

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Diogo Henrique Dias da Silva

**UMA CRÍTICA À PADRONIZAÇÃO DECISÓRIA PREVENTIVA NO CONTEXTO
REFORMISTA PROCESSUAL: o dissenso jurisprudencial como contributo para
a formação democrática do padrão decisório**

Belo Horizonte
2015

Diogo Henrique Dias da Silva

**UMA CRÍTICA À PADRONIZAÇÃO DECISÓRIA PREVENTIVA NO CONTEXTO
REFORMISTA PROCESSUAL: o dissenso jurisprudencial como contributo para
a formação democrática do padrão decisório**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, área de concentração Direito Processual, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Dierle José Coelho Nunes

Belo Horizonte

2015

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

S586c Silva, Diogo Henrique Dias da
Uma crítica à padronização decisória preventiva no contexto reformista processual: o dissenso jurisprudencial como contributo para a formação democrática do padrão decisório / Diogo Henrique Dias da Silva. Belo Horizonte, 2015.
181 f. : il.

Orientador: Dierle José Coelho Nunes
Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Direito processual. 2. Neoliberalismo. 3. Estado democrático de direito. 4. Legitimidade (Direito). 5. Contraditório no processo judicial. I. Nunes, Dierle José Coelho. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 347.9

Diogo Henrique Dias da Silva

**UMA CRÍTICA À PADRONIZAÇÃO DECISÓRIA PREVENTIVA NO CONTEXTO
REFORMISTA PROCESSUAL: o dissenso jurisprudencial como contributo para
a formação democrática do padrão decisório**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, área de concentração Direito Processual, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Prof. Dr. Dierle José Coelho Nunes (Orientador) - PUC Minas

Profa. Dra. Flaviane de Magalhães Barros - PUC Minas

Prof. Dr. Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia - UFOP

Belo Horizonte, 21 de maio de 2015.

***A meus pais,
porque a educação se inicia no berço***

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que, ao seu modo, contribuíram para essa nova conquista, especialmente:

Ao Professor Dierle Nunes, pela orientação e pela instigação à reflexão do Direito Processual a partir da percepção das transformações sociais contemporâneas.

Ao Professor Alexandre Bahia, pelas brilhantes ponderações durante a defesa pública deste trabalho. Suas considerações com certeza contribuíram para as minhas reflexões.

À Professora Flaviane, pelas considerações durante a defesa pública e pela contribuição no estudo da Teoria da Efetividade do Processo.

Aos meus familiares e amigos, principalmente aos meus pais, Edmar e Edith, e ao meu irmão, Felipe, pela paciência e por compreenderem os momentos de ausência.

Aos colegas de classe, notadamente aos mestrandos, parceiros e amigos: Marcos Rezende e Helen Cristina de Almeida Silva.

À amiga Nathalia Nacif, pela interlocução fundamental para os arremates finais do presente trabalho.

Ao Ferreira Pinto, Cordeiro, Santos e Maia Advogados, pela compreensão de que o aperfeiçoamento acadêmico é necessário.

“Mestre não é quem sempre ensina, mas quem de repente aprende.”

João Guimarães Rosa

RESUMO

Trata-se de dissertação com o objetivo de criticar a padronização decisória preventiva como técnica de dimensionamento de litigiosidade repetitiva. No contexto brasileiro reformista do Código de Processo Civil, é preciso preocupar-se com o modo como será enfrentada a litigiosidade repetitiva e excessiva, sendo a padronização decisória uma das principais soluções apresentadas. Para tanto, inicia-se o estudo com a exposição de pesquisas empíricas sobre o número elevado de demandas judiciais nos tribunais brasileiros. A exposição prossegue com a ressalva sobre a necessidade de atacar esse problema por meio de medidas democráticas, não compatíveis com o discurso neoliberal de eficiência quantitativa. Nessa linha é que o trabalho se desenvolve em capítulos que demonstrarão a globalização do tema “litigiosidade repetitiva”, com implicações na convergência de tradições jurídicas e nas diversas legislações projetadas e vigentes do Brasil e do Mundo. Feitas tais considerações, ficará mais evidenciado que a padronização decisória é uma das propostas mais presentes nos debates sobre redução da litigiosidade repetitiva. Exatamente por isso, o trabalho afunila a análise do fenômeno da litigiosidade repetitiva a partir da leitura do padrão decisório e de sua formação por meio da concepção de direito como integridade e do contraditório como influência e não surpresa. Por meio desses estudos, será concluído que a padronização decisória preventiva não é democrática, por não se preocupar com uma eficiência qualitativa, na medida em que dispensa uma divergência jurisprudencial prévia essencial para uma interpretação construtiva e um contraditório o mais abrangente possível para a formação do padrão decisório.

Palavras-chave: Reformas do CPC. Padronização decisória preventiva. Litigiosidade Repetitiva. Neoliberalismo.

ABSTRACT

It is dissertation in order to criticize the preventive operative standardization as repetitive litigation sizing technique. In the reformist Brazilian context of Code of Civil Procedure, you need to worry about how the repetitive and excessive litigation will be addressed, being the operative standardization one of the main solutions presented. Therefore, the study begins with exposure of empirical research on the high number of lawsuits in the Brazilian courts. The exhibition continues with the caveat about the need to tackle this problem through democratic measures incompatible with the neoliberal discourse of quantitative efficiency. In this line is that the work unfolds in chapters that demonstrate the globalization theme "repetitive litigation" with implications for the convergence of legal traditions and the different designed and existing laws of Brazil and the world. Made such considerations, it will become clear that the operative standardization is one of the current proposals in the discussions on reducing repetitive litigation. Exactly why the work narrows the analysis of the repetitive litigation phenomenon from the reading of the decision-making standard and its formation through the conception of law as integrity and contradictory as influence and no surprise. Through these studies, it is concluded that the preventive operative standardization is not democratic, not to worry about a qualitative efficiency, in that it dispenses a key pre jurisprudential divergence for constructive interpretation and the most comprehensive contradictory possible for the formation of decision-making pattern.

Keywords: CPC reforms. Preventive operative standardization. Repetitive litigation. Neoliberalism.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	17
2 A LITIGIOSIDADE EXCESSIVA COMO UMA REALIDADE NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS	22
3 DO PERÍODO REFORMISTA DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: DA NECESSIDADE DE SUPERAR A TENSÃO PRAGMÁTICA ENTRE O PARADIGMA CONSTITUCIONAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O NEOLIBERALISMO PROCESSUAL	29
3.1 O Estado Democrático de Direito como necessário paradigma jurídico interpretativo das reformas legislativas	30
3.2 Os objetivos e o problema científico: a padronização decisória preventiva e o contexto reformista processual	38
4 A CONVERGÊNCIA ENTRE AS TRADIÇÕES JURÍDICAS: UM FENÔMENO INFLUENCIADO PELA LITIGIOSIDADE REPETITIVA	49
4.1 Sobre as tradições jurídicas: Civil Law e Common Law	49
4.1.1 <i>Civil Law: a influência do direito romano</i>	51
4.1.2 <i>Common Law: breves considerações por meio do exemplo inglês</i>	55
4.2 Os fatores que levaram à convergência entre as tradições jurídicas	60
5 A LITIGIOSIDADE REPETITIVA COMO UM FENÔMENO GLOBAL	69
5.1 O procedimento alemão Musterverfahren	81
5.2 A litigiosidade repetitiva no Brasil: técnicas de controle de litigiosidade repetitiva na legislação brasileira	88
5.2.1 <i>A Súmula Vinculante</i>	89
5.2.2 <i>A sentença liminar de improcedência no Novo CPC</i>	99
5.2.3 <i>O impedimento de julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos</i>	105
5.2.4 <i>Do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas</i>	111
5.2.5 <i>Da Assunção de Competência</i>	126
5.3.6 <i>Sobre a necessidade de problematizar as reformas processuais</i>	135
6 A PADRONIZAÇÃO DECISÓRIA PREVENTIVA COMO LIMITADORA DO CONTRADITÓRIO E DA IDEIA DE INTEGRIDADE DO DIREITO	137
6.1 TEORIA DA INTEGRIDADE DO DIREITO E O CONTRADITÓRIO COMO INFLUÊNCIA E NÃO SURPRESA	138
6.2 DA CRÍTICA À PADRONIZAÇÃO DECISÓRIA PREVENTIVA: A NECESSIDADE DE UMA VISÃO “CONTRA-FÁTICA” DO NOVO CPC	153
7 CONCLUSÃO	166
REFERÊNCIAS	172

1 INTRODUÇÃO

A contemporaneidade é marcada por sociedades complexas, populosas e com alta densidade demográfica, de modo que a tendência é que os indivíduos se aproximem e as relações interpessoais se intensifiquem, cenário apto a provocar, naturalmente, amplas discussões envolvendo direitos e deveres jurídicos. Assim, os métodos de resolução de conflitos ganham destaque, dentre eles a Jurisdição.

Tanto assim o é que o congestionamento dos tribunais, decorrente do grande número de demandas judiciais, é uma realidade de muitas das sociedades numerosas e complexas da contemporaneidade, contexto no qual se inclui o Brasil.

No cenário de litigiosidade excessiva, verifica-se que surgiu um fenômeno específico relativo à existência de demandas repetitivas em larga escala.

Nesse passo, pelo fato de as demandas repetitivas serem um dos fatores do congestionamento dos tribunais, imprescindível que os estudiosos do Direito Processual no Brasil desenvolvam pesquisas, em consonância com a Constituição de 1988, no sentido de refletir acerca das soluções propostas pelo legislador e pelos operadores do direito em geral para o dimensionamento da litigiosidade repetitiva.

Inclusive, essa necessidade de valorização pelos estudiosos do direito do debate acerca da temática da massificação de demandas se intensificou com a promulgação do Novo Código de Processo Civil (Novo CPC), pois este momento reformista é favorável para a reflexão sobre as possíveis soluções para o número elevado de demandas nos tribunais.

Dentre as potenciais soluções mais debatidas na atualidade, e que está presente em destaque no Novo CPC, está a aplicação de técnicas de padronização decisória.

Por isso, considerando a escassez de estudos científicos acerca da padronização decisória é que se definiu o problema científico da pesquisa cujos resultados serão apresentados no decorrer do presente trabalho.

A partir da temática da litigiosidade repetitiva e da padronização decisória, dentre os vários questionamentos, depara-se com o seguinte problema: seria constitucionalmente cabível a padronização decisória preventiva, dispensando-se a prévia repetição de demandas para a formação do padrão decisório para fins de dimensionamento da litigiosidade repetitiva?

Para apresentar um posicionamento diante de tal problemática é que serão desenvolvidos todos os capítulos a seguir, de modo a expor detalhadamente o problema científico, bem como a justificativa, o embasamento teórico, os objetivos e a conclusão da pesquisa científica norteadora do presente trabalho.

Nesse sentido, inicia-se o estudo com a intenção de demonstrar a realidade brasileira, em que a litigiosidade repetitiva é um dos principais fatores para o congestionamento dos tribunais, conforme será exposto no capítulo 2.

Assim, para justificar a relação entre litigiosidade repetitiva e o número elevado de demandas no Judiciário brasileiro, nada mais lógico do que a apresentação de fundamentos teóricos e empíricos.

Por isso, o capítulo 2, a partir de um embasamento teórico, inicia com o destaque para o conceito de demandas repetitivas, que, resumidamente, consistem em processos com a mesma causa de pedir e pedido e que são verificados em grande número. Logo, considerando esta última característica, a litigiosidade repetitiva revela-se como uma metonímia do fenômeno da litigiosidade excessiva.

Para explicitar o argumento, o referido capítulo apresenta dados empíricos acerca do número elevado de demandas judiciais a partir de pesquisas desenvolvidas pelo Conselho Nacional de Justiça e por estudiosos como Cunha e Gabbay.

Após demonstrar o quanto é preocupante esta realidade, evidenciada por tais pesquisas, passa-se ao capítulo 3, no qual o objetivo é apresentar como, do ponto de vista científico, deve ser enfrentada a problemática da litigiosidade repetitiva, especialmente no contexto reformista do Código de Processo Civil (CPC).

Em razão desse objetivo é que o capítulo introduzirá ponderações sobre o problema científico e o marco teórico adotado como referente para a pesquisa balizadora do presente trabalho.

Nessa perspectiva, apresenta-se como um dos referenciais teóricos da pesquisa, a concepção de Estado Democrático de Direito, paradigma jurídico ultrapassador dos enfoques exclusivamente liberais e sociais, na linha do que defende Habermas a partir da denominada Teoria do Discurso.

A adoção de tal horizonte estatal de interpretação restará justificada pelo fato de que qualquer discussão no campo do Direito Processual deve se guiar pela perspectiva democrática, o que inclui, por exemplo, a participação ativa das partes na construção do provimento final e a devida fundamentação das decisões judiciais.

Conforme será demonstrado, esta interpretação é constitucionalmente possível, visto que o Estado Democrático de Direito está previsto na Carta Magna de 1988.

Todavia, o que será esclarecido, ainda no capítulo 3, é que, apesar da perspectiva democrática estar prevista na Constituição vigente, a realidade brasileira dos últimos anos, no campo processual, foi marcada por reformas legislativas voltadas para uma concepção neoliberal.

Conforme será exposto, o Neoliberalismo Processual é caracterizado pela lógica da eficiência quantitativa, preocupando-se especialmente com a redução do tempo e do custo do processo.

Nessa linha, o que se verificará é que a reação do legislador brasileiro ao cenário de litigiosidade excessiva foi no sentido de adotar medidas legislativas voltadas para a celeridade processual a todo custo.

Portanto, em suma, no capítulo 3, depara-se com o conflito entre a concepção neoliberal e a previsão constitucional do Estado Democrático de Direito.

Revela-se que o problema central desse embate de ideias é o modo como os neoliberais e os defensores do paradigma constitucional enfrentam a litigiosidade excessiva, o que inclui a litigiosidade repetitiva.

Em razão disso, os capítulos 4 e 5 servirão para intensificar a importância do estudo da litigiosidade excessiva e, principalmente, para expor as diversas soluções encontradas no cenário mundial e brasileiro diante do congestionamento dos tribunais.

A princípio, será demonstrado o quanto a litigiosidade excessiva e repetitiva são fenômenos interligados à convergência das tradições jurídicas *civil law* e *common law*, de modo que muitas das discussões acerca das soluções para a redução do número de demandas relacionam-se à importação de institutos e técnicas originariamente criados em países de tradição jurídica diversa.

Somado a isso, o trabalho prosseguirá, no capítulo 5, com a exposição de exemplos de países que enfrentam ou, ao menos, se preocupam com a litigiosidade excessiva. Serão destacados mecanismos como os métodos alternativos de resolução de conflitos do Direito Norte-Americano.

Ainda no mesmo capítulo, a exposição de soluções se intensifica a partir da apresentação da legislação processual brasileira, exemplificada por várias técnicas e institutos, tais como:

- a) Sentença Improcedente Liminar;
- b) Súmulas Vinculantes;
- c) Julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos;
- d) Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR);

O objetivo, portanto, é reforçar o período de reforma processual brasileiro e como a padronização decisória é um dos destaques das discussões acerca da litigiosidade excessiva ou repetitiva.

Somente a partir do reconhecimento desta realidade é que foi possível apresentar conclusões acerca da pesquisa objeto do presente trabalho, o que é exposto especialmente no capítulo 6, no qual serão detalhados os estudos acerca da Teoria da Integridade de Dworkin, bem como a respeito da ideia de contraditório como garantia de influência e não surpresa, conforme pontuam alguns processualistas, como é o caso de Nunes.

Pretende-se demonstrar como essas concepções são essenciais para o estudo da temática da padronização decisória, na medida em que são compatíveis com o paradigma jurídico do Estado Democrático de Direito e, por consequência, fundamentais para a refutação do pensamento neoliberal.

Considerando-se que o problema científico enfrentado envolve a formação de uma decisão judicial (padrão decisório), imprescindível que a temática da fundamentação das decisões faça parte das reflexões.

Conforme será exposto, a concepção de direito como integridade reforça o papel da jurisprudência ao exigir que as decisões judiciais sejam desenvolvidas como se estivessem inseridas em um romance em cadeia, com a necessária observância da história institucional marcada por decisões pretéritas, sem deixar de possibilitar uma interpretação construtiva, contínua e inovadora.

Todavia, como ressalva, foi preciso destacar o quanto essa perspectiva de integridade não pode ser vista sob o enfoque do protagonismo judicial, o que impõe que a interpretação construtiva se dê a partir da perspectiva do contraditório como influência e não surpresa, por ser essencial para o processo jurisdicional democrático vinculado à ideia de participação das partes na formação da decisão. Tais ideias nada mais são do que um complemento e um suporte à concepção de direito de Habermas.

Após esses apontamentos teóricos é que restará fundamentada a crítica à padronização decisória preventiva, para demonstrar que a ausência de prévio

dissenso jurisprudencial influencia diretamente na qualidade do padrão decisório, de modo que há um empobrecimento dos argumentos a serem discutidos em contraditório e da própria história institucional a ser considerada no momento da fundamentação da decisão.

Nessa perspectiva, é preciso refletir sobre a temática da padronização decisória, especialmente no contexto de reformas marcado pelo Novo CPC, para que este seja exemplo de norma “contra-fática” às finalidades de eficiência quantitativa do Neoliberalismo.

É exatamente o que será feito no presente trabalho: refletir de forma crítica!

2 A LITIGIOSIDADE EXCESSIVA COMO UMA REALIDADE NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

A litigiosidade excessiva nos tribunais, consistente no acúmulo de demandas judiciais, é uma realidade brasileira atual que merece destaque e que é claramente perceptível, sendo as denominadas demandas judiciais repetitivas originárias desse contexto de congestionamento de processos nos tribunais.

Nesse passo, vale transcrever a noção de demanda repetitiva trazida por Bastos:

O processamento de causas semelhantes, por si só, não desafia, de maneira significativa, a capacidade da estrutura judicial, nem os valores jurídicos fundamentais (como os da isonomia, da segurança jurídica, da efetividade e da razoável duração do processo), enquanto elas estiverem diluídas em pequeno volume nos órgãos judiciais. A categorização das demandas de massa dá-se pelos critérios acima expostos: identidade em tese, e não em concreto, da causa de pedir e do pedido, associada à repetição em larga escala. A elas contrapõem-se as demandas heterogêneas, cujos elementos objetivos encerram traços distintivos, não guardando similitude com outras causas.¹

Nesse sentido, para a caracterização de uma demanda como repetitiva, é necessária a existência de dois requisitos, simultaneamente: a identidade de causa de pedir e pedido com outras demandas, bem como a exigência de que o número de demandas idênticas seja em larga escala.

O número pequeno de repetição de demandas não é suficiente para caracterizar a litigiosidade repetitiva, sendo suficiente apenas para que o juiz determine a conexão dos autos, nos termos já previstos pelo CPC de 1973 no seu artigo 46, inciso IV.²

Em razão disso, elucida-se a fala de que a litigiosidade repetitiva nada mais é do que hipótese clara de fenômeno influenciado pelo congestionamento de processos nos tribunais.

¹ BASTOS, Antonio Andonias Aguiar. Devido Processo Legal, Sociedade de Massa e Demandas Repetitivas. In: CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle; THEODORO Jr., Humberto (coord.). *Processo e Constituição: Os Dilemas do Processo Constitucional e dos Princípios Processuais Constitucionais*, p. 212.

² BRASIL. Código de Processo Civil de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm.

E são vários os estudos que demonstram essa litigiosidade excessiva ou repetitiva no âmbito dos tribunais brasileiros, de modo a confirmar o número elevado de demandas judiciais.

Para demonstrar isso, ainda que superficialmente, interessante realizar uma breve análise dos relatórios do “Justiça em Números” do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) nos últimos anos.

O relatório do “Justiça em Números” publicado no ano de 2013 é exemplificativo para fins de revelar o aumento do número de processos no quadriênio que iniciou em 2009.

Como exemplo, cite-se o quadro abaixo acerca dos processos não criminais na Justiça Estadual:

TABELA 1 – Movimentação Processual da Justiça Estadual

Grupo	Tribunal de Justiça Estadual	Cp - Casos Pendentes	Cn - Casos Novos	TBaix - Total de Processos Baixados	Sent - Total de Sentenças / Decisões				
1º Grupo: Grande porte	São Paulo	19.330.397	1ª	5.811.195	1ª	5.490.689	1ª	4.434.120	1ª
	Rio de Janeiro	8.062.108	2ª	2.624.415	2ª	2.355.881	2ª	2.326.017	2ª
	Minas Gerais	3.568.250	3ª	1.784.162	4ª	1.584.884	4ª	1.529.268	4ª
	Paraná	3.397.674	4ª	1.332.182	5ª	1.465.870	5ª	1.077.814	5ª
	Rio Grande do Sul	2.442.682	5ª	1.796.697	3ª	1.697.944	3ª	1.837.924	3ª
2º Grupo: Médio porte	Bahia	1.441.589	8ª	728.248	7ª	605.456	7ª	523.911	8ª
	Santa Catarina	2.074.411	7ª	826.948	6ª	800.461	6ª	731.621	6ª
	Pernambuco	2.090.428	6ª	557.297	8ª	459.746	9ª	420.968	9ª
	Goiás	1.266.421	9ª	905.923	9ª	565.443	8ª	526.133	7ª
	Distrito Federal	567.628	15ª	390.675	10ª	423.127	11ª	379.852	10ª
	Espírito Santo	842.031	12ª	352.460	12ª	329.364	14ª	287.579	14ª
	Ceará	972.960	10ª	356.262	11ª	433.974	10ª	334.556	11ª
	Mato Grosso	941.621	11ª	303.218	15ª	240.335	18ª	240.229	16ª
	Pará	682.239	14ª	328.371	13ª	368.264	13ª	311.106	12ª
	Maranhão	442.071	19ª	237.226	18ª	266.479	15ª	251.925	15ª
3º Grupo: Pequeno porte	Paraíba	544.352	16ª	288.835	16ª	228.957	20ª	225.773	17ª
	Mato Grosso do Sul	516.397	17ª	304.867	14ª	400.728	12ª	300.392	13ª
	Rio Grande do Norte	369.452	21ª	215.007	19ª	248.221	17ª	186.767	20ª
	Sergipe	450.713	18ª	186.849	21ª	231.487	19ª	218.110	18ª
	Rondônia	257.395	23ª	210.247	20ª	228.673	21ª	181.945	21ª
	Amazonas	690.336	13ª	249.469	17ª	252.795	16ª	200.775	19ª
	Alagoas	419.107	20ª	173.144	22ª	187.350	22ª	152.437	22ª
	Tocantins	276.773	22ª	125.955	23ª	110.819	23ª	90.605	23ª
	Acre	77.327	26ª	96.185	24ª	104.475	24ª	86.916	24ª
	Amapá	67.932	27ª	71.273	27ª	100.849	25ª	69.336	25ª
	Roraima	80.929	25ª	94.943	25ª	29.725	27ª	31.418	27ª
Piauí	145.497	24ª	87.986	26ª	56.629	26ª	63.666	26ª	
	Justiça Estadual	52.018.720		20.040.039		19.268.625		17.021.163	

Fonte: CNJ, 2013

Pela análise dos relatórios, não há qualquer modificação significativa no sentido de reduzir o excesso de litigiosidade pela análise do quadriênio do ano de 2009 a 2012:

A taxa de congestionamento – que mede o percentual de processos em tramitação que não foram baixados durante o ano – apresentou leve queda de 1 ponto percentual e ficou em 69,9%, ou seja, de 100 processos que tramitaram, apenas 30 foram baixados no período. O patamar é semelhante ao registrado em 2009. No quadriênio, essa taxa cresceu 0,2 ponto percentual.

O índice de processos baixados por caso novo mostra que, apesar dos esforços, os tribunais não estão conseguindo liquidar nem mesmo o quantitativo de processos que ingressou no Judiciário no período, dada a elevada procura pela Justiça.

Em 2012, para cada 100 processos novos que entraram, 98,5 dos que tramitavam foram baixados. Em 2011 essa relação era de 99,4 para cada 100. A diferença entre os processos que são baixados e os novos é o que se acumula no Judiciário ano a ano. No quadriênio, a queda no índice de baixados por caso novo foi de 4,3 pontos percentuais.³

Clarividente, então, por meio de dados empíricos, a existência de um aumento de litigiosidade no âmbito brasileiro nos últimos anos.

O relatório mais recente do “Justiça em Números” foi publicado em 2014, sendo o ano base 2013. O estudo indica que a taxa de congestionamento permanece elevada, no percentual de 70,9%, com pequeno aumento em relação ao ano anterior. No relatório, fica claro, inclusive, que, a depender da fase processual e do tipo de demanda, essa taxa pode chegar ao percentual de 91%.

O que se verifica é que a menor taxa de congestionamento apurada – relativa aos processos na segunda instância – está em um valor considerável de 47%.

Logo, conclui-se que a taxa de congestionamento, um forte indicador da litigiosidade excessiva nos tribunais brasileiros, permanece elevada no relatório mais atualizado do “Justiça em Números” assim como o era no estudo publicado em 2013, o que revela que a litigiosidade excessiva é contínua e, quaisquer que sejam as soluções propostas para a sua redução, não estão apresentando resultados por enquanto.

É isso que se infere do relatório referido:

[...] percebe-se que a taxa de congestionamento passou de 70% para 70,9%, ou seja, de 100 processos que tramitaram no ano de 2013, aproximadamente 29 foram baixados no período. A alta taxa de congestionamento é causada pela grande quantidade de processos pendentes na fase de execução da primeira instância, tendo em vista que a taxa de congestionamento é de aproximadamente 86% nessa fase, enquanto, na fase de conhecimento, o percentual cai para 60%. A taxa de congestionamento no segundo grau é a menor e registrou 47% de

³ CNJ. *Número de processos em trâmite no Judiciário cresce 10% em quatro anos*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/26625-numero-de-processos-em-tramite-no-judiciario-cresce-10-em-quatro-anos>.

congestionamento em 2013, enquanto que a maior taxa foi registrada nos processos de execução de título extrajudicial fiscal 91% [...]⁴

O relatório do CNJ publicado em 2014 indica o crescimento do número de processos pendentes de julgamento, outro fator indicador do excesso de demandas.

Desta feita, o que se pode constatar é que a taxa de congestionamento não está relacionada apenas ao número de demandas ajuizadas, mas também à morosidade do Judiciário no julgamento do processo, conforme esclarece em números o relatório de 2014:

Além da já conhecida estabilidade do congestionamento do Judiciário, este relatório traz novas evidências que devem ser foco de olhares atentos dos gestores deste Poder. Os números da Justiça em 2013 revelam que os processos pendentes de julgamento continuam crescendo no último quinquênio, com aumento de 58,9 milhões em 2009 para 66,8 milhões de processos em 2013.⁵

Para demonstrar que esta preocupação com a litigiosidade é reiterada, durante anos, inclusive no período do quinquênio objeto de estudo do último relatório do CNJ, vale citar como referência o Seminário sobre o “Justiça em Números” de 2010, realizado em Brasília em agosto de 2011, ocasião em que um dos temas debatidos foi exatamente a litigiosidade excessiva.

