao ministro Relator a possibilidade de afetação de recursos para julgamento sob rito repetitivo, independente de iniciativa do presidente ou vice do Tribunal *a quo*.

A propósito, por uma questão de hierarquia, caso o ministro Relator do Tribunal Superior não verifique a repetitividade e, conseqüentemente, não proceda a afetação, comunicará o presidente ou vice do Tribunal de origem, encerrando-se a suspensão (art. 1.037, § 1º, do CPC). Ainda, na hipótese de afetação da tese, a escolha dos paradigmas, pelo Tribunal de segunda instância, não vincula o Tribunal Superior, nos termos do art. 1.036, § 4º, do CPC.

Nessa esteira, o parágrafo único do art. 988, do CPC, que prevê que a desistência do recurso afetado sob o rito dos repetitivos não impede que o Tribunal proceda a análise da questão de Direito.

Foi o que restou decidido no REsp 10767237/SP¹⁶⁴, julgado sob o rito repetitivo, ainda sob a égide do Código de Processo Civil, de 1973, em que o recorrente apresentou desistência. Prosseguiu-se a apreciação da questão de Direito, apenas não houve a segunda parte do julgamento, qual seja, a decisão do caso concreto.

Trata-se de medida de economia processual e preservação do interesse público, uma vez que, como dito anteriormente, ao julgar recursos repetitivos os Tribunais Superiores exercem a função paradigmática, resguardando a segurança jurídica e isonomia.

Caso o ministro Relator constate a repetitividade, reunidos os recursos selecionados¹⁶⁵, afetará a questão para julgamento. A decisão de afetação¹⁶⁶ deve

¹⁶⁴ STJ. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1067237/SP. Rel. ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 24/06/2009, DJe 23/09/2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=897656&num_registro=200801159861&data=20090923&formato=PDF. Acesso em: 12 set. 2019.

¹⁶⁵ Pondera Humberto Theodoro Júnior que deve ser privilegiado aquele recurso com melhor argumentação e discussão acerca da questão, incumbindo ao julgador “fazer análise, rápida e superficial, da qualidade das peças, para fins de afetação” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., 2016, p. 1.148).

¹⁶⁶ Havendo mais de uma decisão de afetação, haverá prevenção ao Relator que tiver proferido referida decisão (art. 1.037, § 3º, do CPC).

identificar com precisão a questão de julgamento (art. 1.037, I, do CPC), e estender a suspensão de todos os processos pendentes ao território nacional (art. 1.037, II, do CPC). Cabe ao Relator, também, requisitar informações aos presidentes ou vice-presidentes dos Tribunais de Justiça ou regionais federais a fim de obter a remessa de recursos representativos de controvérsia. Para Teresa Arruda Alvim Wambier e Bruno Dantas, esta última visa reduzir o déficit democrático na formação de precedente¹⁶⁷.

As partes serão intimadas da decisão de suspensão do seu processo, promovida pelo Juiz ou Relator competente, sendo solicitado que demonstrem a distinção entre o caso concreto e o afetado, requerendo o prosseguimento do seu processo (arts. 1.037, §§ 8º e 9º, do CPC).

O requerimento será dirigido ao Juiz, se o processo tramitar em Primeiro Grau; ao Relator, se no Tribunal de origem; ao Relator, também, caso o recurso siga em fase de Recurso Especial ou Extraordinário, no entanto, ainda no Tribunal de Segundo Grau; e, finalmente, ao ministro Relator, caso os autos já estejam no Tribunal Superior (art. 1.037, § 10, do CPC).

Oportunizado o contraditório (art. 1.037, § 11, do CPC), reconhecida a distinção, o processo terá prosseguimento na forma do § 12 do referido artigo. Da decisão que resolver se há ou não distinção, caberá Agravo de Instrumento, se proferida em primeiro grau, ou Agravo Interno, se proferida por Relator (art. 1.037, § 13, do CPC).

O art. 1.038, do CPC, estabelece as providências do Relator. Dentre elas, há a possibilidade de solicitação ou admissão de pessoas interessadas para manifestação. Dentre elas, a intervenção de *amicus curiae*, justificável pela multiplicidade de interesses. Ensina Humberto Theodoro Júnior que o interesse não deve ser necessariamente jurídico, como na assistência, mas qualquer tipo de interesse, seja social, moral, econômico ou político¹⁶⁸. A audiência pública é a oportunidade para a oitiva das partes e demais interessados, tendo finalidade de instruir o procedimento.

Após tais diligências, será intimado o Ministério Público para pronunciar o Parecer. Transcorrido o prazo de manifestação, será elaborado o relatório e remetido aos demais ministros, bem como incluído em pauta.

¹⁶⁷ Comentários ao art. 1.037 em WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. Op. cit., 2016.

¹⁶⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., 2016, pp. 1556-8.

O acórdão do julgamento deverá ser fundamentado com a análise dos fundamentos relevantes da tese discutida juridicamente (art. 1.038, § 5º, do CPC).

3.2.3.4 Aplicação da tese e vinculação

Os arts. 1.039 a 1.041, do CPC, tratam da aplicação da tese firmada no julgamento dos Recursos Representativos de Controvérsia. O primeiro é destinado aos Tribunais Superiores, cujos órgãos colegiados declararão prejudicados os demais recursos sob idêntica fundamentação ou, então, os decidirão de acordo com orientação firmada. Na hipótese de Recurso Extraordinário, o parágrafo único do art. 1.039, do CPC, prevê que caso for negada a repercussão geral no recurso paradigma, os sobrestados restarão inadmitidos automaticamente.

Conquanto aos Recursos Extraordinários ou Especiais sobrestados no Tribunal de origem, caberá ao presidente ou vice-presidente, negar seguimentos aos recursos cujo acórdão recorrido coincida com a orientação pretoriana (art. 1.040, I, do CPC).

As câmaras e turmas que proferiram o acórdão recorrido farão o reexame, exercendo juízo de retratação, na hipótese de divergência da orientação do Tribunal Superior (art. 1.040, II, do CPC). Entendemos a necessidade de prévia intimação das partes para manifestação acerca das implicações da tese firmada no caso concreto, nos termos dos arts. 9º e 10, do CPC.

Não obstante aos processos pendentes de julgamento em primeiro e segundo grau, o procedimento deverá ser retomado para aplicação da tese firmada (art. 1.040, III, do CPC).

O art. 1.040, IV, do CPC, traz previsão semelhante ao art. 985, § 2º, do CPC, referente a questões relativas ao Serviço Público. Referidos dispositivos prescrevem a comunicação ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização, por parte dos entes sujeitos à regulação, da efetiva aplicação da tese adota. Trata-se de interessante mecanismo para incentivo da aplicação da orientação pretoriana em sede extrajudicial, evitando-se demandas desnecessárias. Reitera-se, contudo, que não se trata de vinculação dos órgãos administrativos.

O art. 1.041, do CPC, trata de eventual recusa por parte dos tribunais de origem de se adequar ao entendimento do STJ e STF. Neste caso, o recurso, caso

admissível, deve ser remetido aos Tribunais Superiores, na forma do art. 1.036, § 1º, do CPC.

Ademais, além dos casos sobrestados, é importante ressaltar que o entendimento fixado será aplicado em demandas futuras.

Nos termos do art. 927, III, do CPC, os acórdãos dos julgamentos de Recursos Repetitivos Extraordinários e Especiais serão observados pelos juízes e Tribunais. Há, no CPC, vários dispositivos que prestigiam a referida observância.

O art. 332, II, do CPC, prevê o julgamento de improcedência liminar do pedido, caso o pedido inicial contrarie acórdão proferido em Recursos Repetitivos. O art. 496, § 4º, II, do CPC, afasta a necessidade de remessa necessária quando a sentença estiver em consonância com a tese firmada em Recursos Repetitivos.

Em sede dos Tribunais, incumbe ao Relator negar provimento ao recurso contrário ao Acórdão de Julgamento de Recursos Repetitivos, bem como é mitigada a necessidade de colegiado em caso de recursos em consonância com tal entendimento (art. 932, IV, b e V, b, do CPC).

Ainda o art. 1.030, do CPC, prevê que o presidente ou vice do Tribunal de Segundo Grau, em juízo de admissibilidade de Recursos Excepcionais, deve negar seguimento àquele cujo acórdão esteja em conformidade com tese fixada em Recursos Repetitivos. No mesmo sentido, é excludente de cabimento do Agravo em Recurso Especial ou Recurso Extraordinário decisão do presidente ou vice que inadmite o recurso, fundamentada em entendimento firmado em julgamento de Recursos Repetitivos (art. 1.042, do CPC).

3.2.4 Conceito de Repetitividade

O legislador não definiu, em termos de quantidade, o que seria repetitivo. Há convergência na doutrina de que não é preciso alcançar números relevantes, bastando dezenas¹⁶⁹, uma vez que não justificaria aguardar o congestionamento do Judiciário.

Nesse sentido, reproduz-se o enunciado nº 87, do Foro Permanente de Processualistas Civis:

¹⁶⁹ Teresa Arruda Alvim Wambier comenta o art. 976 (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. cit., 2016; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., 2017, p. 1496).

A instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica¹⁷⁰.

No processo-piloto alemão, *Musterverfahren*, após o pedido de instauração, aguarda-se o período de quatro meses. Se durante esse tempo houver mais nove demandas idênticas, totalizando dez, estará preenchido o requisito da repetitividade¹⁷¹. Artur Cesar Souza¹⁷², em monografia sobre o tema, sugere a adoção dos critérios utilizados para o cabimento do *Musterverfahren*, qual seja, a interposição de, ao menos, dez processos em quatro meses.

O número de processos repetitivos no país costuma ser bastante alto. Segundo dados do CNJ¹⁷³, o tema Recurso Especial Repetitivo, com maior número de processos sobrestados, é o nº 731, do STJ, afeto à possibilidade de a Taxa Referencial (TR) ser substituída como índice de correção monetária dos saldos das contas vinculadas ao FGTS, em que foram sobrestados 407.280 processos.

No âmbito do IRDR, destacou-se o tema nº 9 do Tribunal de Justiça de São Paulo, que previu a inclusão das tarifas de uso do sistema de distribuição e transmissão (Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição – TUSD, e Tarifa de Uso da Transmissão – TUST) na base de cálculo do ICMS, sendo suspensos 55.458 processos.

Inobstante esses elevados números, pela observação do Banco de Dados do Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios (BNPR), mantido pelo CNJ, para o STJ não é necessário que o número de processos chegue às centenas.

Cita-se, como exemplo, o Recurso Repetitivo nº 1.014, pendente de julgamento, com o tema “Inclusão de Serviços de Capatazia na Composição do Valor Aduaneiro” e, pelas informações do CNJ, há apenas 33 processos

¹⁷⁰ ENUNCIADOS DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Op. cit., 2017.

¹⁷¹ O procedimento do *Musterverfahren* difere do IRDR, uma vez que após a sugestão das partes ou do próprio juízo de ofício de instauração de procedimento-piloto, pedido esse publicado na imprensa, aguarda o período de seis meses. Em havendo mais nove pedidos no mesmo sentido, é cabível o *Musterverfahren*. É o que prevê o art. 6º da Lei regulamentadora (DEUTSCHER BUNDESTAG. *Audiência Pública para reforma na Lei Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes*. Disponível em: http://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Bibliothek/Gesetzesmaterialien/17_wp/KapMuGReform/wortproto.pdf?__blob=publicationFile. Acesso em: 11 maio 2017.

¹⁷² SOUZA, Artur Cesar de. *Resolução de demandas repetitivas*. São Paulo: Almedina, 2015b (versão eletrônica).

¹⁷³ CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório do Banco Nacional de Dados de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios*. Brasília, 2018, pp. 20-8.

sobrestados no país. Da mesma forma, o Recurso Repetitivo, cujo tema afetado foi a “Legitimidade de ICMS sobre o valor pago a título de ‘Demanda Contratada’ de Energia Elétrica”, teve 34 processos sobrestados.

Percebe-se que para o STJ bastam algumas dezenas de processos de idêntica questão de Direito para serem considerados repetitivos. Tendo em vista a função do sistema de promover a racionalização do Judiciário e, ainda, evitar o congestionamento, acredita-se ser prudente não aguardar que a repetição chegue às centenas, sob pena de esvaziar a função dos julgamentos repetitivos.

3.2.5 Julgamentos Repetitivos e Ações Coletivas

Convivem no sistema brasileiro os julgamentos repetitivos e as ações coletivas, e ambos tutelam interesses de várias pessoas que não atuam formalmente no processo¹⁷⁴.

As ações coletivas são disciplinadas pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei da Ação Civil Pública, e constituem mecanismo de tutela dos interesses coletivos, classificados em três espécies: difusos, coletivos em sentido estrito e individual homogêneo.

Os interesses difusos são aqueles indivisíveis, cujos titulares são indeterminados ou indetermináveis, relacionando-se entre si por circunstâncias fáticas. É, por exemplo, o direito ao ar saudável, ao ambiente não poluído, e à propaganda não enganosa.

Os interesses coletivos, em sentido estrito, são aqueles relacionados a um grupo, categoria ou classe de pessoas, unidos por uma relação jurídica-base, cujos sujeitos são determináveis. Um exemplo é a defesa de interesses de moradores de um mesmo condomínio.

Por fim, os direitos ou interesses individuais homogêneos possuem objeto divisível, e seus titulares são pessoas determinadas, o que permite a defesa em juízo individualmente por cada titular¹⁷⁵. A via coletiva é facultada para facilitação

¹⁷⁴ A ausência de atuação de afetados pelo julgamento diferencia as ações coletivas e julgamentos repetitivos do litisconsórcio, em que o atingido pela sentença é parte do processo.

¹⁷⁵ Segundo José Carlos Barbosa Moreira, são direitos acidentalmente coletivos (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. *In: Temas de Direito Processual*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, pp. 195-6).

do acesso à Justiça e economia processual¹⁷⁶. Um exemplo são os danos materiais dos moradores da cidade de Brumadinho, MG, em razão da ruptura da barragem, ocorrida no início de 2019.

Em relação a esse último, Teresa Arruda Alvim Wambier¹⁷⁷ aponta a vocação dos julgamentos repetitivos para gerenciamento dos conflitos individuais homogêneos¹⁷⁸. Deveras, é uma excelente forma, haja vista que a violação aos direitos individuais homogêneos tende a gerar repetitividade.

Inobstante vocação, os julgamentos repetitivos não são restritos aos interesses coletivos. Como exemplo cita-se o IRDR, tema 3, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em que firmou tese de termos de Direito Comercial e Processual entre particulares, ou seja:

Admite-se a interposição de ação monitória para cobrança de duplicata sem aceite, sem que seja requisito essencial apresentar nos autos o comprovante de entrega e recebimento da mercadoria, uma vez que a comprovação poderá ser feita por outros meios no curso da instrução probatória, não se excluindo, contudo, a possibilidade da formação da convicção motivada do magistrado, que poderá determinar, diante da verificação de não idoneidade da prova a conversão do procedimento após emenda da inicial (art. 700, § 5º, NCPC).

Relevante, portanto, fazer algumas distinções. A primeira é que tanto o IRDR como os Recursos Repetitivos fixam tese de Direito. Nas ações coletivas, por sua vez, conhece-se e julga-se fatos. Dessa forma, em sede de julgamento repetitivo, prevalece a repetitividade da questão de Direito em detrimento do pedido e causa de pedir¹⁷⁹.

Há, ainda, relevante distinção quanto aos efeitos: a sentença da ação coletiva em relação aos direitos individuais homogêneos faz coisa julgada *erga omnes*, na hipótese de procedência do pedido. Essa decisão faz título executivo, cabendo liquidação e execução individual.

¹⁷⁶ Observação feita por Sofia Temer para demonstrar que os direitos individuais homogêneos não são materialmente coletivos, de forma que a natureza não impede que sejam veiculados em processos individuais (TEMER, Sofia. Op. cit., 2016, p. 55).

¹⁷⁷ Teresa Arruda Alvim Wambier comenta o art. 976 (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. cit., 2016).

¹⁷⁸ Faz-se a ressalva de que os julgamentos coletivos não tutelam apenas direitos individuais homogêneos, uma vez que se pode julgar sob tal sede questões processuais ou mesmo de direitos puramente individuais, como a obrigação do fiador em locação.

¹⁷⁹ TEMER, Sofia. Op. cit., 2016, p. 52.

Nos julgamentos repetitivos é julgada a “causa-piloto” e fixada tese de Direito, que não se trata de título executivo, mas de “ponto de partida” para decisão futura. Dessa forma, inobstante as semelhanças, cada uma das técnicas tem seu espectro próprio.

3.3 INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA (IAC)

O Incidente de Assunção de Competência (IAC) é previsto em um único artigo do Código de Processo Civil, o art. 947. Guarda semelhança com o Incidente de Uniformização de Jurisprudência, regido pelos arts. 476 e seguintes do Código de Processo Civil de 1973¹⁸⁰, na medida em que ambos preveem o deslocamento da competência para órgão colegiado do Tribunal para firmar interpretação acerca de matéria de Direito.

A finalidade do Incidente de Uniformização de Jurisprudência era “provocar o prévio posicionamento do tribunal de segundo ou superior grau acerca da interpretação de determinada tese ou de norma jurídica, quando a seu respeito ocorre divergência”¹⁸¹. O referido incidente, no entanto, teve limitado emprego pelos Tribunais¹⁸².

O IAC, em comparação ao precursor, teve contornos relativos à vinculação e ao cabimento. Em relação à vinculação, prevê o CPC/2015 que a tese vinculará todos os juízes e órgãos fracionários daquele Tribunal (art. 947, § 3º, do CPC), enquanto no antigo ordenamento o julgamento seria objeto da Súmula do Tribunal¹⁸³, constituindo precedente, ou seja, era meramente persuasivo (art. 479, do CPC/1973).