Dentre os debatedores, estava o Juiz de Direito Carlos Eduardo Richinitti, que trouxe duas questões que possuem relação com o debate pretendido com a pesquisa norteadora deste trabalho.⁶

Primeiramente, o debatedor destaca sobre a relação entre o crescimento do número de demandas e a abertura econômica brasileira. Essa inter-relação se dá na medida em que a abertura comercial provoca o aumento do mercado de consumo e, por consequência, o crescimento dos conflitos jurídicos gerados pelas relações advindas do mercado de consumo.

⁴ Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2014*: ano base 2013, p. 35.

⁵ Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2014*: ano base 2013, p. 392.

⁶ O relatório traz outras questões que são dispensáveis de serem destacadas aqui. Não por ter menor ou maior grau de importância, mas por não estarem vinculadas diretamente ao objeto de estudo do capítulo e do texto em geral. Como exemplo, tem-se a questão da falta de cooperação das Agências Reguladoras com o Judiciário, autarquias criadas também em virtude da mudança no plano econômico em razão da abertura comercial. Tal questão foi apresentada pelo debatedor Carlos Eduardo Richinitti: “Embora devam ser mesmo independentes, o palestrante comenta que não há postura cooperativa das agências em relação ao Judiciário, sendo este um aspecto que merece uma agenda específica na política judiciária.” Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Sobre o Seminário Justiça em Números 2010/2011*, p. 15.

Sobre a fala de Richinitti, o relatório assim resume, sem qualquer fundamentação científica:

A abertura econômica brasileira trouxe o desafio da ampliação do número de pessoas inseridas nas relações econômicas, o que já possui consequências sérias para o Judiciário, mas que ainda terá efeitos futuros, sobretudo na ampliação do mercado consumidor brasileiro e os decorrentes conflitos que poderão resultar desse crescimento.⁷

Outra questão trazida pelo mesmo palestrante no Seminário Justiça em Números, Carlos Eduardo Richinitti, e que merece destaque é com relação à mudança no perfil das demandas que prevalecem no Judiciário brasileiro.

Mais uma vez, sem apresentar dados de pesquisa empírica, Richinitti pontua que atualmente a maioria das demandas são massificadas, produtos de mercado, conforme abaixo:

Há duas décadas, o Judiciário era demandado principalmente para solucionar os conflitos nas relações intersubjetivas, como as brigas de vizinhos, questões familiares e contratuais. Hoje em dia tais questões são quase a exceção, pois as ações judiciais se tornaram produtos de mercado. Atualmente, grande parte das demandas é composta de processos massificados.⁸

Nessa linha, sobre essas considerações acerca da fala de Richinitti, com a devida vênia, merecem críticas, na medida em que o jurista não aponta fundamentos científicos para justificá-la, tendo em vista que nem sequer há referência a dados estatísticos suficientes para conferir ao menos verossimilhança aos diagnósticos apresentados pelo debatedor.⁹

Por isso, para conferir o caráter científico que se exige em um trabalho como o presente, nada mais viável que a apresentação de pesquisas empíricas advindas de estudos desenvolvidos por estudiosos do direito vinculados a academias de direito, comprometidas com o pensamento jurídico fundamentado.

Assim, além do “Justiça em Números”, para continuar a exposição referente à litigiosidade nos tribunais brasileiros, vale citar pesquisa coordenada por Gabbay e

⁷ Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Sobre o Seminário Justiça em Números 2010/2011*, p. 15.

⁸ Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Sobre o Seminário Justiça em Números 2010/2011*, p. 15.

⁹ A crítica restringe-se ao conteúdo do Relatório do Seminário de Justiça em Números realizado em 2011. Não é possível ter acesso ao conteúdo das ideias defendidas oralmente por Carlos Eduardo Richinitti para fins de analisar se o relatório deixou de transcrever os fundamentos científicos cuja inexistência é objeto de crítica neste trabalho.

Cunha¹⁰, cujos resultados foram transcritos na obra *Litigiosidade, Morosidade e Litigância Repetitiva no Judiciário*.

A investigação pretendeu transcrever os resultados da pesquisa empírica acerca de litigiosidade repetitiva, especificamente na área do Direito Previdenciário e do Direito do Consumidor.

Várias são as conclusões trazidas pela pesquisa. Dentre elas, uma das considerações mais interessantes é aquela no sentido de que a litigiosidade repetitiva não é provocada apenas por questões internas do Judiciário, mas também em razão de fatores externos.

De forma genérica, são elencadas na obra as causas da litigiosidade repetitiva nos seguintes termos:

Quando se trata do crescimento da litigiosidade e morosidade, é necessário ampliar a perspectiva de análise, no sentido de identificar fenômenos e processos que acontecem não somente dentro do sistema judicial, mas também fora dele.

Fora do Judiciário, as causas estão relacionadas às regulações administrativa e legislativa, que criam ou que restringem o exercício de direitos (zonas cinzentas regulatórias), aos marcos institucionais, às questões socioeconômicas, às práticas de gestão empresarial, dentre outras. Dentro do Judiciário, as causas, por sua vez, estão relacionadas aos impactos da judicialização de conflitos, ao gerenciamento do volume de processos, à falta de uniformização das decisões, à gestão de recursos humanos, à organização judiciária, conduta das partes, dentre outras. As causas podem ser esporádicas, sazonais ou permanentes, e uma causa interna pode repercutir sobre uma causa externa, e vice-versa.¹¹

É claro que esses relatórios, assim como qualquer dado estatístico, não são suficientes para relatar os problemas enfrentados pelo Judiciário, especialmente por que cada Tribunal possui suas especificidades, seus avanços e retrocessos, e para cada um deles deve ser pensada uma solução de acordo com a realidade enfrentada. Entretanto, é incontroversa a litigiosidade excessiva enfrentada atualmente e a necessidade de se buscar soluções.

Nessa linha, merece elogios o Novo CPC ao intensificar a importância da padronização decisória como forma de enfrentamento da litigiosidade excessiva ou repetitiva.

¹⁰CUNHA, Luciana Gross; GABBAY, Daniela Monteiro (org.). *Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no judiciário: uma análise empírica*. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹¹CUNHA, Luciana Gross; GABBAY, Daniela Monteiro (org.). *Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no judiciário: uma análise empírica*, p. 151-152.

Entretanto, não se pode impor uma padronização decisória com o discurso da eficiência relacionado exclusivamente ao objetivo da redução do número de processos nos tribunais.

É preciso que toda e qualquer reforma legislativa no ordenamento jurídico infraconstitucional brasileiro, o que inclui o CPC, observe o texto constitucional e o horizonte interpretativo estatal neste apresentado, qual seja Estado Democrático de Direito.

Por isso, considerando o fenômeno da litigiosidade excessiva e a aposta da nova legislação processual na padronização decisória como método de enfrentamento dessa realidade é que o problema científico da pesquisa norteadora deste trabalho foi escolhido.

A crítica específica que se pretende apresentar diz respeito à padronização decisória preventiva e o seu caráter neoliberal em oposição exatamente ao Estado Democrático de Direito, conforme será exposto no capítulo seguinte.

3 DO PERÍODO REFORMISTA DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: DA NECESSIDADE DE SUPERAR A TENSÃO PRAGMÁTICA ENTRE O PARADIGMA CONSTITUCIONAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O NEOLIBERALISMO PROCESSUAL

A partir do presente capítulo, considerando o contexto de crise do Judiciário, influenciado pelo excesso de demandas repetitivas, serão apresentados, ainda que de forma introdutória, os referenciais teóricos imprescindíveis para o entendimento da análise crítica das técnicas¹ de dimensionamento da litigiosidade repetitiva.

Nesse contexto de litigiosidade em massa e de busca por soluções para o seu enfrentamento está o estabelecimento de medidas a serem praticadas pelos operadores do direito para a padronização decisória.

Todavia, não se pode estabelecer a padronização decisória meramente com a finalidade de redução do número de processos sem que se discuta acerca da necessidade de preservação do processo jurisdicional democrático.

Nesse passo, uma das questões a serem debatidas é sobre o cabimento da padronização decisória como medida preventiva para evitar o início da divergência jurisprudencial. Logo, o padrão decisório seria criado com objetivo de prevenir uma repetição de processos, sem sequer haver um prévio debate jurisprudencial mais amadurecido.

O que se pretende alertar neste trabalho é o quanto o contexto de litigiosidade repetitiva ou excessiva no Brasil e no mundo é influente para o fortalecimento da ideia de redução do número de processos a todo custo como medida neoliberal.

É claro que, para que essa crítica à padronização decisória não se limite ao senso comum e possua caráter científico, é preciso que sejam apresentados os marcos teóricos que fundamentarão a conclusão do presente trabalho.

Por isso, neste capítulo, para iniciar a fundamentação científica que o trabalho exige, o enfoque é apresentar o referencial teórico para justificar a escolha do Estado Democrático de Direito como horizonte de interpretação, a partir do qual são retirados os fundamentos para as críticas resultantes da pesquisa jurídica realizada.

¹ Utiliza-se do conceito de técnica elaborado por Gonçalves: “conjunto de meios adequados para a consecução dos resultados desejados, de procedimentos idôneos para a realização de finalidades”. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*, p. 23.

Nessa linha, o capítulo visa expor a importância do período reformista processual atual, caracterizado pelo debate sobre o Novo CPC, como uma oportunidade de ser efetivada a perspectiva democrática e de ser ultrapassada a visão neoliberal que norteou as inúmeras reformas parciais pretéritas verificadas especialmente a partir da década de 1990.

Pretende-se, neste capítulo, demonstrar exatamente a tensão entre a perspectiva democrática e a visão neoliberal, na medida em que esta última limita-se a um discurso de eficiência quantitativa sem exigir qualidade das decisões judiciais.

Em razão disso é que, ao final do capítulo, será exposto o problema da padronização decisória preventiva como expressão do conflito de ideias gerado pela dicotomia entre Neoliberalismo Processual e Estado Democrático de Direito.

3.1 O Estado Democrático de Direito como necessário paradigma jurídico interpretativo das reformas legislativas

Na estruturação de um trabalho científico, a apresentação do paradigma jurídico utilizado como parâmetro é essencial.

Por meio dos estudos científicos de Kuhn² é que será feita exposição histórica dos três principais paradigmas jurídicos: Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito.

Segundo Kuhn, o paradigma é um modelo ou padrão utilizado pela comunidade científica para a solução de problemas, assim conceituados:

A investigação histórica cuidadosa de uma determinada especialidade num determinado momento revela um conjunto de ilustrações recorrentes e quase padronizadas de diferentes teorias nas suas aplicações conceituais, instrumentais e na observação. Essas são os paradigmas da comunidade, revelados nos seus manuais, conferências e exercícios de laboratórios.³

Partindo dessa ideia, alguns estudiosos⁴ aplicaram os estudos de Kuhn às ciências sociais, razão pela qual é possível verificar a existência dos denominados

² KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1975.

³ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*, p. 67.

⁴ Ver, por exemplo: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002; CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos Pragmáticos da Interpretação Jurídica sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Belo Horizonte, v. 3, p. 473-486, 1999.

paradigmas jurídicos, modelos ou padrões utilizados no desenvolvimento da Ciência Social do Direito.

Habermas, por exemplo, aplica o termo paradigma na Teoria do Direito e pontua consistentemente sobre o conceito e a influência do paradigma no desenvolvimento da sociedade contemporânea, especialmente na aplicação dos princípios de direito, conforme se extrai de trecho da sua obra a seguir citado:

Um paradigma de direito desenvolve um modelo de sociedade contemporânea para explicar como os princípios de direitos constitucionais devem ser concebidos e aplicados num determinado contexto para que eles cumpram as funções normativamente atribuídas a eles. [...] Assim, o paradigma legal determina como direitos e princípios constitucionais básicos devem ser entendidos e como eles podem ser realizados no contexto da sociedade contemporânea.⁵ (tradução livre)

Nesse sentido, o que pretende estabelecer Habermas é que, com base nesses estudos, a formação e aplicação do direito devem passar pela observância do paradigma socialmente aceito. Logo, a visão paradigmática é imprescindível para o desenvolvimento de qualquer pesquisa jurídica.

Feitas as considerações sobre o conceito de paradigma jurídico e sua essencialidade para o desenvolvimento de qualquer pesquisa na área do direito, necessário destacar os principais paradigmas do Estado de Direito anteriormente elencados: Liberal, Social e Estado Democrático de Direito.⁶

A partir do paradigma estatal é que será possível justificar a escolha do marco teórico para o debate atual acerca da inconstitucionalidade da padronização decisória preventiva.

A adoção do Estado Democrático de Direito como paradigma estatal pela Constituição do Brasil de 1988 é resultado de um contexto histórico nacional e

⁵ No original: “A paradigm of Law draws on a model of contemporary society to explain how constitutional rights principles must be conceived and implemented if in the given context they are to fulfill the functions normatively ascribed to them. Thus the legal paradigm determines how basic rights and constitutional principles are to be understood and how they can be realized in the context of contemporary society.” HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*, p. 194-195.

⁶ Habermas pontua que há dois paradigmas que concorrem entre si: de um lado o Liberalismo (Estado Burguês, liberal) e de outro o Republicanismo (Estado Social). Esses dois paradigmas são questionados por Habermas, que apresenta uma terceira via, qual seja o Estado Democrático de Direito. Assim expõe Habermas sobre a existência desses três paradigmas: “O direito formal burguês e o direito materializado do Estado Social constituem os dois paradigmas jurídicos mais bem-sucedidos na moderna história do direito, continuando a ser fortes concorrentes. Interpretando a política e o direito à luz da teoria do discurso, eu pretendo reforçar os contornos de um terceiro paradigma do direito capaz de absorver os outros dois.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, p. 242.

mundial de experiências com outros paradigmas jurídicos de Estado de Direito que são majoritariamente questionados pela academia jurídica na atualidade.

Por isso é que a verificação da história do Estado de Direito e seus paradigmas jurídicos são imprescindíveis para entender o Estado Democrático de Direito, norteador da ideia de processo jurisdicional democrático e compatível com a concepção de integridade do Direito, referencial teórico central da conclusão final que será posteriormente exposta neste trabalho.

Para tanto, nada mais didático do que iniciar a exposição com as primeiras experiências dos Estados Modernos com o denominado Estado de Direito.

O estabelecimento do Estado de Direito na concepção liberal advém do contexto revolucionário do século XVIII⁷, em oposição ao Antigo Regime⁸ marcado por estados monárquicos absolutistas. Por isso, como resistência à autocracia, necessitou-se estabelecer um Estado que respeitasse a liberdade dos indivíduos.

Nessa linha, o Estado passa a intervir de forma mínima nas relações privadas, conforme pontua Cattoni de Oliveira:

Sob o paradigma liberal, cabe ao Estado, através do Direito Positivo, garantir certeza nas relações sociais, através da compatibilização dos interesses privados de cada um com o interesse de todos, mas deixar a felicidade ou a busca da felicidade nas mãos de cada indivíduo.⁹

E como reflexo desta política abstencionista é que, no campo do direito processual, tem-se também a participação mínima do juiz, considerado como mera “boca da lei”, conforme também esclarece Cattoni de Oliveira:

Cabe ao Poder Judiciário dirimir conflitos interparticulares ou, conforme o modelo constitucional, entre esses e a Administração Pública, quando provocado, através dos procedimentos devidos, aplicando o direito material vigente de modo estrito através de processos lógico-dedutivos de subsunção do caso concreto às hipóteses normativas, sob os ditames da

⁷ Sobre isso, discorreu Ommati: “Pois bem. Fazendo um corte histórico violento e apenas para os objetivos deste texto, o paradigma do Estado de Direito surge com as revoluções burguesas do final do século XVIII: a Revolução Francesa e a Revolução americana.” OMMATI, José Emílio Medauar. *Teoria da Constituição*, p. 124.

⁸ “O primeiro paradigma constitucional da Modernidade germinou dentro do modelo de Estado Liberal. Este só foi possível porque uma conjuntura muito peculiar, iniciada séculos antes, teria permitido a reorganização do poder e da ordem jurídica. Com efeito a formação da administração burocrática, a concentração do poder em torno do soberano, a eliminação de intermediários entre súditos e príncipe, o monopólio do comando jurídico serviram de substrato para a emergência do Estado Liberal.” NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*, p. 13-14.

⁹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*, p. 55.

igualdade formal, estando sempre vinculados ao sentido literal, no máximo lógico, da lei, enfim, sendo a “boca da lei” (Montesquieu).¹⁰

Logo, o processo do início do século XIX nada mais foi do que uma metonímia do paradigma do Estado Liberal.

Entretanto, esse abstencionismo no Estado Liberal, por conduzir a interpretação do direito a um sentido sempre valorizador das relações privadas, não foi suficiente para apresentar respostas aos conflitos sociais intensificados pela Revolução Industrial do século XIX.

É exatamente isso o que expõe Magalhães, ao ressaltar que o abstencionismo estatal e o individualismo do Estado Liberal foram as causas da grave crise capitalista do final do século XIX:

Esse individualismo dos séculos XVII e XVIII corporificado no Estado Liberal e na atitude de omissão do Estado diante dos problemas sociais e econômicos conduziu os homens a um capitalismo desumano e escravizador. O século XIX conheceu desajustamentos e misérias sociais que a Revolução Industrial agravou e que o Liberalismo deixou alastrar em proporções crescentes e incontroláveis. Combatida pelo pensamento marxista e pelo extremismo violento e fascista, a liberal-democracia viu-se encurralada. O Estado não mais podia continuar se omitindo perante os problemas sociais e econômicos.¹¹

Nesse sentido, diante da crise do paradigma do Estado Liberal, surgiu, então, a necessidade de apresentação de uma releitura do Estado de Direito, sem que isto significasse o retorno ao Estado absolutista.¹²

Por isso, a opção foi o desenvolvimento da ideia de Estado de Direito como Estado Social, um dos paradigmas referidos por Habermas (como já citado), paradigma que estaria vinculado ao Republicanismo.

Conforme pontua Leal, o paradigma do Estado Social surge como uma possibilidade de se pensar num Estado de Direito (mantendo-se então algumas conquistas do período revolucionário do século XVIII¹³) intervencionista nas relações

¹⁰CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*, p. 57

¹¹MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional*, p. 44

¹²A ruptura com o paradigma não é algo total e imediato, mas sim gradual. Nesse sentido, quando se diz que a Revolução Industrial propiciou a crise do Estado Liberal, está-se mencionando apenas um marco histórico, pois as crises e alterações de paradigmas não ocorrem bruscamente, o que exige um debate intenso da comunidade científica.

¹³Não se pode negar a grande conquista do Estado Burguês ao estabelecer um Estado de Direito em oposição ao absolutismo do Antigo Regime.

privadas, sendo a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919 consideradas como marcos históricos de instituição dessas ideias:

Por isso a insuficiência do paradigma do Estado Liberal deu lugar ao surgimento do Estado Social, o *Welfare State*, cujos marcos inaugurais de adoção foram a Constituição mexicana, de 1917, e a de Weimar, de 1919, as quais buscavam dar respostas aos problemas sociais da época por via de uma releitura do papel de um Estado que passava, então, a ter que intervir ativamente na economia nas relações privadas, invadindo uma esfera até então intocável.¹⁴

A necessidade de uma nova visão paradigmática se reforça também no campo processual, sobre o que Nunes¹⁵ pontua de forma emblemática ao apresentar estudo relativo à socialização processual como alternativa perante a crise do Liberalismo Processual, tomando por base as ideias de Klein, Menger e Bülow. A visão social do processo é marcada exatamente pela mudança de posicionamento do juiz: de uma atuação passiva para um ativismo judicial.

Nesse contexto é que se propicia o intervencionismo exacerbado, de modo que as partes se tornem coadjuvantes no espaço procedimental, sujeitas, inclusive, a um autoritarismo do magistrado por meio do discurso socializante:

Desse modo, as propostas liberais no campo processual mostraram claramente seu esgotamento ainda no curso do século XIX, devido às claras insatisfações e degenerações.

Iniciou-se, então, a busca de uma nova perspectiva teórica que, problematizando os efeitos deletérios do liberalismo, tentava uma melhoria da técnica processual mediante novos pressupostos.

Essa perspectiva teórica, idealizada por autores como Menger, Klein e Bülow (como se verá a seguir), **tendeu, a partir desse momento, a enfraquecer o papel das partes e a reforçar o papel dos magistrados, de forma que a tensão jurídica interna, idealizada com a criação de um novo modelo processual (socialização processual), surge na busca de um novo horizonte interpretativo, de modo a suplantar as deficiências do anterior, mas conduzindo a novos equívocos.**¹⁶ **Negrito Nosso**

Desta feita, a partir dessas ideias é que foram realizadas as reformas processuais no decorrer do século XX com fulcro no paradigma do Estado Social, com destaque para a legislação alemã.¹⁷

¹⁴LEAL, André Cordeiro. *O Contraditório e a Fundamentação das Decisões*, p. 27.

¹⁵NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: Uma Análise Crítica das Reformas Processuais*. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

¹⁶NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*, p. 77.

¹⁷ZPO Alemã (Código de Processo Civil Alemão) de 1877 que sofreu reformas durante o século XX em 1909, 1924 e 1933. Ver: NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: Uma Análise Crítica das Reformas Processuais*. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

Considerável parte dos estudiosos brasileiros, ao menos no âmbito do direito processual, pretendeu se inspirar nos países europeus e defender um processo civil voltado para o paradigma do Estado Social.¹⁸

Portanto, apesar de nem sequer ter havido a implantação desse Estado Social no Brasil, muitas das ideias de grande parte dos estudiosos brasileiros envolvem o discurso de socialização, razão pela qual é imprescindível a percepção das críticas a tal paradigma estatal para demonstrar a necessidade de modificação daquelas concepções de processo como instrumento da atividade criativa do juiz.

Nessa linha, é o que defendem Nunes e Teixeira:

Por mais que as peculiaridades do contexto brasileiro sejam reconhecíveis, elas não são suficientes para pleitear uma apreciação tão diferente do fenômeno ocorrido lá e cá.[...] Assim como nos países centrais do capitalismo, experimentamos a rematerialização do direito em resposta à crise do formalismo [...]¹⁹

Assim, importante ponderar que o incentivo ao intervencionismo estatal, primeiramente apresentado como solução, foi tido como a causa para a crise do paradigma do Estado Social implantado nos países europeus, por ter sido interpretado como propiciador de um autoritarismo, sendo insuficiente para o estabelecimento de um Estado de Direito efetivo.

Nesse sentido escreve Leal:

Com a complexidade crescente das sociedades modernas culturalmente multifacetadas, no entanto, o paradigma do Estado Social perdeu fôlego e mostrou-se insuficiente ao enfrentamento das várias indagações oriundas do fenômeno da perda de legitimidade do direito e do questionamento incessante do mito da autoridade.²⁰

O paternalismo estatal colocou os cidadãos na posição de clientes do Estado, em uma situação passiva em relação à Administração Pública, sem haver um exercício de cidadania de forma atuante, conforme pontua Bahia:

¹⁸Ressalte-se que a denominada Escola Instrumentalista de São Paulo é exemplo de “corrente doutrinária” que nada mais fez do que reproduzir os estudos da socialização processual iniciados no século XIX com a crise do liberalismo na perspectiva do processo como relação jurídica desenvolvido por Bülow. Para entender essa Escola, ver: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

Acerca das críticas à Escola Instrumentalista de São Paulo, ver: ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. *A nobreza togada: as elites jurídicas e política da justiça no Brasil*. Tese (Doutorado). 2010. Universidade de São Paulo (USP), Programa de Pós-Graduação em Ciência Política.

¹⁹NUNES, Dierle José Coelho; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à Justiça Democrático*, p. 46.

²⁰LEAL, André Cordeiro. *O Contraditório e a Fundamentação das Decisões*, p. 28.

O Estado procurara gerar igualdade material, mas seus métodos acabaram por dar lugar à “opressão burocrática e administrativa”. Ao contrário da promoção de cidadania (que era, afinal, a meta final do Estado Social), o que se viu foi o Estado tomando para si toda a dimensão do público deixando os indivíduos na posição (cômoda?) de clientes, numa relação paternalista e dependente.²¹

Nesse passo, surgiu um novo impasse, qual seja a necessidade de uma nova visão paradigmática do Estado de Direito que superasse o intervencionismo estatal excessivo, mas que, por outro lado, não significasse o retorno às concepções liberais do século XIX.

Diante desse conflito é que Habermas, como já dito, formulou sua Teoria do Discurso e apresentou o Estado Democrático de Direito como alternativa para uma nova visão paradigmática do Estado de Direito.

Sobre o paradigma do Estado Democrático de Direito, Habermas o conceitua como uma institucionalização dos processos e pressupostos de comunicação necessários para a formação e aplicação do direito:

De um lado, a teoria do direito, fundada no discurso, entende o Estado democrático do direito como a institucionalização de processos e pressupostos comunicacionais necessários para uma formação discursiva da opinião e da vontade, a qual possibilita, por seu turno, o exercício da autonomia política e a criação legítima do direito. De outro lado, a teoria da sociedade fundada na comunicação entende o sistema político estruturado conforme o Estado de direito como um sistema de ação entre outros.²²

Verifica-se que o paradigma do Estado Democrático de Direito, na concepção de Habermas, não significa o abandono por completo das ideias liberais e sociais, mas sim uma nova visão que as concilie de forma harmônica no discurso de justificação (legislativo) e de aplicação (jurisdicional), possibilitando essencialmente a participação do público e privado na formação dos atos decisórios, conforme pontua Nunes:

Isso não significaria uma carência de conteúdo, mas, sim, a necessidade discursiva de problematizar a concepção liberal e social nos discursos de justificação (legislativo) e de aplicação (jurisdicional), de modo a se escapar de possíveis degenerações que ambas as perspectivas possam gerar, além

²¹BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos Extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*, p. 260.

²²HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, p. 181.

de garantir a ampla participação estatal e privada nas esferas decisórias do sistema jurídico.²³

O que se vê é que a defesa da participação impede o retorno aos enfoques abstencionistas estatais do Estado Liberal, bem como a manutenção do clientelismo dos administrados com relação à Administração Pública.

E é sob essa perspectiva que foi desenvolvida toda a estrutura de princípios da Constituição brasileira vigente desde 1988, a qual previu expressamente o Estado Democrático de Direito como horizonte interpretativo estatal.

Em razão dessa previsão expressa no texto constitucional e, principalmente, por todos os equívocos já apresentados no tocante ao Estado Liberal e ao Estado Social, toda a construção teórica do presente trabalho sobre as reformas processuais do Brasil, especialmente acerca da padronização decisória, se orientará a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito.

Entretanto, antes disso, é preciso ressaltar duas peculiaridades da história do direito brasileiro.

Primeiramente, vale citar que a escolha do Estado Democrático de Direito como paradigma jurídico para a análise do paradigma estatal mais adequado não significa o reconhecimento de uma crise da concepção social no Estado Brasileiro, visto que no Brasil não houve efetivamente a aplicação do denominado *Welfare State* tal como na Europa, conforme defende claramente Nunes²⁴:

[...] vislumbra-se que o movimento de acesso à justiça, ápice da socialização no campo processual, surgiu exatamente no momento histórico em que a crise do *Welfare State* estava plenamente implementada, pela incapacidade do Estado provedor de cumprir e aplicar as suas promessas. Tal crise, porém, não pode obscurecer o fato de que, em nosso país, jamais ocorreu a implementação efetiva desse paradigma nos moldes de *Welfare*, característico dos países europeus.²⁵

Além disso, a segunda peculiaridade do Direito Brasileiro é o fato de que, embora haja previsão expressa do Estado Democrático de Direito como paradigma

²³ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*, p. 137.

²⁴ A experiência europeia socializante serviu de inspiração para que se produzisse um texto constitucional brasileiro com base no paradigma do Estado Democrático de Direito, razão pela qual o estudo da socialização processual é válido ainda para quando está sendo analisado o contexto reformista brasileiro, pois as ideias e teorias baseadas no republicanismo (Estado Social) podem servir ao menos de marco teórico de refutação.

²⁵ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*, p. 135.

constitucional, as medidas reformistas a partir da década de 1990 encaminharam especialmente o processo brasileiro para o denominado Neoliberalismo.

O Neoliberalismo Processual é um dos temas centrais do problema científico objeto da pesquisa norteadora do presente trabalho.

Diante disso, por meio da apresentação do objeto da pesquisa, relacionado ao referido período reformista pós-constituição de 1988, serão feitas considerações acerca do Neoliberalismo Processual como marco teórico de refutação, contrário às concepções condizentes com o paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito.

3.2 Os objetivos e o problema científico: a padronização decisória preventiva e o contexto reformista processual

Após ser apresentada a preocupação com a construção de um Estado Democrático de Direito, proposto na Constituição de 1988, no presente item justificar-se-á a necessidade de ser reafirmado a cada dia o paradigma jurídico constitucionalmente previsto, notadamente no contexto reformista do Direito Processual.

É clara a existência de um período de reformas parciais nas legislações processuais, civis e penais, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988.²⁶

Para expor esse período reformista, cita-se o estudo histórico realizado pela biblioteca do Senado Federal²⁷ acerca das comissões para as alterações legislativas.

O estudo relata que, no início da década de 1990, uma comissão composta por diversos juristas demonstrou efetivamente a preocupação com a morosidade

²⁶“No início da década de 80 teve início a considerada primeira grande reforma do CPC, mais precisamente no ano de 1985, quando o Ministro da Justiça Fernando Lyra designou uma comissão composta pelos professores Luís Antônio de Andrade, José Joaquim Calmon de Passos, Kazuo Watanabe, Joaquim Correa de Carvalho Junior e Sérgio Bermudes, para elaborar um anteprojeto de modificação do CPC de 1973.

As conclusões da Comissão foram apresentadas ao Ministério da Justiça em 24 de dezembro de 1985 (texto disponível na Revista de Processo n. 43/1986), porém esse anteprojeto não foi levado adiante.” SENADO FEDERAL. *Código de Processo Civil: a história de outras comissões*, p. 1.

²⁷SENADO FEDERAL. *Código de Processo Civil: a história de outras comissões*. Disponível em: www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/CPC_Comiss%C3%B5es_hist%C3%B3riapdf.

processual, trazendo propostas de alterações legislativas para fins de tentativa de efetividade do processo.

Verifica-se, conforme elencado abaixo, que foram realizados projetos isolados e que não estavam vinculados entre si, o que demonstra que este período reformista pode ter contribuído para uma falta de coesão do ordenamento jurídico processual:

O grupo foi responsável pela elaboração de onze anteprojetos de lei, tendo por conteúdo a modificação de capítulos específicos do Código de Processo Civil, os quais foram conduzidos ao Congresso Nacional pelo Deputado Nelson Jobim. Do total dos anteprojetos, dez deles foram convertidos em lei. Foram as leis nº 8.455/92 (perícias), 8.710/93 (citação-intimação via postal), 8.898/94 (liquidação), 8.950/94 (recursos), 8.951/94 (consignação e usucapião), 8.952/94 (processos de conhecimento e cautelar), 8.953/94 (processo de execução), 9.079/95 (ação monitória), 9.139/95 (agravo) e 9.245/95 (procedimento sumário).²⁸

O segundo período de reformas mencionado no estudo do Senado enfocou especialmente o sistema recursal, com o objetivo, mais uma vez, da redução do tempo processual em prol da celeridade.

Dentre as alterações destacadas, está a redução das hipóteses de cabimento dos embargos infringentes, da remessa necessária e da suspensão da apelação. Além disso, é mencionado pelo estudo do Senado que é nesta época, também, que foi prevista, pela primeira vez, a aplicação dos meios eletrônicos para a prática e a comunicação dos atos processuais (dispositivo vetado nessa ocasião, e que ressurgiu na Lei nº 11.419/06).²⁹

O estudo destaca ainda o trabalho de institutos e associações integradas por juristas, tal como o Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), na proposição de anteprojetos de leis para as reformas parciais do CPC de 1973.

Sobre essa influência do IBDP na proposição de reformas parciais, pontuam Barros e Nunes, ao relatarem que o instituto participou de comissões que optaram por reformas parciais no início da década de 1990, sob a justificativa pragmática e não científica de que a morosidade do processo legislativo impediria uma reforma global:

Na atual ordem constitucional institui-se comissão dirigida prioritariamente pelos então ministros Sávio de Figueiredo Teixeira e Athos Gusmão Carneiro, que, com o auxílio do Instituto Brasileiro de Direito Processual

²⁸SENADO FEDERAL. *Código de Processo Civil: a história de outras comissões*, p. 2.

²⁹SENADO FEDERAL. *Código de Processo Civil: a história de outras comissões*, p. 2.

(IBDP), iniciou seus trabalhos no princípio da década de 1990, e deveriam rever tanto o Código de Processo Civil quanto o Penal.

[...] **As comissões optaram por propor reformas parciais, organizadas em diversos projetos de lei**, justificando a opção em razão da morosidade legislativa e da dificuldade da tramitação de um projeto global perante o Congresso Nacional.³⁰ **Negrilo Nosso**

De forma bem resumida, Leal também enumerou as diversas reformas parciais na legislação processual, citando as leis, os assuntos nelas tratados e o ano de sua promulgação, o que evidencia, como já dito, o quanto as alterações foram esparsas e em períodos distintos:

A partir da Constituição Federal de 1988, buscando, como visto no subitem anterior, um processo que pudesse proporcionar, com rapidez, a efetiva tutela jurisdicional, o legislador empreendeu inúmeras reformas no Código de Processo Civil. Entre 1994 e 1995, foram editadas as Leis n.os 8.950 (modificações quanto aos recursos), 8.952 (alterações nos processos de conhecimento e cautelar), 8.953 (mudanças no processo executivo), 9.075 (criação da ação monitória) e 9.139 (alterações no agravo de instrumento); em 2002, as Leis n.os 10.352 (novas mudanças no sistema recursal), 10.358 (diversas modificações no processo de conhecimento) e 10.444 (alteração na antecipação de tutela, sentença e execução provisória); e, nos anos de 2005 e 2006, em decorrência da Emenda Constitucional n.º 45/2004, as Leis n.os 11.232 (estabeleceu a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento, acabando com a execução de títulos judiciais), 11.276 (mais mudanças nos recursos), 11.277 (autorizou a reprodução de sentença em causas idênticas), 11.280 (novas regras quanto à incompetência relativa, prescrição e distribuição; permitiu a prática e a comunicação oficial de atos processuais por meios eletrônicos), 11.341 (admitidas decisões publicadas em mídia eletrônica como comprovação de divergência jurisprudencial), 11.383 (inovou, enormemente, no processo de execução de títulos extrajudiciais), 11.418 (regulamentou o art. 102, § 3.º, da CF, acerca da repercussão geral no recurso extraordinário) e 11.441 (possibilitou a realização de inventário, partilha, separação e divórcio consensual pela via administrativa).³¹

Nesses termos, o que se verifica é que nos vinte anos iniciais da vigência da Constituição de 1988 não houve um movimento intenso do legislativo por uma reforma global do CPC de 1973, muito embora este seja anterior à Carta Magna, o que gerou uma problemática na prática.

É claro que não está a se dizer que a reforma do texto da lei é imprescindível para que o paradigma do Estado Democrático de Direito seja observado, visto que é possível que se faça uma interpretação conforme a Constituição e sua principiologia

³⁰BARROS, Flaviane de Magalhães; NUNES, Dierle José Coelho. As reformas processuais macroestruturais brasileiras. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, José Luis Bolzan (Org.). *Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais*, p. 17.

³¹LEAL, Fábio Resende. As novas características do direito processual civil brasileiro: sincretismo processual e especialização procedimental. In: *XVIII Congresso Nacional do CONPEDI*, p. 9.026.

sem mudança do texto da lei. Pensamento ao contrário estaria de encontro com todo o próprio referencial teórico adotado na presente pesquisa.

Entretanto, é preciso destacar a importância da função “contra-fática” da norma, de modo que a reformulação do texto dos códigos de acordo com o horizonte interpretativo estatal pode ser considerada uma ferramenta de explicitação do conteúdo da Constituição, evitando-se a possibilidade de que uma interpretação literal e rígida impeça a aplicação de uma norma constitucional fundamental.

Nessa perspectiva de utilização da reforma dos códigos como forma de combater a resistência de alguns operadores do direito em realizar uma interpretação conforme a Constituição, é essencial que tais reformas sejam realizadas de forma global, ao contrário do que fora feito pós-Constituição de 1988.

E é exatamente em razão desse contexto de reformas não globais, de modificações paulatinas e em momentos distintos, que Barros e Nunes reiteram acerca da falta de coesão entre as legislações processuais:

[...] as reformas parciais se tornaram um problema, pois, as legislações processuais se tornaram desconexas e sem coesão interna, o que dificulta a compreensão pelos próprios “operadores do direito”, potencializando a complexidade processual.³²

Entretanto, esta problemática das reformas parciais deixa de ser tão importante, na medida em que houve uma mudança no enfoque legiferante, com a apresentação de projetos de lei de alteração dos Códigos de Processo Civil e de Processo Penal³³, conforme já pontuamos em trabalho publicado em coautoria com Pinheiro:

Com efeito, o enfoque legiferante reformista deslocou-se das alterações parciais para as reformas globais com a apresentação dos Projetos de Lei do Senado Federal nº 156/2009, referente à reforma do Processo Penal, e nº 166/2010 atinente ao novo Código de Processo Civil, convertido em Projeto de Lei nº 8.046/2010 da Câmara dos Deputados.³⁴

³²BARROS, Flaviane de Magalhães; NUNES, Dierle José Coelho. As reformas processuais macroestruturais brasileiras. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, José Luis Bolzan. (Org.). *Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais*, p. 17.

³³A pesquisa instigadora deste trabalho se restringe à área do Direito Processual Civil, motivo pelo qual a análise acerca do contexto reformista se limitará a discutir o Novo CPC e não adentrará no debate sobre as eventuais propostas de alterações legislativas das normas sobre Direito Processual Penal.

³⁴PINHEIRO, Guilherme César; SILVA, Diogo Henrique Dias. Apontamentos críticos à manutenção do recurso de embargos de declaração frente à técnica recursal e o direito fundamental às decisões racionalmente fundamentadas. In: 4º Congresso Constituição e Processo: uma análise

No presente trabalho, o objetivo é contribuir especialmente para o contexto reformista no Direito Processual Civil, razão pela qual as discussões estarão restritas ao Novo CPC.

Na perspectiva especializada que uma pesquisa científica exige, a intenção é tratar de um tema específico relacionado à reforma da legislação processual e problematizá-lo de forma crítica.

Objetiva-se tratar a respeito das técnicas de padronização decisória trazidas pela nova lei e criticar qualquer interpretação das normas do Novo CPC que possibilite a construção do padrão de decisão de forma preventiva, que nada mais é do que a elaboração de tese jurídica com o objetivo de evitar o início de uma divergência jurisprudencial e o crescimento do número de ações judiciais sobre a mesma temática daquela que gerou o padrão decisório.

A preocupação com o grande número de processos judiciais existentes na prática jurídica brasileira é pertinente, como já demonstrado no capítulo anterior sobre os relatórios do CNJ. Entretanto, não é admissível propor soluções para tal questão e abandonar a dimensão de que processo judicial é um espaço de discussão democrática.

Como pondera sabiamente Streck, é incontroversa a necessidade de mudança, o problema se revela com relação ao modo como devem ser feitas tais alterações:

Que o Judiciário necessita de reformas não é novidade e tampouco é contestado por ninguém, o que ensejaria de imediato uma discussão mais aprofundada sobre os diversos âmbitos da crise (estrutural, funcional e individual) que atravessa a administração da justiça brasileira. Diríamos que esse é um dos problemas. Porém, de qualquer sorte, não parece ser do interesse do establishment jurídico-dogmático a discussão desses pontos, mormente de forma mais aprofundada. Ao contrário, preferem “resolver” desde logo e de uma vez o problema, atacando a contradição secundária do problema, deixando de lado a contradição principal.³⁵

Portanto, um dos problemas a serem enfrentados no presente trabalho é se seria possível pensar na implantação de técnicas de padronização decisória sem que isto se resuma a ser uma medida única e exclusivamente utilizada para a

hermenêutica da (RE)construção dos códigos, 2012, Belo Horizonte. *Anais do 4º Congresso Constituição e Processo: uma análise hermenêutica da (RE)construção dos códigos*, p. 22.

³⁵STRECK, Lênio Luiz. *O Fahrenheit Sumular do Brasil: O controle Panóptico da Justiça*, p. 02.

redução do trabalho do Judiciário. É imprescindível que qualquer mudança legislativa se valha de um fundamento constitucional para a sua implantação.

Nesse ponto é que se destaca o Novo CPC, tendo em vista que no seu artigo 1º reforça exatamente essa necessidade de interpretação conforme a Constituição ao determinar que as normas processuais sejam aplicadas a partir das normas fundamentais.

Claro que desde a promulgação da Constituição de 1988 é exigível a interpretação de todas as normas inferiores a partir dela. Todavia, a previsão expressa desse tipo de interpretação não deixa de ser relevante, na medida em que se apresenta como medida 'contra-fática'³⁶ ao período de medidas legislativas voltadas para a denominada celeridade a todo custo.

Nessa linha, como contribuição para o que o Novo CPC claramente visa combater, o presente trabalho pretende criticar qualquer medida de estabelecimento de regras processuais exclusivamente para fins de redução de custo ou de quantidade de processos em tramitação no Judiciário.

É com base nisso que se estabeleceu como marco teórico de refutação o Neoliberalismo Processual, reflexo de transformações do modelo político-econômico na segunda metade do século XX.

Rosa e Marcellino Jr. pontuam sobre o Neoliberalismo, caracterizando-o como modelo político-econômico incompatível com os objetivos da Constituição de 1988, por rebaixar todos os direitos fundamentais à condição de direitos patrimoniais. Mais uma vez, o Direito seria influenciado pelo contexto econômico e político, assim como o fora, por exemplo, no contexto liberal do século XIX:

É que a Constituição da República chega ao Brasil quando já predominava na América Latina um modelo político-econômico absolutamente incompatível com os propósitos finalísticos da nova ordem constitucional. Este modelo é chamado neoliberalismo, o qual, por sua matriz, impede a efetivação dos Direitos Fundamentais, os quais, antecipa-se, desconhece! Rebaixa todos os direitos à condição patrimoniais.³⁷

³⁶Ver: NUNES, Dierle José Coelho. *A função contra-fática do direito e o Novo CPC*. A ser publicado na Revista da AASP. São Paulo, abr. 2015.

³⁷ROSA, Alexandre Morais da; MARCELLINO JR., Julio Cesar. Law And Economics, Neoliberalismo e eficiência: desvelando conexões. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, p. 174

Prosseguindo com sua exposição, Rosa e Marcellino Jr. apresentam vários fatos históricos que podem ser considerados como marcos de instituição do Neoliberalismo como modelo político-econômico.

Primeiramente, situam o desenvolvimento desse modelo no período do segundo pós-guerra a partir de duas frentes. A primeira delas teria sido a criação da 'Société Du Mont Pèlerin', tendo Hayek como um dos fundadores, dentre outros intelectuais da época:

Tal modelo surge a partir do segundo pós-guerra, coincidindo ao período de declaração universal dos direitos do homem – e não por acaso. O neoliberalismo, assim, surge e se consolida marcadamente através de duas frentes. A primeira frente foi a fundação em 1947, da Société Du Mont Pèlerin, por Friedrich August Von Hayek e outros expoentes intelectuais como Popper, Friedman, e Von Mises.³⁸

Especificamente sobre Hayek, Rosa e Marcellino Jr. pontuam que inicialmente seus estudos sobre o Neoliberalismo não tiveram grande expressão, mas com o tempo, especialmente na década de 1970, ganharam importância:

Hayek (1990), mesmo sem grande expressão à época, marca inicialmente seu posicionamento político a partir da obra *Caminho da Servidão* de 1944. No entanto, na década de setenta, torna-se o mais importante intelectual do neoliberalismo, especialmente pela publicação da obra *Direito, Legislação e Liberdade* (HAYEK, 1985), na qual prega a necessidade de um Estado minimamente interventor, defendendo o livre mercado com base numa racionalidade evolucionista que subverte a tradicional relação gregária dos fins pelo parâmetro meios. Argumenta que o construtivismo social é uma fantasia, uma ilusão inalcançável da falibilidade humana.³⁹

A outra frente de expressão do Neoliberalismo é a Conferência de New Hampshire, marco histórico de grande relevância, considerando-se, principalmente, que ocorreu neste encontro a criação do Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial, conforme dizem Rosa e Marcellino Jr.:

A segunda frente, paralela à primeira, foi a partir de 1944 com a Conferência de New Hampshire, em Bretton Woods, Estados Unidos da América. Antevendo o fim vitorioso da guerra com o bem sucedido desembarque na Normandia, os aliados, capitaneados pelos norte-americanos, reuniram 44 países para estabelecer as novas regras da economia mundial. A partir deste encontro o ideário neoliberal conta com

³⁸ROSA, Alexandre Morais da; MARCELLINO JR., Julio Cesar. Law And Economics, Neoliberalismo e eficiência: desvelando conexões. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, p. 174.

³⁹ROSA, Alexandre Morais da; MARCELLINO JR., Julio Cesar. Law And Economics, Neoliberalismo e eficiência: desvelando conexões. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, p. 174.

uma estrutura institucional que se revelaria fundamental nas décadas seguintes. Neste encontro ficou estabelecida a criação do Fundo Monetário Internacional e do Banco Mundial, que seria efetivamente concretizados alguns anos mais tarde.⁴⁰

E é principalmente esta segunda frente que de certa forma influencia o Brasil, de modo a inserir a política neoliberal nas décadas que sucederam o período de ditadura militar, que durou desde a década de 1960 até meados da década de 1980.

Verifica-se que foram exatamente o Banco Mundial e o FMI (Fundo Monetário Internacional), criados na Conferência de New Hampshire (segunda frente), que impuseram políticas liberais nos países em desenvolvimento, conforme narra Nunes:

No final da década de 1980, considerada a “década perdida” para os países em desenvolvimento, os órgãos financeiros mundiais – FMI e Banco Mundial – pressionaram os países da América Latina a novas práticas de índole liberal.

Foi então proposto um conjunto de medidas, em novembro de 1989, por economistas de instituições financeiras baseadas em Washington (como o FMI, o Banco Mundial e o Departamento do Tesouro dos Estados Unidos), fundamentadas num texto do economista John Williamson, do “International Institute for Economy”, de modo a implementar um “ajustamento macroeconômico” dos países em desenvolvimento que passavam por dificuldades.⁴¹

Nesse sentido, grande parte das reformas legislativas a partir da década de 1990 possui caráter neoliberal, com o objetivo de implantar a política econômica estabelecida como padrão pelos órgãos financeiros mundiais.

E como todo o sistema jurídico brasileiro deve ser interligado, evidentemente que a política neoliberal também influenciou o Direito Processual a partir da década de 1990, norteadando o período reformista que antecedeu o Novo CPC, conforme já detalhado e mencionado em parágrafos anteriores.

Destaca-se que uma das políticas de reforma estabelecidas pelo Banco Mundial é a exigência de um processo mais célere em prol da propriedade privada e do mercado, conforme pontua Nunes:

Ao lado dessa perspectiva econômica, foram defendidas e implementadas reformas no processo que reduziram sua função fiscalizadora e construtora dos provimentos jurisdicionais. [...]

⁴⁰ROSA, Alexandre Morais da; MARCELLINO JR., Julio Cesar. Law And Economics, Neoliberalismo e eficiência: desvelando conexões. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, p. 174.

⁴¹NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*, p. 157.

Tais propostas de reforma, defendidas pelo Banco Mundial, privilegiam predominantemente a busca de um processo célere e que garantisse a defesa da propriedade privada e do mercado.⁴²

O que se verifica é que o Direito Processual brasileiro, a partir da década de 1990, é voltado para a adoção de medidas incentivadoras de uma suposta produtividade judicial, em termos mais quantitativos e menos qualitativos. É o que também destaca Nunes:

Tal perspectiva processual, aqui denominada “neoliberal”, permite a visualização do sistema processual tão-somente sob a ótica da produtividade (art. 93, inc. II, alínea “c”, CRFB/88 com nova redação dada pela EC/45) e associa a figura pública do cidadão-jurisdicionado à de um mero espectador privado (consumidor) da “prestação jurisdicional”, como se o poder-dever estatal representasse, e fosse, um mero aparato empresarial que devesse fornecer soluções (produtos e serviços) do modo mais rápido, à medida que os insumos (pretensões dos cidadãos) fossem apresentados (propostos).⁴³

Na perspectiva de que o paradigma estatal adotado pela Constituição brasileira vigente desde 1988 é o Estado Democrático de Direito, toda e qualquer alteração deve estar de acordo com este paradigma e não em consonância com a ideia de produtividade do Neoliberalismo.

Portanto, a crítica ao Neoliberalismo Processual deve ser fundamentada a partir da ideia de processo como espaço de exercício da democracia. Ou seja, é a utilização do processo como meio para a construção do Estado Democrático de Direito, conforme preconiza Cattoni de Oliveira ao dispor sobre a formação participada das decisões:

O que garante a legitimidade das decisões são antes garantias processuais atribuídas às partes e que são, principalmente, a do contraditório e a da ampla defesa, além da necessidade de fundamentação das decisões. A construção participada da decisão judicial, garantida num nível institucional, e o direito de saber sobre quais bases foram tomadas as decisões dependem não somente da atuação do juiz, mas também do Ministério Público e fundamentalmente das partes e dos seus advogados.⁴⁴

Por isso, o problema científico objeto do presente trabalho - padronização decisória preventiva - passa por essa crítica ao discurso da preocupação exclusiva

⁴²NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*, p. 161.

⁴³NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*, p. 163.

⁴⁴CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*, p. 78-79.

com a eficiência quantitativa do Neoliberalismo, incompatível com uma visão qualitativa de processo jurisdicional nos ditames do Estado Democrático de Direito.

Com a padronização preventiva, fica possibilitada a elaboração de tese mesmo antes de se oportunizar ao tribunal o amadurecimento dos diversos posicionamentos.

Essa falta de amadurecimento prévio jurisprudencial é o que se critica, em aderência às ponderações realizadas por Nunes:

Padrões decisórios não podem empobrecer o discurso jurídico, nem tampouco serem formados sem o prévio dissenso argumentativo e um contraditório dinâmico, que imporia ao seu prolator buscar o esgotamento momentâneo dos argumentos potencialmente aplicáveis à espécie. Não se trata de mais um julgado, mas de uma decisão que deve implementar uma interpretação idônea e panorâmica da temática ali discutida. Seu papel deve ser o de uniformizar e não o de prevenir um debate.⁴⁵

Ora, a pesquisa científica balizadora deste trabalho parte da hipótese de que o esgotamento momentâneo dos argumentos potencialmente aplicáveis influi diretamente para que o contraditório desenvolvido nos procedimentos de formação do padrão decisório seja o mais intenso possível, de modo a influenciar diretamente na formação das decisões, considerando-se a noção de contraditório como influência e não surpresa.⁴⁶

E, por isso, a fixação de padrão decisório sem o prévio dissenso jurisprudencial empobreceria o próprio debate processual, colocando em xeque o caráter democrático do procedimento formador do padrão decisório, por não haver um contraditório amplamente assegurado.

Por isso, tendo em vista que a hipótese formulada parte de noções sobre formação participada das decisões, justifica-se o segundo marco teórico adotado - a Teoria da Integridade do Direito de Ronald Dworkin, pretendendo-se compatibilizá-la com a ideia de contraditório como influência e não surpresa.

O objetivo é utilizar desse marco teórico para demonstrar que a formação do padrão decisório, aplicável a inúmeras pessoas, também exige observância a um processo participativo.

⁴⁵NUNES, Dierle José Coelho. *Padronizar decisões pode empobrecer o discurso jurídico*, p. 2.

⁴⁶Tratar-se-á sobre o contraditório como influência e não surpresa em capítulo próprio. De toda forma, o que se pode antecipar é que se trata de princípio balizador do processo democrático e imprescindível para a ideia de decisão como decorrente lógico do debate travado entre os sujeitos processuais.

Entretanto, para que a crítica se justifique de forma mais fundamentada ainda, essencial que antes disso seja exposto como a litigiosidade excessiva ou repetitiva é um problema globalizado e como os diversos países o enfrentam.

Em seguida, o enfoque do trabalho é voltado para o direito brasileiro, incluindo as normas vigentes e em iminência de vigência, notadamente as relativas ao Novo CPC, na temática da litigiosidade repetitiva e excessiva.

Durante essa exposição, que se dará nos dois capítulos seguintes, será possível intensificar a crítica aos diversos posicionamentos e soluções diante do número elevado de demandas nos tribunais, sempre com a preocupação de rechaçar qualquer medida neoliberal.

Inicia-se, então, no capítulo seguinte, a demonstração da convergência de tradições jurídicas, o que servirá de introdução para expor como os problemas enfrentados pelos diversos países se assemelham e são a causa da aproximação entre as famílias de direito, incluindo no rol de tais problemáticas o excesso de demandas judiciais .

4 A CONVERGÊNCIA ENTRE AS TRADIÇÕES JURÍDICAS: UM FENÔMENO INFLUENCIADO PELA LITIGIOSIDADE REPETITIVA

No presente capítulo, inicia-se uma exposição do grau de extensão da litigiosidade repetitiva, uma das temáticas centrais do presente trabalho.