Já em relação ao cabimento, o Incidente de Uniformização de Jurisprudência era previsto em duas hipóteses, trazidas no art. 476, do CPC/1973. Pelo dispositivo,

¹⁸⁰ A doutrina relata resistência dos Tribunais em relação a esse incidente, existindo poucos casos durante a vigência do Código de Processo Civil (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., 2017). José Rogério Cruz e Tucci afirma que, “Na verdade, o limitadíssimo emprego da tradicional uniformização de jurisprudência tem como principal obstáculo os principais componentes dos tribunais, infensos em aceitar a atualidade da divergência pelo inescandível temor de imaginada influência recíproca, *intra muros*, consistente na eficácia vinculante nos futuros julgamentos” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 265).

¹⁸¹ Id., *ibid.*, p. 259.

¹⁸² Id., *ibid.*, p. 265.

¹⁸³ Rememora-se que sob a égide do Código de Processo Civil, de 1973, os enunciados de súmula e orientações do Tribunal não vinculavam os órgãos hierarquicamente subordinados.

competia ao juiz de Segundo Grau, ao dar o voto, solicitar o pronunciamento prévio do Tribunal a respeito de questão de Direito, quando houvesse divergência a respeito da sua interpretação (art. 476, I, do CPC/1973). A segunda hipótese ocorria nos casos em que, no julgamento recorrido, a interpretação dada fosse diversa de órgão fracionário ou pleno daquele mesmo Tribunal.

O IAC, como se verá mais adiante, é cabível em duas conjecturas: na presença de relevante questão de Direito, com grande repercussão social ou, em havendo questão de Direito em que seja conveniente a prevenção ou composição de divergência entre órgãos fracionários de um mesmo Tribunal.

A vinculação e o cabimento são justamente elementos conceituais do IAC, conforme definição de Vinicius Silva Lemos Lemos:

O IAC é um meio processual incidental de formação de precedente vinculante, com o intuito de compor ou prevenir divergência quando houver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem multiplicidade, em recurso, remessa necessária ou ação de competência originária¹⁸⁴.

No mesmo sentido, Daniel Amorim Assunção Neves¹⁸⁵ afirma que o IAC se basta a transferir a competência de um órgão fracionário¹⁸⁶ a um órgão pleno para o julgamento de recurso, reexame necessário ou processo de competência originária. Já Humberto Theodoro Júnior pondera que a assunção pelo pleno ou órgão especial do Tribunal ocorre em razão de a repercussão social da questão a ser apreciada ultrapassar o interesse individual das partes, exigindo tratamento uniforme em casos futuros¹⁸⁷.

O Código de Processo Civil não determinou procedimento para o IAC, delegando-o para os Regimentos Internos dos Tribunais. Observa que mesmo antes da vigência do CPC/15, o art. 14¹⁸⁸ do Regimento Interno do STJ já previa a assunção de competência.

¹⁸⁴ LEMOS, Vinicius Silva. *O incidente de assunção de competência da conceituação à procedimentalidade*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 67.

¹⁸⁵ NEVES, Daniel Amorim Assunção. Op. cit., 2017, p. 1437.

¹⁸⁶ Sobre a transferência de competência, Luiz Guilherme Marinoni questiona a violação do princípio do juiz natural (MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre o incidente de assunção de competência. *Revista de Processo*, v. 260, out. 2016c. Versão eletrônica).

¹⁸⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 2015.

¹⁸⁸ "Art. 14. As Turmas remeterão os feitos de sua competência à Seção de que são integrantes: I - quando algum dos ministros propuser revisão da jurisprudência assentada em Súmula pela Seção;

3.3.1 Hipóteses de Cabimento

O Código de Processo Civil, de 2015, determina em duas hipóteses o cabimento do IAC nos processos no Tribunal, seja em razão de recurso, remessa necessária ou competência originária.

A primeira consta no *caput* do art. 947, quando há relevante questão de Direito com grande repercussão social, mas sem repetição de processos.

Sobre o conceito de “questão de Direito com grande repercussão social”, ensina Osmar Mendes Paixão Côrtes:

é aquela diferenciada, distinta de questões corriqueiras e ordinárias que, embora não repetida em inúmeros outros processos, impacta a sociedade – repercussão social. É a questão que, por exemplo, uma vez definida, pode importar em mudanças de rumo em políticas públicas, aumento de preços, que pode afetar grupos de pessoas consumidores, empresas, etc¹⁸⁹.

Da mesma maneira, o impacto à sociedade, para Luiz Guilherme Marinoni, é característica essencial da questão de Direito com grande repercussão social¹⁹⁰. Segundo o autor, o legislador quis evidenciar o excepcional relevo da matéria sob apreciação nas perspectivas política, religiosa, cultural e econômica¹⁹¹.

O art. 947, § 2º, do Código de Processo Civil, prevê que o órgão colegiado, que assumiu a competência, em razão do IAC, julgará o recurso, remessa necessária ou processo de competência originária se “reconhecer interesse público na assunção de competência”.

II - quando convier pronunciamento da Seção, em razão da relevância da questão, e para prevenir divergência entre as Turmas da mesma Seção; III - nos incidentes de assunção de competência.”

¹⁸⁹ Comentários de Osmar Mendes Paixão Cortes ao art. 947 (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015).

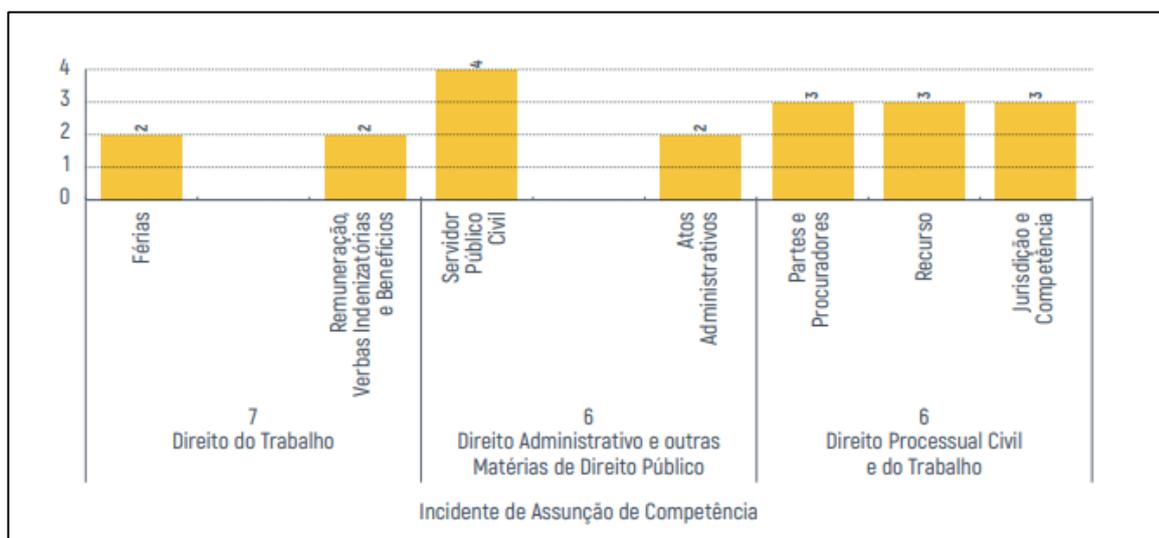
¹⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., 2016c.

¹⁹¹ Sobre a repercussão social, relevante enunciado no Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Enunciado 469. (Art. 947). A ‘grande repercussão social’, pressuposto para a instauração do incidente de assunção de competência, abrange, dentre outras, repercussão jurídica, econômica ou política. (Grupo: Precedentes, IRDR, Recursos Repetitivos e Assunção de competência)”. (ENUNCIADOS DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Op. cit., 2017).

Para Luiz Guilherme Marinoni, o interesse público não é mais um requisito de cabimento do IAC, mas “a necessidade de que haja repercussão social na solução da questão e que essa solução implique interesse público”^{192,193}.

Em 2018, o CNJ divulgou o “Relatório do Banco Nacional de Dados de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios”. Dentre os assuntos, foram divulgados os assuntos mais recorrentes nos diversos incidentes em âmbito nacional. No IAC foram os seguintes, sumarizados no gráfico a seguir reproduzido¹⁹⁴:

Figura 1. Assuntos mais requerentes nos Incidente de Assunção de Competência (IAC) em nível nacional (2018)



Fonte: CNJ (2018, p. 17).

A segunda hipótese para instauração do IAC é prevista pelo § 4º do art. 947, do CPC/15, de seguinte redação “Aplica-se o disposto neste artigo quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal”. Ou seja, prevê o legislador o cabimento do incidente quando houver conveniência na composição ou prevenção de divergência entre órgãos fracionários do Tribunal.

¹⁹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Manual do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019 (edição eletrônica).

¹⁹³ Em sentido semelhante, entende Teresa Arruda Alvim Wambier, ao comentar o § 2º do art. 947, que o Tribunal deve admitir o IAC “quando presentes os pressupostos, e não só quando houver interesse público – como diz esse inciso –, ao que parece referindo-se ao interesse social” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. cit., 2016, p. 947).

¹⁹⁴ CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Relatório do Banco Nacional de Dados de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios. Brasília, 2018, p. 17.

Há, ainda, pressuposto negativo, qual seja, a ausência de repetitividade, conforme *caput do art. 947*. Acerta Luiz Guilherme Marinoni quando afirma que a questão não precisa ser isolada, uma vez que se o fosse, não teria relevância social; o que se impõe é que não seja massiva e constante no cotidiano do Judiciário¹⁹⁵.

Observa-se que, diferente dos mecanismos de julgamento repetitivos, especialmente o IRDR, estudados anteriormente, o IAC não tem função primordial no gerenciamento de conflitos de massa, embora possa ser utilizado para isso¹⁹⁶.

Segundo Daniel Amorim Assumpção Neves, embora ambos – o IAC e o IRDR – tenham objetivo de criar precedente com eficácia vinculante, cada um tem seu campo pré-determinado de atuação^{197,198}.

3.3.2 Procedimento

Apesar de o Código de Processo Civil de 2015 delegar grande parte da regulamentação do procedimento do IAC aos Regimentos Internos de cada Tribunal, existem alguns vetores. O incidente pode ser suscitado por ofício, pelo Relator ou a requerimento da parte, Ministério Público ou Defensoria Pública.

Uma vez proposto, há dupla admissibilidade. A primeira pelo órgão competente originário, que julga o processo; a segunda, nos termos do § 2º do art. 947, do CPC, pelo Órgão Especial ou pleno do Tribunal, a depender do Regimento Interno.

Em relação ao procedimento, entendemos pela aplicação analógica dos arts. 976 e seguintes, do CPC, que regulam o IRDR¹⁹⁹. Isso porque a decisão é capaz de gerar precedente obrigatório, devendo haver meios de ampliação do contraditório²⁰⁰. O referido entendimento foi enunciado no Fórum Permanente de Processualistas Civis:

¹⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., 2019.

¹⁹⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. cit., 2016, p. 947.

¹⁹⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., 2017, p. 1436.

¹⁹⁸ Há divergência em relação à fungibilidade do IAC e IRDR. O Enunciado 334 do Fórum Permanente de Processualistas Civis afasta a fungibilidade. Já Vinicius Silva Lemos, em monografia sobre o IAC, defende a fungibilidade.

¹⁹⁹ Nesse sentido THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., 2016, p 811-2.

²⁰⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., 2017, p. 1439; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., 2019.

201. (Arts. 947, 983 e 984). Aplicam-se ao incidente de assunção de competência as regras previstas nos arts. 983 e 984. (*Grupo: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Assunção de Competência*)²⁰¹.

Diferente do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade, no IAC não há cisão do julgamento. Ou seja, o órgão julga o recurso, remessa necessária ou processo de competência originária, sem cisão, devendo ser decidida a questão de direito e o mérito da lide.

Dessa forma, observa Luiz Guilherme Marinoni, que pode ser decidida a questão em favor do requerido, inobstante o recurso ser julgado procedente, por fundamentos outros²⁰².

3.3.3 Vinculação

O § 3º do art. 947 do Código de Processo Civil de 2015 prevê que “o acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.” A leitura desse artigo, conjuntamente com os arts. 332, III; 927, III; e 988, IV, revela a obrigatoriedade dos órgãos hierarquicamente ao respectivo Tribunal.

Nessa esteira, o ministro Paulo de Tarso Sanseverino, no voto em Acórdão que admitiu o IAC de Tema nº 5, de sua relatoria, abriu prazo para intervenção de *amicus curiae*, justificando que “esse incidente possui uma força vinculante maior que a do recurso repetitivo, na medida em que esta Corte Superior pode revisar diretamente, via reclamação, decisões contrárias à tese fixada em IAC”²⁰³.

Em relação à ressalva do § 2º do art. 947, do CPC, de que se houver revisão da tese, não haverá modificação, trata-se de demonstração do legislador de que o incidente não engessa a jurisprudência. Deve-se, no entanto, ressaltar que não é desejável que a tese seja revista em curto espaço de tempo²⁰⁴. O dispositivo sob comento faz a ressalva de que pode haver revisão da tese.

²⁰¹ ENUNCIADOS DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Op. cit., 2017.

²⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., out. 2016c (versão eletrônica).

²⁰³ STJ. Superior Tribunal de Justiça. *Proposta de Afetação no Recurso Especial*. ProAfR no REsp 1799343/SP. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/698753759/proposta-de-afetacao-no-recurso-especial-proafr-no-resp-1799343-sp-2018-0301672-7>. Acesso em: 12 set. 2019.

²⁰⁴ Conforme comentários de Osmar Mendes Paixão ao art. 947 (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. cit., 2015).

3.3.4 Os Incidentes de Assunção de Competência admitidos no STJ

A fim de verificar o que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) considera “relevante questão de direito”, estudou-se os IACs admitidos até o momento. Até a presente data (01/11/2019), foram admitidos cinco, sendo julgados três, dos quais apenas um recebeu certificação de trânsito em julgado.

O primeiro IAC conhecido pelo STJ – o REsp 1.604.412/SC – foi suscitado de ofício pelo ministro Relator Marco Aurélio Belizze. O julgamento objetivou determinar se a intimação do credor era necessária para fins de prescrição intercorrente.

A fim de justificar, o ministro ponderou divergência entre as Turmas da Segunda Seção do STJ, de que a questão seria apenas de Direito. Afirmou ser a matéria de interesse social, uma vez norma cogente.

Em relação ao Acórdão que julgou o IAC, tal como os Recursos Repetitivos, o julgamento do feito foi destacado do julgamento da tese, de forma que no item 1 da emenda²⁰⁵ estabeleceu-se a tese e no item 2 a apreciação do Recurso Especial em si.

O tema 2 é relativo à extensão da prescrição ânua do segurado contra o segurador, estabelecida no art. 206, § 1º, II, do Código Civil. O IAC terá por objetivo fixar a interpretação se o prazo prescricional se der apenas nas ações

²⁰⁵ RECURSO ESPECIAL. INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. CABIMENTO. TERMO INICIAL. NECESSIDADE DE PRÉVIA INTIMAÇÃO DO CREDOR-EXEQUENTE. OITIVA DO CREDOR. INEXISTÊNCIA. CONTRADITÓRIO DESRESPEITADO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. As teses a serem firmadas, para efeito do art. 947 do CPC/2015 são as seguintes: 1.1- Incide a prescrição intercorrente, nas causas regidas pelo CPC/73, quando o exequente permanece inerte por prazo superior ao de prescrição do direito material vindicado, conforme interpretação extraída do art. 202, parágrafo único, do Código Civil de 2002. 1.2- O termo inicial do prazo prescricional, na vigência do CPC/1973, conta-se do fim do prazo judicial de suspensão do processo ou, inexistindo prazo fixado, do transcurso de um ano (aplicação analógica do art. 40, § 2º, da Lei 6.830/1980). 1.3- O termo inicial do art. 1.056 do CPC/2015 tem incidência apenas nas hipóteses em que o processo se encontrava suspenso na data da entrada em vigor da novel lei processual, uma vez que não se pode extrair interpretação que viabilize o reinício ou a reabertura de prazo prescricional ocorridos na vigência do revogado CPC/1973 (aplicação irretroativa da norma processual). 1.4- O contraditório é princípio que deve ser respeitado em todas as manifestações do Poder Judiciário, que deve zelar pela sua observância, inclusive nas hipóteses de declaração de ofício da prescrição intercorrente, devendo o credor ser previamente intimado para opor algum fato impeditivo à incidência da prescrição. 2. No caso concreto, a despeito de transcorrido mais de uma década após o arquivamento administrativo do processo, não houve a intimação da recorrente a assegurar o exercício oportuno do contraditório. 3. Recurso especial provido. (STJ. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1604412/SC/2016/0125154-1*. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/616331240/recurso-especial-resp-1604412-sc-2016-0125154-1/relatorio-e-voto-616331253?ref=juris-tabs>. Acesso em: 12 set. 2019).

indenizatórias ou em qualquer pretensão. Foi instaurado de ofício, pelo ministro Relator Luis Felipe Salomão, justificando ser a matéria de Direito e relevante interesse social. Em razão da matéria cível, será apreciado pela Segunda Seção do STJ.

O terceiro IAC²⁰⁶, por sua vez, foi julgado pela Primeira Seção do STJ, haja vista ser de matéria de Direito Público. Foi fixada a tese de que “Não é cabível mandado de segurança contra decisão proferida em execução fiscal no contexto do art. 34 da Lei n. 6.830/80.”

Da mesma forma como os demais, foi instaurado de Ofício pelo ministro Relator Sergio Kukina, que, por voto condutor, justificou a necessidade do IAC em razão da divergência entre as duas Turmas das respectivas seções. Fundamentou-se, portanto, na hipótese do § 4º do art. 947, do CPC. A redação do Acórdão foi dividida em duas partes, uma primeira acerca da tese firmada e a segunda, negando provimento ao Acórdão. O Recurso transitou em julgado.