O fenômeno da convergência é importantíssimo para essa exposição, na medida em que a problemática do congestionamento dos tribunais propiciou a aproximação de vários sistemas jurídicos das diversas famílias do direito.

Por isso, será exposto neste capítulo acerca das tradições jurídicas *civil law* e *common law*, bem como sobre o modo como vários fatores, como por exemplo a litigiosidade repetitiva, vêm influenciando no enfraquecimento dessa dicotomia clássica entre *civil law* e *common law*.

4.1 Sobre as tradições jurídicas: *Civil Law* e *Common Law*

Analisando de forma crítica o Novo CPC, é possível verificar que a problemática por detrás de várias alterações está relacionada à litigiosidade repetitiva.

A existência de demandas em massa na atualidade é algo enfrentado mundialmente por vários países, de diferentes sistemas jurídicos e tradições. Portanto, podem-se considerar novidades como a do IRDR como uma exemplificação do fenômeno da convergência entre as tradições jurídicas e também uma demonstração da apropriação pelo legislador brasileiro de mecanismos aplicados em ordenamentos jurídicos estrangeiros.¹

Nesse sentido, a análise acerca das tradições e da convergência entre elas é essencial para contextualizar o período de apresentação de alterações legislativas no Brasil advindas de estudos de Direito Comparado.

Para isso, necessário, primeiramente, introduzir o conceito de tradições jurídicas.

¹ Essa relação entre o Brasil e o Direito Estrangeiro é tão evidente que na exposição de motivos do anteprojeto de lei do Novo CPC os elaboradores deixam claro, por exemplo, que a inspiração para a inclusão do IRDR foi o procedimento-modelo alemão de padronização decisória.

Tradicionalmente, especialmente no Direito Ocidental, é possível classificar as tradições jurídicas, famílias de direito ou sistemas normativos em duas categorias: *Civil Law* e *Common Law*.²

O ponto de vista clássico propõe dois sistemas diferentes: ‘civil law’ e ‘common law’. Algumas décadas atrás, poderíamos distinguir o direito socialista, mas no seu sentido puro que não existe mais. Além disso, há a noção de que nunca existiu como um sistema normativo independente e sempre foi um membro do grupo do ‘civil law’. Alguns autores acrescentam sistema islâmico habitual, religioso, e outros sistemas. Em 1929 foi proposto um mapa jurídico do mundo, com dezesseis diferentes sistemas jurídicos!³ (tradução livre)

A tradição jurídica, conforme destaca Streck, “relaciona o sistema jurídico (conjunto de regras normativas) com a cultura, ela insere o sistema legal dentro e a partir da perspectiva cultural.”⁴

Nesse mesmo sentido, Marinoni pontua que “as jurisdições de ‘civil law’ e ‘common law’ surgiram em circunstâncias políticas e culturais completamente distintas, o que naturalmente levou à formação de diferentes tradições jurídicas.”⁵

Verifica-se que a divisão por famílias não restringe a caracterização da tradição jurídica de um país tão somente às normas por ele produzidas. A definição da família de direito é feita pelas técnicas de produção das normas, a forma de interpretação das mesmas, por meio do modo de ensino jurídico, dentre outras questões, como muito bem exposto por David:

[...] a diversidade de direitos não corresponde unicamente a esta variedade de regras que eles comportam. Na verdade é um aspecto superficial e falso ver no direito simplesmente um conjunto de normas. O direito pode

² Durante uma Conferência Internacional em Direito Processual Civil organizada pela Associação Internacional de Direito Processual, em Moscou, de 18 a 21 de setembro de 2012, um dos temas debatidos foi a diferenciação de sistemas processuais civis, oportunidade em que foi ressaltada a diferenciação clássica entre *civil law* e *common law* e a existência de outros sistemas de menor expressão. Verifica-se, então, que a diferenciação entre famílias também reflete na classificação dentro do Direito Processual, área do conhecimento objeto do presente trabalho.

³ No original: “The classical point of view proposes two different systems: civil law and common law. Some decades ago we could distinguish socialist law, but in its pure sense it doesn’t exist anymore. Moreover there is a notion that it never existed as a separate legal system and has always been a member of a civil law family. Some authors add Islamic customary, religious and other legal system. In 1929 a map of the world’s law with sixteen different legal systems was proposed!” MALESHIN, Dmitry. CIVIL PROCEDURAL SYSTEMS: PRO AND CONTRA. In: *Civil Procedure in Cross-cultural Dialogue*: Eurasia Context: IAPL World Conference on Civil Procedure, September 18–21, 2012, Moscow, Russia: Conference Book / Ed. by Dmitry Maleshin; International Association of Procedural Law. – Moscow: Statut, 2012, p. 237.

⁴ ABBOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto? – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*, p. 17.

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação Crítica entre as Jurisdições de civil law e common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*, p. 176.

realmente concretizar-se, numa época e num determinado país, num certo número de regras. Porém, o fenômeno jurídico é mais complexo. Emprega certo vocabulário, correspondente a certos conceitos; agrupa as regras em certas categorias; comporta o uso de certas técnicas para formular regras e certos métodos para as interpretar[...]⁶

Ressalva-se, apenas, que ainda que haja identidade de tradição entre países, nada impede que estes apresentem divergências entre seus sistemas jurídicos. Entretanto, essas diferenças não são suficientes para desconstituir a divisão clássica de tradições jurídicas.

Nessa medida, é preciso reconhecer as peculiaridades do ordenamento jurídico de cada país sem que isto implique na conclusão imediata de que essas diferenças pontuais nas normas necessariamente signifiquem a caracterização de uma tradição jurídica que não se enquadre numa das vertentes – *civil law* ou *common law*:

Importa esclarecer que ao agrupar ordenamentos jurídicos em famílias cria-se a possibilidade de se relegar importância a alguns detalhes técnicos que se referem a normas isoladas de determinado país, que estejam agrupados na mesma família.⁷

Nesse sentido, destacada a prevalência de dois modelos de sistemas normativos, *civil law* e *common law*, imprescindível tecer considerações específicas sobre a formação destas tradições jurídicas.

Portanto, feita uma introdução acerca da terminologia, passa-se à caracterização de cada uma das tradições jurídicas de forma breve nos subitens a seguir, finalizando-se com as ponderações sobre a convergência entre os sistemas normativos.⁸

4.1.1 Civil Law: a influência do direito romano

A tradição de *civil law* desencadeou-se na Europa Ocidental de forma sistemática no período renascentista, com a retomada dos estudos do Direito Romano.

⁶ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, p. 15.

⁷ PINHEIRO, Guilherme César. *A VINCULAÇÃO DECISÓRIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO*: uma proposta de compreensão hermenêutica da fundamentação das decisões judiciais no contexto de aproximação entre o *civil law* e o *common law*, p. 18.

⁸ O objetivo deste trabalho não é aprofundar na formação histórica das tradições jurídicas, mas sim, trazer características genéricas, apenas para introduzir o tema da convergência.

Seguindo a linha de David⁹, é possível resumir o desenrolar histórico dessa tradição em três etapas:

- a) a sistematização inicial a partir do período renascentista;
- b) a codificação;
- c) a expansão da tradição para países fora da Europa por meio do processo de colonização.

Em um primeiro momento, então, tem-se o crescimento dos estudos romanísticos nas universidades.

Segundo David:

[...] o renascimento dos estudos de direito romano teve por conseqüência, antes de mais nada, restabelecer na Europa o sentimento do direito, da sua dignidade, da sua importância para assegurar a ordem e permitir o progresso na sociedade.¹⁰

Dentre os países representantes da tradição de *civil law*, está a França¹¹. E é exatamente nesta região que ocorreu o marco histórico para a iniciação do período de valorização da codificação nos países civilistas. Este evento ocorrido foi a Revolução Francesa de 1789.

A partir desse período, passa-se ao segundo momento de desenvolvimento da tradição *civil law*, dentro das três etapas já citadas.

Com a Revolução Francesa, o parlamento assumiu um poder quase absoluto, não havendo destaque para o Judiciário, considerado mero aplicador do texto legislativo.

Diante da decadência do Estado Moderno em virtude das Revoluções Burguesas, dentre elas a Francesa, no século XVIII, surgiu o paradigma constitucional de Estado Liberal de Direito, sendo caracterizado principalmente pela priorização do individualismo em contraposição ao Estado Absolutista do Antigo Regime, conforme já mencionado em capítulo anterior.

⁹ DAVID, René. *Os grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*, p. 35.

¹⁰ DAVID, René. *Os grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*, p. 52.

¹¹ É inegável também a contribuição germânica para a formação da tradição jurídica. Tanto o é que um sinônimo para tradição de *civil law* é tradição romano-germânica, conforme reconhece Bustamante: “De fato, se por um lado, a influência do direito romano na Alemanha pode ser considerada relativamente tardia, pois só veio a acontecer após a metade do século XVI – ou seja, muito depois da descoberta do direito romano em Bologna, por volta do século XI, e dos comentários deixados pelos glosadores nos séculos XIII e XIV-, por outro lado, em nenhum outro lugar do mundo foram encontradas condições históricas tão favoráveis à incorporação das normas e categorias do direito romano ao direito positivo.” BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: A justificação e aplicação de regras jurisprudenciais*, p. 3.

Nessa linha, Bustamante ressalta que: “é na França também que se desenvolve a denominada Escola de Exegese que marca o pensamento jurídico no sentido de valorização da atividade legislativa.”¹²

Assim, nessa época, o juiz não teria um papel criativo do direito, restringindo-se a mero aplicador da lei, na medida em que o que valeria seria a vontade do legislador.

Como já dito anteriormente, nesse contexto, o juiz atua meramente como aplicador da lei de forma mecânica, o que foi determinante para o desenvolvimento de um liberalismo processual marcado pela sujeição do magistrado à vontade do legislador, conforme pontua Carvalho e Neto:

É claro que sob este primeiro paradigma constitucional, o do Estado de Direito, a questão da atividade hermenêutica do juiz só poderia ser vista como uma atividade mecânica, resultado de uma leitura direta dos textos que deveriam ser claros e distintos, e a interpretação algo a ser evitado até mesmo pela consulta ao legislador na hipótese de dúvidas do juiz diante de textos obscuros e intrincados. Ao juiz é reservado o papel de mera ‘bouche de la loi’.¹³

Diante desse contexto histórico formador da caracterização do *civil law*, resta justificada a sistematização das fontes do direito e do grau de importância das mesmas no Direito de *civil law* ou Direito Continental.

Sobre a existência de variadas fontes de direito, pondera Kelsen:

Legislação e costume são frequentemente designados como as duas “fontes” do Direito, entendendo-se aqui por Direito apenas as normas gerais do Direito estadual. Mas as normas jurídicas individuais pertencem tanto ao Direito, são tanto parte integrante da ordem jurídica, como as normas jurídicas gerais com base nas quais são produzidas. E, se tomarmos em linha de conta o Direito internacional geral, então não poderemos considerar como “fontes” deste Direito a legislação, mas somente o costume e o tratado.

Fontes de Direito é uma expressão figurativa que tem mais do que uma significação. Esta designação cabe não só aos métodos acima referidos mas a todos os métodos de criação jurídica em geral, ou a toda norma superior em relação à norma inferior cuja produção ela regula.¹⁴

¹²BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: A justificação e aplicação de regras jurisprudenciais*, p. 20.

¹³CARVALHO NETO, Menelick. *O requisito essencial da imparcialidade para a decisão constitucionalmente adequada de um caso concreto no paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito*, p. 106.

¹⁴KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 162-163.

Entretanto, conforme esclarece David, dentre as várias fontes do direito, a lei é prioridade na tradição jurídica de *civil law*:

Todos esses países surgem como sendo países de direito escrito; os juristas procuram, antes de tudo, descobrir as regras e soluções do direito, estribando-se nos textos legislativos ou regulamentares emanados do parlamento ou das autoridades governamentais ou administrativas.¹⁵

O que se constata, conforme pontua Soares, é que o *civil law* passa pela priorização de uma estrutura escalonada das normas jurídicas, comandada por uma norma fundamental norteadora das demais:

O direito é uma construção escalonada (Stufenbau), tão racional e geométrica que, por isso mesmo, tem a forma de uma pirâmide, no ápice da qual se encontra uma norma fundamental (Grundnorm), a partir da qual as normas menos gerais retiram sua eficácia e vão perdendo sua generalidade, até aquelas normas colocadas na base (os contratos e as sentenças) em que o princípio geral guarda sua eficácia, após percorrer outros campos de particularismos crescentes (a constituição, a lei ordinária, o artigo...)¹⁶.

Trata-se de ideias advindas do positivismo jurídico do século XIX.

Todavia, é preciso ressaltar que o desenvolvimento do positivismo jurídico e incentivador do escalonamento das normas é acompanhado pelos períodos revolucionários que tiveram forte destaque num dos países mais expressivos do *civil law*: a França.

Como exposto no capítulo a respeito dos paradigmas de direito, esse período foi marcado pela institucionalização dos Estados de Direito, marcados pela codificação das normas, com intensificação do princípio da legalidade.

Contudo, apesar desse histórico de formação da tradição, o fato é que cada vez mais essa priorização da lei como fonte de criação do direito vem sendo desconsiderada.

E o indicativo mais forte desta redução do papel da lei nos países de *civil law* é a convergência entre as tradições jurídicas, sobre a qual será ponderado no item final deste capítulo.

Porém, antes disso, é essencial que sejam apresentadas as principais características da outra tradição de jurídica de grande expressão: o *common law*.

¹⁵DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*, p. 111.

¹⁶SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: Introdução ao Direito dos EUA*, p. 29.

É a sistematização das peculiaridades de cada uma delas que oportunizará demonstrar como está ocorrendo essa convergência, contextualizada no mundo contemporâneo globalizado.

4.1.2 Common Law: breves considerações por meio do exemplo inglês

A segunda grande tradição jurídica é a de *common law* ou do direito comum.

É preciso ressaltar que os sistemas jurídicos¹⁷ de *common law* aproximam-se do Direito Romano, embora isso possa gerar estranheza, a princípio, já que o Direito vigente na Roma Antiga foi uma inspiração direta para a tradição de *civil law*.

A Inglaterra, onde se desenvolveu o direito comum inicialmente, apresenta características estruturais de seu sistema jurídico muito próximas do direito da Roma Antiga.

Assim pontua Bustamante:

Costuma-se afirmar que o direito Romano, especialmente no período clássico (e pré-clássico) – que, grosso modo, começa na metade do século II a. C. e se estende até metade do século III d. C. -, apresenta mais semelhanças com o *common law* inglês que com os sistemas jurídicos que se constituíram sob sua influência direta, como os da França, da Itália e da Alemanha, onde se pode falar de uma “recepção expressa” do direito romano.¹⁸

Para exemplificar esta questão, destaca-se a aproximação entre os sistemas jurídicos – romano e inglês – no tocante ao precedente judicial.

Na Roma Antiga, a forma de grande expressão de interpretação do direito era por meio da atividade interpretativa dos jurisconsultos.

Esses jurisconsultos eram juristas romanos, correspondendo àqueles cidadãos com formação jurídica e que emitiam pareceres interpretativos de lei com característica de ato imperial, com caráter vinculativo semelhante ao que se atribui aos precedentes judiciais em alguns sistemas jurídicos da atualidade:

Na verdade, o Principado pela primeira vez elevou juristas romanos a posições oficiais dentro do Estado, quando Augusto selecionou

¹⁷Exemplos de países representantes dessa tradição são a Inglaterra, os Estados Unidos da América e a Austrália.

¹⁸BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: A justificação e aplicação de regras jurisprudenciais*, p. 3.

jurisconsultos proeminentes como consultores e conferiu autoridade imperial às suas interpretações da lei.¹⁹

Não há dúvidas, portanto, que o papel dos estudos jurídicos na aplicação do direito não é recente e vem desde o incentivo romano da atividade dos jurisconsultos.

O que é válido ressaltar apenas, conforme dispõe Martins, é que a denominada jurisprudência romana desenvolvida pelos jurisconsultos estudava regras do direito e sua aplicabilidade prática, sem, entretanto, se preocupar com uma sistematização do ordenamento.²⁰

Noutro giro, outra fonte do direito romano, destacada por Martins, era “o edito dos magistrados - os pretores em Roma e os governadores das províncias.”²¹

Portanto, nessa perspectiva, fica clara a relação entre o Direito Romano e a tradição jurídica de *common law*, uma vez que a interpretação da lei pela jurisprudência ou mesmo pelos editos dos magistrados lembram o sistema de precedentes judiciais muito bem desenvolvido no âmbito do direito comum.

Nesse passo, esclarece Bustamante:

O caráter extremamente concreto e casuístico das *responsa prudentium* oferecidas pelos jurisconsultos romanos dos dois primeiros séculos da era cristã (bem como a suposta “repulsa” do jurista romano por construções abstratas ou por qualquer tipo de pensamento sistemático ou conceitual como o que predominou no Continente Europeu pós-Revolução Francesa) faz com que os comparatistas encontrem uma impressionante similitude entre o Direito dos juristas de Roma e dos juizes da Inglaterra, pois em ambos os casos predominaria um modo de pensamento tópico: ao invés de procurar – dedutivamente – a resposta para cada problema jurídico em um sistema de regras prévias estabelecidas pelo legislador, o juiz de *common law* e o jurista romano parecem recorrer a um sistema de topoi que podem ser livremente empregados pelo aplicador do Direito: no *common law*, os precedentes; em Roma, as resposta dos juristas autorizados.²²

Diante disso, a aproximação entre o sistema inglês e o direito romano fica evidente. Entretanto, é preciso ressaltar que o desenvolver da história culminou com a formação de uma nova tradição jurídica, que guarda certa relação com a Roma Antiga, mas que adquiriu autonomia, especialmente na Inglaterra.

¹⁹ ANDERSON, Perry. *Passagens da antiguidade ao feudalismo*, p. 71

²⁰ MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O Direito Romano e seu ressurgimento no final da Idade Média. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Fundamentos de história de direito*, p. 145.

²¹ MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. *O Direito Romano e seu ressurgimento no final da Idade Média*, p. 146.

²² BUSTAMANTE, Thomas. *Teoria do Precedente Judicial: A justificação e aplicação de regras jurisprudenciais*, p. 6.

Assim como no item anterior foi ressaltada a história do direito francês para representar o desenvolvimento da tradição civil law, partir-se-á da história inglesa para demonstrar a autonomia do *common law* e sua estruturação.

Sobre o direito inglês, escreve David:

Mais ainda do que para o direito francês, o conhecimento histórico é indispensável quando se considera o direito inglês. Este não conheceu nem a renovação pelo direito romano, nem a renovação pela codificação, que são características do direito francês e dos outros direitos da família romano-germânica. Desenvolveu-se de forma autônoma, sofrendo apenas de forma limitada a influência de contatos com o continente europeu. O jurista inglês [...] gosta de valorizar a continuidade histórica do seu direito [...].²³

David²⁴ continua sua exposição e divide a história do direito inglês em quatro períodos:

- 1º) período anterior à conquista normanda de 1066;
- 2º) a formação do *common law*, com a substituição dos costumes locais pelo direito comum a todo o reino;
- 3º) o período relativo ao desenvolvimento do sistema de “regras de equidade”;
- 4º) o período moderno, posterior a 1832 até os dias atuais, relacionado a uma sociedade dirigida cada vez mais pela administração.

Verifica-se, então, que a origem histórica de vários conceitos importantes para o desenvolvimento da tradição de *common law* são identificáveis em algumas dessas fases da história inglesa, tais como a ideia de direito (ou lei) comum, direito anglo-saxônico e *equity*.

O direito comum consiste naquele que deu origem ao nome *common law*, desenvolvido após a conquista normanda na Inglaterra, em oposição ao direito anglo-saxônico.

É o que expõe Soares:

Portanto, haveria, na História da *Common Law*, uma primeira oposição de conceitos: *Common Law* versus direito anglo-saxônico, este constituído de direitos locais ingleses, mas que pouco influenciaria a *Common Law* que se

²³ DAVID, René. *Os grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*, p. 355.

²⁴ DAVID, René. *Os grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*, p. 356.

formou a partir do *jus scriptum* e jurisprudencial posterior à conquista normanda.²⁵

Noutro giro, destaca-se o caráter dual do direito inglês, que não se resume apenas ao direito comum, mas também à *equity*, que consiste em soluções baseadas na equidade, em acréscimo às regras de *common law* (direito comum).

Nesse sentido explica David:

Por esta razão, o direito inglês possuiu e ainda possui uma estrutura dualista. Ao lado das regras da *common law* que são obra dos Tribunais Reais de Westminster, também designados por tribunais de *common law*, ele apresenta soluções de *equity*, que vieram completar e aperfeiçoar as regras da *common law*. A característica destas soluções de *equity* foi, até 1875, a circunstância de serem aplicadas exclusivamente por uma jurisdição especial: o Tribunal da Chancelaria. Contudo, as soluções de *equity* tornaram-se, com o decorrer dos séculos, tão estritas, tão “jurídicas” como as da *common law* [...]²⁶

Diante desta divisão de períodos da história do direito inglês, é possível justificar as principais fontes do direito para os sistemas jurídicos vinculados à família *common law*. A grande influência dos tribunais na aplicação da *Common Law* e da *Equity* são fundamentais para demonstrar isso.

Sobre essa influência, menciona David:

O direito inglês, elaborado historicamente pelos Tribunais de Westminster (*common law*) e pelo Tribunal da Chancelaria (*equity*), é um direito jurisprudencial, não apenas por suas origens remotas. Tendo sido menor na Inglaterra do que no continente a influência das universidades e da doutrina, e nunca tendo sido efetuada pelo legislador através da técnica de codificação uma reforma geral, o direito inglês conservou, no que respeita às suas fontes tal como à sua estrutura, os seus traços originários.²⁷

Diferentemente da tradição jurídica de *civil law* em que há uma valorização da lei escrita, reforçada especialmente pelo positivismo jurídico iniciado no século XIX, no *common law* as decisões judiciais são o destaque, tanto que o sistema de precedentes com caráter vinculante se desenvolveu fortemente nos sistemas jurídicos relacionados à família do direito comum, conforme pontua Marinoni:

A relevância dos precedentes para o estabelecimento e a edificação do costume é notória no *common law*. Os costumes gerais observados entre os *Englishmen* foram incorporados em decisões judiciais sob a forma de

²⁵ SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: Introdução ao Direito dos EUA*, p. 32.

²⁶ DAVID, René. *Os grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*, p. 375.

²⁷ DAVID, René. *Os grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*, p. 415.

precedentes, que constituem a única importante fonte da versão moderna desta tradição, diversa da lei ou do *statute law*.²⁸

A questão dos precedentes na Inglaterra se intensifica com o estabelecimento do *stare decisis*. Trata-se da concessão de conteúdo vinculante aos precedentes judiciais.

Nesse sentido, explica melhor Whittaker:

Ocorre que a importância e autoridade concedidas aos casos decididos (precedentes em sentido lato classificado por John Bell) por advogados ingleses (e posteriormente, por juízes) foram reforçadas no decorrer do século XIX, por um conjunto de regras segundo as quais um tradicional caso anterior (ou, pelo menos, parte de um caso anterior, a sua *ratio decidendi*) é mantido formalmente e legalmente vinculante para um caso posterior. Este conjunto de regras tornou-se conhecido como a doutrina do precedente, ou, às vezes, *stare decisis* (precedentes no segundo sentido de John Bell).²⁹ (tradução livre)

E a regra do *stare decisis* intensificou-se, na medida em que estendeu a abrangência de seu grau de vinculação para os próprios tribunais que proferiram as decisões. Trata-se, portanto, de uma aplicabilidade horizontal dos precedentes judiciais, que configurou a vertente mais forte do *stare decisis*.

É o que pontua Bustamante:

A regra do *stare decisis*, na sua versão mais forte – que abarcava não apenas a vinculação vertical, mas também a tese de que a *House of Lords* e as *Courts of Appeal* estariam vinculadas pelas suas próprias decisões anteriores-, foi constituída em um tempo relativamente recente e teve duração relativamente curta, se considerarmos o longo período de vigência continuada do *common law* inglês.³⁰

²⁸MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*, p. 104. O *Statute Law* seria o direito legislado, em contraposição ao direito criado pelo juiz. Nessa linha, cite-se Soares, ao tratar sobre o tema, e diferenciar *Common Law* de *Statute Law*: “O segundo sentido de Common Law se refere ao contraste existente entre, de um lado, a Common Law, o direito criado pelo juiz (*judg-made law*), e, de outro, o direito criado pelo legislador postado fora do Poder Judiciário (*Statute Law*).” SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: Introdução ao Direito dos EUA*, p. 36.

²⁹No original: “(7)Moreover, the traditional importance and authority accorded to decided cases (‘precedents’ in the broad sense identified by John Bell (8)) by English lawyers (and notably, by subsequent judges) was reinforced in the course of the nineteenth century by a set of rules according to which a previous case (or at least, part of a previous case, its *ratio decidendi*) was held formally and legally binding on a subsequent court. This set of rules became known as the doctrine of precedent or, sometimes, *stare decisis* (precedent in John Bell’s second sense).” WHITTAKER, Simon. *Precedent in English Law: a view from the citadel*. In: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006*. Bruxelas: Bruylant, 2007. p. 28.

³⁰BUSTAMANTE, Thomas. *Teoria do Precedente Judicial: A justificação e aplicação de regras jurisprudenciais*, p. 76.

Todavia, assim como os países de *civil law* sofreram transformações ao longo dos anos, com destaque para a redução do papel da lei escrita, o *common law* também se modificou e uma das transformações está relacionada à crítica ao *stare decisis*.

Como exemplo, vale ressaltar, como destaca Hondius, que “parece que na Inglaterra a aderência muito rígida à *stare decisis* diminuiu ligeiramente ao longo do último meio século. Recentemente, parece haver mais espaço para divergência.”³¹

A redução da peculiaridade da tradição jurídica, como já mencionado, não afeta apenas a Inglaterra, que foi utilizada aqui apenas como exemplo de sistema jurídico de *common law*, mas também a todos os países vinculados a esta tradição.

A questão está diretamente relacionada à convergência entre as famílias de direito, que será tratada no item a seguir.

4.2 Os fatores que levaram à convergência entre as tradições jurídicas

Na atualidade, a globalização é tida como fenômeno provocador de aproximação dos diversos países, em vários contextos. Não há uma limitação ao campo da economia, em que a aproximação é evidente, havendo afetação na área jurídica também.

Nessa perspectiva, é preciso entender que o direito não deve ser problematizado isoladamente, mas como fenômeno social. Assim, como a visão global de mundo implica na aproximação dos conflitos sociais, no sentido de que é preciso ter um olhar de humanidade como unidade, inevitável que as soluções jurídicas tendam a se aproximar.

É o que se infere das ponderações de Twining:

Uma perspectiva global implica, na verdade, olhar para o mundo e para a humanidade como unidade e dar conta de fenômenos particulares no contexto de análises geográficas amplas e extensos períodos históricos. O mundo está se tornando mais interdependente e é preciso adotar uma perspectiva global para entender os processos em relação ao direito.³²

³¹No original: “it seems as if in England the very rigid adherence to *stare decisis* has slightly declined over the past half century. Recently, there seems to be more room for divergence.” HONDIUS, Ewoud. *General Report*. In: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006*. Bruxelas: Bruylant, 2007. p.18.

³²TWINING, William. *Globalização e estudos jurídicos*, p. 24

Com essa globalização, na área jurídica, surge o que se denomina de convergência das principais tradições jurídicas, já especificadas e caracterizadas em itens anteriores deste capítulo.

A convergência vem sendo estudada e observada desde o século XX e reflete uma aproximação das tradições, de modo que nos países de *civil law* a valorização da jurisprudência como importante fonte do direito é uma tendência e, por outro lado, naqueles Estados tradicionalmente vinculados ao direito comum, a tendência é o aumento do grau de importância da norma legislada.

Destaca-se, então, que a convergência não é algo recente, revelando-se, como qualquer processo histórico, resultado de mudanças paulatinas, as quais são perceptíveis e fortalecidas com o decorrer do tempo, o que somente é confirmado pelas informações sobre as quais escreve Nunes:

Essa tendência de junção das tradições é objeto de estudos já no século XX: na experiência continental europeia tornou-se evidente a concessão de maior espaço ao direito jurisprudencial, e, em sentido inverso, uma orgia legislativa que ofertam formas leais às regras do *common law* clássico.³³

Exatamente por ser um processo histórico - perceptível desde o início do século passado, mas contínuo até os dias de hoje - é que a temática sobre a convergência de tradições jurídicas não deixa de ser atual.

Na perspectiva do Direito Processual, área do conhecimento estudada neste trabalho, a convergência se intensifica e ganha destaque.

O destaque para a diferenciação clássica entre o Direito Processual na tradição de *Civil Law* e na tradição do *Common Law* está, basicamente, no fato de que nos países de *Civil Law* o processo é dominado pela postura ativa do juiz, enquanto na tradição processual do *Common Law* as partes que dirigem o procedimento.

É evidente que se trata de diferenciação clássica, como dito, não sendo possível afirmar categoricamente que esta característica se aplique sem exceção a todos os países de *civil law* e de *common law*. Num mundo globalizado, como já introduzido, é temerário utilizar-se de classificações, tendo em vista que os problemas e as soluções se fundem.

³³ NUNES, Dierle José Coelho. *Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências "não compreendidas" de padronização decisória*, p. 57.

Entretanto, não se pode negar que a utilização de classificação propicia uma visão didática do direito, além de ser essencial até mesmo para entender como se entendia, classicamente, a dicotomia *civil law* x *common law* antes da intensificação da convergência de tradições.

Dessa forma, merece destaque a diferenciação clássica no campo processual, como elenca Maleshin, ao pontuar não apenas sobre a postura ativa do juiz no processo de *civil law* e o domínio da partes no direito processual de *common law*, mas também sobre temas como as ações coletivas (*class actions*), grau de importância dos júris civis, fase pré-processual, sistemas de provas, dentre outros:

Os principais atributos do sistema processual de *common law* clássico são: 1) os júris civis, 2) conferências pré-processuais, 3) controle pelas partes, investigações pré-processuais; 4) julgamentos concebidos como «dramas de tribunais concentrados que fornecem um show contínuo» e 5) juízes passivos; 6) *class actions* e 7) especialistas selecionados e remunerados.

Por outro lado, os principais atributos do sistema de direito processual do *civil law* são: 1) a ausência de júris civis; 2) a falta de distinção entre a fase do pré-processual e a do julgamento; 3) os juízes ativos; 4) coleta judicial de fatos e provas ; 5) o exame judicial de testemunhas e 6) peritos judiciais selecionados.

Há, também, alguns sistemas mistos na área de processo civil, incluindo, por exemplo, os sistemas Japonês, Chinês e Filipino.³⁴ (tradução livre)

Contudo, no contexto de convergência, como já mencionado, essa diferenciação fica cada vez mais frágil, destacando-se que tal fenômeno já foi tema de debate na Conferência em Direito Processual da *International Association of Procedure Law* em Toronto, no ano de 2009.³⁵

Ainda nessa linha, vale citar alguns exemplos de reflexos da convergência na prática em alguns países. Para isso, mostra-se relevante a utilização de outro relatório da Conferência em Direito Processual da *International Association of Procedure Law*, desta vez realizada em Moscou, no ano de 2012.

³⁴No original: “The main attributes of the classic common law procedural system are: 1) civil juries; 2) pre-trial conferences; 3) party-controlled, pre-trial investigations; 4) trials designed as «concentrated courtroom dramas that provide a continuous show»; 5) passive judges; 6) class actions; and 7) party-selected and paid experts.

On the other hand, the main attributes of the civil law procedural system are: 1) the absence of civil juries; 2) a lack of distinction between the pre-trial and trial phases; 3) active judges; 4) judicial proof-taking and fact-gathering; 5) judicial examination of witnesses; and 6) court-selected experts.

There are also some mixed jurisdictions in the area of civil procedure, including, for example, the Japanese, Chinese, and Filipino systems.” MALESHIN, Dmitry. CIVIL PROCEDURAL SYSTEMS: PRO AND CONTRA. In: *Civil Procedure in Cross-cultural Dialogue: Eurasia Context: IAPL World Conference on Civil Procedure, September 18–21, 2012, Moscow, Russia: Conference Book / Ed. by Dmitry Maleshin; International Association of Procedural Law. – Moscow: Statut, 2012, p. 238.*

³⁵Cf., entre outros, DAMASKA, Mirjan. *The common law/civil law divide: residual truth of a misleading distinction.* International Association of Procedural Law. Toronto Conference, June 03-05, 2009.

Exemplificando a convergência em países de tradição *common law*, importante citar as alterações relativamente recentes na Austrália, que cada vez mais abandona a ideia de passividade dos juízes para a concessão de uma postura mais ativa, especialmente no gerenciamento de provas.

A princípio, a influência do juiz na produção de provas é característica marcante nos países de *civil law*, notadamente após a referida socialização processual, decorrente da crise liberal já mencionada.

No entanto, muito embora esse intervencionismo exacerbado já encontre críticas nos países de Direito Continental, conforme já exposto quando mencionado acerca do paradigma do Estado Social, o direito australiano vem incentivando este intervencionismo, conforme esclarece Bemford:

Este artigo argumenta que o processo civil australiano continua a afastar-se de suas tradições de *common law*. Dois exemplos recentes disso são as alterações do papel dos tribunais na coleta de fatos e a ênfase crescente na gestão judicial de provas. Ao fazê-lo, poder-se-ia dizer que estaria convergindo com os princípios processuais das jurisdições que não aplicam as regras do *common law*. O papel elevado do juiz que é entendido como uma característica dos sistemas processuais do direito civil está no cerne dessas mudanças australianas.³⁶(tradução livre)

Como exemplo de alterações nos países de *civil law*, que indicam a aproximação entre as tradições, têm-se as mudanças no sistema italiano ao possibilitar a produção de provas em momento pré-processual, na linha do que é permitido em Estados vinculados à tradição *common law*.

Contrariamente do que se pontuou sobre o direito australiano, nesse país, então, afastou-se da valorização da atividade judicial e sua influência na produção de provas para intensificar a fase antecedente.

Esse novo enfoque do direito italiano é interessante para lidar com problemas sociais, tais como o congestionamento do judiciário, com o que se preocupa neste trabalho, tendo em vista que uma fase pré-processual bem desenvolvida poderia evitar o ajuizamento ou a morosidade de uma ação judicial.

³⁶No original: "This paper has argued that Australian civil procedure is continuing to depart from its common law traditions. Two recent examples of this are the changes to role of courts in fact gathering and the growing emphasis on judicial management of trials. In so doing it, it could be said to be converging with procedural principles found in non-common law jurisdictions. The heightened role of the judge said to be a feature of civil law procedural systems is at the core of these Australian developments." BEMFORD, David. CIVIL PROCEDURAL SYSTEMS: PRO AND CONTRA, p. 253. In: *Civil Procedure in Cross-cultural Dialogue: Eurasia Context*: IAPL World Conference on Civil Procedure, September 18–21, 2012, Moscow, Russia: Conference Book / Ed. by Dmitry Mareshin; International Association of Procedural Law. – Moscow: Statut, 2012.

Nessa linha, mais uma vez, o direito italiano pode ser uma referência para as reformas processuais brasileiras atuais, considerando que as mudanças no sistema italiano sobre o procedimento de produção de provas, baseados no direito anglo-americano, são recentes, conforme expõe Besso:

[...] em 2005 e em 2009 tivemos na norma sobre provas duas novidades que nesta área colocam o sistema italiano mais perto do processo anglo-americano: testemunhos escritos foram introduzidos e a produção de provas pré-ação foi possibilitada.³⁷ (tradução livre)

Desta feita, indiscutível que tanto *common law* quanto *civil law* tem exemplos de influência da convergência, inclusive a respeito do processo jurisdicional.

Mas quais as razões, principalmente na área do Direito Processual, que podem ser consideradas como causas da convergência?

A convergência é algo inevitável e extremamente influenciado pela existência de vários Estados Constitucionais, o que pode ser elucidado a partir da leitura sobre os paradigmas de Estado de Direito, realizada em capítulo anterior.

Por esta ótica, verifica-se que os Estados Constitucionais (obrigatoriamente Estados de Direito), em geral, sofreram as mesmas crises das concepções liberais e sociais, culminando com a necessidade de novas visões sobre o direito.

E dentre esses Estados, havia países de ambas as tradições - *common law* e *civil law*. Em razão disso, justificam-se as ponderações de Bustamante sobre a influência do fenômeno da pluralidade de Estados Constitucionais no processo de convergência:

A razão da convergência entre os sistemas do *civil law* e do *common law*, **que hoje parece evidente**, provavelmente está na crise da legalidade e na crise da noção de soberania que se verificou em praticamente todos os Estados que vivem hoje sob a forma de um Estado Constitucional. De todas as modificações que surgem no Estado Constitucional, a que mais chama a atenção é uma modificação no modo de construir normas jurídicas.³⁸

Negrito Nosso

³⁷No original: [...] in 2005 and in 2009 we had in evidence law two novelties that in this area put the Italian system closer to the Anglo-American proceedings: written testimonies were introduced and the pre-action evidence proceedings were empowered. BESSO, Chiara. CIVIL PROCEDURAL SYSTEMS: PRO AND CONTRA. In: *Civil Procedure in Cross-cultural Dialogue: Eurasia Context: IAPL World Conference on Civil Procedure, September 18–21, 2012, Moscow, Russia: Conference Book / Ed. by Dmitry Mareshin; International Association of Procedural Law. – Moscow: Statut, 2012, p. 274-275.*

³⁸BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: A justificação e Aplicação de Regras Jurisprudenciais*, p. 115-116.

Esse constitucionalismo, como dito por Bustamante acima, tem grande influência principalmente no processo de elaboração de normas jurídicas, especialmente na questão dos precedentes judiciais.

A princípio haveria uma diferenciação marcante entre a tradição de *civil law* e a de *common law* especificamente na questão da formação do direito. A grande diferença estaria no fato de que no *civil law* a fonte do direito primordial seria a legislação, já no *common law* a construção de normas jurídicas se daria por precedentes judiciais.

Ocorre que é exatamente a partir do constitucionalismo, fenômeno comum nos diversos países, de tradições jurídicas distintas, é que essa diferenciação na questão da produção de normas jurídicas fica reduzida.

Quando a produção de normas deixa de se restringir às regras e exige a interpretação por meio de princípios é que a aproximação das tradições se intensifica.

Bustamante esclarece que:

Com efeito, enquanto a atividade de aplicação do Direito (em sentido amplo) se circunscrevia à interpretação e aplicação de regras jurídicas produzidas pelo legislador ou pela jurisprudência, a diferença entre o *common law* e o *civil law* era mais marcante, porque na maior parte das vezes o juiz continental tinha de buscar normas em fontes legislativas, e o *common law* em precedentes judiciais. Mas quando o Direito passa a ser construído e comunicado por meio de princípios essa diferença recua e praticamente desaparece, pois o processo de concretização de princípios – que envolve a resolução de colisões de direitos fundamentais e a densificação do seu conteúdo por meio de regras adscritas dos princípios em cada caso concreto – é rigorosamente o mesmo nas duas grandes tradições jurídicas ocidentais.³⁹

Outro autor que também reconhece a influência do constitucionalismo no fenômeno da convergência é Ataíde Jr. ao argumentar que:

O constitucionalismo provocou profundas transformações no *civil law*, aproximando-o bastante do *common law*. É que, a partir do momento em que a lei perdeu a supremacia, submetendo-se à Constituição, a atividade do juiz das famílias romano-germânicas se tornou bem parecida à dos seus colegas ingleses e norte-americanos, que controlam a lei a partir do *Common Law* e da Constituição, respectivamente.⁴⁰

³⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: A justificação e Aplicação de Regras Jurisprudenciais*, p. 116.

⁴⁰ ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. As tradições jurídicas de Civil Law e Common Law, p. 583. In: Nunes, Dierle José Coelho et al (Org.). *Novas tendências do Processo Civil*, Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

Na medida em que este trabalho pretende fazer uma análise crítica acerca da padronização decisória, notadamente no Novo CPC, esta exposição acerca do constitucionalismo e convergência mostra-se crucial.

A partir disso, revela-se que a convergência é algo inevitável e que a aplicação de técnicas de padronização decisória em países de tradição de *civil law*, que a princípio estariam vinculados à norma escrita, faz parte do momento de aproximação entre as tradições pelo constitucionalismo.

No caso brasileiro, a convergência de tradições é um fator atual e determinante também, embora o sistema jurídico do Brasil historicamente já apresente traços de hibridismo há algum tempo.

Verifica-se que a “tradição” brasileira apresenta aspectos europeus e norte-americanos.

Conforme esclarece Zaneti⁴¹, historicamente, na seara do Direito Constitucional, o Brasil sofreu influência do direito norte-americano desde a Constituição de 1891. Em contrapartida, no campo do direito privado, do direito público infraconstitucional e do direito penal, a tradição prevalecente é aquela da Europa Continental.

Nessa linha, dentre os direitos que sofrem influência da tradição de *civil law* está o Direito Processual brasileiro, área objeto de estudo neste trabalho, o que fica evidenciado no CPC de 1973, conforme explica Zaneti Jr:

O “paradoxo”, entendido como uma contraposição lógica de tradições jurídicas, consiste justamente em termos adotado, ao lado da tradição constitucional norte americana, a tradição processual civil da Europa continental, esta mais notadamente em 1973, com o Código Buzaid.⁴²

Portanto, apesar da existência de posicionamentos dos estudiosos do direito de que há hibridismo de tradições no sistema jurídico brasileiro, a convergência também é um fenômeno que afeta o país atualmente.

Como o direito processual está vinculado à tradição europeia continental, o contexto de convergência diante do constitucionalismo também se aplica no direito brasileiro.

⁴¹ ZANETI JR., Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*, p. 15-19.

⁴² ZANETI JR., Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*, p. 17.

Além do constitucionalismo, Ataíde Jr.⁴³ cita outros fatores que, para ele, são as causas da convergência, tais como o Estado Social, os conceitos indeterminados e as cláusulas gerais e regras de textura aberta. Portanto, não há uma causa única para a convergência.

Entretanto, considerando o objeto do presente trabalho, interessante destacar, dentre a lista de fatores enumerados por Ataíde Jr., a influência das demandas de massa ou ações repetitivas na convergência.

Para Ataíde Jr.⁴⁴ o número elevado de causas repetitivas é um fenômeno mundial resultado de uma transformação histórica que torna as sociedades cada vez mais complexas e plurais. Assim, ante a universalização desta questão, também seria uma causa de aproximação entre as tradições.

No âmbito brasileiro, por exemplo, o aumento da complexidade das causas tem como marco histórico a Constituição de 1988, a partir de quando a necessidade de padronização decisória é intensificada.

Na verdade, o que se verifica é que esse fator está intrinsecamente vinculado à primeira causa da convergência: o constitucionalismo.

O aumento de demandas e da complexidade destas vincula-se exatamente ao conteúdo do texto constitucional de 1988, a partir do qual o Judiciário não se limita a tratar sobre questões de direito privado, mas também é responsável pela execução de direitos fundamentais não observados pelo Executivo ou Legislativo, conforme pontuam Nunes e Patrus:

Isto, pois, a principal utilização desta chamada padronização decisória é de ser utilizada tecnicamente para dimensionar a chamada litigiosidade repetitiva; demandas propostas por inúmeros cidadãos com pretensões isomórficas.

Sabe-se que após a CRFB/88 as litigiosidades se tornaram mais complexas e em número maior. E que a partir deste momento o processo constitucionalizado passou a ser utilizado como garantia não só para a fruição de direitos (prioritariamente) privados, mas para o auferimento de direitos fundamentais, pela mal funcionalidade de cumprimento dos papéis dos outros 'Poderes' (Executivo/Legislativo), entre outros fatores.⁴⁵

⁴³ ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. As tradições jurídicas de Civil Law e Common Law. In: Nunes, Dierle José Coelho et al (Org.). *Novas tendências do Processo Civil*, Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 558.

⁴⁴ ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. As tradições jurídicas de Civil Law e Common Law. In: Nunes, Dierle José Coelho et al (Org.). *Novas tendências do Processo Civil*, Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 598.

⁴⁵ NUNES, Dierle; PATRUS, Rafael Dilly. Uma breve notícia sobre o procedimento-modelo alemão e sobre as tendências brasileiras de padronização decisória: um contributo para o estudo do incidente de resolução de demandas repetitivas brasileiro. In: Nunes, Dierle José Coelho et al (Org.). *Novas tendências do Processo Civil*, Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 475.

Por isso, este capítulo é essencial para demonstrar a atualidade do tema central do presente trabalho, bem como seu caráter globalizado, na medida em que a padronização decisória geralmente tem como um dos principais objetivos o enfrentamento das ações de massa.

Para dar continuidade ao debate acerca da litigiosidade repetitiva e da adoção de técnicas de padronização decisória refletoras do fenômeno da convergência, o capítulo a seguir tratará melhor acerca da problemática das demandas de massa enfrentada pelos mais variados países, representantes das duas tradições jurídicas ocidentais.

5 A LITIGIOSIDADE REPETITIVA COMO UM FENÔMENO GLOBAL

Nesse capítulo, será exposto como a litigiosidade excessiva ou repetitiva vem sendo enfrentada nos diversos países, incluindo o Brasil.

O objetivo é apresentar a justificativa para a pesquisa científica em torno desse fenômeno, ressaltando-se que o debate sobre o excesso de demandas não deve ser restringido a uma preocupação sem reflexões sobre as causas e soluções. Não é possível limitar a discussão à análise de dados empíricos como aqueles citados no capítulo 2.

Portanto, pretende-se demonstrar que a litigiosidade excessiva merece destaque pela comunidade científica, conforme ressaltam Baggio e Oliveira Jr.:

A referência inicial de que se vive uma explosão de litigiosidade, com consequentes dificuldades de toda a ordem para a prestação de uma adequada prestação jurisdicional, não é expressão de um alarmismo sem suporte científico. Pelo contrário. Trata-se de constatação que transcende a notoriedade do que se constata empiricamente na realidade dos foros e é oriunda de reconhecidas fontes acadêmicas.¹

Dentro desse contexto de litigiosidade excessiva, destaca-se a espécie de litigiosidade que se caracteriza pela existência de demandas idênticas em massa no âmbito jurisdicional, em contraposição às ações com elementos objetivos (causa de pedir e pedido) distintos.

Como já introduzido anteriormente, objetiva-se expor como a litigiosidade repetitiva é uma realidade enfrentada por grande parte dos países.

É verificada no Judiciário de vários países - com destaque para os tribunais superiores - a existência de acúmulo de demandas repetitivas. A litigiosidade excessiva e a repetitiva não configuram fenômenos exclusivos de um sistema jurídico específico.

Independente da tradição jurídica à qual esteja vinculado o país, a litigiosidade repetitiva é um fenômeno global, apesar das diferenças ínsitas a cada sistema normativo. Tanto o é que, no capítulo anterior, foi exposto que este fenômeno é uma das causas para a convergência entre *common law* e *civil law*.

¹ BAGGIO, Moacir Camargo; OLIVEIRA JR., José Alcebiades. Jurisdição: da litigiosidade à mediação. In: *Costituzionalismo.it* (Roma), v. 2, 2009, p. 6.

Uma questão que pode ser tratada como exemplificativa da globalização da problemática de litigiosidade excessiva está vinculada às denominadas Cortes Supremas.

Cada vez mais as Cortes Supremas atuam nos processos jurisdicionais, especialmente com a crescente necessidade de controle de constitucionalidade pelos Tribunais Superiores.

Nessa linha, destaca Moreira que:

em mais de um país tem-se feito sentir o problema do acúmulo de trabalho nas Cortes Supremas. O grande número de litígios que lhes chegam, sobretudo por via recursal, é fator importante de retardamento do desfecho dos pleitos.²

Noutro giro, após ser introduzida a questão, com ponderações sobre o papel das Cortes Supremas de uma forma geral, é preciso frisar soluções e problemas encontrados pontualmente por alguns países, com a finalidade de reforçar que o fenômeno da litigiosidade repetitiva e excessiva não se limita ao âmbito brasileiro.

Por exemplo, interessante citar o sistema jurídico Húngaro e o Chinês, representantes dos antigos países socialistas e que possuem uma história política, econômica e social diversa do mundo ocidental. A ideia é demonstrar que, independente das diferenças no desenvolvimento histórico, esses países também enfrentam a litigiosidade repetitiva.

Sobre a China, relata Woo que nos últimos anos o crescimento do número de ações levou à proposta de reforma do CPC chinês:

Desde 2007, o número crescente de ações cíveis e a carga de trabalho excessiva em julgamento dos tribunais levaram a discussões sobre uma nova etapa de mudanças no Código de Processo Civil. Em 10 de junho de 2011, o Escritório Central do Comitê de Assuntos Legislativos anunciou planos para rever os códigos de processo civil e criminal. Este relatório documenta as alterações propostas a partir de dezembro de 2011.³ (tradução livre)

² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 616.

³ No original: "Since 2007, the ever increasing number of civil lawsuits and the over-burdened workload of Chinese trial courts have led to discussions of yet another round of changes to the civil procedure code. In June, 10, 2011, the central committee legislative affairs bureau announced plans to revise both the civil and criminal procedure codes. This report documents the proposed amendments as of December 2011." WOO, Margaret. Chinese Report. In: *Civil Procedure in Cross-cultural Dialogue: Eurasia Context: IAPL World Conference on Civil Procedure*, September 18–21, 2012, Moscow, Russia: Conference Book / Ed. by Dmitry Maleshin; International Association of Procedural Law. – Moscow: Statut, 2012, p. 265.

Com relação à realidade húngara, Harsági, ao tratar sobre as transformações advindas da globalização, relata o quanto as mudanças na economia de mercado e no Estado de Direito geraram o aumento da litigiosidade na Hungria:

A economia de mercado e o Estado de Direito desenvolvidos continuamente a partir da década de 1990 significaram para o legislador e o aplicador da lei desafios que até então eram desconhecidos por eles tanto sob o aspecto da qualidade quanto da quantidade. Dentro de um curto período de tempo, o número de casos litigiosos e não litigiosos se multiplicavam. Novos tipos de procedimentos surgiram ou de casos pouco conhecidos adquiriram um significado especial (por exemplo, ações de direito empresarial e as ações administrativas).⁴ (tradução livre)

Na qualidade de país representante da tradição do *common law*, vale citar como a Inglaterra vem lidando com a litigiosidade excessiva. Verifica-se que

a busca da instância pública para julgamento dos litígios tornou-se uma das últimas opções na Inglaterra, seja por motivação econômica, uma vez ser alto o custo de um processo para os cidadãos e para as empresas, seja por motivações não econômicas, ou seja, as pessoas e as empresas, em geral, tendem a evitar a demora, a publicidade e a distância dos tribunais. As negociações de acordo, os acordos mediados e a arbitragem foram transformados nas principais expressões da chamada Justiça Civil Alternativa naquele País.⁵

Ainda para exemplificar acerca de como a litigiosidade excessiva ou repetitiva é um problema mundial, importante expor, de forma breve, sobre o Direito Norte-Americano.⁶

Dentre as diversas medidas previstas no Direito Norte-Americano de forma contundente, têm-se as *Alternative Dispute Resolution* (ADR's), que, em tradução literal, consistem nos métodos alternativos de resolução de conflitos.

⁴ No original: "Market economy and the rule of law building up continuously beginning from the 1990s meant for the legislator and applier of law challenges that had previously been unknown to them both from the aspect of quality and quantity. Within a short period of time, the number of litigious and non-litigious cases became multiplied. New types of lawsuits came into being or little-known case types acquired special significance, (e.g. company law actions, administrative actions)." HARSÁGI, Viktória. Hungarian Report. In: *Civil Procedure in Cross-cultural Dialogue: Eurasia Context: IAPL World Conference on Civil Procedure, September 18–21, 2012, Moscow, Russia: Conference Book / Ed. by Dmitry Mareshin; International Association of Procedural Law. – Moscow: Statut, 2012, p. 285.*

⁵ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Tempos de Processo Pós-Moderno: O Dilema Cruzado entre ser Hipermoderno e Antimoderno. In: CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle; THEODORO JÚNIOR, Humberto (Org.). *Processo e Constituição: Os Dilemas do Processo Constitucional e dos Princípios Processuais Constitucionais*. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2010, p. 238.

⁶ Já foi dito, no capítulo sobre a convergência, acerca da relação entre Brasil e Estados Unidos e como o Direito Norte-Americano influenciou o Direito Brasileiro.

Trata-se, portanto, no sentido originário, de formas de resolução de conflitos em alternativa à jurisdição, de modo a enfrentar exatamente o excesso de demandas e o elevado custo destas.

É o que escreve Burnham:

Os tribunais há anos incentivam o uso de meios extrajudiciais para a resolução de conflitos. Esse incentivo tem aumentado nos últimos anos com o aumento do número de casos e com o aumento dos custos de resolução de litígios. Existe até um nome para o movimento: *alternative dispute resolution* (ADR).⁷ (tradução livre)

A importância do tema ficou evidente com a inserção das discussões a respeito das ADR's⁸ na Conferência Mundial em Direito Processual, ocorrida entre os dias 18 e 21 de Setembro de 2012 em Moscou, Rússia.

Em tal relatório, fica evidente a influência do Direito Americano no desenvolvimento dos métodos alternativos de resolução de conflitos, tanto que o Relatório Geral sobre o tema foi redigido por um professor Norte-Americano, Oscar Chase.

O Relatório Americano foi redigido por Menkel-Meadow, que deixou bem claro que a adoção das ADR's ocorreu nos Estados Unidos entre as décadas de 1970 e 1980.