O quarto IAC (Tema 4) deu-se em Ação Coletiva, interposta no Estado do Rio Grande do Sul. Figuravam no polo ativo Sindicatos do setor rural agrícola e no polo passivo a empresa de alimentos Monsanto. O pedido da Ação era o reconhecimento do direito dos sojicultores brasileiros de reservar sementes transgênicas da espécie de soja RR, sem a obrigação de pagamento de *royalties*, taxas tecnológicas e indenizações. Houve sentença de parcial procedência, reformada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que julgou improcedente o pedido inicial.

A Recorrida, empresa de alimentos Monsanto, peticionou à Relatora ministra Nancy Andrighi, requerendo a instauração do IAC. A Relatora, em voto pela admissão, fundamentou que a questão teria notável interesse público, haja vista vários pedidos de intervenção de diversos *amicis curiae*²⁰⁷, além de existirem 354 sindicatos habilitados na ação coletiva. Ponderou, ainda, que os efeitos do julgamento de mérito poderiam extrapolar até as fronteiras nacionais, com reflexos indiretos na economia, reconhecendo a relevância de submeter a matéria à Segunda Seção do STJ.

²⁰⁶ Houve afetação de dois processos, RMS 54712/SP e RMS 53720/SP.

²⁰⁷ Dentre os *amicis curiae* participaram a Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI) e a Associação de Empresas de Biotecnologia, Agricultura e Agroindústria (AGROBIO).

O julgamento do REsp 1.610.728-RS aconteceu em outubro de 2019, fixando-se a tese de que

as limitações ao direito de propriedade intelectual constantes do art. 10 da Lei 9.456/97 – aplicáveis tão somente aos titulares de Certificados de Proteção de Cultivares – não são oponíveis aos detentores de patentes de produto e/ou processo relacionados à transgenia cuja tecnologia esteja presente no material reprodutivo de variedades vegetais²⁰⁸.

Em relação ao recurso não houve provimento. O trânsito em julgado não foi certificado até o momento.

O mais recente IAC, de tema nº 5, deu-se no bojo do REsp 1.799.343-SP e nos CC 165.863-SP e CC 167.020-SP, todos de Relatoria do ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Caberá à Segunda Seção do STJ decidir se há competência para apreciação de demandas relativas a contrato de plano de saúde assegurado em acordo ou se a convenção coletiva é da Justiça do Trabalho ou Justiça Comum Estadual.

O ministro Relator fundamentou a relevância social da questão de Direito na frequente invalidação de atos processuais, desperdiçando-se tempo com a necessidade de sua repetição. O incidente, admitido em abril de 2019, aguarda julgamento.

Percebe-se que ainda não há parâmetro exato para determinar a relevância social da questão de Direito. A análise das decisões de admissão dos cinco Incidentes de Assunção de Competência (IAC), conhecidos até o momento pelo STJ, revela a utilização da técnica processual a fim de firmar precedente, sem, contudo, definir o conceito da “relevância social”.

²⁰⁸ STJ. Superior Tribunal de Justiça. *Proposta de Afetação no Recurso Especial: ProAfR no REsp 1610728/RS – 2016/0171099-9*. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574632908/proposta-de-afetacao-no-recurso-especial-proafR-no-esp-1610728-rs-2016-0171099-9/inteiro-teor-574632918>. Acesso em: 12 set. 2019.

4 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

4.1 ESCORÇO CONCEITUAL

O art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, elenca o contraditório como garantia individual. É essencial ao processo, permeando sua definição: “processo é um procedimento estruturado em contraditório”²⁰⁹.

A concepção do contraditório, como ocorreu com os demais princípios jurídicos, transformou-se com o passar do tempo. Segundo narra Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, a ideia de que um tribunal poderia processar e julgar uma causa, sem o comparecimento do réu, desde que este tivera tomado conhecimento da ação, de acordo com as formalidades legais surge apenas no Direito romano pós-Clássico. Anteriormente, o juiz romano, caso o requerido não comparecesse por vontade, mostrava-se incapaz de proferir o julgamento²¹⁰.

Com os ideais Iluministas, a monopolização estatal da função de dirimir conflitos e a filosofia *laissez faire*, o contraditório era dado como satisfeito pela audiência bilateral. A concepção de Estado mínimo vedava ao juiz a possibilidade de provocar ampliação do debate²¹¹.

Nesse cenário, concebeu-se o entendimento tradicional de que o contraditório é composto pelo binômio “ciência e resistência” ou “informação e reação”.

Ciência e informação, relacionadas à publicidade, são indispensáveis à validade do processo. Consiste no direito da parte ou interessado ter conhecimento, não só da existência da ação, mas especialmente de todos os atos do

²⁰⁹ Sobre conceito e definição de processo, CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010; ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. Parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. I, 2015.

²¹⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. A garantia do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Porto Alegre, v. 15, 1998.

²¹¹ Id., *ibid*.

procedimento. Essa a razão da existência da citação, bem como das intimações, essas normalmente feitas pela imprensa oficial²¹².

Com a existência da informação, a resistência ou reação devem ser oportunizadas aos interessados. O Estado efetiva a garantia do contraditório, proporcionando à parte ou interessado prazo para manifestação. Excepciona-se, contudo, nas demandas que objetivam direito indisponível, casos em que é exigida a efetiva reação.

Nessa hipótese, segundo Daniel Amorim Assumpção Neves, ainda que a parte se quede inerte, é criada ficção jurídica de que houve reação. O autor exemplifica com a não incidência dos efeitos da revelia, quando a lide versa sobre direitos indisponíveis²¹³.

No decorrer do século XX, o pós-positivismo e o constitucionalismo demandaram maior ação do Judiciário, com a finalidade de garantia dos direitos individuais e acesso à Justiça.

As transformações políticas, jurídicas e sociais outorgaram conflitos mais complexos ao Judiciário. Este, além das demandas tradicionais individuais (brigas de vizinhos, despejos e inadimplementos de contrato), passou a ser incumbido de decisões com potencial de afetar múltiplas pessoas, como por exemplo, a obrigatoriedade de assinatura básica de telefone e questões orçamentárias da Administração Pública.

A atual compreensão emerge do contraditório, e valoriza a possibilidade de influência na decisão. Dessa forma, a doutrina apresenta como fator intrínseco ao contraditório a “possibilidade de influência”.

Nessa perspectiva, para Marcelo José Magalhães Bonício, o contraditório é a garantia das partes de participarem do processo, podendo influir no convencimento do juiz²¹⁴. De forma semelhante, Fredie Didier Jr. afirma haverem

²¹² A respeito da ciência ou informação, percebe-se especial preocupação do legislador processual sobre a intimação para alguns atos processuais, prevendo a necessidade de intimação pessoal da parte, não bastando a publicação em nome do advogado constituído na imprensa oficial. São exemplos o requisito, para aplicação da pena de confesso, de realizar a intimação pessoal da parte para prestar depoimento pessoal (art. 385, § 1º do CPC) e a intimação pessoal do devedor de alimentos para pagar em três dias, mesmo que se trata de cumprimento provisório de sentença em que há advogado constituído (arts. 530 e 531, do CPC).

²¹³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 176.

²¹⁴ BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do processo no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 77-8.

duas dimensões do princípio do contraditório, a saber: a forma, de ser ouvido, e a substancial, do poder de influência²¹⁵.

Trata-se de reflexo do princípio democrático, devendo ser visto como exigência para o exercício da função Judiciária²¹⁶.

Justifica-se a afirmação, uma vez que as decisões judiciais, que têm caráter imperativo e vinculante²¹⁷ aos destinatários, serão tanto mais legítimas quanto à possibilidade de os interessados poderem se manifestar para influenciar a autoridade competente na convicção²¹⁸.

4.2 O CONTRADITÓRIO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O Código de Processo Civil de 2015 versa sobre o contraditório em diversos dispositivos. Percebe-se a preocupação do legislador em garanti-lo, inserindo regras e mecanismos com tal finalidade.

Dentre eles, é relevante o art. 6º, do Código de Processo Civil, que prevê a necessidade de cooperação a fim de atingir justa decisão de mérito. Trata-se de vertente moderna do contraditório, a qual demanda um juiz mais ativo.

Nos arts. 9º e 10, por sua vez, há a ideia de que às partes deve ser oportunizada ampla manifestação acerca de questões jurídicas e de fato, vedando-se a chamada “decisão surpresa”.

O contraditório é mote de vários outros dispositivos, como, por exemplo, o art. 437, § 1º, do CPC, que prevê a necessidade a concessão de prazo de 15 dias para que a parte se manifeste sobre documentos juntados por outrem, ou o art. 138, do CPC, que trata da possibilidade de oitiva de *amicus curiae*.

4.2.1 Arts. 9º e 10 do Código de Processo Civil de 2015

²¹⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

²¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

²¹⁷ Refere-se, aqui, ao processo bilateral entre “A” e “B”, em que a decisão é imperativa às partes.

²¹⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 85-6.

O legislador do Novo Código de Processo Civil demonstrou especial cautela acerca do exercício do contraditório, incumbindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório, conforme determina o art. 7º, do CPC²¹⁹.

Dessa forma, o órgão julgador pode intervir no procedimento para que seja garantida a igualdade processual mediante a promoção do efetivo contraditório²²⁰. Um dos exemplos dessa atuação é a nomeação de curador especial ao incapaz e a redistribuição do ônus da prova.

O art. 9º, do CPC, por sua vez, determina que não será proferida decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida. Pela interpretação do dispositivo, auferiu-se que se houver pronunciamento que beneficie a parte, há procedibilidade de oitiva, justificando o julgamento liminar de improcedência do pedido, sem citação do réu²²¹.

O parágrafo único traz exceções à regra do *caput*, que são a tutela provisória de urgência (inc. I), a tutela da evidência (inc. II), e a expedição de mandado monitório (inc. III). Não se trata, por óbvio, de inexistência de contraditório, mas de postergação, haja vista que referidas tutelas podem ser revistas a qualquer momento mediante a produção probatória.

O art. 10, finalmente, prevê que em qualquer grau de jurisdição, o juiz não pode decidir com base em fundamento, cujas partes não tiveram oportunidade de se manifestar, ainda que seja matéria de ofício²²².

Trata-se de dispositivo com a finalidade de evitar “decisão surpresa”, ou seja, que o juiz forme seu convencimento alicerçado em questão jurídica ou fática sob as quais não houve debate entre as partes²²³.

²¹⁹ “Art. 7º. É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.”

²²⁰ É o que ensina Fredie Didier Jr., prosseguindo para atentar que a regra mal aplicada pode levar à imparcialidade do juiz e ao ativismo judicial. (DIDIER JÚNIOR, Fredie. Op. cit., 2015, p. 85).

²²¹ Daniel Amorim Assumpção Neves criticou a redação desse dispositivo. Segundo o autor, “não há qualquer ofensa em decidir sem que a outra parte tenha sido ouvida, já que a manifestação dela é um ônus processual.” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., 2017, p. 176).

²²² Relata a doutrina crítica dos magistrados a respeito da inserção desse dispositivo no CPC (DIDIER JÚNIOR, Fredie. Op. cit., 2015; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil: procedimento comum, processos nos tribunais e recursos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Versão eletrônica).

²²³ O § 139, II, do ZPO Alemão, prevê que o julgador pode basear a sua decisão em um aspecto que uma parte não se manifestou, ou se manifestou de maneira insuficiente, apenas se intimá-la para pronunciar-se a respeito da questão de fato ou de direito, oportunizando a manifestação. O mesmo se aplica a qualquer aspecto que o julgador interprete de maneira diferente do que as duas partes. (Tradução livre, no original: “2) *Auf einen Gesichtspunkt, den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, darf das Gericht, soweit nicht nur eine Nebenforderung*

A regra não é incompatível com a possibilidade de conhecimento de ofício ou com o princípio do *iura novit cúria*. Permanecem os julgadores a conhecer matérias independentemente de provocação, bem como decidir com fundamentos alheios aos levantados pelas partes. A diferença entre essas providências é a decisão sem a oportunidade de manifestação dos interessados. Os litigantes não podem ser surpreendidos por decisão apoiada em visão jurídica que não tenham visualizado e, portanto, não lhes foi oportunizado o debate²²⁴.

Exemplifica-se: a prescrição é matéria de ordem pública, portanto, cognoscível de ofício. Caso o juiz, após trâmite processual regular e ampla instrução, ao analisar os autos para formulação de sentença, suspeitar da decorrência do prazo prescricional para indenização, deve intimar as partes para se manifestarem sobre o seu escoamento ou não.

Não se trata, contudo, de pré-julgamento. Na realidade, inobstante críticas dos Magistrados, relevadas pelas interpretações dos enunciados da ENFAM²²⁵, não significa atraso no processo. A oportunidade para que as partes exponham e esclareçam fatores relevantes ao julgamento promove decisões mais justas.

Sobre esse assunto, na década de 1970, já ponderava Nicolò Trocker que a garantia do contraditório deve ser considerada, independentemente de o alegado ter sido notificado, de ofício, pelas partes ou pelo próprio juiz²²⁶.

betroffen ist, seine Entscheidung nur stützen, wenn es darauf hingewiesen und Gelegenheit zur Äußerung dazu gegeben hat. Dasselbe gilt für einen Gesichtspunkt, den das Gericht anders beurteilt als beide Parteien”).

²²⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. Op. cit., 1998.

²²⁵ Para exemplificar, colacionam-se os enunciados a seguir: Enunciado 1: Entende-se por “fundamento” referido no art. 10 do CPC/2015 o substrato fático que orienta o pedido, e não o enquadramento jurídico atribuído pelas partes; Enunciado 2: Não ofende a regra do contraditório do art. 10 do CPC/2015, o pronunciamento jurisdicional que invoca princípio, quando a regra jurídica aplicada já debatida no curso do processo é emanção daquele princípio; Enunciado 3: É desnecessário ouvir as partes quando a manifestação não puder influenciar na solução da causa; Enunciado 5: Não viola o art. 10 do CPC/2015 a decisão com base em elementos de fato documentados nos autos sob o contraditório. (ENFAM. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrado. *Seminário: O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil*. Enunciados aprovados. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>. Acesso em: 12 set. 2019).

²²⁶ No original: “*La garanzia di azione e di difesa deve ritenersi lesa soltanto se sia mancata alle parti possibilità di interloquire in ordine ad un fatto o elemento di prova rilevante per la soluzione della controversia: non importa se esso sia stato allegato o introdotto dagli interessati o sia invece stato rilevato d'ufficio dal giudic.*” (TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 386).

O Código de Processo Civil, de 2015, promove contraditório em acordo com a concepção moderna. Nas palavras de Antonio Passos Cabral, o contraditório é formado pelo trinômio “informação-expressão-consideração”²²⁷.

4.2.2 A cooperação processual

O art. 6º do Código de Processo Civil, de 2015, prescreve que: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.” A cooperação como se verá, é princípio relacionado ao do contraditório.

Por essa concepção, os sujeitos do processo – partes, juiz, advogados e outros, como servidores, peritos, etc. – devem esforçar-se, conjuntamente, a fim de atingir decisão justa e efetiva²²⁸.

Cooperação não significa a inexistência de antagonismo entre autor e réu, típica do processo, mas na maior atividade do juiz, a fim de promover a igualdade entre as partes^{229,230}. Verifique-se, nesse sentido, ensinamento de Daniel Mitidiero²³¹:

A colaboração no processo não implica colaboração entre as partes. O modelo de processo pautado pela colaboração visa a outorgar nova dimensão ao papel do juiz na condução do processo. O juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na sua condução e assimétrico apenas quando impõe suas decisões. Desempenha duplo papel: é paritário no diálogo e assimétrico na decisão.

²²⁷ CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *Revista de Processo*, v. 231, maio. 2014 (versão digital).

²²⁸ Pondera Araken de Assis: “Ora, o processo só atinge os fins que lhe são próprios, conforme o objeto litigioso, e, principalmente, legitima-se democraticamente, mediante participação recíproca das partes e do juiz.” (ASSIS, Araken de. Op. cit., 2015, p. 417).

²²⁹ São exemplos a flexibilização do procedimento, a audiência de saneamento compartilhado, a dinamização do ônus da prova. Sobre o gerenciamento do processo, ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. *Gerenciamento do processo e o acesso à justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

²³⁰ Nesse sentido, leciona Eloídio Donizetti que, “O dever de cooperação estaria voltado eminentemente para o magistrado, modo a orientar sua atuação como agente colaborador do processo, inclusive com o participante ativo do contraditório, não mais se limitando a mero fiscal de regra.” (DONIZETTI, Elpidio. *Curso didático de Direito Processual Civil*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 42).

²³¹ MITIDIERO, Daniel. A colaboração como norma fundamental do Novo Processo Civil Brasileiro. *Revista do Advogado*. São Paulo, v. 35, n. 126, maio 2015, pp. 47-52.

Em resumo: com a colaboração pretende-se a reorganização das atribuições das partes e do juiz, objetivando a decisão de mérito com maior qualidade e aproximação do ideal de justiça.

Há, contudo, na doutrina, divergência a respeito da natureza jurídica na cooperação, ou seja, se se trata de modelo²³², dever ou princípio. Não parece ser modelo, ao menos no Ordenamento pátrio, uma vez que exigiria a colaboração das partes e do juiz desde o início do procedimento, decidindo em conjunto as especificidades do rito.

Tampouco se pode afirmar tratar-se de dever, haja vista a ausência de sanções no caso de uma das partes não colaborar. Pondera Flavio Yarshell²³³, a partir da premissa de que a colaboração é uma “consequência natural da nova dimensão do papel reservado ao órgão judicial”, que “não pode e não deve se desvirtuar em justificativa para proliferações de sanção por má-fé.”