Relata a Estudiosa Norte-Americana, Menkel-Meadow, que tal medida foi entendida como uma solução qualitativa e quantitativa para o problema da litigiosidade repetitiva, conforme a seguir:

⁷ No original: "Courts have for years encouraged the use of non-litigatory means for disposing of cases. Such encouragement has increased in recent years with increasing numbers of cases and increasing costs of litigating. There is even a name for the movement: alternative dispute resolution (ADR)." BURNHAM, William. *Introduction to the Law and legal system of the united states*, p. 257.

⁸ No Brasil, notadamente na Academia Mineira, os estudos que merecem destaque são aqueles produzidos pelo Professor Doutor Fernando Horta Tavares, que elaborou Dissertação de Mestrado acerca do tema intitulada "*A Intermediação como forma alternativa de solução de controvérsias: Mediação e Conciliação*".

Na presente dissertação, não é objetivo prolongar a respeito do tema. Porém, na medida em que o estudo em questão preocupa-se com a litigiosidade repetitiva e sua redução por meio da adoção de mecanismos compatíveis com o paradigma de Estado Democrático de Direito, a reflexão, ainda que introdutória somente, no tocante aos benefícios dos métodos de resolução de conflitos é válida.

A utilização da autocomposição (mediação e conciliação, por exemplo) propicia efetivamente que os envolvidos no conflito apresentem a solução e não apenas o problema. Nada mais democrático do que isso.

A tendência é que, havendo a autocomposição como possibilidade, o ajuizamento de ações reduza. Isso seria uma forma de estruturação da aplicação do direito de maneira a objetivar a supressão ou diminuição da litigiosidade excessiva e ou repetitiva sem abandonar as ideias de um Estado Democrático de Direito que se sustenta pela preservação dos princípios e garantias constitucionais.

O movimento por mais informalidade da justiça nos Estados Unidos no final de 1970 e início de 1980 selecionou suas inspirações de uma variedade de fontes, incluindo o desejo de qualitativamente melhores opções e soluções para o problema de resolução de disputas resolver em substância, e mais a participação das partes no procedimento e processo.

O ímpeto pela reforma processual, no entanto, veio de tribunais e funcionários judiciais, incluindo o então 'Chief Justice' Warren Burger, que procurou encurtar o tempo de processamento, reduzir os custos de litígio e complexidade, e para os cínicos entre nós, mover casos afastados dos tribunais federais para outros fóruns, incluindo os tribunais estaduais, locais de pequenas causas, e outros processos fora dos tribunais, amarrados na nomenclatura de disputa de resolução alternativa. Assim, desde o início, pelo menos duas motivações diferentes para a alternativa ou processos menos formais estavam presentes - a eficiência quantitativa preocupava-se em fazer justiça mais acessível, mais barata, mais rápida e eficiente, e a capacitação qualitativa das partes capacitando idéias que, com maior e mais direta participação das partes, e identificação subjacente de necessidades e interesses, as partes poderiam identificar soluções para os seus problemas que seriam menos frágeis e binários do que a vitória / derrota como resultados de tribunais formais.⁹

Dentre os mais utilizados métodos de resolução de conflitos, destacam-se a mediação e a arbitragem.

Rodrigues Jr. disserta a respeito dos métodos de resolução de conflitos, quando cita a mediação e a arbitragem, formulando os conceitos destas e indicando que em ambas há a presença de um terceiro.

A principal diferença estaria exatamente na atuação deste terceiro. Na hipótese da mediação, Rodrigues Jr. explica que o mediador não poderá decidir ou influenciar na escolha da solução para o conflito entre as partes:

⁹ Tradução realizada pelos Acadêmicos Lucas Dias Costa Drummond e Rafael Filipe Fonseca Menezes, discentes do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas, nos estudos da disciplina "Fundamentos da Execução e Recursos", segundo semestre de 2013, ministrada pelo Professor Doutor Dierle José Coelho Nunes. No original: "The movement for more «informal» justice in the United States in the late 1970s and early 1980s drew its inspirations from a variety of sources, including the desire for qualitatively better options and solutions for dispute resolution problem solving in substance, and more party participation in procedure and process. The impetus for much procedural reform, however, came from courts and judicial officials, including then Chief Justice Warren Burger, who sought to shorten dockets and case processing time, reduce litigation cost and complexity, and for the cynics among us, move cases away from federal courts to other fora, including state courts, small claims venues, and other processes outside of the courts, tied together in the nomenclature of «alternative» dispute resolution. Thus, from the beginning, at least two different motivations for alternative or less formal processes were present – the «quantitative-efficiency» concerns to make justice more accessible, cheaper, faster and efficient, and the more «qualitative-party empowering» ideas that, with greater and more direct party participation, and identification of underlying needs and interests, parties might identify solutions to their problems that would be less brittle and binary than the win/lose outcomes of formal courts, with «limited remedial imaginations»." MENKEL-MEADOW, Carrie. *Dispute Resolution in Different Societies: formal and informal procedures*. In: *Civil Procedure in Cross-cultural Dialogue: Eurasia Context*: IAPL World Conference on Civil Procedure, September 18–21, 2012, Moscow, Russia: Conference Book / Ed. by Dmitry Maleshin; International Association of Procedural Law. – Moscow: Statut, 2012, p. 90-91.

A mediação é um processo informal de resolução de conflitos em que um terceiro, imparcial e neutro, sem o poder de decisão, assiste às partes para que a comunicação seja estabelecida e os interesses preservados, visando ao estabelecimento de um acordo. Na verdade, na mediação as partes são guiadas por um terceiro (mediador) que não influenciará no resultado final. O mediador, sem decidir ou influenciar na decisão das partes, ajuda na identificação e articulação das questões essenciais que devem ser resolvidas durante o processo.¹⁰

Com relação à arbitragem, trata-se de método de resolução conflitos no qual as partes escolhem um juiz privado para decidir a questão litigiosa. Nessa linha, também conceitua Rodrigues Jr.:

Pode-se definir confortavelmente Arbitragem como um meio alternativo de solução de controvérsias através do qual as partes em litígio envolvendo direito disponível escolhem um juiz privado para decidir a controvérsia de forma autoritária, ou seja, vinculativa para os litigantes. Querem os contendentes, ao escolher a via alternativa, prudente distância do Poder Judiciário (cujas decisões, via de regra, são seguras, porém muito morosas), procurando solução rápida, deformalizada e especializada para seus conflitos, aproveitando-se do sigilo propiciado pelo método em questão e da possibilidade de indicar como julgador um especialista na matéria objeto de disputa, eliminando-os, como é fácil perceber, muitos dos componentes aleatórios que podem levar à frustração da solução judicial de disputas.¹¹

No Direito Norte-Americano, a utilização destes métodos de resolução de conflitos – arbitragem e mediação - é marcante, com o desenvolvimento destas possibilidades por meio de associações como a *American Arbitration Association*.

Verifica-se que essa Associação, segundo dados apontados no seu endereço eletrônico¹², desenvolve e incentiva a mediação e a arbitragem, além de outras ADR's, contando, por exemplo, com uma equipe de cerca de sete mil árbitros e estabelecendo regras de conduta próprias para a solução dos conflitos. É ela inclusive a responsável pela fundação, no ano de 1996, de um instituto internacional sobre resolução alternativa de conflitos denominado como *International Centre for Dispute Resolution* (ICDR).

Indiscutível, então, como o Direito Americano desenvolveu de forma intensa os métodos de resolução de conflito diversos da jurisdição, sendo, então, mais um

¹⁰RODRIGUES JR.; Walsir Edson. *As Formas Alternativas de Resolução de Conflitos*, p. 50

¹¹RODRIGUES JR.; Walsir Edson. *As Formas Alternativas de Resolução de Conflitos*, p. 51. Sobre o conceito desenvolvido por Rodrigues Junior, frisa-se apenas que nem todas as legislações exigem que a arbitragem seja apenas sobre direito disponível. O conceito aqui citado foi formulado com base na legislação brasileira sobre arbitragem (Lei 9.307/96, artigo 1º).

¹²Disponível em: www.adr.org.

exemplo de solução (ou tentativa de solução) para o enfrentamento da litigiosidade repetitiva ou excessiva nos tribunais.

Ainda nesse contexto, vale destacar a peculiaridade do *Mini-Trial*, método de resolução de conflitos muito desenvolvido nos Estados Unidos da América.

Conforme explica Tavares, o método é utilizado “para resolver disputas que, de outra forma, estariam sujeitas à litigação prolatada. O objetivo é propiciar a dirigentes de empresas resolver questões negociais fora do âmbito judicial.”¹³

Neste procedimento, diante de conflitos envolvendo matérias mais complexas ou técnicas, os advogados apresentam uma breve versão dos fatos e de seus argumentos de defesa diante de um consultor (júri).

Após esta exposição dos fundamentos pelos advogados das partes, o consultor irá apresentar qual seria a provável decisão do caso, na hipótese de o conflito ser levado ao Tribunal.

Assim, a partir do parecer do consultor, as partes podem iniciar a tentativa de acordo, para evitar que o caso seja remetido ao Judiciário.

No caso da mediação, o mediador preocupa-se apenas em incentivar o acordo, sem qualquer consideração dos argumentos de defesa das partes e isentando-se da emissão de qualquer opinião acerca da provável decisão judicial na hipótese de ajuizamento de ação.

Vale ressaltar, apenas, que nem sempre haverá um parecer do consultor. Todavia, a exposição dos argumentos e fatos pelos advogados das partes é padrão para o desenvolvimento do *Mini-Trial*, que poderá prosseguir com uma negociação de acordo independentemente de posicionamento do júri ou consultor.

Assim, interessantes as peculiaridades do *Mini-Trial*, notadamente pela presença do denominado júri e pela apresentação dos fatos e argumentos pelas partes previamente à negociação.

Desta forma, o que é possível verificar é que esse procedimento, *Mini-Trial*, antecipa a apresentação de argumentos que provavelmente seriam utilizados pelos conflitantes em uma eventual ação judicial, o que evitaria exatamente tal demanda e propiciaria a negociação. É, ao que parece, a mais clara expressão da característica própria do *common law*, em que a fase pré-processual é valorizada.

¹³TAVARES, Fernando Horta. *A Intermediação como forma alternativa de solução de controvérsias: Mediação e Conciliação*, p. 29.

Por esses detalhes, o *Mini-Trial* consiste em uma *ADR* indiscutivelmente diferenciada, sobre a qual resume Burnham:

Um desdobramento do procedimento de liquidação voluntária que recentemente ganhou popularidade é o *mini-trial*. Este processo segue um procedimento experimental semelhante e é frequentemente usado em disputas envolvendo questões altamente técnicas ou complexas que são difíceis de avaliar. Durante um *mini-trial*, o advogado de ambas as partes apresentam uma versão abreviada do seu cliente diante de um júri contratado para a ocasião. O que acontece a seguir pode variar. Em alguns casos, os advogados simplesmente continuam a negociar, tendo sido informado do que o júri determinaria se o caso fosse a julgamento. Em outros casos, e, especialmente, quando os clientes são resistentes à liquidação, os advogados podem deixar e permitir que os seus clientes e um conselheiro neutro discutam a possibilidade de um acordo. O *mini-trial* é benéfico porque dá às partes e aos advogados visualizações realistas da força do seu caso e os torna mais conscientes dos riscos envolvidos em ir ao Tribunal. Tal como acontece com negociações informais, o *mini-trial* é geralmente um assunto privado e não envolve o sistema judicial.¹⁴ (tradução livre)

Verifica-se, então, o quão desenvolvido é o tema das *ADR's* no Direito Americano, excelente exemplo para o modo como os Estado Unidos tentam enfrentar a litigiosidade excessiva.

Na medida em que se desenvolvem os métodos de resolução de conflitos diversos da jurisdição, se realmente eles forem eficazes, a tendência é implicar na redução das demandas judiciais.

Nesse sentido é que os principais métodos de resolução de conflito, diversos da jurisdição, não são aplicados no âmbito do órgão judiciário. No Direito Norte-Americano a tendência realmente é que a utilização dos métodos extrajudiciais advenha da vontade das partes e não de uma imposição, tal como ocorre por meio da atividade jurisdicional finalizada pela coisa julgada de sentença.

Inclusive, durante a década de 1970 foi desenvolvida pelo Norte-Americano Frank Sander a ideia de Sistema Multiportas para exatamente esclarecer que a

¹⁴ No original: "A twist on voluntary settlement procedure that has recently gained popularity is the mini-trial. this process follows a trial-like procedure and is often used in disputes involving highly technical or complex matters that are otherwise hard to evaluate. During a mini-trial, counsel for both parties present a shortened version of their client's and a jury hired for the occasion. What happens next can vary. In some instances the lawyers simply continue to negotiate, having been informed of what at least one jury would determine were the case to come to trial. In other instances, and especially where the clients resistant to settlement, the lawyers may leave and allow their clients and a neutral advisor to discuss the possibility of a settlement. The mini-trial is beneficial because it gives the parties and the lawyers a realistic views of the strength of their case and makes them more aware of the risks involved in going to trial. As with informal negotiations, the mini-trial is usually a private affair and does not involve the court system." BURNHAM, William. *Introduction to the Law and legal system of the united states*, p. 258.

Jurisdição não deve ser entendida como a única solução para os conflitos jurídicos e nem mesmo como a melhor solução para todo e qualquer caso. É o que explicam Sousa e Sales:

Frank Sander expôs, então, a ideia de se introduzir no âmbito do Poder Judiciário americano mecanismos múltiplos de resolução de conflitos por meio de métodos alternativos. Estes poderiam ser aproveitados durante o curso do processo ou mesmo antes do ajuizamento de uma ação judicial. O modelo idealizado por Frank Sander, denominado de Multidoor Courthouse System – Sistema das Múltiplas Portas, tinha como fulcro central oferecer soluções mais congruentes às peculiaridades de cada demanda, de forma mais efetiva, célere e de custeio razoável. Esse sistema consiste em disponibilizar vários mecanismos de solução de conflitos para os processos trazidos ao Judiciário. O conceito tem a premissa da noção de que há vantagens e desvantagens em cada caso específico ao usar um ou outro processo de resolução de disputas, sendo que a existência de várias possibilidades é a situação ideal.¹⁵

Assim, os métodos de resolução de conflitos para Sander devem ser utilizados de forma integrada e não devem ser desenvolvidos no âmbito do Judiciário.

Nessa linha que Bahia e outros pontuam que os estudos de Sander serviram para inspirar a criação do Centro de Justiça Global, com a criação de um local no qual o cidadão tivesse acesso a várias instalações de *ADR's* e pudesse escolher a mais adequada para o seu caso, de modo a reduzir a litigância judicial.¹⁶

Contrariamente a essa sistemática norte-americana, essa não é a realidade em alguns países que também adotaram métodos alternativos para buscar uma redução da litigiosidade repetitiva ou excessiva.

No Brasil, por exemplo, tem-se a previsão da conciliação na Lei 9.099/95, que trata sobre os Juizados Especiais e prevê a prevalência da tentativa de autocomposição paradoxalmente no âmbito judicial.

Exatamente a partir da análise da conciliação no Brasil é que Nunes realiza críticas ao modo como vêm se desenvolvendo os métodos alternativos de resolução de conflitos no âmbito brasileiro, comparando com a experiência americana para atentar sobre a prevalência equivocada da conciliação endoprocessual no Brasil:

¹⁵SOUSA, Mariana Almeida de; SALES, Lília Maia de Moraes. O Sistema de Múltiplas Portas e o Judiciário Brasileiro. In: *Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 16, jul/set 2011, p. 207.

¹⁶BAHIA, Alexandre Melo Franco Bahia et al. *Novo CPC: Fundamentos e Sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 1ª edição.

Geralmente, quando se fala em meios alternativos de composição de litígios, como já dito, o exemplo americano é a primeira referência. No entanto, existe uma diferença substancial no modo como essas atividades são tendencialmente desenvolvidas na experiência americana e brasileira. Lá as iniciativas são predominantemente desenvolvidas por entidades da sociedade civil (como clínicas de conciliação social). No Brasil, todavia, cada vez mais estas atividades (como, por exemplo, a conciliação extrajudicial) vêm sendo absorvidas pelos próprios tribunais, que, a fim de atender estas novas funções, se socorrem dos recursos advindos de outras searas estatais (o Ministério da Justiça, em especial), com o fomento da participação dos tribunais.¹⁷

É preciso evitar que as partes se sintam obrigadas ou coagidas a realizarem o acordo em razão de interesses neoliberais dos tribunais pela alegada produtividade por meio da redução do número de processos.

Na medida em que é possibilitado e até incentivado que a conciliação ocorra no âmbito endoprocessual, a tendência é que esses interesses neoliberais prevaleçam e que as partes fiquem sujeitas ao controle pelo Judiciário de sua autonomia privada, o que retiraria o caráter de autocomposição da conciliação.

Sobre isso, escreve Nunes:

A ocorrência de uma conciliação endoprocessual deve resultar de um fluxo discursivo que respeite a autonomia privada das partes, e não de uma imposição que gerará um possível resultado: acordos inexecutáveis e antissociais que busquem tão-somente a obtenção de um dado no plano estatístico de casos “resolvidos” ou que ofereçam uma falsa sensação apaziguadora e de adequação constitucional.¹⁸

Outro exemplo de país no qual a conciliação é utilizada como procedimento judicial é a Colômbia.

Ao analisar a realidade colombiana, López critica a previsão legal da conciliação como pré-requisito para acesso à jurisdição, alegando que isso é um desvirtuamento da ideia originária de método alternativo de resolução de conflitos, o que de fato é um argumento coerente:

Apesar de a conciliação ser algo reconhecido internacionalmente como um mecanismo alternativo de resolução de conflitos, na Colômbia, de maneira

¹⁷ NUNES, Dierle José Coelho. *Ambiguidades e Riscos: conciliação deve se preocupar com a qualidade dos acordos*. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2012-ago-31/movimento-pro-conciliacao-preocupar-qualidade-acordos#_ftn5.

¹⁸ NUNES, Dierle José Coelho. *Ambiguidades e Riscos: conciliação deve se preocupar com a qualidade dos acordos*. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2012-ago-31/movimento-pro-conciliacao-preocupar-qualidade-acordos#_ftn5.

equivocada, se estabeleceu como requisito obrigatório, em algumas áreas do direito, para ter acesso à Administração da Justiça. A conciliação em nosso ordenamento jurídico, além de consistir por mandato constitucional em um mecanismo alternativo de solução de conflitos, instituiu-se como uma atividade notadamente jurisdicional.¹⁹ (tradução livre)

Portanto, com essas ressalvas acerca da presença de métodos como a conciliação em outros países além dos Estados Unidos da América, fica claro que os métodos alternativos de resolução de conflitos são uma preocupação mundial e uma das possíveis soluções utilizadas pelos sistemas jurídicos para a litigiosidade repetitiva e excessiva.

Todavia, destaca-se que, apesar da existência de soluções extrajudiciais, o que houve foi o aumento do grau de importância do Judiciário durante o século XX, gerando a litigiosidade excessiva e repetitiva.

A demonstração de que o problema da massificação de conflitos foi gerado gradualmente pode ser visualizada pelas conclusões do denominado Projeto de Florença, concluído a mais de 30 anos, e coordenado pelo italiano Mauro Capelletti.

Trata-se de um relatório produzido a partir da experiência relatada por juristas representantes de 23 países, os quais responderam diversos questionamentos, com as conclusões sobre os problemas de seus respectivos sistemas jurídicos e as possíveis soluções técnicas.²⁰ Portanto, resta claro que as conclusões são exemplificativas para a situação dos países no final do século XX.

Uma das conclusões que merece ser citada é a preocupação com o crescente número de carga de trabalho de Judiciário, o que esclarece que a litigiosidade excessiva já havia sido prevista desde então.

¹⁹ No original: “No obstante que la figura de la conciliación se reconoce internacionalmente como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, en Colombia, de manera equivocada, se estableció como requisito obligatorio, en algunas áreas del derecho, para acceder a la Administración de Justicia.

La conciliación en nuestro ordenamiento jurídico, adicional a constituirse por mandato constitucional en un mecanismo alternativo de solución de conflictos, se ha instituido como una actividad netamente jurisdiccional.” LÓPEZ, Adriana Patricia Arboleda. Derecho procesal: dilemas sobre la verdad en el proceso judicial. In: CORREA, Ana Milena Gómez (coord.). Colección de Investigaciones en Derecho No.2. *Derecho procesal: dilemas sobre la verdad en el proceso judicial* / Grupo de Investigaciones en Derecho (GRID) UPB – Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, 2014, p. 311.

²⁰ Os vinte e três países que compuseram o Projeto de Florença foram: Austrália, Áustria, Bulgária, Canadá, Chile, China, Colômbia, Inglaterra, França, Alemanha, Holanda, Hungria, Indonésia, Israel, Itália, Japão, México, Polônia, União Soviética, Espanha, Suécia, Estados Unidos e Uruguai.

O que se verifica é que já havia um discurso muito próximo ao neoliberal da medição da eficiência do Judiciário por meio da diminuição do número e do custo das demandas judiciais, conforme relataram Capelletti e Garth:

Uma vez que grande e crescente número de indivíduos, grupos e interesses, antes não representados, agora têm acesso aos tribunais e a mecanismos semelhantes, através das reformas que apresentamos ao longo do trabalho, a pressão sobre o sistema judiciário, no sentido de reduzir a sua carga e encontrar procedimentos ainda mais baratos, cresce dramaticamente. Não se pode permitir que essa pressão, que já é sentida, venha a subverter os fundamentos de um procedimento justo.²¹

É claro que o contexto é completamente diferenciado da época da elaboração do Projeto de Florença para os dias atuais, especialmente porque hodiernamente o paradigma de Estado Social predominante em vários países na década de 1970 não é o objetivo previsto constitucionalmente, inclusive no Brasil.²²

O contexto atual exige soluções diferentes daquelas propostas no Projeto de Florença, que estabeleceu orientações para o acesso à justiça, mas não soube impedir o aumento exponencial de demandas.

Verifica-se, então, que Capelletti e Garth reconheceram o problema da litigiosidade excessiva, mas preferiram destacar soluções vinculadas à problemática do acesso à justiça, o que teria propiciado a intensificação do congestionamento dos tribunais.

Assim, houve aumento do acesso à jurisdição, mas, por outro lado, intensificou-se o discurso da celeridade processual ante o crescimento de demandas, conforme ponderam Bahia e Nunes:

Os mecanismos de acesso à Justiça, tão bem sintetizados no relatório do Projeto Firenze, dirigido por Cappelletti, que deram a tônica de boa parte das reformas legislativas durante o final do século XX parece ter alcançado seu objetivo: trouxeram acesso. No entanto, com isso introduziram um problema, qual seja, o acesso defendido gerou o aumento exponencial de demandas e, com esta, a potencialização da questão em torno da celeridade.²³

²¹ CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, p. 58.

²² É claro que nem sempre a previsão constitucional de uma concepção diferente da do denominado Estado Social impede que na prática jurídica e na academia jurídica o Direito seja pensado e aplicado sob o enfoque socializador. Portanto, a mudança que se pretende ressaltar e identificar nesse parágrafo entre os anos 70 e a atualidade é especialmente na legislação e nos paradigmas jurídicos.

²³ BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Constitucional Contemporâneo*. In: CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle José Coelho; THEODORO JR., Humberto (Org.). *Processo e*

Desta feita, com o desafio de serem encontradas novas soluções em novos contextos, a litigiosidade repetitiva e excessiva indubitavelmente é uma celeuma atual e global.

Nessa linha, o contexto reformista no Brasil é a oportunidade para os estudiosos e aplicadores do direito debaterem propostas inovadoras ou renovadoras diversas ou realizarem uma nova leitura daquelas medidas apresentadas no Projeto de Florença na década de 1970 e que poderão auxiliar na redução da litigiosidade repetitiva e excessiva.

Por isso, após esta introdução breve acerca da litigiosidade nos diversos sistemas jurídicos, um dos subitens deste capítulo tratará especialmente deste contexto reformista brasileiro, com a apresentação de exemplos de normas relativas a soluções ou tentativas de soluções para a litigância em massa.

Entretanto, antes disso, fez-se necessária a elaboração do subitem imediatamente seguinte relativo ao Direito Alemão.

A importância de este subitem anteceder aquele referente ao período reformista do Brasil se deve principalmente ao fato de que uma das alterações mais marcantes do Novo CPC brasileiro – o IRDR - foi inspirada exatamente no procedimento alemão *Musterverfahren*.

5.1 O procedimento alemão *Musterverfahren*

Realizada a análise acerca das políticas de enfrentamento da litigiosidade repetitiva adotadas mundialmente, para reforçar a universalização dessa problemática, importante tecer algumas considerações a respeito do *Musterverfahren*.

Trata-se de modelo de procedimento alemão que influenciou de forma contundente o IRDR, previsto no Novo CPC.

Em razão disso, a separação de um item específico para tratar sobre o procedimento mostrou-se relevante, na medida em que a pretensão com a pesquisa foi verificar o período reformista brasileiro, incluindo, portanto, as influências do direito alienígena.

O procedimento-modelo alemão é relativamente recente, tendo sido inserido no ordenamento jurídico alemão em 2005 por meio de uma lei provisória intitulada *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz*, com limite temporário de eficácia de cinco anos. Todavia, a técnica teria sido incorporada ao que pode ser chamado de CPC Alemão: a ZPO.

É o que narram Nunes e Patrus:

A lei que introduziu o procedimento-modelo no sistema processual alemão (*Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz*) foi editada em 2005. Foi concebida, de início, como um instrumento restrito aos litígios no campo do mercado de capitais, sendo proposta como lei experimental, destinada a perder sua eficácia com o exaurimento do prazo de cinco anos (em novembro de 2010, portanto). Antes disso, porém, a técnica foi incorporada ao ZPO (*Zivilprozessordnung*).²⁴

O procedimento-modelo alemão a princípio objetiva regular o mercado de capitais, considerando-se que surgiu a partir de um caso concreto envolvendo investidores que compraram ações da Deutsche Telekom²⁵, empresa de telecomunicações alemã.

A problemática teve início quando a empresa de telecomunicações não forneceu informações corretas aos interessados na venda de ações na Bolsa de Frankfurt, gerando um número elevado de ações de reparação de danos em face da Deutsche Telekom.

É o que narra Fabiano:

O procedimento-alemão surgiu em agosto de 2005 a partir de um caso concreto que causou prejuízos massificados aos investidores que compraram as ações da Deutsche Telekom. É que a empresa alemã, ao vender seus papéis na Bolsa de Frankfurt, omitiu informações aos interessados. A sonegação gerou a queda do valor nominal das suas ações, causando irresignação naqueles que confiaram e investiram na instituição. Entre 2001 a 2003, foram ajuizadas cerca de treze mil ações visando à reparação de danos contra a Telekom alemã. A avalanche de processos gerou uma verdadeira pane no cotidiano da seção de direito comercial do Tribunal de Frankfurt.²⁶

²⁴ NUNES, Dierle José Coelho ; PATRUS, Rafael Dilly . Uma breve notícia sobre o procedimento-modelo alemão e sobre as tendências brasileiras de padronização decisória: um contributo para o estudo do incidente de resolução de demandas repetitivas brasileiro. In: Nunes, Dierle José Coelho et al (Org.). *Novas tendências do Processo Civil*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, , p. 477.