Entende-se, portanto, ser um princípio umbilicalmente ligado ao princípio do contraditório. Nesse sentido, a lição de Luigi Paolo Comoglio, que já ensinava sobre o contraditório:

Segundo a concepção tradicional, o princípio do contraditório, no processo civil e administrativo, exprime a exigência do equilíbrio de forças, a posição de igualdade formal entre partes e juiz, traduzindo na necessidade de garantir a ‘capacidade de exercer plenamente a defesa de seu caso’. Contudo, nas estruturas experimentais é possível identificar a instalação de uma concepção diferente, menos individualista e mais dinâmica, em que o princípio da neutralidade ou equidistância do juiz, típico do sistema dispositivo, localizado na atribuição ao juiz de um poder de ‘*materielle Prozessleitung*’. Com a finalidade de favorecer a participação efetiva no processo de todos os sujeitos e promover a colaboração ou cooperação, segundo os critérios de publicidade e moralidade processuais²³⁴.

²³² Nesse sentido, DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no Direito Processual Civil português*. Coimbra: Coimbra Ed., 2011; DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de Direito Processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; RODRIGUES, Walter Piva (Coords.). *Processo civil: homenagem a José Ignácio Botelho de Mesquita*. São Paulo: Quartier Latin, 2013; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do Direito Processual Civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. Rio de Janeiro: v. I, Forense, 2015.

²³³ YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Marcial Pons, v. I, 2014.

²³⁴ Tradução livre de “*Seconda la concezione tradizionale, il principio del contraddittorio, nel processo civile ed amministrativo, esprime staticamente l'esigenza di equilibrio di forze che nel processo vengono a conflitto, o vero la posizione di eguaglianza formale delle parti dinanzi al giudice, traducendosi nella necessità di garantire loro 'la possibilità di svolgere pienamente la difesa delle proprie ragioni'. Ma nelle strutture processuali sono individuabili le premesse di una concezione parzialmente diversa, meno individualistica e più dinamica, in cui il principio di neutralità o di equidistanza del giudice, tipico del adversary system, trova adeguati correttivi nell'attribuzione al giudice stesso di alcuni poteri di 'materielle Prozessleitung' al fini di '..favorire l'effettiva partecipazione al processo dei suoi soggetti naturali, e quindi la loro collaborazione' o cooperazione, secondo criteri*”

Soma-se a isso, a definição de princípio expressada por Robert Alexy:

Princípios contêm, pelo contrário, um dever ideal. Eles são mandamentos a serem otimizados. Como tais, eles não contêm um dever definitivo, mas somente um dever-*prima-facie*. Eles exigem que algo seja realizado em medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas²³⁵.

Os princípios consistem, portanto, em vetores, cuja aplicação o legislador almeja tanto quanto possível. É o que se aúfere da cooperação que, apesar da sanção pela “não cooperação”, genericamente, diversas regras para a aplicação do princípio permeiam o Código de Processo Civil.

São exemplos: (i) o art. 95, que prevê a divisão dos custos da prova pericial; (ii) arts. 190 e 191, que possibilitam às partes a (re)organização do procedimento e a formulação de negócios jurídicos processuais; (iii) arts. 334 e seguintes, ao incentivar a autocomposição; e art. 357, §§ 1º a 3º, que dizem respeito ao saneamento do processo e à possibilidade de as partes, conjuntamente ao magistrado, determinarem os pontos controversos e dividirem a responsabilidade pela produção de provas.

Acredita-se que a cooperação, ainda pouco vista na prática forense, terá relevância especial em matéria do processo objetivo, sejam os julgamentos repetitivos e o IAC, objetos do presente estudo, ou o controle constitucional.

Em se tratando de causas multipolarizadas, será salutar a união dos múltiplos sujeitos – partes, *amicus curiae*, Defensoria Pública, Ministério Público, julgadores, etc. – com a finalidade de produção de decisão que atenda aos princípios da isonomia e que sejam alicerçados nos devidos conceitos técnicos.

4.3 CONTRADITÓRIO E INFLUÊNCIA

4.3.1 A influência como finalidade do contraditório

di 'pubblicizzazione' e di 'moralizzazione' del processo medesimo” (COMOGLIO, Luigi Paolo. *La garanzia costituzionale dell'azione ed processo civile*. Padova: Cedam, 1970, pp. 139-40).

²³⁵ ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Trad. de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

O contraditório, para além do âmbito processual, permeia toda a atividade estatal em razão do princípio democrático, dessa forma são previstos mecanismos de participação popular tanto no âmbito do legislativo, como no administrativo²³⁶. Conclui Araken de Assis que “o contraditório legitima, democraticamente o processo, pois garante às partes o direito de influenciar no convencimento do órgão judiciário”²³⁷.

Soma-se aos aspectos formais do contraditório – informação e reação – o aspecto substancial: a possibilidade de influenciar no convencimento do Judiciário e, portanto, no desfecho da lide. Tal aspecto está relacionado com o conceito de acesso à Justiça, afinal, de que adianta facultar às partes ampla manifestação e produção de provas sem que sejam consideradas?

É o que ensina Luigi Paolo Comoglio, para quem o contraditório não é alcançado com aspectos meramente técnicos de ação e defesa perante o Judiciário, mas com o reconhecimento, pelos interessados, de que houve, abstratamente, a partir dos instrumentos processuais, alguma influência na decisão²³⁸.

Nesse sentido, Niklas Luhman – defensor da legitimação da decisão judicial a partir do procedimento e da necessidade do seu contraditório – relaciona “contraditório” e “possibilidade de influir”, ou seja:

Em sua perspectiva mais ampla, contraditório é a garantia de participação das partes no processo, aí incluída a possibilidade de influir – legitimamente – no convencimento do juiz, o que reforça a estrutura marcadamente dialética do processo e a convicção de que, quanto mais diálogo houver, melhor será o resultado da tutela jurisdicional²³⁹.

De forma diversa da ciência e da possibilidade de informação, que se concretizam mediante, respectivamente, da citação ou intimação e concessão de prazo para pronunciamento das partes, a concretização da possibilidade de influência requer a manifestação do órgão jurisdicional.

²³⁶ Exemplifica Araken de Assis com a organização da sociedade, reclamando audiência, para manifestar oposição à construção de um presídio (ASSIS, Araken de. Op. cit., 2015, p. 415).

²³⁷ Id., ibid., p. 421.

²³⁸ No original: “*L'inviolabilità del contraddittorio, peraltro, non si esaurisce negli aspetti puramente tecnici dell'azione e della difesa in giudizio. Il riconoscere ad entrambe le parti costituiti l'astratta possibilità di influire sulla decisione definitiva della fase o del grado di giudizio, com l'esercizio di adeguati strumenti processual.*” (COMOGLIO, Luigi Paolo. Op. cit., 1970).

²³⁹ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 77-8.

Aí a relação entre contraditório e fundamentação. Uma das funções da motivação da decisão judicial, como será abordado mais adiante, é justamente a possibilidade de analisar, no caso concreto, se e como foram considerados os argumentos levados durante o trâmite processual.

4.3.2 A motivação das decisões judiciais como verificação do exercício do contraditório

É pressuposto do Estado Democrático de Direito a motivação dos seus atos e decisões²⁴⁰. Como não poderia deixar de ser, o Estado Juiz, ou seja, o Poder Judiciário é incumbido de fundamentação das suas decisões, conforme o art. 93, IX, da Constituição Federal. O referido dispositivo prescreve que todos os julgamentos do Poder Judiciário serão fundamentados sob pena de nulidade.

A motivação, como se verá no próximo item, possui escopos endo e extraprocessuais. Um dos escopos endoprocessuais consiste na verificação da consideração do julgador quanto aos fatos e argumentos a ele apresentados no curso do processo.

Ora, como asseverado anteriormente, o contraditório, na concepção contemporânea, centra-se na possibilidade de exercício de influência no convencimento do Julgador.

A fundamentação, por consequência, é mecanismo de verificação do prestígio ao aduzido. Por meio dela, deve ser exposto o raciocínio lógico-jurídico do julgador, com a definição de eventuais conceitos abertos utilizados, valorização das provas e justificação da lei aplicável.

Nesse sentido, ensina Paulo Henrique dos Santos Lucon:

A motivação suficiente, assim, é garantia de um contraditório efetivo, capaz de por um lado, tutelar a parte beneficiada de maneira adequada e, por outro lado, possibilitar a reação da parte contrária com fundamentos mais sólidos, se eles existirem²⁴¹.

²⁴⁰ Sobre a motivação como pressuposto de validade de ato administrativo, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

²⁴¹ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Motivação das decisões jurídicas: identificação das decisões imotivadas. *In*: PUOLI, José Carlos Baptista; BONIZZIO, Marcelo José Magalhães;

Dessa forma, é coerente o legislador do Código de Processo Civil, de 2015, uma vez que concomitantemente à valorização do contraditório, no art. 489, § 1º, do CPC, fixou critérios de uma decisão fundamentada. Dentre os parâmetros, que serão abordados afrente, há a necessidade de o órgão julgador manifestar-se sobre todos os argumentos levados ao processo, aptos, em tese, a infirmar a conclusão adotada (art. 489, § 1º, IV, do CPC).

4.3.2.1 Escopo da fundamentação

Vista a umbilical relação entre possibilidade de influência e fundamentação da decisão judicial, passa-se às funções ou objetivos da motivação. Há escopos relacionados ao próprio processo e, também para além dele, a fim de satisfazer os interesses democráticos da sociedade.

Com efeito, na fundamentação, o órgão julgador examinará as questões de fato e de direito, e exteriorizará, de maneira lógica, o raciocínio, a matéria de direito aplicável e suas conclusões.

Ao exprimir suas razões, o magistrado demonstra como examinou os fatos e o direito aplicável, devendo expressá-las “com clareza, lógica e precisão, visando à perfeita compreensão de todos os pontos controvertidos, bem como os do resultado da demanda”²⁴².

A motivação abrange escopos endoprocessuais, ou seja, no bojo do próprio processo, e extraprocessuais, para além dele. Quanto ao escopo endoprocessual, o primeiro destinatário é o próprio juiz, que demonstra ao Judiciário a *ratio scripta* legitimadora da decisão²⁴³, cujos motivos e teor encontram-se em seu raciocínio.

A motivação permite, também, o controle crítico da decisão, seja pelas partes, que poderão examinar a interpretação dos argumentos por ela suscitados, ou pelo órgão recursal. Nesse sentido, há, também, a função de persuasão do sucumbente acerca da justiça de sua condenação.

LEONEL, Ricardo de Barros (Coords.). *Direito Processual Constitucional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

²⁴² CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Arts. 458 a 483. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. VIII, 2016, p. 102.

²⁴³ Id., *ibid.*.

Ainda, dentre as funções endoprocessuais, consta a possibilidade de uniformização da Jurisprudência, haja vista que, em outro caso futuro, uma fundamentação completa permite a verificação e adoção das razões.

A função extraprocessual, segundo entendimento de Michele Taruffo, destina-se à sociedade como um todo. Trata-se de instrumento que permite à sociedade conhecer e analisar as razões pelas quais o Poder Jurisdicional optou por determinado modo em caso concreto. Para o autor,

é estritamente conexa com o conceito democrático do exercício de poder, segundo o qual quem exercita um poder deve justificar o modo pelo qual o faz, submetendo-se, portanto, a um controle externo difuso das razões pelas quais o exercitou daquele determinado modo²⁴⁴.

A fundamentação, portanto, possibilita o controle e fiscalização do Judiciário, seja pelos outros Poderes do Estado, Legislativo e Executivo, seja pela própria população. Naturalmente, não incumbe ao Judiciário se curvar a vontade de maioria, mas legitima o Poder a permissão de que se verifique a correta e justa aplicação do direito.

4.3.3 Dever de fundamentação, segundo o art. 489, § 1º do CPC

Na concepção de Michele Taruffo, o mínimo essencial para uma decisão ser considerada fundamentada consiste em:

1) a afirmação das escolhas realizadas pelo juiz a respeito da: individualização das normas aplicáveis, verificação dos fatos, qualificação jurídica do caso concreto, consequências jurídicas dali derivadas; 2) o contexto dos nexos de implicação e de coerência entre os enunciados; 3) a justificação de cada um dos enunciados a partir dos critérios de juízo segundo os quais as escolhas do juiz parecem racionalmente corretas²⁴⁵.

O legislador do Código de Processo Civil, de 2015, em reação à prática forense de não fundamentar ou fundamentar vagamente as decisões, estabeleceu rigorosos parâmetros da motivação da sentença²⁴⁶.

²⁴⁴ TARUFFO, Michele *A motivação da sentença civil*. Trad. de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 21.

²⁴⁵ Id., *ibid.*, p. 387.

²⁴⁶ Humberto Theodoro Júnior pondera que o Novo Código de Processo Civil foi “severo e minucioso na repulsa à tolerância que os tribunais vinham compactuando com os verdadeiros simulacros de fundamentação.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, 2015, p. 1.045).

Com efeito, toda decisão deve ser fundamentada, é o que prescreve o art. 11, do CPC. Não obstante, tolera-se motivação mais singela em decisões menos relevantes, ao passo que nas sentenças e nos acórdãos de mérito – aptos a fazer a coisa julgada – o órgão julgador deve seguir os parâmetros do art. 489, § 1º, do CPC/15, pois se trata de padrão mínimo de fundamentação²⁴⁷.

O § 1º do art. 489, em realidade, estabelece rol exemplificativo²⁴⁸ do que não é considerado decisão fundamentada e, para tanto, traça algumas hipóteses. O inc. I prescreve não ser fundamentada a decisão que se limita a reproduzir ou reescrever ato normativo, sem relacioná-lo com o caso em apreço. Deve o magistrado, portanto, expor o raciocínio lógico que motivou a aplicação do dispositivo, precisando as razões de subsunção da norma à espécie.

No caso da utilização de conceitos jurídicos indeterminados, de acordo com o inc. II, deve o julgador expor a justificativa da sua incidência. Essas, segundo Teresa Arruda Alvim Wambier e Bruno Dantas, são “expressões linguísticas (signos) cujo referencial semântico não é tão nítido [...] não dizem respeito a objetos fácil, imediata e prontamente identificáveis no mundo dos fatos”²⁴⁹. São exemplos a “função social do contrato”, o “melhor interesse do menor” ou o “*bonus pater familias*”.

Por serem definidos de acordo com o caso concreto, cabe ao julgador especificar as razões pelas quais aquela situação específica deve ser considerada determinado conceito (inc. III).

Não é, tampouco, fundamentada aquela decisão que invoca motivos aptos a justificar qualquer outra decisão. É o caso do indeferimento da tutela provisória de urgência, por “não vislumbrar, na espécie, urgência”.

O enunciado da Súmula 718, do STF: “A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada”, é exemplo no âmbito penal, repelindo a julgamento do crime em abstrato para finalidades de penalidade mais severa.

²⁴⁷ ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019a, p. 267.

²⁴⁸ Leonardo Carneiro da Cunha comenta o art. 489, em WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

²⁴⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no Direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

O inc. IV determina que o magistrado deve enfrentar todos os argumentos deduzidos no curso do processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador. É reflexo, como exposto anteriormente, do direito de influência das partes. Sobre tal requisito, comenta Teresa Arruda Alvim:

[...] os argumentos/provas que o juiz deve levar em conta na fundamentação não são só aqueles em que o '*decisum*' está baseado, mas, também, os que teriam o condão de levar a decisão diferente daquela que foi tomada²⁵⁰.

Os incs. V e VI relacionam-se à aplicação dos precedentes. O primeiro dispõe não ser fundamentada a decisão que se limita a invocar precedente ou súmula sem identificar as razões ou porque o caso se ajusta àquelas razões. O segundo relaciona-se à distinção ou superação do precedente ou súmula.

Percebe-se que, com a lei, há necessidade de o julgador expor as razões para aplicação do precedente. Percebe-se, também, a possibilidade expressa de que seja proferida decisão diversa do precedente, desde que expostos o motivo da superação ou distinção²⁵¹.

Verifica-se, portanto, certa semelhança entre os parâmetros do legislador de 2015 e os apontados por Michele Taruffo. Os do atual Código de Processo Civil, contudo, contêm maior precisão e especificidade, o que parece salutar, haja vista a importância da fundamentação.

²⁵⁰ ALVIM, Teresa Arruda. Op. cit., 2019a, p. 267.

²⁵¹ FENSTERSEIFER, Wagner Arnold. *Distinguishing e overruling* na aplicação do art. 489, § 1º, VI, do CPC/2015. *Revista de Processo*, v. 252, fev. 2016.

5 CONTRADITÓRIO E DECISÕES PARADIGMÁTICAS

5.1 FORMAÇÃO DO PARADIGMA

Os julgamentos por amostragem carregam função de fixação de um enunciado de direito a ser aplicado aos casos idênticos – os Tribunais utilizam o termo “tese de direito”. A fixação de uma tese, que gerará efeitos para além daquele processo, deve ter procedimento que permita a possibilidade de participação de interessados ou de possíveis afetados (“litigantes sombra”), e, ainda, proporcione ao julgador, caso necessário, devido suporte técnico de questões alheias ao direito.

O efeito vinculante dos julgamentos repetitivos e do IAC guarda semelhança com os enunciados de súmula persuasiva. Esses, contudo, são elaboradas ao longo do tempo, por reiteradas decisões, permitindo aos julgadores exames de múltiplos argumentos.

Em outras palavras, a súmula de um tribunal é formada pela repetição de julgados, a matéria apreciada foi submetida à “decantação jurisprudencial”²⁵². Os vários acórdãos que a consubstanciam são resultado de diversos processos, nos quais houve ampla instrução e debate.