²⁵ Informações sobre a empresa disponíveis em: <http://www.telekom.de/>

²⁶ FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara. *Mecanismos processuais para a solução de conflitos trabalhistas cumulados, massificados e repetitivos*, p. 142.

Ocorre que o que se viu nos primeiros três anos foi a morosidade das ações, razão pela qual a situação foi levada ao Tribunal Constitucional, por meio de duas queixas, sob a alegação de desobediência ao princípio da duração razoável do processo.

A Alta Corte não acatou os pedidos, considerando que a demora no caso concreto seria tolerável, negativa que incitou a reação do legislador para aprovar a *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz*, conforme esclarece Rossoni:

Em 1999 e 2000, ao lançar suas ações na Bolsa de Frankfurt, o prospecto da Deutsch Telekom omitiu uma série de informações relevantes, o que ocasionou um acentuado declínio de seu valor nominal nos meses subseqüentes. De agosto de 2001 à primavera de 2003, foram propostas treze mil ações perante o Tribunal de Frankfurt (sede da bolsa) para a busca de reparação de prejuízos, o que ocasionou uma total paralisação da seção de direito comercial. Diante disso, em 2004, foram propostos dois recursos constitucionais diretamente ao Tribunal Constitucional Alemão (BVerfG), alegando-se a violação ao direito de duração razoável do processo. **Esse respondeu ao recurso afirmando que, no caso concreto, a demora era tolerável, mas já aludiu a possibilidade de utilização do processo-modelo.**

Para responder a esse caso e também devolver a confiança ao investidor individual depois dos escândalos acionários, em 2005 veio a lume a *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMug)*.²⁷ Negrito Nosso

O procedimento-modelo já era previsto no Código da Justiça Administrativa. Todavia, Fabiano destaca que “a gravidade dos danos provocados no caso Deutsche Telekom determinou a promulgação do *KapMug* (sic) em agosto de 2005.”²⁸

Vale ressaltar, antes de ser detalhado acerca do procedimento-modelo, que não se trata aqui de um exemplo de ação coletiva com as bases teóricas de representatividade por grupos, tal como se desenvolveu no direito norte-americano por meio da *class action*.²⁹

Assim pondera Cabral:

²⁷ ROSSONI, Igor Bimkowski. O “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas” e a Introdução do Group Litigation no Direito Brasileiro: Avanço ou Retrocesso?. Disponível em: http://www.tex.pro.br/home/artigos/44-artigos-dez-2010/4740-o-incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas-e-a-introducao-do-group-litigation-no-direito-brasileiro-avanco-ou-retrocesso#_ftn73.

²⁸ FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara. *Mecanismos processuais para a solução de conflitos trabalhistas cumulados, massificados e repetitivos*, p. 142.

²⁹ Exemplificando as ações coletivas representativas, pontua Ferreira sobre a *class action*: “As denominadas ações de classe ou class action se referem a procedimentos utilizados pelos países de common law para defesa em juízo de direitos relativos à coletividade, em que membros de grupos ou classes são representados por um advogado que atua em nome de todo o grupo.” FERREIRA, Juliana Maria Matos. *O modelo participativo de processo coletivo: as ações coletivas como ações temáticas*, p. 62.

O escopo do Procedimento-modelo é estabelecer uma esfera de decisão coletiva de questões comuns a litígios individuais, sem esbarrar nos ataques teóricos e entraves práticos da disciplina das ações coletivas de tipo representativo. Objetiva-se o esclarecimento unitário de características típicas a várias demandas isomórficas, com um espectro de abrangência subjetivo para além das partes.³⁰

O que se verifica é que o procedimento-modelo alemão se instaura incidentalmente no âmbito de uma demanda individual, “ao invés de a entidade com legitimidade extraordinária postular direitos alheios em nome próprio.”³¹

Ao se instaurar incidentalmente, o procedimento-modelo alemão objetiva criar um padrão decisório que vinculará o tribunal nos julgamentos de casos repetitivos que sobrevenham.

É o que informam Nunes e Patrus:

A ideia da lei é simples, mas também ousada: introduzir no bojo do processo judicial um expediente com a pretensão de estabelecer, a partir do julgamento de uma causa-modelo, um padrão decisório, de acordo com o qual todos os demais casos repetitivos serão posteriormente examinados e julgados. Era, como se pensou, a solução mais adequada, dentro dos parâmetros da ordem processual alemã, vinculados ao sistema tradicionalmente de *civil Law* de resolução de litígios civis, para o tratamento do caso DT.³²

Continuando as ponderações sobre o procedimento, Nunes e Patrus³³ pontuam que a *Kapmug* dividiu o procedimento-modelo em três etapas:

- a) primeira etapa: fase de escolha da causa representativa de controvérsia pela corte distrital onde foi protocolado o requerimento de instauração do incidente;
- b) segunda etapa: fase de tramitação no tribunal estadual com a realização de audiências, produção de provas e a prolação de decisão;

³⁰ CABRAL, Antonio do Passo. *O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas*, p. 132.

³¹ FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara. *Mecanismos processuais para a solução de conflitos trabalhistas cumulados, massificados e repetitivos*, p. 141.

³² NUNES, Dierle José Coelho ; PATRUS, Rafael Dilly . Uma breve notícia sobre o procedimento-modelo alemão e sobre as tendências brasileiras de padronização decisória: um contributo para o estudo do incidente de resolução de demandas repetitivas brasileiro. In: Nunes, Dierle José Coelho et al (Org.). *Novas tendências do Processo Civil*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 478.

³³ NUNES, Dierle José Coelho ; PATRUS, Rafael Dilly . Uma breve notícia sobre o procedimento-modelo alemão e sobre as tendências brasileiras de padronização decisória: um contributo para o estudo do incidente de resolução de demandas repetitivas brasileiro. In: Nunes, Dierle José Coelho et al (Org.). *Novas tendências do Processo Civil*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 478-479.

- c) terceira etapa: fase posterior à decisão-modelo, quando ocorre o julgamento das demais causas, sobrestadas na primeira instância.

No tocante à primeira etapa, verifica-se que se trata da fase de instauração e análise da admissibilidade do procedimento-modelo alemão.

Sobre os requisitos da instauração, esclarecem Nunes e Patrus:

É importante ressaltar, de início, que o procedimento-modelo só pode ser instaurado mediante requerimento de um ou mais demandantes nas causas repetitivas. Não é possível, por conseguinte, que a corte distrital o inicie de ofício. Em seu requerimento, o demandante deverá demonstrar que as questões tratadas na ação por ele proposta transcendem o limite de sua esfera jurídica individual, sendo que a instauração do procedimento-modelo terá relevância para outras causas em trâmite. Os requerimentos inicialmente admitidos serão amplamente divulgados, de forma a dar ciência aos demais demandantes acerca da instauração do procedimento-modelo e a incentivá-los a aderir ao incidente.³⁴

Assim, das considerações desses autores, extrai-se que essa primeira etapa do procedimento-modelo serve para verificar a legitimidade do requerente (apenas as partes litigantes), a existência de fundamentação adequada, bem como para dar publicidade à decisão de admissão dos requerimentos de instauração do incidente.

Ademais, constata-se que há procedimentos para dar publicidade ao procedimento, conforme esclarece Fabiano:

Antes da remessa dos autos ao órgão ad quem, o requerimento de instauração do procedimento-modelo será registrado em cadastro eletrônico e gratuito, do qual constarão breve resumo do pedido, os nomes das partes envolvidas e a justificativa do incidente. [...] A par disso, a admissibilidade do incidente estará condicionada ao cadastramento, no interstício de quatro meses após a publicação do registro eletrônico, de, pelo menos, outros nove procedimentos-padrão similares ao primitivo. As pretensões paralelas poderão ser requeridas no juízo de origem ao qual foi apresentado o pedido originário do procedimento coletivo ou em outros.³⁵

Nesse sentido, além de requisitos de admissibilidade que dependem do próprio requerente, tal como a fundamentação do requerimento, exige-se a existência de outros procedimentos-modelos similares, instaurados por terceiros.

³⁴ NUNES, Dierle José Coelho ; PATRUS, Rafael Dilly . Uma breve notícia sobre o procedimento-modelo alemão e sobre as tendências brasileiras de padronização decisória: um contributo para o estudo do incidente de resolução de demandas repetitivas brasileiro. In: Nunes, Dierle José Coelho et al (Org.). *Novas tendências do Processo Civil*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 479.

³⁵ FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara. *Mecanismos processuais para a solução de conflitos trabalhistas cumulados, massificados e repetitivos*, p. 141.

Presentes tais requisitos, finaliza-se a primeira etapa do procedimento-modelo por meio de decisão do juízo de origem, restando ao Tribunal Estadual a análise do mérito delimitado pelo órgão inferior, conforme informa Cabral:

A decisão do juízo inferior é irrecorrível, será publicada no registro público e vincula o tribunal de instância superior, que será o juízo de julgamento do mérito do *Musterverfahren*. Note-se que o mérito do Procedimento-Modelo é fixado pelo juízo de origem. Com a prolação da decisão que instaura a tratativa coletiva não pode haver outro Procedimento-Modelo com o mesmo objeto (§5º da *KapMuG*).³⁶

Essa decisão do juízo de origem que encerra a primeira etapa do procedimento-modelo é importantíssima, pois define qual a causa-modelo será objeto de análise pelo Tribunal Estadual e suspende as demais causas até fixação da tese jurídica pelo juízo *ad quem*.³⁷

Noutro giro, agora sobre a segunda etapa³⁸, Cabral destaca que: “o Tribunal de julgamento procederá à escolha de um ‘líder’ para os vários autores e outro para os réus, denominados, respectivamente, de *Musterkläger* e *Musterbeklage*.”³⁹

De toda forma, os demais demandantes podem atuar no procedimento como interessados. Entretanto, essa intervenção possui restrições, conforme ponderam Nunes e Patrus:

Por motivo de economia processual, os demandantes cujas causas foram suspensas não terão automaticamente acesso a todos os dados da causa-modelo. Para consultarem a petição inicial da demanda-representante, os interessados deverão peticionar nesse sentido, não podendo, independentemente de requerimento, acessar as alegações dos outros demandantes.⁴⁰

³⁶ CABRAL, Antonio do Passo. *O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas*, p. 132.

³⁷ NUNES, Dierle José Coelho ; PATRUS, Rafael Dilly . Uma breve notícia sobre o procedimento-modelo alemão e sobre as tendências brasileiras de padronização decisória: um contributo para o estudo do incidente de resolução de demandas repetitivas brasileiro. In: Nunes, Dierle José Coelho et al (Org.). *Novas tendências do Processo Civil*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 479-480.

³⁸ Como citado, a segunda etapa diz respeito ao procedimento no âmbito do Tribunal Estadual.

³⁹ CABRAL, Antonio do Passo. *O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas*, p. 132.

⁴⁰ NUNES, Dierle José Coelho ; PATRUS, Rafael Dilly. Uma breve notícia sobre o procedimento-modelo alemão e sobre as tendências brasileiras de padronização decisória: um contributo para o estudo do incidente de resolução de demandas repetitivas brasileiro. In: Nunes, Dierle José Coelho et al (Org.). *Novas tendências do Processo Civil*, Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 480.

Após a produção de provas e realização de audiências, será proferida decisão-modelo pelo tribunal, que finalizará essa segunda etapa do procedimento-modelo, ressaltando-se apenas a possibilidade de recurso.

A decisão-modelo será impugnável desde que no recurso fique preenchido requisito denominado “significação fundamental”, semelhante à repercussão geral no direito brasileiro.

É o que pontua Fabiano:

A decisão de mérito tomada pelo tribunal é recorrível, mas, para tanto, o insurgente deverá demonstrar o preenchimento de requisito denominado “significação fundamental”, que, grosso modo, pode ser comparado ao pressuposto da repercussão geral do recurso extraordinário brasileiro.⁴¹

Somado a isso, após decisão de recurso ou trânsito em julgado da decisão do tribunal, imprescindível fazer referência à eficácia do padrão decisório, questão marcante para a terceira etapa do procedimento-modelo.

Acerca desta questão, a *KapMuG* mostrou grande preocupação com a extensão dos efeitos da coisa julgada apenas aos demandantes que efetivamente tiveram oportunidade de participar do procedimento, o que é elogiável, visto que se coaduna com a ideia de contraditório como influência e não surpresa.

Nesse sentido, Nunes e Patrus:

O legislador alemão mostrou-se bastante preocupado com a proteção substantiva às garantias dos investidores envolvidos: por tal razão, só se submeterão à autoridade do julgamento os demandantes que tiverem a efetiva oportunidade de influenciar a decisão no procedimento. Para tanto, o interessado deverá demonstrar o impedimento de ter podido auxiliar na formação do julgado e/ou a inconsistência (negligência) do litigante padrão.⁴²

É a partir dessas regras de eficácia que se aplicará o padrão decisório pelo juízo de origem nas ações sobrestadas, considerando, sempre, as especificidades de cada caso.

Diante disso, feitas as considerações sobre as três etapas do procedimento-modelo alemão, muito embora não tenham sido detalhadas todas as questões, a

⁴¹ FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara. *Mecanismos processuais para a solução de conflitos trabalhistas cumulados, massificados e repetitivos*, p. 145.

⁴² NUNES, Dierle José Coelho ; PATRUS, Rafael Dilly . Uma breve notícia sobre o procedimento-modelo alemão e sobre as tendências brasileiras de padronização decisória: um contributo para o estudo do incidente de resolução de demandas repetitivas brasileiro. In: Nunes, Dierle José Coelho et al (Org.). *Novas tendências do Processo Civil*, Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 481.

exposição foi suficiente para verificar um exemplo marcante do tratamento do direito alemão para as demandas repetitivas.

É claro que isso não significa dizer que a Alemanha sofre uma crise judiciária como a brasileira, marcada pela litigiosidade excessiva e morosidade processual.

O processo alemão ainda pode ser considerado célere, segundo o que expôs Stürner:

É notório que o processo civil alemão até hoje se orienta pelo modelo bilateral ou de duas partes. Ele tem-se mantido célere, na comparação internacional, apesar do elevado número de extinção do processo sem resolução de mérito (Erledigung) – cerca de 30%-40% de todos os processos pendentes: o jurisdicionado recebe, após um período de 6-12 meses, uma sentença de primeiro grau, e, após o mesmo período, um acórdão em grau de apelação. Também na instância do recurso especial, trabalha-se de forma relativamente rápida.⁴³

O fato é que é incomparável a realidade alemã com a brasileira, tendo em vista as peculiaridades de seus respectivos sistemas jurídicos e de suas características socioeconômicas.

De toda forma, esse aprofundamento sobre a existência da litigiosidade excessiva germânica não é imprescindível, pois o que se pretendeu neste item foi realmente apresentar o *Musterverfahren* como um grande exemplo no direito estrangeiro de técnica de padronização decisória.

Em razão disso, uma vez que já foram realizadas todas as ponderações com relação ao procedimento-modelo alemão dentro do que se pretendia, passa-se a analisar no item seguinte o panorama legislativo brasileiro para o enfrentamento da litigiosidade excessiva e repetitiva.

5.2 A litigiosidade repetitiva no Brasil: técnicas de controle de litigiosidade repetitiva na legislação brasileira

Após expor como a litigiosidade repetitiva, e a excessiva como um todo, é enfrentada por diversos sistemas normativos do mundo, vale analisar algumas das

⁴³ STÜRNER, Rolf. Reformas recentes e perspectivas de desenvolvimento do Processo Civil alemão. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL BRASIL-ALEMANHA, 2010, Recife, PE. LEAL, Márcio Flávio Mafra (Coord.). *Seminário Internacional Brasil-Alemanha: Pontes de Miranda* (Português - Alemão). Brasília: CJF, Centro de Estudos Judiciários, p. 43.

normas e técnicas processuais brasileiras que foram propostas e adotadas em razão desse contexto de litigiosidade excessiva no Brasil.

Dentre as normas vigentes e técnicas já aplicadas diante da litigiosidade repetitiva estão: a súmula vinculante, o artigo 285-a do CPC de 1973, a repercussão geral no Recurso Extraordinário e o artigo 543-c do CPC de 1973, aplicável aos recursos especiais repetitivos.

Neste capítulo, serão apresentadas as novidades do Novo CPC que visam reforçar e revisar tais técnicas previstas na legislação atual.

O objetivo é destacar o quanto é significativa essa reforma global, notadamente no campo da padronização decisória, temática central do problema científico escolhido para o desenvolvimento da pesquisa norteadora do presente trabalho.

Verifica-se que o Novo CPC dispõe claramente no artigo 926 que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”⁴⁴

Portanto, nitidamente o Novo CPC confere um grau elevado de importância à jurisprudência, diferentemente dos antecedentes da história do Direito Brasileiro.

Além disso, e mais importante, conforme será exposto, o Novo CPC, se interpretado conforme a Constituição, não somente valorizará a jurisprudência, mas também será de grande valia para o incentivo à perspectiva qualitativa de eficiência, em detrimento da visão neoliberal de celeridade a todo custo.

Considerando essas questões é que será possível desenvolver a crítica final à padronização decisória preventiva no capítulo seguinte a este, a partir de fundamentos teóricos consistentes e compatíveis com o horizonte interpretativo estatal.

5.2.1 A Súmula Vinculante

Dentre os vários mecanismos de formação de precedentes no Brasil, talvez o mais marcante e mais polêmico seja a Súmula Vinculante.

⁴⁴ SENADO FEDERAL. *Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: https://www.academia.edu/11056930/Novo_C%C3%B3digo_de_Processo_Civil_enviado_para_san%C3%A7%C3%A3o_presidencial_em_24.02.2015.

As súmulas consistem em teses jurídicas definidas pela jurisprudência e que são refletidas em um enunciado utilizado como parâmetro para o julgamento de outras demandas pelos tribunais.

Trata-se, em suma, de orientação de jurisprudência, conforme pontua Sifuentes:

A súmula de jurisprudência se refere a teses jurídicas solidamente assentes em decisões jurisprudenciais, das quais se retira um enunciado, que é o preceito doutrinário que extrapola os casos concretos que lhes deram origem e pode ser utilizado para orientar o julgamento de outros casos.⁴⁵

A partir deste conceito básico, o que se verifica é que são inúmeras as formas que as súmulas podem influenciar na atividade jurisdicional, em situações como a interpretação de uma lei ou a restrição de direitos das partes.

Em razão dessa diversidade de influências, as súmulas possuem várias classificações, conforme elenca Veloso:

As súmulas podem ser classificadas em: súmula tautológica, súmula interpretativa, súmula *extra legem* e súmula *contra legem*. A súmula tautológica é aquela que, com o intuito de garantir “segurança jurídica”, destaca-se pela obviedade, já que ela diz o que a lei diz. A súmula *intra legem*, também denominada de interpretativa, é aquela que redefine o conteúdo da norma no limite da hermenêutica tradicional; é considerada como forma verdadeira de interpretar a lei e é a mais numerosa. A súmula *extra legem* visa limitar o acesso das partes aos Tribunais, uma vez que restringe a possibilidade de admissão de recursos. E, por fim, a súmula *contra legem*, também denominada inconstitucional, uma vez que é de conteúdo contrário à Constituição.⁴⁶

Todavia, a principal classificação, que interessa para o presente trabalho, é a diferenciação entre as súmulas de caráter persuasivo e as vinculantes.

As súmulas persuasivas são aquelas entendidas apenas como um resumo da interpretação e do entendimento do Tribunal acerca de um determinado tema debatido objeto de jurisprudência. Funcionam como orientações para os órgãos jurisdicionais nas causas futuras de objeto semelhante ao vinculado à súmula.

Porém, quando as súmulas não são apenas orientações, mas assumem um caráter normativo, ao impor que os órgãos jurisdicionais a utilizem como argumento para casos semelhantes, elas são denominadas de súmulas vinculantes.

⁴⁵ SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*, p. 238.

⁴⁶ VELOSO, Cynara Silde Mesquita. *Súmulas Vinculantes como entraves ideológicos ao processo jurídico de enunciação de uma sociedade democrática*, p. 281-282.

A súmula vinculante assume o papel de mecanismo de padronização decisória ao ser introduzida ao ordenamento jurídico brasileiro por meio da Emenda Constitucional número 45.

O *caput* do artigo 103-A da Constituição Federal dispõe acerca do referido mecanismo.

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, depois de 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.⁴⁷

É preciso, entretanto, frisar que a súmula vinculante é decorrente de antecedentes históricos desde a época do Brasil Colônia, não possuindo o caráter inédito que muitos acreditam ter. A relação entre Brasil e Portugal fez com que o Direito Brasileiro fosse atingido pelas ideias e embasamentos do Direito Português.

Revela-se interessante este ponto histórico para demonstrar que a súmula vinculante prevista na legislação brasileira não deve ser entendida como um mecanismo criado exclusivamente em decorrência de uma convergência entre as tradições jurídicas, considerando-se que a tradição portuguesa, assim como a brasileira, possui característica predominantemente de *civil law*. Mais uma vez, fica claro que, embora a padronização decisória tenha ganhado maior relevância na tradição de *common law*, os precedentes também tiveram algum espaço nos países de *civil law* para além dos séculos XX e XXI.

Assim, o fato é que o contexto histórico português no período colonial pode ser considerado como ponto de partida para o desenvolvimento do Direito Brasileiro e inspirador para, com as devidas proporções e adaptações, a formulação do que hoje se denomina súmula vinculante.

O período colonial foi marcado pelas Ordenações do Reino: Ordenações Afonsinas, Ordenações Manuelinas e Ordenações Filipinas. Tais ordenações constituíam compilações de leis esparsas, com a finalidade de padronizar a legislação portuguesa, conforme narra Wambier:

⁴⁷ BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

A História do Direito no Brasil é dividida em duas fases: antes e depois da independência. O Brasil era uma colônia de Portugal. No início, havia três Ordenações Legais, que eram lei no Brasil, mas na verdade faziam parte do direito Português: as Ordenações Afonsinas (de 1446), na época do descobrimento do Brasil; Ordenações Manuelinas (1521) e Filipinas (1603).⁴⁸ (tradução livre)

Dentre as criações que decorreram das ordenações está a possibilidade de criação dos assentos pela Casa de Suplicação⁴⁹, introduzidos pelas Ordenações Manuelinas de 1521 - Título 58 do Livro V, § 1º - e ratificados pelas Ordenações Filipinas – Livro I, Título 5, § 5º.

O fato é que o contexto português da época era a prevalência do direito comum, cabendo à lei escrita, notadamente as ordenações do Reino, o papel de dispor acerca das exceções.

Constata-se que a legislação editada pelo Rei não era fonte primordial do direito, mas exceção, pois o que prevalecia era o direito comum e não a legislação nacional.⁵⁰

Sobre o direito comum, esclarece Hespanha:

A doutrina jurídica dos séculos XV, XVI e XVII tem recebido designações muito variadas – «bartolismo», «escolástica jurídica», «mos italicus» etc.; mas a sua designação mais correcta é a de «direito comum» por se revelar menos unilateral do que qualquer das anteriores e por nos dar, desde logo, esta idéia: a de que ela apresenta como característica primeira a unidade – (i) quer enquanto unifica as várias fontes do direito (direito justinianeu [...], direito canónico [...] e direitos locais; (ii) quer enquanto constitui um objecto único (ou comum) de todo o discurso jurídico europeu; (iii) quer ainda enquanto «trata» este objecto segundo métodos e estilos de raciocinar comuns; (iv) forjados num ensino universitário do direito que era idêntico por toda a Europa; e (v) vulgarizados por uma literatura escrita numa língua então universal – o latim.⁵¹

O que se verifica, então, é que o direito comum corresponderia à ideia de unidade, considerando-se os costumes. Entretanto, caberia ao Rei a definição de soluções para os casos excepcionais.

⁴⁸ No original: "Legal history in Brazil is divided in two phases: before and after independence. Brazil was a colony of Portugal. In the beginning, there were three Ordenações statues, which were law in Brazil, but in fact they were Portuguese law: the Ordenações Afonsinas (from 1446), at the time of Brazil's discovery; Ordenações Manuelinas (1521) and Filipinas (1603)." WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Brazilian Report. In: *Civil Procedure in Cross-cultural Dialogue: Eurasia Context*: IAPL World Conference on Civil Procedure, September 18–21, 2012, Moscow, Russia: Conference Book / Ed. by Dmitry Mareshin; International Association of Procedural Law. – Moscow: Statut, 2012, p. 253-254.

⁴⁹ Tribunal Superior Português presidido pelo Rei.

⁵⁰ SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*, p. 188.

⁵¹ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*, p. 89.

Nessa lógica, os assentos decorrem desta questão, na medida em que a Casa de Suplicação foi um Tribunal Superior presidido pelo Rei, no exercício de sua atuação como Chefe de Estado e Chefe de Governo, com atribuições legiferantes e jurisdicionais para os casos de lacuna.

De forma elucidativa, cite-se o que dispõe Sifuentes sobre o tema:

Os assentos consistiam nas decisões da Casa de Suplicação de Lisboa, que se consubstanciavam em interpretação autêntica das leis do Reino de Portugal. Tinham, portanto, força de lei. A previsão vinha contida no §1º, Título LVIII, Livro V, das Ordenações Manuelinas, bem como no §5º do Título V, Livro I, das Ordenações Filipinas, as quais dispunham igualmente que, havendo dúvida entre os desembargadores daquela Casa sobre as Ordenações, a respeito dela deliberariam, escrevendo a decisão e o entendimento que aí então se tomasse no Livro da Relação.⁵²

A relação entre Brasil e Portugal demonstra que talvez os assentos possam ser considerados o primeiro contato brasileiro com enunciados vinculativos, que atualmente são denominados de súmula vinculante.

E vale destacar que a aplicação dos assentos no Brasil foi além do período colonial, durante o qual as ordenações do reino vigoravam, tendo em vista que tais decisões vinculativas encontraram respaldo mesmo após a independência em 1822 e desvinculação entre os dois países. Tanto o é que o Decreto Legislativo nº 2.284, de 23 de outubro de 1875, durante o período imperial, reconheceu a força de lei de tais decisões vinculativas.

Ressalta-se, todavia, que com o surgimento da República foi retirada a competência do Superior Tribunal de Justiça para editar assentos, após longo período histórico, iniciado durante a colonização, marcado pela utilização de tais decisões com força de lei.⁵³

Essa breve análise de antecedentes históricos sobre os assentos serve de exemplificação para a constatação de que a necessidade uniformização de jurisprudência, como já dito, não pode ser vista como uma preocupação brasileira atual, fato que justifica o argumento de que a súmula vinculante não é consequência (ao menos exclusiva) do fenômeno da convergência de tradições jurídicas.