Nos julgamentos por amostragem, porém, haverá um só processo, um só debate, uma só instrução. É conveniente, legítimo e democrático, que se leve à Mesa Julgadora os melhores argumentos e o mais elaborado conjunto

²⁵² SALLES, Carlos Alberto de. Precedentes e jurisprudência no novo CPC: técnicas decisórias. *In: O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 85.

probatório²⁵³, para que haja alicerce para a melhor decisão²⁵⁴. Pondera Peter Häberle, que inobstante a “última palavra” pertencer formalmente às Cortes, materialmente ela é dos cidadãos e da comunidade científica^{255,256}.

5.1.1 Subsídios de ordem técnica

Os procedimentos de formação dos paradigmas – para este estudo, julgamentos repetitivos e IAC – visam a fixar precedente aplicável a casos futuras, nos termos do art. 927, III, do CPC. Inobstante não serem dotados dos mesmos efeitos que a lei, haja vista a sua função predominantemente interpretativa, pela sua natureza influenciarão outras pessoas além das partes.

Dessa forma, tal como o processo legislativo, há necessidade de os julgadores conhecerem aspectos além dos jurídicos, devendo proferir suas decisões e atentar para os efeitos de ordem técnica, social, política e econômica.

Mesmo em país de *common law*, a Inglaterra onde o precedente é fonte primária de Direito, impõe limite ao que chama de *judicial legislation*. O Judiciário, diferente do Legislativo, não possui instrumentos para conduzir exame de dados empíricos e impactos sociais. Nesse sentido, no caso *Morgans v. Launchbury*, para evitar alterações na legislação securitária, a Câmara dos Lordes deixou de responsabilizar o proprietário do carro, contratante de seguro, pela conduta

²⁵³ O conhecimento dos fatos é mais restrito nos procedimentos por amostragem, haja vista fixação de tese de direito. O conjunto probatório que se refere aqui consiste, por exemplo, em questões técnicas, cuja a incidência da lei é controversa (como a direitos autorais sobre do serviço de streaming), ou mesmo questões sensíveis, em que é conveniente ao tribunal verificar o posicionamento de grupos da sociedade (como a possibilidade de interrupção voluntária de gestação).

²⁵⁴ Colabora com esse entendimento Evaristo Aragão de Santos: “Isso implica expor os fundamentos da decisão não apenas tendo em vista o caso concreto, como estamos acostumados. O órgão judicial deverá prolatá-la, tendo a consciência de que aquele pronunciamento servirá de modelo para decisão de outros casos. Isso significa, no mínimo, prolatar da maneira mais completa possível o tema em decisão, bem como retratar precisamente os elementos de fato efetivamente considerados para alcançar-se aquela solução jurídica.” (SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da forma formação do precedente judicial. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012a, p. 153).

²⁵⁵ HÄBERLE, Peter Hesse Konrad. *Estudios sobre la jurisdicción constitucional (com especial referencia al tribunal constitucional alemán)*. México: Editorial Porrúa, 2005.

²⁵⁶ Nesse sentido, afirma Piero Calamandrei: “Portanto, no processo é indispensável o contraditório, não para aumentar a litigiosidade das partes ou para dar oportunidade de demonstrar a eloquência dos advogados, mas no interesse da justiça e do juiz, que, mesmo na contraposição dialética das defesas opostas, encontra-se, sem cansaço um meio para ver, diante de si, iluminada sob os mais diversos ângulos, a verdade inteira.” (CALAMANDREI, Piero. *Processo e democracia: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autónoma do México*. Trad. Mauro Fonseca Andrade. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 84).

negligente de terceiro que dirigia, sob o fundamento que poderia gerar impactos atuariais^{257,258}.

A preocupação foi demonstrada por Mauro Cappelletti, no livro “*Juízes Legisladores?*”. Questiona o autor se o Judiciário teria instrumentos que, a princípio, não detêm os mesmos instrumentos que o Legislativo²⁵⁹ para criar o Direito. Ada Pellegrini Grinover, nesse sentido, afirma que “é claro que o juiz deve ser assessorado e informado a respeito de matérias que fogem da sua especialização jurídica, para além da norma dialética processual”²⁶⁰.

Dessa forma, o Judiciário, no propósito de compreensão de particulares técnicas referentes à matéria em apreço, deve ouvir órgãos ou pessoas com conhecimento notório a respeito. Um exemplo, já analisado neste estudo, é o IAC nº 4²⁶¹, julgado pelo STJ.

A questão jurídica relacionava-se à abrangência simultânea pelos institutos da patente de invenção e da proteção de cultivares de uma espécie transgênica de semente de soja, e se os produtores do grão poderiam reservá-lo para replantio ou venda da sua produção sem violar a propriedade intelectual.

A decisão exigiu dos julgadores a compreensão de que as modificações genéticas do grão aumentavam a produtividade por hectare plantado.

Dessa forma, concluiu-se pela possibilidade de patentear o produto, haja vista não haver exceção prevista no art. 18 da Lei das Patentes, o que justificaria o pagamento de *royaltes* pela comercialização das sementes.

²⁵⁷ CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. *Precedent in english law*. Clarendon Law Series. Oxford: Clarendon Press, 2004, p. 34.

²⁵⁸ Interessante reproduzir o voto do Lord Wilbforce, que diz ““Responsabilidade civil e seguro são tão conectados que, judicialmente, alterar os princípios de responsabilidade civil sem o conhecimento adequado (o que não temos os meios para obtenção) do impacto que isso pode causar no sistema de seguro seria perigoso e ... irresponsável.” Transcrito do original: “*Liability and insurance are so intermixed that judicially to alter the bases of liability without adequate knowledge (with we have not the means to obtain) as to the impact wich this might make on the insurance system would be dangerius and... irresponsible.*” (Id., ibid., p. 34).

²⁵⁹ O Poder Legislativo conta com comissões especiais além de apoio técnico para legislação. Contudo, tal como o Judiciário, a existência desses mecanismos não o torna imune da edição de atos normativos divorciados da melhor ciência ou mesmo sem consulta popular. Comenta Rodrigo da Silva, citando Bruno Bodart que, diversamente de outros países o Brasil não se utiliza da “análise de impacto regulatório”, muitas vezes criando leis “inúteis” na concepção do autor. (SILVA, Rodrigo. *Guia politicamente incorreto da política brasileira*. Rio de Janeiro: Leya, 2018).

²⁶⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio Sobre a processualidade*: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 12.

²⁶¹ STJ. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 1610728 RS 2016/0171099-9*. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/503149584/recurso-especial-resp-1610728-rs-2016-0171099-9>. Acesso em: 12 set. 2019.

Os julgadores, para fixar a tese jurídica, necessitaram de informações a respeito da biotecnologia da soja. Para isso, contaram com a intervenção de terceiros, como a Associação dos Agricultores de Dom Pedrito e a Associação Brasileira de Sementes e Mudanças.

No caso em comento, vários dos *amici curiae* que intervieram no processo não tinham necessariamente interesse no desfecho do julgamento, mas forneceram assistência técnica aos ministros, para que pudessem analisar a aplicação da lei.

Em conclusão, para a formação de um paradigma, notadamente daqueles que versam sobre matérias de interesse público ou que, para sua compreensão, demanda suporte especializado, há necessidade de os julgadores solicitarem manifestações de entidades ou pessoas com a devida *expertise*.

Em relação ao IRDR e aos recursos repetitivos, essa é tarefa do relator (respectivamente, arts. 983, I e 1.038, I, do CPC), conquanto ao IAC não há regulamentação expressa no Código de Processo Civil. Defendemos, no entanto, a aplicação subsidiária do procedimento do IRDR no IAC.

Não poderia o legislador prever técnicas para solução de “relevantes questões de direito, com grande repercussão social”, sem permitir aos julgadores exercício amplo conhecimento acerca de questões técnicas.

Nesse sentido, cabe apresentar o enunciado 659, do Fórum Permanente de Processualistas Civis:

659. (arts. 983, 7º, 1.038, I, 927, III, 928 e 138) O relator do julgamento de casos repetitivos e do incidente de assunção de competência tem o dever de zelar pelo equilíbrio do *contraditório*, por exemplo, solicitando a participação, na condição de *amicus curiae*, de pessoas, órgãos ou entidades capazes de sustentar diferentes pontos de vista. (Grupo: IRDR, Recursos Repetitivos e Assunção de Competência)²⁶².

O Relator, contudo, deve preservar a isonomia, jamais privilegiando um dos litigantes sob pena de ser parcial ou ativista. Entende-se, todavia, que seria ideal a consulta às partes para que sugerissem entidades a serem ouvidas²⁶³.

²⁶² ENUNCIADOS DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Florianópolis, 2017. Disponível em: <http://civilemobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-de-Florian%C3%B3polis.pdf>. Acesso em: 12 set. 2019.

²⁶³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 84.

Defende-se, também, não ser requisito de todos os julgamentos repetitivos ou IAC a necessidade de suporte técnico, que deve ser prestado apenas quando o tema sob análise extrapolar questões jurídicas.

Contudo, em questões jurídicas de grande repercussão, deve ser deferida a intervenção e pareceres de entidades e pessoas com notório saber. É o caso do Recurso Especial Repetitivo nº 988, que versava a respeito da taxatividade do rol do art. 1.015, do CPC – tema amplamente debatido por ocasião da promulgação do Novo Código de Processo Civil. Nele figuraram como *amicus curiae*, o Instituto Brasileiro de Direito Processual, a Organização dos Advogados do Brasil (OAB), a Associação Brasileira de Direito Processual, dentre outros.

5.1.2 Direito de participação

Afirma Niklas Luhmann que “para poder estabilizar essas conjecturas de consenso relativas ao caráter obrigatório da decisão oficial, tem também de se fazer participar no procedimento os não participantes”²⁶⁴. Defendeu-se, portanto, até aqui que o contraditório, dentre outros, é composto pela possibilidade de influência.

Em muitos julgamentos por amostragem (provavelmente na maioria), haverá impacto na esfera jurídica de pessoas que não participaram diretamente no processo. Como promover, então, a oitiva e influência dos chamados “litigantes sombra”?

Há instrumentos que visam à participação dos “não participantes”, por meio de representação, como se verá, notadamente a escolha da causa-piloto e a intervenção de *amicus curiae*. O contraditório, nos julgamentos por amostragem, será múnus dos representantes²⁶⁵ das partes e de terceiros interessados na atuação, como *amicus curiae*.

²⁶⁴ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 104.

²⁶⁵ Falar em representação de pessoas incertas no âmbito processual num primeiro momento causa certa estranheza. Contudo, no âmbito legislativo, imagina falar-se ao Ateniese antigo na democracia representativa. À medida que se confere acesso à população, é necessário, para garantir esse mesmo acesso, a figura da representação.

Segundo Owen Fiss²⁶⁶, o direito de representação é mais coletivo que individual, sendo titulado por um grupo de pessoas situadas na mesma classe, em virtude de compartilhar interesses.

Nos processos judiciais estruturantes²⁶⁷, conseqüentemente, não são todas as pessoas que têm direito à participação. Os interesses envolvidos, outrossim, devem estar representados. Se o interesse do indivíduo teve representação adequada, nada poderá ele arguir contra a sentença.

Nas ideias de Sofia Temer, essa nova concepção de contraditório não deve mais ser compreendida como a participação direta e pessoal. Não obstante exista o direito ao contraditório, esse será exercido em moldes diversos do processo individual²⁶⁸.

O Enunciado 460 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis reflete tal entendimento:

460. (arts. 927, §1º, 138) O microsistema de aplicação e formação dos precedentes deverá respeitar as técnicas de ampliação do contraditório para amadurecimento da tese, como a realização de audiências públicas prévias e participação de *amicus curiae*. (Grupo: Precedentes, IRDR, Recursos Repetitivos e Assunção de competência)²⁶⁹.

A ampliação do contraditório e da participação de interessados em contribuir com a resolução justa da demanda pode ser efetivada com a provocação do Relator, como anteriormente mencionado. A publicidade, contudo, é tão ou mais efetiva na intervenção.

Com efeito, ensina Niklas Luhman:

A publicidade disso é essencial para permitir uma participação desinteressada do público no procedimento. [...] A função do princípio da publicidade do processo jurídico consiste na criação de símbolos, na ampliação do procedimento a um drama que simboliza a decisão correta e justa e para tal não é necessária a presença contínua duma parte maior ou menor da população. Basta um conhecimento geral e indefinido de que tais procedimentos se realizam continuamente e de que qualquer pessoa pode, se necessitar, informar-se com maior exatidão sobre eles²⁷⁰.

²⁶⁶ FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Coord. Carlos Alberto de Salles. Tradução Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

²⁶⁷ Conceito para designar não apenas o tema objeto do trabalho, mas os processos advindos de litígios policêntricos, que versam sobre tema de interesse sociais.

²⁶⁸ TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016, pp. 133-6.

²⁶⁹ ENUNCIADOS DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Op. cit., 2017.

²⁷⁰ LUHMANN, Niklas. Op. cit., 1980, p. 104.

Pondera-se que os *repeat players*²⁷¹, na classificação de Marc Galanter, podem auferir vantagens por meio da participação. Em geral, os grandes litigantes organizam-se com maior facilidade para promover o convencimento das Cortes a seu favor. Trata-se de reflexo da organização social no âmbito processual.

Cabe ao Judiciário, mais especificamente ao Relator, a intimação de representantes dos *one shotters* para manifestação. O Judiciário, contudo, fica sempre adstrito à isonomia.

Inobstante a necessidade de representação dos interesses, para que os julgamentos por amostragem sejam democráticos, cabe alertar que os tribunais não têm a função de aplicação da vontade da maioria. A função precípua é justamente a garantia e proteção dos direitos fundamentais previstos na constituição e legislação, os quais podem ser contrários à simples vontade da maioria²⁷².

5.2 MECANISMOS

5.2.1 Escolha da causa-piloto

A escolha da causa-piloto relaciona-se com o contraditório. Naturalmente, é provável que no IAC não haja escolha já que é desnecessária a existência de repetitividade. Caso, porém, exista mais de uma causa semelhante, mas insuficiente em número para ser considerada “repetitiva”, deverão ser observados os parâmetros.

Conquanto aos julgamentos repetitivos, inobstante o Código de Processo Civil conter detalhada regulamentação, não dispôs sobre critérios para seleção das causas paradigmáticas, cuja tese fixada será aplicada às demais.

Pouco após a edição da Lei n. 11.672/2008, o STJ promulgou a Resolução n. 08/2008. O art. 1º, § 1º, conta com a seguinte redação: “Serão selecionados pelo menos um processo de cada Relator e, dentre esses, os que contiverem maior diversidade de fundamentos no acórdão e de argumentos no recurso especial.”

²⁷¹ Ver capítulo 1 deste estudo.

²⁷² Sobre o assunto manifesta-se ABBOUD, Georges. *STF vs. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 921, jul. 2012.

No § 6º, do art. 1.036, do Código de Processo Civil, há previsão de que somente podem ser selecionados recursos de “abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida.”

Percebe-se a atenção do legislador em relação à diversidade de fundamentos ao debate, contudo, não há regulamentação suficiente com critérios objetivos para a escolha.

A conclusão do processo afetado, representada pela tese fixada, terá efeito sob inúmeros outros, de forma que a eleição da “causa-piloto” deve atender a critérios.

À mingua de parâmetros legais, Antonio do Passo Cabral²⁷³ propõe técnicas para a escolha do paradigma. Deve seguir, portanto, dois vetores, a saber: (1) amplitude de contraditório; e (2) pluralidade de representatividade dos sujeitos do processo originário.

Sobre a primeira, entende o autor que os Tribunais devem observar os seguintes aspectos: (i) a completude da discussão, devendo ser privilegiadas aquelas causas com maior número de argumentos; (ii) a qualidade da argumentação, cujo critério pode causar barreira elitista aos Tribunais, o que deve ser evitado; e (iii) o contraditório deve ser efetivo, devendo o julgador enfrentar todos os argumentos levados pelas partes. Caso a decisão não enfrente todos os argumentos, a causa não deve ser considerada possuidora de debate para fins de seleção como paradigma; (iv) não deve haver limitações à cognição e à prova. Dessa forma, ritos como o do Mandado de Segurança, em que só é possível a produção de prova documental, não deveria servir como paradigma²⁷⁴.

Conquanto à pluralidade de sujeitos, o autor supracitado propõe alguns parâmetros: (i) devem ser preferidas as causas com litisconsórcio, em especial daquelas em que há só um autor ou réu; (ii) deve ser priorizado aquele processo originário em que houve intervenção de terceiros e, dentre esses, o que teve intervenção de *amicus curiae*; (iii) devem ser preferidos os processos em que houve audiência pública.

²⁷³ CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *Revista de Processo*, v. 231, maio. 2014 (versão digital).

²⁷⁴ O artigo sob comento foi publicado no ano de 2014, anterior ao atual Código de Processo Civil. Entende-se que este critério não poderia ser aplicado no IRDR, uma vez que para nós, uma vez afetado, a causa assume o rito específico do IRDR, podendo ser ampliada a instrução.

Ainda segundo Antonio do Passo Cabral, deveria haver preferência pelas ações coletivas, podendo servir como paradigma de julgamentos repetitivos. Deveras, a tutela coletiva atenderia com mais eficiência os critérios propostos pelo autor.

Há de se lembrar, porém, de matérias de ordem tributária e previdenciária que não podem ser objeto de Ação Coletiva, bem como matérias repetitivas, que não versam sobre direitos transindividuais, não podendo ser mérito de uma ação coletiva. Como exemplo tem-se a questão da proteção do bem de família do fiador de uma locação que, apesar do relevante número de ações, é um direito individual entre os particulares.

Dessa forma, devem ser aplicados os parâmetros delineados por Antonio do Passos Cabral, que escolheu as demandas individuais com maior qualidade de argumentação.

Outra solução interessante seria a do *Musterverfahren* alemão. No procedimento-piloto são escolhidos os pontos controvertidos e os representantes dos polos. Contudo, de pouca aplicabilidade no nosso sistema. O procedimento padrão alemão, neste aspecto, guarda mais semelhança com as Ações Coletivas. Isso porque é restrito a litígios gerados por ilícito no mercado de capitais, de forma que o interesse defendido é individual homogêneo.

Entendemos que o mais correto, em termos de isonomia, seria, além da escolha de uma ou algumas causas-piloto para formação do paradigma, a possibilidade do órgão competente, ao requisitar informações para os demais, requisitar também o envio de peças processuais (petição inicial, contestação, recursos ou memoriais) bem elaboradas, com informações e argumento sobre o tema. Não se trata, propriamente, de uma escolha, mas aumentaria as informações aos julgadores.

5.2.2 Amicus Curiae

O *amicus curiae*, amigo da corte, tem como função levar informações aos julgadores; os “interesses institucionais”²⁷⁵, que são interesses jurídicos

²⁷⁵ Definição de Cassio Scarpinella Bueno, para quem o interesse institucional é jurídico, uma vez que, previsto no sistema, há mecanismos de especial proteção (BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no Processo Civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 460).

qualificados, uma vez que transcendem os individuais. Diante disso, Cassio Scarpinella Bueno classifica o *amicus curiae* como “um fiscal da lei”:

É como se dissesse que o *amicus curiae* faz as vezes de um ‘fiscal da lei — e não do fiscal da lei que o direito brasileiro conhece, que é o Ministério Público — em uma sociedade incrivelmente complexa em todos os sentidos; como se ele fosse o portador dos diversos interesses existentes na sociedade civil e no próprio Estado, colidentes ou não entre si, e que, de alguma forma, tendem a ser atingidos, mesmo que em graus variáveis, pelas decisões jurisdicionais. Ele, o *amicus curiae*, tem que ser entendido como um adequado representante desses interesses que existem, queiramos ou não, na sociedade e no Estado (‘fora do processo’, portanto), mas que serão afetados, em alguma medida, pela decisão a ser tomada dentro do processo. O *amicus*, neste sentido, atua em juízo em prol destes interesses²⁷⁶ (grifado no original).

Incumbe ao *amicus curiae* apresentar aos Julgadores os interesses da sociedade. Esses podem ser de cunho tecno-científico como, por exemplo, a intervenção da CVM em demandas contra corretoras de valores, fornecendo, ao Juízo, esclarecimentos a respeito da prática da Bolsa de Valores, ou defesa de posicionamento institucional, como a participação da Conferência Nacional dos Bispos, em temas de interesse da Igreja Católica.

O Código de Processo Civil, de 1973, não regulamentava a intervenção por *amicus curiae*, sendo objeto de algumas leis esparsas que dispunham sobre intervenções pontuais. O atual CPC, por sua vez, destinou um dispositivo, ampliando a possibilidade de participação de *amicus curiae*. O CPC/15, no art. 138, determinou que, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, o julgador pode, de ofício ou a requerimento das partes ou do próprio interessado, admitir participação de órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada.

Verifica-se que a presença do *amicus curiae* pode ocorrer em qualquer instância e em qualquer processo. Importante, também, asseverar a expressa autorização legal para que o juiz ou relator admita, de ofício, a participação de *amicus curiae* (art. 138, § 2º, do CPC).

²⁷⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Quatro perguntas e quatro respostas sobre o amicus curiae*. Disponível em: <http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/022.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2016, pp. 2 e 4.

Em razão da importância dos argumentos levados pelos *amicus curiae*, entende a doutrina majoritária, conforme refletido no enunciado 128, do Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis que, em processo nos quais há sua participação, os argumentos por ele levados devem ser enfrentados para fins do art. 489, § 1º, IV, do CPC.

Devido à natureza *sui generis*²⁷⁷, há algumas restrições nas suas faculdades processuais. O *amici curiae* pode atuar, dentre outras maneiras, por meio de pareceres ou de sustentação oral, e em audiências públicas, contudo, há restrições conquanto aos recursos. Com exceção do IRDR, os *amici curiae* não podem opor outro recurso das decisões que não sejam embargos de declaração (art. 138 §§ 1º e 2º).

Trata-se de relevante maneira de obter maior participação nos julgamentos por amostragem, subsidiando os Tribunais a respeito das repercussões da tese firmada.

5.2.3 Audiências Públicas

A realização de audiências públicas, com a finalidade de ouvir de interessados e opiniões cientificamente relevantes, é uma prática do Legislativo. Essa prática estendeu-se, também, ao Administrativo, notadamente no tocante às questões ambientais e licenciamento.

No âmbito judicial, as audiências públicas foram implementadas no processo de controle concentrado de constitucionalidade, com a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999²⁷⁸. Demonstra-se o reconhecimento da necessidade de o Judiciário considerar, nas suas decisões, questões técnico-científicas.

²⁷⁷ Cassio Scarpinella Bueno compara o *amicus curiae* ao *custus legis* no sentido de defender interesse público, assistente, por ter interesse no desfecho do litígio, e ao perito, que fornece informações técnicas ao julgador, concluindo ser um sujeito processual que auxilia o juízo (BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., 2012, p. 344).

²⁷⁸ Prescreve o § 1º do art. 6º, da Lei n. 9.868/1999: “Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.” (BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 12 set. 2019).

Não obstante a edição da lei em 1999, a primeira audiência pública do STF foi convocada somente em 2007, na ADIn nº 3.510, pelo ministro Ayres Britto, e tratou dos dispositivos de biossegurança. Até a presente data, dezembro de 2019, foram realizadas, segundo informações do site do STF²⁷⁹, 28 audiências públicas, com temas diversos, como transferência de controle acionário de empresas públicas (ADIn nº 5.624), interrupção voluntária da gestação (ADPF 442) e ensino religioso em escolas públicas (ADIn nº 4.439).

Apesar de a possibilidade expressa de audiência pública em sede de recursos repetitivos ser expressa apenas no Código de Processo Civil, de 2015, a primeira audiência pública do STJ ocorreu anteriormente à sua publicação, em agosto de 2014, por iniciativa do ministro Paulo de Tarso Sanseverino, no tema repetitivo nº 710, acerca do sistema de *credit score*.

O referido ministro fundamentou a realização da audiência pública em razão do “número elevado de demandas sobre o mesmo tema, a necessidade de uma abordagem técnica, bem como o grande número de interessados no julgamento da questão”²⁸⁰.

Inobstante as audiências públicas consistirem importante ferramenta de ampliação do contraditório, Maria Cecília Asperti comentou a baixa frequência dos ministros não relatores durante a exposição e, conseqüentemente, a pouca influência nos votos²⁸¹.

A experiência argentina, segundo relata estudo empírico de Miguel Ángel Benedetti e María Jimena Sáenz²⁸², demonstrou a realização de audiências públicas. Segundo esses autores, sua realização em casos complexos – os *hard cases* - potencializou a ampliação do debate constitucional e o envolvimento da cidadania. Além disso, melhorou a qualidade das sentenças²⁸³.

²⁷⁹ STF. Supremo Tribunal Federal. *Audiências públicas realizadas*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?paginaAtual=1&tipo=realizada>. Acesso em: 8 dez. 2019.

²⁸⁰ STJ. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 1419697-RS*, 2013/0386285-0. Decisão monocrática de 04/06/2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/152068666/recurso-especial-resp-1419697-rs-2013-0386285-0/relatorio-e-voto-152068681>. Acesso em: 12 set. 2019.

²⁸¹ ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. *Recursos repetitivos e incidente de resolução de demandas repetitivas: uma análise da perspectiva do acesso à Justiça e da participação no processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, pp. 214-21.

²⁸² BENEDETTI, Miguel Ángel; SÁENZ, María Jimena. *Las audiencias públicas de la Corte Suprema: apertura y límites de la participación ciudadana em la justicia*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2016.

²⁸³ No original “*las audiencias públicas mostraron en casos aislados grandes potencialidades para abrir el debate constitucional e incentivar el involucramiento de la ciudadanía, así como para mejorar*”

A audiência pública nos processos por amostragem equipara-se, fazendo uma comparação com o procedimento comum, a audiência de instrução e julgamento. Confere ao procedimento oralidade e debate, além da interação ente juiz e partes.

Tal como o procedimento comum, nos julgamentos por amostragem não é obrigatória a realização da audiência pública. Essas devem ocorrer quando verificada a necessidade de ampliação do debate, ou quando, nos autos do processo, não houver subsídios suficientes para o julgamento.

5.3 HIPÓTESES DE AMPLIAÇÃO DO CONTRADITÓRIO

Descritos os meios de ampliação do contraditório e da participação nos julgamentos por amostragem, resta o questionamento: é preciso sempre ampliar o contraditório? Se não, quando é preciso?

A resposta à primeira pergunta é “não”. A ausência de ampliação do contraditório, desde que dada a devida publicidade à instauração e ao procedimento, prevista no Código de Processo Civil, não gera qualquer mácula nas decisões paradigmáticas.

O rito processual previsto para o julgamento dos recursos repetitivos e para o IRDR – pela doutrina aplicável ao IAC – prevê a publicidade dos procedimentos. Feita a divulgação, conforme os parâmetros legais, os interessados terão o ônus de peticionar para intervir no procedimento e exporem seus posicionamentos ou dados técnicos. Obedecido o rito, não haverá qualquer vício formal.

Com efeito, um precedente mais bem elaborado, com mais informações e amplo debate, terá maior aplicabilidade. Isso porque, com mais contato com fatos determinantes e informações técnicas, os julgadores poderão promover acórdão que contemple maior número de situações, evitando questionamentos sobre a aplicabilidade pelas partes.

Dessa maneira, quando ampliar o contraditório?

Em relação à participação de *amicus curiae*, verifica-se na prática os tribunais permitem a intervenção daqueles que pedem. Entendemos ser correta essa postura, haja vista existência de prazo para manifestação de interessados. No

la calidad de las sentencias reconociendo la complejidad de los casos e incluso fomentando la continuación del diálogo.” (Id., ibid., p. 255).

mais, viabiliza que interessados demonstrem seu posicionamento, sem acarretar o prolongamento do procedimento, uma vez que a manifestação se dá por meio de petições.

As audiências públicas, por sua vez, demandam maior tempo, além de disponibilidade na pauta do tribunal. Por essa razão, são menos utilizadas.

Cabe ao Judiciário compatibilizar os princípios do contraditório e razoável duração do processo, a ampliação do contraditório, especialmente da participação, deve ponderar esses dois princípios. Em relação às audiências públicas, nos arts. 986, § 1º e 1.038, I, do CPC, relativos, respectivamente ao IRDR e recursos repetitivos, o Relator, a seu critério, pode determinar a realização de audiência pública. Referidos dispositivos estão em consonância com o § 1º do art. 9º da Lei n. 9.868/99, relativa ao controle concentrado de constitucionalidade. Segundo o diploma, haverá audiência pública caso o Relator verifique a necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos.

Verifica-se que, inobstante o controle concentrado de constitucionalidade, assim como os julgamentos repetitivos e IAC terem características de processos objetivos, restrito a matéria de direito, prevê o artigo citado a possibilidade de audiência pública para matéria de fato.

Isso é explicado pela impossibilidade de separar, por completo, fato e direito²⁸⁴. Dessa forma, há questões preponderantemente de direito, como por exemplo a base de cálculo de um tributo, e preponderantemente de fato, como a verificação da culpa por acidente de trânsito. São analisadas pelos tribunais as primeiras

Isso posto, propõem-se alguns critérios para verificação da necessidade de audiência pública nos procedimentos por amostragem.

A matéria abordada na audiência deve ser relacionada a fatos, não a direito. Em se tratando de ato instrutório e, ainda, dado o princípio *da mihi factum, dabo tibi ius*, não caberia ao Tribunal abrir debate a questões de Direito. Essa justamente a função do colegiado, podendo auferir subsídios por meio de pareceres de

²⁸⁴ Sobre questão de fato e questão de direito WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento do recurso especial. Revista de Processo. Vol. 92/1998. Outubro de 1998.

associações e órgãos com notório conhecimento jurídico, como por exemplo a manifestação de comissões da OAB.

Há, contudo, exceção, podendo ser convocada audiência pública com a finalidade de o Tribunal averiguar os impactos do entendimento firmado para fins de modulação dos efeitos. Um exemplo é a audiência pública realizada pelo 4º Tribunal Regional Federal para discussão da extensão de adicional previdenciário, originalmente destinado aos aposentados por invalidez e por idade, bem como com necessidades de cuidador. Apesar de o tema ser de Direito, é necessário ouvir os impactos causados aos cofres do INSS²⁸⁵.

Outro exemplo é o IRDR 35²⁸⁶, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em que o Relator, Desembargador Wilson Benevides, decidiu convocar audiência pública em matéria de direito. O referido incidente teve como objeto a competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública para processar causas em que houvesse necessidade de prova pericial.

Inobstante matéria de direito, entendeu-se por bem designar a audiência pública, com magistrados do Juizado Especial da Fazenda Pública e das Varas da Fazenda Pública, para avaliação de aspectos práticos, a viabilidade de realização de provas periciais e sua repercussão no trâmite processual.

Novamente, a expansão do contraditório relaciona-se com os efeitos práticos da fixação da tese, entendendo o Judiciário, por bem, permitir aos afetados a intervenção.

Em relação a fatos, entendemos ser conveniente a designação de audiência pública nas seguintes hipóteses: nos *hard cases*²⁸⁷, em que se pode verificar interesse da sociedade ou em casos cuja matéria em apreço demande informações de experts.

Um exemplo de ambas as hipóteses é a o Recurso Especial repetitivo do tema 710, que trata da possibilidade do *credit score*. Naquele caso, foi agendada

²⁸⁵ IBDP. Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário. *Atuação judicial*. IRDR 5026813-68.2016.4.04.0000. Disponível em: <https://www.ibdp.org.br/?p=494>. Acesso em: 12 set. 2019.

²⁸⁶ IRDR nº N° 1.0000.17.016595-5/001, TJMG.

²⁸⁷ Define Teresa Arruda Alvim *hard cases* como “Um *hard case* é um caso que deve ser resolvido à luz de regras e/ou princípios típicos de ambientes decisoriais frouxos cuja solução não está clara na lei, ou realmente não está na lei, e deve ser “criada” pelo Judiciário, a partir de elementos do sistema jurídico. *Hard cases* podem dizer respeito a situações sociais em relação às quais esteja havendo, no plano dos fatos, uma alteração de valores e/ou comportamental” in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente. DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). PRECEDENTES. Salvador: Judpodivm, 2015.

audiência pública que permitiu tanto a explicação sobre a tecnologia e critérios envolvidos no sistema de “pontuação” dos consumidores, como a oitiva de ponderações de representante dos consumidores, no sentido de que poderiam ser consideradas informações sensíveis (tais como cor da pele e preferência sexual) no *raking*.

No voto condutor, o relator, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino afirmou que não “esse é um daqueles processos cujo julgamento parte-se praticamente do ‘zero’, pois não tinha noção clara acerca do que seria o chamado ‘credit scoring’”²⁸⁸, ressaltando a importância da audiência pública na formação do seu convencimento. Demonstrando a necessidade de subsídios para o julgamento.

Conquanto à importância da manifestação de representante dos consumidores, verifica-se exerceram de fato influência no julgamento, haja vista que consta na tese firmada ser abuso de direito a utilização de “informações excessivas ou sensíveis”.

Talvez não ampliado o contraditório, não seria possível ao Tribunal proferir decisão de qualidade técnica e considerar os impactos aos consumidores. Protegeu-se, também, os interesses dos ligantes eventuais.

A audiência pública é um meio de levar as perspectivas de diferentes setores que compõem a sociedade plural e, com isso, permitir que o Judiciário conheça essas várias visões no momento da tomada da decisão²⁸⁹. Como exposto desde o início deste estudo, os efeitos das decisões paradigmáticas, por natureza, atingem terceiros não participantes do processo.

A finalidade da audiência pública é o debate, não uma decisão e, como dito, é instrutória. Ouvir a sociedade não significa decidir a forma como lidar com seus anseios e expectativas. Participação não significa a vontade da maioria. O Judiciário é adstrito à Lei²⁹⁰.

²⁸⁸ REsp 1419697(2013/0386285-0 de 17/11/2014)

²⁸⁹ LISBOA, Aline. *Participação social no controle de constitucionalidade: a propositura de ações diretas, o amicus curiae e as audiências públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

²⁹⁰ Sobre o tema, MORAES, Anderson Júnio Leal. *Audiências públicas e legitimação da jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Initia Via, 2012.

5.4 FUNDAMENTAÇÃO DO PARADIGMA

O presente estudo demonstrou a importância de ampliação do contraditório, em determinados casos, para formação do paradigma. Dessa forma, dada a relação entre contraditório e influência e entre influência e fundamentação, há de se concluir pela importância do órgão julgador motivar, detalhadamente, a decisão paradigmática²⁹¹.

Ada Pellegrini Grinover relaciona a autoridade do Judiciário à capacidade de fundamentar adequada e racionalmente as suas decisões, bem como a sua correspondência com o Ordenamento Jurídico²⁹². No mesmo sentido, Sofia Temer defende que a justificação demonstra que a possibilidade de convencimento foi exercida pela pluralidade argumentativa, ainda que sem o consentimento pela participação pessoal²⁹³.

Sobre a fundamentação nas decisões paradigmáticas, o legislador do CPC/15 mencionou expressamente o dever de os Tribunais fundamentá-las à exaustão, no caso do IRDR no § 2º do art. 985, e dos recursos repetitivos, no art. 1.038, § 3º, do CPC. Em relação ao IAC, não há dispositivo próprio, contudo, pensa-se que a sistemática do Novo Código de Processo Civil, especialmente pelo § 1º, do art. 489, exige boa motivação de todas as decisões.

Colabora Dierle Nunes, defendendo que nas decisões produzidas nas “causas pilotos” o Tribunal deve analisar todos os argumentos, sob pena de gerar dificuldades na estabilização da própria jurisprudência:

Ademais, em época de utilização de decisões padrão produzidas pelos tribunais superiores a partir de causas piloto (recursos representativos da controvérsia), a ausência de plenitude do contraditório, na qual o tribunal superior não analisa todos os argumentos relevantes (poucas vezes, mas com grande amplitude), faz com o que o tribunal não estabilize sua própria jurisprudência, gerando previsibilidade, permitindo que os próprios

²⁹¹ José Carlos Barbosa Moreira, antes mesmo da edição de leis que inseriram os mecanismos dos julgamentos por amostragem no Processo Civil, já relacionava a fundamentação com a uniformização de jurisprudência. Verifique-se: “A obrigatoriedade da motivação é vista, ademais, como condição do funcionamento eficaz dos mecanismos destinados a promover a uniformização da jurisprudência, para a qual são as teses jurídicas que importam, e não as conclusões nuas dos julgados.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A motivação da sentença como garantia inerente ao Estado de Direito*. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*. Curitiba, dez. 1979. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8836>. Acesso em: 01 dez. 2019).

²⁹² GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., 2016, p. 127.

²⁹³ TEMER, Sofia. Op. cit., 2016, p. 140.

litigantes mantenham a esperança de que em seu caso o argumento não enfrentado induza o sucesso de sua pretensão²⁹⁴.

É o posicionamento de parte da doutrina, como se auffle pelos enunciados 305²⁹⁵ e 585²⁹⁶ do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

A motivação, além de ser um mecanismo de verificação dos argumentos levados em conta pelos julgadores, permitindo a fiscalização do Judiciário, é o meio que os operadores do Direito terão para apurar a incidência ou não do precedente sob o caso concreto. Apenas com o conhecimento dos motivos da decisão é que se há de pleitear a sua aplicação ou mesmo demonstrar que no caso sob análise, há peculiaridades suficientes a afastar a aplicação da tese.

5.5 APLICAÇÃO DO PARADIGMA

5.5.1 Elemento vinculante

Inobstante certa semelhança com o regime de *common law*, haja vista fundamentação por meio de decisões pretéritas, o elemento de vinculação das decisões paradigmáticas, proferidas nos julgamentos por amostragem, não se confunde com a *ratio decidendi*.

No regime processual pátrio, a procura da *ratio decidendi* não é necessária. O acórdão gerado nos julgamentos repetitivos ou IAC, com a tese fixada, apenas é paradigma para casos essencialmente idênticos²⁹⁷.

Nesse sentido, é válido transcrever a distinção de Taís Schilling Ferraz²⁹⁸ de “tese jurídica” e *ratio decidendi*. A primeira “vem sendo construída como um

²⁹⁴ NUNES, Dierle; DELFINO, Lucio. *Chancela do contraditório*: tribunais superiores devem ampliar debates ao formar precedentes. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-set-24/tribunais-superiores-ampliar-debates-formar-precedentes>. Acesso em: 10 maio 2018.

²⁹⁵ 305. (arts. 489, § 1º, IV; 984, § 2º; 1.038, § 3º). No julgamento de casos repetitivos, o tribunal deverá enfrentar todos os argumentos contrários e favoráveis à tese jurídica discutida, inclusive os suscitados pelos interessados (Grupo: Precedentes; redação revista no V FPPC-Vitória) (ENUNCIADOS DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Op. cit., 2017).

²⁹⁶ 585. (arts. 489, § 1º, IV; 1.038, § 3º; 984, § 2º). Não se considera fundamentada a decisão que, ao fixar tese em recurso especial ou extraordinário repetitivo, não abranger a análise de todos os fundamentos, favoráveis ou contrários, à tese jurídica discutida. (Grupo: Sentença, coisa julgada e ação rescisória). (Id., *ibid.*).

²⁹⁷ ALVIM, Teresa Arruda. *STJ acerta ao fixar tese antes de julgar recursos repetitivos*. 2019b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-05/teresa-arruda-alvim-stj-acerta-fixar-tese-antes-julgar-repetitivo>. Acesso em: 6 jun. 2019.

²⁹⁸ FERRAZ, Taís Schilling. Ratio decidendi x tese jurídica. A busca pelo elemento vinculante do precedente brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 265, mar. 2017, pp. 419-41.

preceito genérico e abstrato, semelhante à lei, que proclama o resultado de um julgamento com a expectativa de ampla aplicabilidade a casos onde a mesma questão tenha sido suscitada.”

A ratio decidendi, por sua vez,

A ratio decidendi de uma decisão é o princípio [...] que se extrai especialmente da fundamentação do julgado. São os motivos determinantes da decisão, passos necessários para que o julgador chegue a um determinado resultado, a ser construído à luz dos fatos da causa de onde se originou e que destes não se abstrai²⁹⁹.

Em síntese, diferentemente da *common law*, em que as questões de fatos são relevantes para aplicação futura, no “precedente à brasileira”, feito texto de lei, descolam-se os fatos, criando enunciados (ou ementas) gerais e abstratos.

Dá-se como exemplo o tema repetitivo 192, julgado pelo STJ, de desconto para pensão alimentícia sobre o 13º salário e férias do devedor de alimentos, que fixou a seguinte tese:

1. Consolidação da jurisprudência desta Corte no sentido da incidência da pensão alimentícia sobre o décimo terceiro salário e o terço constitucional de férias, também conhecidos, respectivamente, por gratificação natalina e gratificação de férias.
2. [...] Procedimento de Julgamento de Recursos Repetitivos³⁰⁰.

No julgamento do paradigma apresentaram voto o Relator, Desembargador Paulo Furtado e o ministro Honildo Amaral de Mello Castro. Os outros integrantes da Seção, ministros Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior, Nancy Andrichi, João Otávio de Noronha, Sidnei Beneti, Luis Felipe Salomão e Vasco Della Giustina, acompanharam o Relator.

O Relator fundamentou a incidência da pensão alimentícia sobre o 13º salário e 1/3 das férias, uma vez que esses estão compreendidos nas expressões “salário” e “vencimentos”, colacionando ementas de outros julgados do STJ.

²⁹⁹ Id., *ibid.*

³⁰⁰ STJ. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1106654 RJ, Rel. Ministro Paulo Furtado, Segunda Seção, julgado em 25/11/2009, DJe 16/12/2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6218318/recurso-especial-resp-1106654-rj-2008-0261750-0/inteiro-teor-12347002?ref=juris-tabs>. Acesso em: 12 set. 2019.

O ministro Honildo Amaral de Mello Castro fundamentou no sentido de que se o alimentante recebe, anualmente, um salário a mais, deve repassá-lo, proporcionalmente, ao alimentado. Em relação ao adicional de férias, entendeu que a verba teria essência personalíssima, o que extrapolaria o conceito de alimentos.

Percebe-se que, pela fundamentação do acórdão, não se pode auferir, com precisão, a *ratio decidendi* – o princípio de Direito que impulsionou a decisão da maneira como foi proferida –, bastando a tese fixada ser aplicada em casos idênticos.

Não se poderia, por exemplo, justificar o desconto de pensão alimentícia sobre eventuais bônus ou participações nos lucros do alimentante, haja vista não estarem cobertas pela tese fixada.

Dessa forma, pela maneira como são confeccionados os acórdãos³⁰¹ nos Tribunais brasileiros, em que não há um “voto médio” ou fundamentação oficial da Corte, mas sim a compilação de votos dos julgadores, há dificuldade em se auferir a *ratio decidendi*. Isso porque pode ocorrer de todos os integrantes do julgamento chegarem à mesma conclusão, no entanto, por motivos diversos.

Não obstante, defende-se que os fundamentos utilizados por cada julgador para chegar à tese fixada, devem ser considerados pelos aplicadores na hipótese de dúvida acerca da incidência ou não da tese.

5.5.2 Aspecto temporal da vinculação – Modulação

Uma questão relevante sobre os julgamentos por amostragem se dá a partir do momento em que produzem efeitos. Segundo José Rogério Cruz e Tucci, o precedente pode ter eficácia retroativa, o que poderia acarretar elevado custo social e econômico. Destarte, o autor conclui que “estipulada a ‘regra do jugo’, deve ser evitada, com efeito, a perversa retroatividade de novel posicionamento pretoriano”³⁰².

³⁰¹ Sobre a maneira de redação de acórdãos no STJ, KLAFFKE, Guilherme Forma; PRETZEL, Bruna Romano. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas. *Revista de Estudos Empíricos em Direito. Brazilian Journal of Empirical Legal Studies* v. 1, n. 1, jan. 2014, pp. 89-104. Disponível em: <http://www.reedpesquisa.org/ojs-2.4.3/index.php/reed/article/view/8>. Acesso em: 11 ago. 2016.

³⁰² CRUZ E TUCCI, José Rogério O regime do precedente judicial no Novo CPC. *Revista do Advogado*, n. 216, 2015, pp. 143-51.

A possibilidade de modulação dos efeitos da mudança de orientação pretoriana é prevista no § 3º do art. 927, verifique-se:

§ 3º. Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

A modulação dos efeitos é técnica para que o precedente não atinja situações passadas em que ou não haveria regulamentação, ou que a orientação pretoriana era outra. Pela modulação, evita-se, por exemplo, a majoração da base de algum tributo, cujo fato gerador se deu antes da modificação da orientação dos tribunais. Para Aurélio Viana e Dierle Nunes, a modulação deveria fazer parte da decisão de afetação³⁰³.

Teresa Arruda Alvim, em monografia sobre o tema *modulação*, propõe quatro critérios para verificar a sua necessidade. O primeiro é questionar se a modulação protege a confiança do jurisdicionado na orientação anterior. A autora defende, assim, a prescindibilidade, como regra, da modulação na formação do precedente, haja vista não haver confiança a se preservar.

O segundo critério é estar diante de ambiente decisional rígido, correspondente àquele permeado por princípios e normas mais rígidas e inflexíveis. Por exemplo, no âmbito do Direito Civil, os direitos reais seriam mais rígidos, ao passo que no Direito Contratual, mais “frouxo”. Nesses casos, segundo Teresa Arruda Alvim, em que as alterações deveriam vir do Legislativo, há necessidade de modulação.

A terceira hipótese seria a de a mudança de orientação ser prejudicial ao particular, notadamente nos casos em que envolva, direta ou indiretamente, o Estado.

Por fim, a quarta hipótese em que se exigiria modulação seria a fixação de precedente que tem em vista a prática de uma nova política. Seria exceção à primeira regra, haja vista a inexistência de precedente. Segundo as palavras de Teresa Arruda Alvim,

há, portanto, uma situação especial que normalmente leva à necessidade de modulação: a das decisões jurisdicionais a respeito de políticas públicas. Na verdade, a nosso ver, está-se, aqui, em face de uma

³⁰³ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, pp. 295-9.

deformação, já que o Poder Judiciário acaba fazendo as vezes da Administração Pública e até do Legislativo, mais frequentemente do que seria desejável³⁰⁴.

Dessa forma, percebe-se que a grande função da modulação é preservar e possibilitar a confiança do particular no Judiciário, no sentido de que não será penalizado por conduta anteriormente praticada.

A modulação dos efeitos é compatível com os ideais de segurança jurídica e igualdade que os paradigmas pretendem trazer ao Ordenamento Jurídico, ou seja, trata-se da possibilidade de fornecer previsibilidade ao jurisdicionado.

5.5.3 O contraditório na aplicação dos precedentes

Decididos os paradigmas, esses serão aplicados a outros casos. Trata-se de “ponto de partida” para que o julgador exerça seu convencimento no caso concreto³⁰⁵. O paradigma poderá ser alegado pelas partes ou de ofício, pelo julgador.

Nessa segunda hipótese de alegação pelo próprio julgador de ofício, as partes deverão, nos termos do art. 10, do Código de Processo Civil, ser intimadas para argumentarem pela aplicabilidade ou não do precedente.

Não se exige submissão cega do julgador ao precedente, tampouco nos regimes baseados no *case law*. Cabe ao magistrado, contudo, expor seus motivos ao aplicar ou deixar de aplicar o paradigma.

Cabe, portanto, aos advogados e representantes das partes, o ônus argumentativo a respeito da incidência ou não do paradigma no processo individual. Por exemplo, caberá maior esforço na petição inicial³⁰⁶, cuja pretensão seja distinta

³⁰⁴ ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação na alteração da jurisprudência firme e de precedentes vinculantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019c, p. 183.

³⁰⁵ Nesse sentido, afirma Georges Abboud: “Os precedentes constituem ponto de partida para a discussão da lide, permitindo a exposição das razões jurídicas, papel que no *civil law* é desempenhado pela própria legislação.” (ABBOUD, Georges. *Precedente Judicial versus Jurisprudência* dotada de efeitos vinculante. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012a, p. 543). Alexandre Câmara Freitas afirma que o precedente não pode ser considerado o “fim da história” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula*. São Paulo: Atlas, 2018).

³⁰⁶ Colaboram Aurélio Viana e Dierle Nunes, no sentido de que a técnica redacional das petições iniciais, com o regime dos precedentes, demandará reelaboração pelos advogados (VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Op. cit.*, 2018, p. 373).

de paradigma para que não seja enquadrada, da mesma maneira, nos padrões do art. 332, ou seja, de improcedência liminar do pedido.

O afastamento ou aproveitamento do paradigma pode ser feito apenas após a sua interpretação. É o que ocorre na *common law*, em que para aplicar o precedente, estuda-se o caso paradigma, verificando o que seria *ratio* e o que seria *obiter dictum*. O mesmo exercício deverá ser feito no caso pátrio: a interpretação do paradigma e a sua verificação é essencialmente igual ao caso *sub judice*.

Face à possibilidade de julgamento diverso do paradigma, deve-se importar técnicas da *common law*, isto é, de distinção ou superação do precedente.

A distinção ou *distinguish*, segundo Alexandre Freitas Câmara, é uma forma de respeitar o precedente. Se casos semelhantes devem ser tratados do mesmo modo, e se for constatado que as circunstâncias que levaram ao paradigma são distintas, torna-se imperioso decidir de outra maneira. Pela distinção se observará o precedente, não o afastando³⁰⁷.

Há, também, técnicas de superação do precedente. O *overruling* consiste na ab-rogação da norma judicial³⁰⁸, em razão de modificações ocorridas na sociedade que esvaziaram o seu sentido.

Vistas as técnicas de distinção dos precedentes, percebe-se que o art. 489, § 1º, do CPC, não impõe apenas aos juízes o dever de fundamentação, mas às partes, também, maior ônus argumentativo³⁰⁹. Não cabe mais ao autor apenas relacionar o precedente aplicável ao caso, pois esse terá o ônus de demonstrar as semelhanças.

Nesse quesito, Leonard Schmitz demonstra preocupação, afirmando que há perigo de ativismo judicial, uma vez que, em não sendo determinados os fatos de incidência do paradigma, cabe ao juiz escolher livremente uma das interpretações trazidas pelas partes.

Deveras, como afirmado anteriormente, da maneira como os acórdãos paradigmas são redigidos, e nos termos de Hans Kelsen, não é possível determinar

³⁰⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., 2018.

³⁰⁸ Sobre *overruling*, ver: CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. Op. cit., 2018, pp. 385-94.

³⁰⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; PEIXOTO, Ravi. O art. 489, § 1º, do CPC e a sua incidência na postulação dos sujeitos processuais – um precedente do STJ. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/en/editorial/editorial-191/>. Acesso em: 12 dez. 2019.

sua “moldura fática”³¹⁰. Sua interpretação e aplicação caberão ao Judiciário que, em havendo risco de ativismo judicial, seja pela resistência da aplicação do precedente ou mesmo pela aplicação em blocos, não permitirá à parte que demonstre elementos de superação ou distinção.

Defende-se, contudo, que para a interpretação do precedente, devem ser considerados os fundamentos apontados pelos julgadores. Inobstante não serem o elemento vinculante da decisão – que é a tese jurídica – são importante instrumento para auferir as situações que se enquadram naquele precedente.

De qualquer forma, as técnicas de julgamento em estudo – IAC e julgamentos repetitivos – são virtuosas para o gerenciamento de processos de massa, permitindo maior apreciação dos julgadores na formação do paradigma. A aplicação do contraditório deve ser garantida nos termos do art. 10, do CPC, cabendo ao Judiciário a correta aplicação e fundamentação, e à sociedade o zelo pela sua correta aplicação, conforme pondera Michele Taruffo na função extraprocessual da fundamentação.

³¹⁰ v. Capítulo VIII. KELSEN, Hans. Teoria pura do direito Trad. oão Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

CONCLUSÃO

Abordou-se, neste estudo, o contraditório na formação e aplicação das decisões paradigmáticas, ou seja, aquelas produzidas em sede de IRDR, recursos repetitivos e IAC. Tais decisões, nos termos do art. 927, III, do CPC, devem ser observadas pelos órgãos do Judiciário, são, portanto, precedentes.

O regime da *civil law*, especialmente o Direito brasileiro, não é incompatível com o respeito a decisões judiciais ou a precedentes. A observância à interpretação do Judiciário acerca da legislação é costume desde o Direito lusitano, sendo referência os assentos.

Mesmo na concepção positivista de Hans Kelsen, outorgava-se ao juiz a interpretação autêntica do texto legal. Atualmente, sob influência de ideias pós-positivistas ou constitucionalistas, entende-se ser múnus do Judiciário o dever de garantia de direitos, ou seja, o dever de fazer valer os direitos humanos. Em paralelo, muito em razão, mas não somente, dos ideais de acesso à justiça, o número de litígios cresceu em progressão geométrica.

Como consequência, o Judiciário passou a receber, também, demandas versando questões jurídicas relevantes, de interesse social, como, por exemplo, a questão da possibilidade de união homoafetiva e as demandas repetitivas.

A criação de técnicas de julgamento por amostragem, que têm característica de demandas objetivas, foi uma das soluções. Elas permitem que os julgadores analisem uma só vez temas repetitivos, ou de relevante questão de direito, fixando uma tese, que será aplicada a casos idênticos.

Para qualidade dessas decisões, é relevante a ampliação do contraditório. Isso significa tanto o aumento da participação, permitindo a intervenção de interessados, como a oitiva de pessoas com experiência. O que pode ser feito pela intervenção de *amicus curiae*, requisição de pareceres de experts e, também, com o agendamento de audiência pública.

O reconhecimento de que, de certa maneira, o Judiciário cria direito, justifica a ampliação do contraditório. Além da impossibilidade de a lei prever todas as situações, a velocidade das inovações e consequentes mudanças nas dinâmicas sociais, implica “novas” relações jurídicas, que necessitam ser disciplinadas.

É o exemplo dos direitos autorais na reprodução de música e filmes via *streaming*, da tecnologia do *credit score*, de biomedicina ou transplantes.

O contraditório deve ser ampliado nessas situações, tanto para que o Judiciário possa compreender as inovações, como para que possa averiguar o posicionamento de grupos da sociedade a respeito dos temas.

A manifestação e direito de influência nas decisões judiciais não implica que o Judiciário deva decidir conforme a vontade da maioria. Não é essa a função do Judiciário, mas sim, de aplicação do direito.

Os julgamentos repetitivos e IAC, tema deste estudo, são técnicas de julgamento aptas a lidar com essas “novas” demandas. Os primeiros são apropriados para o gerenciamento de conflitos de massa, bem como questões jurídicas recorrentes. O IAC, por sua vez, é indicado nas relevantes questões de Direito, com grande repercussão social.

Dessa maneira, é conveniente que o Judiciário, nos *hard cases*, em questões demasiadamente técnicas ou em questões sensíveis à opinião popular, promova audiências públicas. A audiência pública é um instrumento que permite a oralidade e ampliação do debate, promovendo ao jurisdicionado a sensação que pôde influenciar no convencimento do juiz. É meio de promover o acesso à justiça, bem como representatividade dos chamados litigantes sombras.

Não apenas na formação do precedente deve ser oportunizado o contraditório. Uma vez fixado o paradigma, ele será ponto de partida para demandas futuras, cabendo às partes manifestarem-se a respeito da aplicabilidade ou não no caso em tela, conforme o art. 10, do CPC.

Esse ensejo de contraditório dá a parte o devido acesso à justiça. Explica-se: se há discussão do cabimento ou não do precedente ao caso concreto é provável que a parte não tenha se manifestado no procedimento formador do paradigma.

Contudo, como visto anteriormente, a ausência de participação não gera qualquer vício no paradigma, não sendo apta a afastar sua imperiosidade. Dessa forma, a possibilidade de se opor e demonstrar eventual inaplicabilidade daquele paradigma ao seu litígio, assegura ao sujeito o direito de influenciar no convencimento para o resultado do “seu” processo, o que será verificado pela fundamentação.

Em síntese, admitindo-se há certa criatividade de direito pelo Judiciário, e sendo os julgamentos repetitivos e IAC procedimentos propícios a tal criatividade, é conveniente em alguns casos ampliar o contraditório.

O contraditório na formação e na aplicação dos paradigmas é meio de fornecer aqueles que não puderam participar do procedimento acesso à justiça. Isso porque assegurou a eles a possibilidade de influência, obtendo resposta do Judiciário.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Precedente Judicial *versus* Jurisprudência dotada de efeitos vinculante. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ABBOUD, Georges. *STF vs. vontade da maioria*: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 921, jul. 2012.

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do Direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019a.

ALVIM, Teresa Arruda. *STJ acerta ao fixar tese antes de julgar recursos repetitivos*. 2019b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-05/teresa-arruda-avim-stj-acerta-fixar-tese-antes-julgar-repetitivo>. Acesso em: 6 jun. 2019.

ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação na alteração da jurisprudência firme e de precedentes vinculantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019c.

ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. *Recursos repetitivos e incidente de resolução de demandas repetitivas*: uma análise da perspectiva do acesso à Justiça e da participação no processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. Parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. I, 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação da sentença como garantia inerente ao Estado de Direito. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*. Curitiba, dez. 1979. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8836>. Acesso em: 01 dez. 2019.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: *Temas de Direito Processual*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. V, arts. 476 a 565, 2011.

BENEDETTI, Miguel Ángel; SÁENZ, María Jimena. *Las audiências públicas de la Corte Suprema: apertura y limites de la participación ciudadana em la justicia*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2016.

BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor In: MILARÉ, Édis (coord.). *Ação civil pública – Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 78.

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do processo no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. *Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950*. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1060.htm. Acesso em: 12 set. 2019.

BRASIL. *Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985*. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347 orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347_orig.htm). Acesso em: 12 set. 2019.

BRASIL. *Lei nº 8.038, de 29 de maio de 1990*. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://www.direitohd.com/lei-8038-90>. Acesso em: 12 set. 2019.

BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 12 set. 2019.

BRASIL. *Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em: 12 set. 2019.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 12 set. 2019.

BRASIL. Senado Federal. *Código de Processo Civil e Normas Correlatas*. 7. ed., atual. até abr./2015. Brasília: Senado Federal, 2015, p. 29. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no Processo Civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Quatro perguntas e quatro respostas sobre o amicus curiae*. Disponível em: <http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/022.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil: procedimento comum, processos nos tribunais e recursos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, versão eletrônica.

BUZUID, Alfredo. *A crise do Supremo Tribunal Federal*. Estudos de Direito. São Paulo: Saraiva, 1972.

CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *Revista de Processo*, v. 231, maio. 2014 (versão digital).

CALAMANDREI, Piero. *Processo e democracia: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México*. Trad. Mauro Fonseca Andrade. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula*. São Paulo: Atlas, 2018.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARMIGNANI, M. C. O direito judiciário lusitano – os assentos da casa da suplicação. *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade de São Paulo, n. 111, 2017, pp. 19-29, p. 24. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/133541>. Acesso em: 28 jun. 2019.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *Os 100 maiores litigantes*. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 22 jul. 2016.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório do Banco Nacional de Dados de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios*. Brasília, 2018.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *Consulta de precedente*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/bnpr-web/>. Acesso em: 12 set. 2019.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números*. Brasília, 2019.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *La garanzia costituzionale dell'azione ed processo civile*. Padova: Cedam, 1970.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. A “objetivação” no processo civil: as características do processo objetivo no procedimento recursal. *Revista de Processo*, v. 178, dez. 2009.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Recursos repetitivos, súmula vinculante e coisa julgada*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *A reclamação é necessária para a inteireza do sistema de recursos repetitivos?* Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI312851,51045-A+reclamacao+e+necessaria+para+a+inteireza+do+sistema+de+recursos>. Acesso em: 11 out. 2019.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1972.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in english law*. Claredon Law Series. Oxford: Clarendon Press, 2004.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *O advogado, a jurisprudência e outros temas de Processo Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. O regime do precedente judicial no Novo CPC. *Revista do Advogado*, n. 216, 2015, pp. 143-51.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Arts. 458 a 483. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. VIII, 2016.

CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos. *Lições de história do Processo Civil lusitano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DANTAS, Bruno. *Teoria dos recursos repetitivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DEUTSCHER BUNDESTAG. *Audiência Pública para reforma na Lei Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes*. Disponível em: http://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Bibliothek/Gesetzesmaterialien/17_wp/KapMuGReform/wortproto.pdf?__blob=publicationFile. Acesso em: 11 maio 2017.

DEUTSCHER BUNDESTAG. *Protokoll Nr. 82*. (Atas em alemão). Disponível em: <http://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Bibliothek/Gesetzes>

materialien/17_wp/KapMuGReform/wortproto.pdf?__blob=publicationFile. Acesso em: 12 set. 2019.

DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA. São Paulo: Objetiva, 1986.
DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no Direito Processual Civil português*. Coimbra: Coimbra Ed., 2011.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; PEIXOTO, Ravi. O art. 489, § 1º, do CPC e a sua incidência na postulação dos sujeitos processuais – um precedente do STJ. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/en/editorial/editorial-191/>. Acesso em: 12 dez. 2019.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. O respeito aos precedentes como diretriz histórica do Direito brasileiro. *Revista de Processo Comparado*. São Paulo, v. 2, dez. 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de Direito Processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; RODRIGUES, Walter Piva (Coords.). *Processo civil: homenagem a José Ignácio Botelho de Mesquita*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de Direito Processual Civil*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

ENFAM. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrado. *Seminário: O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil*. Enunciados aprovados. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>. Acesso em: 12 set. 2019.

ENUNCIADOS DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Florianópolis, 2017. Disponível em: <http://civileimobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-de-Florian%C3%B3polis.pdf>. Acesso em: 12 set. 2019.

FELSTINER, William L. F. et al. The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming. *Law & Society Review*, v. 15, n. 3/4, Special Issue on Dispute Processing and Civil Litigation (1980-1981).

FENSTERSEIFER, Wagner Arnold. *Distinguishing e overruling na aplicação do art. 489, § 1º, VI, do CPC/2015*. *Revista de Processo*, v. 252, fev. 2016.

FERRAZ, Taís Schilling. Ratio decidendi x tese jurídica. A busca pelo elemento vinculante do precedente brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 265, mar. 2017.

FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Coord. Carlos Alberto de Salles. Tradução Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GERHARDT, Michael D. *The power of precedent*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

GIFIS, Steven H. *Dictionary of legal terms: a simplified guide to the language of law*. 4. ed. Barron's: Hauppauge, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

HÄBERLE, Peter Hesse Konrad. *Estudios sobre la jurisdicción constitucional (com especial referencia al tribunal constitucional alemán)*. México: Editorial Porrúa, 2005.

IBDP. Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário. *Atuação judicial*. IRDR 5026813-68.2016. 4.04.0000. Disponível em: <https://www.ibdp.org.br/?p=494>. Acesso em: 12 set. 2019.

ITALIA. *Constituição da República Italiana*. Milão: Senato della Repubblica, 2018. Disponível em: https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf. Acesso em: 12 set. 2019.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito* Trad. oão Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KLAFKE, Guilherme Forma; PRETZEL, Bruna Romano. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas. *Revista de Estudos Empíricos em Direito. Brazilian Journal of Empirical Legal Studies* v. 1, n. 1, jan. 2014, pp. 89-104. Disponível em: <http://www.reedpesquisa.org/ojs-2.4.3/index.php/reed/article/view/8>. Acesso em: 11 ago. 2016.

LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 145, jan. 1981, pp. 1-20. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43387>. Acesso em: 11 nov. 2019.

LEMOS, Vinicius Silva. *O incidente de assunção de competência da conceituação à procedimentalidade*. Salvador: JusPodivm, 2018.

LISBOA, Aline. *Participação social no controle de constitucionalidade: a propositura de ações diretas, o amicus curiae e as audiências públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Motivação das decisões jurídicas: identificação das decisões imotivadas. In: PUOLI, José Carlos Baptista; BONIZZIO,

Marcelo José Magalhães; LEONEL, Ricardo de Barros (Coords.). *Direito Processual Constitucional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: decisão de questão idêntica x precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016a.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016b.

MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre o incidente de assunção de competência. *Revista de Processo*, v. 260, out. 2016c, pp. 233-56 (versão eletrônica).

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Manual do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019 (edição eletrônica).

MARTIN, Elizabeth A. *Oxford Dictionary of Law*. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

MITIDIERO, Daniel. A colaboração como norma fundamental do Novo Processo Civil Brasileiro. *Revista do Advogado*. São Paulo, v. 35, n. 126, maio 2015.

MORAES, Anderson Júnio Leal. *Audiências públicas e legitimação da jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Initia Via, 2012.

MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial no sistema processual brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2012.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

NUNES, Dierle; DELFINO, Lucio. *Chancela do contraditório: tribunais superiores devem ampliar debates ao formar precedentes*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-set-24/tribunais-superiores-ampliar-debates-formar-precedentes>. Acesso em: 10 maio 2018.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. A garantia do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Porto Alegre, v. 15, 1998.

ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. *Gerenciamento do processo e o acesso à justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Trad. de Carlos Aberto Álvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ROSAS, Roberto. *Da súmula à súmula vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 879. Jan./2009 (versão digital).

SALLES, Carlos Alberto de. *Precedentes e jurisprudência no novo CPC: técnicas decisórias. O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015.

SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da forma formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei do Senado n. 166, de 2010*. Disponível em: https://www2.cjf.jus.br/jspui/bitstream/handle/1234/45441/PL%208046_2010.pdf?sequence=1. Acesso em: 12 set. 2019.

SILVA, Rodrigo. *Guia politicamente incorreto da política brasileira*. Rio de Janeiro: Leya, 2018.

SOUZA, Artur Cesar de. *Código de Processo Civil: anotado, comentado e interpretado: parte especial (arts. 693 a 1.072)*. São Paulo: Almedina, v. III, 2015a.

SOUZA, Artur Cesar de. *Resolução de demandas repetitivas*. São Paulo: Almedina, 2015b (versão eletrônica).

STF. Supremo Tribunal Federal. *Audiências públicas realizadas*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?paginaAtual=1&tipo=realizada>. Acesso em: 8 dez. 2019.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt na Pet 11.838/MS*. Rel. ministra Laurita Vaz, Rel. p/Acórdão ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, julgado em 07/08/2019, DJe 10/09/2019.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. *Decisão Monocrática REsp 1635428-SC (2016/0285000-5)*, j. 01/08/2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/607382479/recurso-especial-resp-1635428-sc-2016-0285000-5>. Acesso em: 12 set. 2019.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. *Decisão Monocrática Resp nº 1419697-RS (2013/0386285-0)*, j. 04/06/2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/primeira-audiencia-publica-stj.pdf>. Acesso em: 12 set. 2019.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. *PET no REsp 1551956/SP*. Rel. min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 15/04/2016.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. *Proposta de Afetação no Recurso Especial*. ProAfR no REsp 1799343/SP. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/698753759/proposta-de-afetacao-no-recurso-especial-proafr-no-resp-1799343-sp-2018-0301672-7>. Acesso em: 12 set. 2019.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. *Proposta de Afetação no Recurso Especial*: ProAfR no REsp 1610728/RS – 2016/0171099-9. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574632908/proposta-de-afetacao-no-recurso-especial-proafr-no-resp-1610728-rs-2016-0171099-9/inteiro-teor-574632918>. Acesso em: 12 set. 2019.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1604412/SC/2016/0125154-1*. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/616331240/recurso-especial-resp-1604412-sc-2016-0125154-1/relatorio-e-voto-616331253?ref=juris-tabs>. Acesso em: 12 set. 2019.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1067237/SP*. Rel. ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 24/06/2009, DJe 23/09/2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=897656&num_registro=200801159861&data=20090923&formato=PDF. Acesso em: 12 set. 2019.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 911.802-RS*. Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/4/docs/stj_telefonia_assinatura_basica.pdf. Acesso em: 12 set. 2019.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial. REsp 1419697-RS, 2013/0386285-0*. Decisão monocrática de 04/06/2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/152068666/recurso-especial-resp-1419697-rs-2013-0386285-0/relatorio-e-voto-152068681>. Acesso em: 12 set. 2019.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial. REsp 1610728 RS 2016/0171099-9*. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/503149584/recurso-especial-resp-1610728-rs-2016-0171099-9>. Acesso em: 12 set. 2019.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1106654 RJ, Rel. Ministro Paulo Furtado, Segunda Seção, julgado em 25/11/2009, DJe 16/12/2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6218318/recurso-especial-resp-1106654-rj-2008-0261750-0/inteiro-teor-12347002?ref=juris-tabs>. Acesso em: 12 set. 2019.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1631846/DF*. Rel. ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. p/Acórdão ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 05/11/2019, DJe 22/11/2019.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 951894-DF (2007/0108079-4)*, j. 26/10/2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. Acesso em: 12 set. 2019.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. *Súmulas*. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf. Acesso em: 12 set. 2019.

TARUFFO, Michele. Dimensiones del precedente judicial. *In: Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

TARUFFO, Michele. Precedentes e jurisprudência. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 199, set. 2011.

TARUFFO, Michele *A motivação da sentença civil*. Trad. de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TARUFFO, Michele; HAZARD Jr. Geoffrey C. *American civil procedure: an introduction*. Yale University Press: New Haven, 1993.

TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: execução forçada, processo nos tribunais e direito intertemporal*. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. III, 2016.

TJ/SP. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Processo n. 2065868-32.2016.8.26.0000. Relator: Paulo Barcellos Gatti. Data de julgamento: 26/08/2016. Turma Especial – Público, Data de Publicação: 30/08/2019.

TJ/SP. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas*. Incabíveis, Inadmitidos e Pendentes. Processo n. 2084075-79.2016.8.26.0000. Atualizado em: 16 dez. 2019. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Nugep/lrdr/lrdrsInadmitidos.pdf>. Acesso em: 12 set. 2019.

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.

VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente**. DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). **PRECEDENTES**. Salvador: Judpodivm, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 893, mar. 2010 (versão eletrônica).

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento do recurso especial. *Revista de Processo*. Vol. 92/1998. Outubro de 1998.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do Direito. In: *Direito Jurisprudencial*. Obra coletiva de Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012b.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Primeiros Comentários ao Novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: SALETTI, Achille (Org.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pelegrini Grinover*. São Paulo, 2005.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Marcial Pons, v. I, 2014.