É claro que a restrição do debate aos assentos como antecedente histórico da súmula vinculante não significa o desconhecimento de fatos e institutos que surgiram ou que foram propostos durante o século XX. O objetivo realmente é

⁵² SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*, p. 190.

⁵³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*, p. 227.

exemplificar a “não inovação” da preocupação com a uniformização de jurisprudência.

Sabe-se que há institutos como a “súmula de jurisprudência predominante”, prevista no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal em 1963, que também demonstram a busca pela unificação do entendimento da jurisprudência.

Portanto, está mais que evidenciado o quanto a problemática da uniformização da jurisprudência sempre fez parte das discussões doutrinárias e legislativas, alterando durante o decorrer da história apenas o grau de importância dado ao tema.

Nesse ponto, com as recentes súmulas vinculantes, o que se viu é o aumento da relevância de tal problemática.

Por isso, feita tal introdução, imprescindível expor os requisitos e características das súmulas vinculantes.

A súmula vinculante, conforme se extrai do já citado artigo 103-A da Constituição Federal, pode ser editada de ofício ou por provocação, sendo preestabelecidos por lei quais os legitimados para requerer a sua edição.

Conforme Lei Federal 11.417 de 2006⁵⁴, são legitimados para propor a edição de súmula:

- a) Presidente da República; Mesa do Senado Federal;
- b) Mesa da Câmara dos Deputados;
- c) Procurador-Geral da República;
- d) Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- e) Defensor Público-Geral da União;
- f) Partido político com representação no Congresso Nacional;
- g) Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional;
- h) Mesa da Assembleia Legislativa ou de Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- i) Governador do Estado ou do Distrito Federal;
- j) os Tribunais em geral (superiores ou inferiores);
- k) Município. Apenas com a restrição de que o requerimento de edição de súmula seja realizado incidentalmente em processo no qual seja parte.

⁵⁴ Previsão dos legitimados no artigo 3º da Lei.

Diante disso, não é possível ao cidadão requerer a edição de súmula, semelhantemente ao que ocorre com outros mecanismos legais pleiteadores de um posicionamento judicial com efeito *erga omnes*, tais como a Ação Civil Pública e a Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Por outro lado, é prevista no artigo 3º, § 2º, da Lei 11.417 de 2006 a possibilidade de participação de terceiros no procedimento de edição ou no de cancelamento de súmula vinculante.

Entretanto, a crítica que deve ser feita é no sentido de que a participação direta do cidadão é muito restrita e dependeria da prévia vontade dos legitimados legais e seus representantes.

Prosseguindo com a análise do procedimento de formação da súmula vinculante, vale ressaltar que, além de se exigir que a proposta parta dos legitimados legalmente previstos, caso não seja a hipótese de edição de ofício, é imprescindível a participação do Procurador-Geral da República.

Ao final, para que a decisão de aprovação tenha validade, é preciso que dois terços dos Ministros do Supremo Tribunal Federal votem favoravelmente à proposta de edição de súmula vinculante.

Duas questões que talvez mais especifiquem as peculiaridades da súmula vinculante dizem respeito à restrição quanto à matéria e aos efeitos.

Como destacado pela Lei 11.417 de 2006, a súmula vinculante é cabível tão somente para matéria constitucional, o que, mais uma vez, demonstra a inovação do Novo CPC, na medida em que este traz procedimentos de padronização decisória⁵⁵ que não se restringem a questões constitucionais.

A partir dos requisitos com relação à matéria é que se verifica que a súmula vinculante é mais um mecanismo legal que advém da preocupação com a litigiosidade excessiva e o dissídio jurisprudencial.

Conforme destaca o artigo 2º da Lei 11.417 de 2006 e seu parágrafo primeiro, além da exigência de que a matéria objeto de súmula seja constitucional, é necessário que hajam reiteradas decisões divergentes sobre a mesma questão de modo que ameacem a segurança jurídica e que propiciem uma multiplicação de demandas semelhantes.

⁵⁵ Exemplo: Incidente de Assunção de Competência e IRDR.

Noutro giro, sobre os efeitos da súmula vinculante, sem dúvida, é indiscutível que se trata da discussão mais presente entre os estudiosos do Direito, uma vez que o efeito vinculante é a justificativa para muitos considerarem a súmula vinculante inconstitucional.

O artigo 4º da Lei 11.417 de 2006 é claro ao afirmar que:

súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.

Dentre as variadas críticas, está a de que a súmula vinculante teria eficácia de norma constitucional, muito embora o Judiciário não tenha competência legal para tanto. É nesse sentido que argumenta Veloso:

A adoção das súmulas vinculantes viola o princípio da separação das funções, uma vez que, conforme atribuição constitucional, cabe ao Legislativo a função de legislar e ao Judiciário a função de aplicar a norma ao caso concreto. Assim, quaisquer manifestações dos Tribunais Superiores na elaboração de normas são ilegítimas.⁵⁶

Entretanto, em discordância a tal pensamento, não se trata a súmula vinculante de algo impensável no âmbito de um Estado Democrático de Direito. Porém, é preciso que se pense no modo como deve ser formada e aplicada.

Sobre isto, vale citar os estudos de Abboud e Streck, ao demonstrarem que a súmula vinculante, na forma como estruturada no Brasil, é mais um exemplo da problemática atual em que as pesquisas realizadas nas academias do direito são desconsideradas, restringindo-se aos tribunais a tarefa de interpretar as leis, com a apresentação de forma genérica de ementas de acórdãos na fundamentação das decisões:

O precedente não cabe na súmula. Trata-se de um enigma hermenêutico que deve ser decifrado. É impossível transformar o problema da aplicação (Anwendungsdiskurs) em um problema de validade (prévia) dos discursos jurídicos (discurso de justificação – Begründungsdiskurs). O problema é que isso já acontece de há muito no direito de terras brasílicas. Aliás, é prática recorrente – afinal, não há sentença ou acórdão que assim não proceda – a mera menção de ementas de acórdãos, utilizados como pautas gerais nas decisões. Tal circunstância acarreta um enfraquecimento da força

⁵⁶ VELOSO, Cynara Silde Mesquita. *Súmulas Vinculantes como entraves ideológicos ao processo jurídico de enunciação de uma sociedade democrática*, p. 281-282.

persuasiva da doutrina, deixando-se a tarefa de atribuição do sentido das leis aos tribunais, fenômeno que é retroalimentado por uma verdadeira in. Verbetes. Enunciados. Tentativas de conceptualizações. Por tudo isso, as súmulas (vinculantes ou não) não deveriam causar surpresa. E nem estranheza. Elas sempre estiveram aí, no nosso imaginário.⁵⁷

Somado a isso, seguindo esta crítica, entende-se que a súmula vinculante não pode ser aplicável mecanicamente. A aplicação mecânica, sem que sejam considerados os casos que serviram de base para a formação do enunciado sumular, não passa por um debate efetivo e significa a inaplicabilidade dos princípios constitucionais do processo, notadamente o princípio da fundamentação das decisões judiciais.

Nesse sentido argumenta Bahia:

Assim, é de se ter em mente que os enunciados de súmulas somente podem ser interpretados e aplicados levando-se em consideração os julgados que os formaram. Eles não surgem do nada. Nesses termos, sua aplicação deve se dar de modo discursivo e não mecânico, levando-se a sério seus fundamentos (julgados que a formaram) e as potenciais identidades como o atual caso concreto.⁵⁸

Na sistemática do *stare decisis*, regra criada em países de *common law*, a verificação da *ratio decidendi* é imprescindível para analisar se é aplicável o precedente no caso concreto.

A *ratio decidendi* seria os fatos relevantes que foram considerados para fundamentar a decisão paradigma, formadora do precedente judicial. Trata-se de fatos denominados materiais, diferentemente daqueles fatos “não materiais”, que constituem apenas *obiter dicta* e que não foram fundamentais para a formação do precedente.

Em razão disso, é preciso destacar que não é possível a aplicação mecânica do precedente na concepção clássica, advinda do *common law*, visto que há uma razão que fundamenta tal precedente judicial e deve ser considerada.

É o que esclarece Bustamante:

Interpretar um precedente judicial significa, portanto, distinguir no caso tomado como paradigma os fatos considerados “materiais”, que constituem a *ratio decidendi*, dos fatos “não-materiais”, ou seja, que constituem meros

⁵⁷ ABBOUD, Georges; STRECK, Lenio. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes*, p. 78.

⁵⁸ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*, p. 199.

obiter dicta, na medida em que não foram decisivos para a solução específica elaborada pelo juiz no caso em questão.⁵⁹

É claro que o conceito de *ratio decidendi* supracitada é apenas uma exemplificação. Vale destacar que o termo *ratio decidendi* é conceituado de várias formas, de modo que utiliza-se aqui apenas de um dos conceitos, para introduzir a questão.

É o que pondera Rezende ao apresentar diversas concepções acerca do termo *ratio decidendi*:

Não há consenso sobre a noção do que seja a *ratio decidendi* de um case. O tema é controvertido e esta indefinição provoca incertezas e dificuldades no desenvolvimento da fundamentação das decisões e na própria interpretação do princípio do *stare decisis*.

[...]

Alguns interpretam que a *ratio decidendi* expressa mais de um sentido. Há quem equipare *ratio decidendi* aos fatos da demanda e outros à questão de direito, ou às proposições de direito relacionadas aos fatos e às alegações das partes. E há quem afirme que proposições de fato não constituem precedentes.⁶⁰

De toda forma, independentemente do conceito de *ratio decidendi* adotado, o fato é que a concepção clássica de *common law* valoriza a *ratio decidendi* na aplicação do precedente.

Por isso, voltando-se à temática das súmulas vinculantes, destaca-se que a aplicação destas sem a verificação da *ratio decidendi*, sistemática de grande importância no *common law*, poderá reduzir o instituto a uma medida meramente neoliberal, com a finalidade de redução do número de recursos ao Supremo Tribunal Federal.

É preciso que a fundamentação seja mais científica e considere a necessidade do desenvolvimento de uma teoria de precedentes adaptada para o direito brasileiro, conforme pontuações feitas por Bahia e Nunes:

E o que mais preocupa é que muitos daqueles que se encontram ligados à tendência de padronização decisória (no âmbito legislativo ou de aplicação) se seduzam com o argumento simplista de que ‘isso resolverá’ o problema da litigiosidade repetitiva entre nós, sem que antes se problematize e se

⁵⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: A Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais*, p. 109.

⁶⁰ REZENDE, Marcos. *Precedentes, uma contribuição à fundamentação da decisão no estado democrático de direito*, p. 102-103.

consolidem fundamentos consistentes de uma teoria de aplicação dos precedentes adequada ao direito brasileiro.⁶¹

Nessa linha, na perspectiva de um processo democrático, inquestionável que é benéfico que a súmula vinculante possua um grau de abrangência o maior possível, no cenário de litigiosidade repetitiva e excessiva. Entretanto, para que o caráter democrático se mantenha, é imprescindível que a aplicação do enunciado seja realizada por meio de um devido processo legal, por meio do qual seja realizado cotejo analítico entre a *ratio decidendi* da decisão paradigma fundamentadora da súmula e os elementos da demanda em que se pretende aplicar o preceito.

Desta feita, constata-se que a problemática da súmula vinculante, um dos exemplos de procedimento de padronização decisória, está vinculada principalmente ao modo como deve ser aplicada. Ou seja, os problemas estão mais relacionados ao período de execução do enunciado do que às regras de cabimento e ao procedimento de formação da súmula.

Por isso, não se pode deixar de trazer conclusões positivas sobre o instituto, na medida em que, por não conter o caráter de padrão decisório preventivo, não há críticas intensas a serem realizadas para as regras de cabimento.

O fato de o procedimento de formação de súmulas vinculantes exigir, em todas as circunstâncias, a existência prévia de litigiosidade repetitiva é indicativo de que esse instituto está muito mais distante de um caráter neoliberal do que aqueles padrões decisórios que são formados com o objetivo exclusivo de prevenir uma litigiosidade repetitiva para fins de provar uma eficiência jurisdicional apenas pela redução do número de processos ou do tempo de duração destes.

5.2.2 A sentença liminar de improcedência no Novo CPC

Verifica-se que um dos destaques do Novo CPC é a possibilidade do artigo 332 de sentença improcedente liminarmente, antes da citação do réu, para os casos em que não houver necessidade de fase instrutória e nos quais o pedido contrariar: súmula do STF e STJ; acórdão proferido pelo STF e STJ em julgamento de recursos

⁶¹ BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. *Formação e Aplicação do Direito Jurisprudencial: Alguns Dilemas*, p. 142.

repetitivos; decisão proferida em IRDR e Incidente de Assunção de Competência; súmula do Tribunal de Justiça sobre direito local. Além disso, há a previsão também nos casos de o juiz reconhecer liminarmente a prescrição ou a decadência.

Trata-se de medida legislativa que claramente segue as orientações do artigo 927 do Novo CPC, o qual prevê a necessidade de observância pelos juízes e tribunais de várias decisões-modelo formadas a partir de técnicas de padronização, dentre elas aquelas elencadas como justificativa para a sentença improcedente liminar.

Logo, a improcedência liminar é mais uma situação que merece destaque no presente trabalho, na medida em que está diretamente ligada à aplicação do padrão decisório.

O que se vê é que a característica mais peculiar dessa hipótese é o fato de que antes mesmo de se formar o contraditório é oportunizado ao juiz sentenciar no feito com o objetivo de finalizar a ação da forma mais célere, sem necessidade prévia de dilação probatória.

A redação mais atualizada do Novo CPC prevê essa possibilidade de improcedência liminar no artigo 332, devendo ser considerada uma tentativa legal de reduzir o tempo de duração de demandas, notadamente as de caráter repetitivo, tendo em vista que, como já dito, grande parte das hipóteses de cabimento referidas gira em torno da vinculação dos tribunais ao padrão decisório.

Exemplifica-se, por meio deste dispositivo legal, a implantação de uma medida neoliberal pelo legislador brasileiro, na medida em que um dos objetivos deste artigo de lei é lidar com a litigiosidade repetitiva a partir da lógica da eficiência econômica.

Na perspectiva político-econômica do Neoliberalismo, o número excessivo de demandas gera despesas ao Estado, razão pela qual a redução do tempo do processo seria sinal de eficiência para os que defendem esta política.

Essa medida legislativa nada mais é do que um reforço do denominado artigo 285-a do CPC de 1973, que também prevê a possibilidade de sentença de improcedência liminarmente.

Dessa forma, as principais discussões sobre o artigo 285-a da legislação atual permanecerão após a vigência do Novo CPC e, por isso, merecem destaque no presente capítulo.

No artigo 285-a do CPC fica estabelecido que

quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.⁶²

Trata-se, portanto, de mais um exemplo de solução legislativa voltada para a lógica da eficiência quantitativa

É o que pontua Nunes:

A aplicação do caput do art. 285 A, para os seus idealizadores, visa a resolver, da forma mais rápida, as hipóteses recorrentes de ações repetitivas (litígios de massa) que abarrotam especialmente a Justiça Federal, com enorme dispêndio de trabalho pelos órgãos jurisdicionais.⁶³

Como não poderia deixar de ser, especialmente pelo fato de que essa lógica neoliberal não é compatível com o paradigma jurídico do Estado Democrático de Direito, as discussões acerca da constitucionalidade são inúmeras.

Inclusive, ressalta-se que o referido artigo 285-a é objeto de análise na ADI 3.695, que tramita desde 29 de março de 2006 no STF e ainda não foi julgada. A ação foi ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que, na petição inicial, alega a inconstitucionalidade do artigo 285-a do CPC de 1973 sob o fundamento de haver violação ao artigo 5º, *caput*, e incisos XXXV, LIV e LV da Constituição Federal.⁶⁴

A matéria é controversa, tanto que houve intervenção do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) como *amicus curiae* para defender a constitucionalidade da norma do artigo 285-a do CPC.

Em síntese, a defesa do Instituto é no sentido de que deve ser feita uma verificação mais sistemática do dispositivo, uma vez que o julgamento liminar do artigo 285-a do CPC é medida vinculada à celeridade objetivada por uma norma constitucional, qual seja o artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal.

A seguir, vale transcrever um trecho da petição apresentada pelo IBDP nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade número 3.695:

⁶² BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm

⁶³ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*, p. 171.

⁶⁴ É possível consultar a íntegra da petição inicial da ADI 3.695 no endereço eletrônico: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=659205>. Nela, constata-se que o objetivo do Requerente é demonstrar que o artigo 285-a do CPC de 1973 viola a isonomia, a segurança jurídica, o direito de ação, o princípio do contraditório e o devido processo legal.

Ademais, não há como perder de vista que o art. 285-A do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei n. 11.277/2006, é parte integrante do chamado “Pacto Republicano por um Poder Judiciário” mais rápido e, neste sentido, é regra concretizadora de outro vetor constitucional, constante de forma expressa na ordem jurídica nacional desde que a Emenda Constitucional n. 45/2004 introduziu, no art. 5º, da Constituição Federal, o novo inciso LXXXVIII [...]⁶⁵

A discussão não se limita aos participantes da ADI em questão, mas é forte também no âmbito acadêmico entre os processualistas.

Dentre os processualistas que defendem a inconstitucionalidade do artigo 285-a do CPC, Leal argumenta:

Então, pelo artigo 285-a, o que o juiz vai julgar mesmo é um fato narrado e embrulhado num pedaço de papel (autos) sem sujeitos do processo, causa pretendi e petitum, que são elementos configurativos do procedimento instaurado a exigirem (para que a decisão de mérito possa afetar o universum jus das partes) o exame de pressupostos e condições da ação só passíveis de configuração com a citação do Réu, principalmente quanto ao pressuposto relativo à legitimatio ad processum. Não há improcedência em juízo sentencial terminativo-definitivo, que não passe, antes, pela formação do processo.⁶⁶

A principal argumentação, como se vê, é quanto à impossibilidade de haver sentença previamente à formação do processo, que tem como pressuposto a oportunização do contraditório pela citação do réu.

Por outro lado, há quem defenda a constitucionalidade do dispositivo, especialmente pelo fato de que a sentença liminar, antes da citação, tem conteúdo de improcedência, sendo favorável ao réu. Logo, isso não traria prejuízos.

Ao defender a aplicabilidade do artigo 285-a do CPC, Didier Jr., Jorge e Rodrigues afirmam que:

não há qualquer violação à garantia do contraditório, tendo em vista que se trata de um julgamento pela improcedência. O réu não precisa ser ouvido para ser vitorioso. Não há qualquer prejuízo para o réu decorrente da prolação de uma decisão que lhe favoreça.⁶⁷

⁶⁵ STF. ADI 3.695. Min. Relator, p. 117. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=335586>.

⁶⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*, p. 239.

⁶⁷ DIDIER JR., Fredie; JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A terceira etapa da reforma processual civil*, p. 58.

O fato é que a inclusão de tal dispositivo legal no ordenamento jurídico brasileiro mostra-se realmente como uma tentativa de redução do tempo no julgamento de demandas denominadas repetitivas.

Entretanto, o discurso de defesa da constitucionalidade não pode se limitar à questão da celeridade processual sem uma preocupação com as garantias constitucionais. Do contrário, o dispositivo legal limitar-se-á a ser uma medida neoliberal.

Inclusive, contra aqueles que defendem o artigo 285-a do CPC como norma de redução do tempo do processo, há argumento para demonstrar que a medida não é eficaz.

Nunes argumenta que o contraditório prévio é mais benéfico e, ao contrário do que muitos defendem, não provocará o retardamento da tramitação processual:

Ademais, veja-se que o tempo dificilmente será reduzido na prática, caso se aplique o novo art.285-A, uma vez que, quase sempre, o autor interporá seu recurso de apelação contra a sentença, e, em face disso, o réu deverá ser citado (novo § 2º do art. 285-A) para se defender via contra-razões, ao invés de se defender via contestação, no mesmo prazo. Desse modo, não se entende por que não se implementar uma efetiva discussão antes da decisão (contraditório antecipado), com a possibilidade de um sucessivo julgamento conforme o estado, ao contrário de se garantir tão-somente um contraditório sucessivo (via razões e contra-razões de recurso), que gerará, na prática, a potencialidade de duas atividades recursais e uma quebra indiscutível da celeridade.⁶⁸

Para Nunes, então, na hipótese de aplicação do 285-a do CPC, na prática, o debate processual não será evitado, apenas haverá o deslocamento do juízo *a quo* para o juízo *ad quem*, considerando que quase sempre haverá recurso pela parte autora.

E para reforçar esse argumento, relevante citar pesquisa empírica coordenada por Bustamante na Universidade Federal de Minas Gerais e financiada pelo Conselho Nacional de Justiça, que analisou a aplicação prática dos precedentes por meio de dados fornecidos por dez tribunais brasileiros.

Uma das análises realizadas foi dos dados dos tribunais com relação à formação e aplicação das súmulas impeditivas de recurso dos tribunais possibilitadas pelo disposto no artigo 518, § 1º, do CPC de 1973, que prevê que “o juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em

⁶⁸ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*, p. 172.

conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal." ⁶⁹

E o que deve ser destacado é que essa decisão do artigo 518, §1º ocorre tão logo haja a interposição de recurso, sem necessidade de abertura de prazo para contrarrazões. O objetivo é o mesmo do referido artigo 285-a: promover a celeridade processual.

Entretanto, foi concluído no estudo empírico coordenado por Bustamante que esse objetivo parece não estar sendo alcançado, tendo em vista que o número de agravos de instrumentos interpostos e providos é elevado:

De acordo com os dados produzidos com a aplicação dos formulários, vislumbra-se um grande número de agravos julgados procedentes, o que acaba aumentando o tempo de tramitação processual ao invés de produzir uma maior agilidade, como esperado pelo legislador com a técnica do art. 518, §1º, do CPC. Com efeito, os processos estão chegando ao Tribunal e, com a procedência do agravo, as apelações acabam sendo aceitas, tornando inócua a tentativa de agilização processual do magistrado de primeiro grau.⁷⁰

Diante disso, muito embora a pesquisa não tenha feito uma análise sobre o percentual de reformas de decisões proferidas com base no artigo 285-a do CPC de 1973, é possível utilizar os referidos dados referentes às decisões fundadas em dispositivo similar (artigo 518, § 1º) para demonstrar, conforme já ponderou Nunes, que a sentença liminar não necessariamente reduz o tempo do processo, visto que há possibilidade de reforma em sede de recurso.

Nesse contexto de existência de argumentos em defesa e contrários ao artigo 285-a do CPC de 1973, não se pode negar que este dispositivo legal é polêmico e merece reflexão ainda maior no contexto reformista.

O que se verifica é que, mesmo com as discussões travadas pelos estudiosos do direito e até mesmo a existência de ADI em face do artigo 285-a do CPC, o legislador insiste na manutenção da possibilidade de sentença improcedente liminar no Novo CPC.

⁶⁹ BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm

⁷⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. (coord.). *A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário*, p.67.

Numa comparação breve, constata-se que a grande diferença entre o CPC de 1973 e o de 2015, no que se refere à possibilidade de sentença improcedente liminar, diz respeito às hipóteses de cabimento.

No artigo 285-a do CPC alterado, a sentença deve tratar única e exclusivamente de questão de direito, sendo exigida a existência de sentenças prévias de casos idênticos do próprio juízo.

Já o Novo CPC permitirá que a sentença trate de todo tipo de questão, o que inclui as questões fáticas, desde que não seja necessária a fase instrutória.

Somado a isso, no Novo CPC, a sentença liminar terá fundamento em decisões e súmulas de instâncias hierarquicamente superiores à do órgão sentenciante.⁷¹

De toda forma, apesar das alterações contidas no Novo CPC, o caráter meramente neoliberal da sentença improcedente liminar se manteve o mesmo, razão pela qual todas as críticas produzidas com relação ao artigo 285-a do CPC de 1973 também se aplicam ao artigo 332 do CPC de 2015.

5.2.3 O impedimento de julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos

Configura-se ainda como técnica⁷² para redução de demandas repetitivas o impedimento de julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos previsto no artigo 1036 e seguintes do Novo CPC.

É importante citar essa técnica de julgamento neste trabalho, tendo em vista que, juntamente com o IRDR, é prevista expressamente no artigo 927 do Novo CPC como uma das técnicas de dimensionamento da litigiosidade repetitiva.

Verifica-se que na hipótese de multiplicidade de recursos especiais ou extraordinários com fundamento em idêntica questão de direito aplicar-se-á o procedimento do artigo 1036 do Novo CPC.

O artigo 1036 do Novo CPC nada mais é do que a ampliação da abrangência da técnica, já prevista no CPC vigente no artigo 543-C.

⁷¹ Essa afirmação baseia-se na regra geral de que a instância originária é o juízo monocrático (comarcas e seções e subseções judiciárias). Todavia, na hipótese de a causa originária ser o Tribunal, pode ocorrer de a sentença liminar se basear em súmula ou decisão-modelo do próprio órgão sentenciante.

⁷² Sobre o conceito de técnica utilizado neste trabalho, já foi mencionado em nota no capítulo 3 deste trabalho. Ver: GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*, p. 23.

Verifica-se que com o Novo CPC será possível que a técnica seja aplicável também às hipóteses de multiplicidade de recursos extraordinários repetitivos, não mais se limitando aos recursos especiais.

Sobre essa técnica, tanto no modo como está no CPC antigo quanto no novo, vale destacar uma das problemáticas, que diz respeito ao fato de que a identificação do que seriam recursos com questões de direito idênticas não considera se as demandas e suas realidades fáticas são semelhantes ou não, pois basta apenas que a matéria jurídica discutida seja idêntica.

É o que pontua Diniz:

A questão de direito, ainda entendida como aquela que se faz independentemente dos fatos envolvidos no caso concreto, coloca na vava comum toda e qualquer demanda que tenha como pano de fundo matéria tratada em recurso representativo da controvérsia. Da forma como posta, a questão de direito não leva em conta as características individualizadas de cada demanda, que condicionam a própria existência normativa.⁷³

Revela-se, então, a dificuldade na aplicação prática da técnica, tendo em vista que se constata a prevalência da visão positivista de separação entre questão de direito e questão de fato, como se fosse possível desvincular os fatos da norma.⁷⁴

Além disso, é preciso frisar que um recurso pode conter várias questões em discussão. Logo, imprescindível refletir sobre a norma do artigo 1036 do Novo CPC que imporá a suspensão de recursos com questões idênticas enquanto não houver decisão no recurso escolhido pelo Tribunal para formação de decisão referêndica.

Ora, não se pode aplicar a suspensão aos recursos em demandas que não apresentem apenas questões idênticas, mas, também, outras questões diversas que podem ser influentes na reforma ou manutenção da decisão recorrida.

Noutro giro, outro debate acerca dos recursos especiais e extraordinários repetitivos de grande relevância diz respeito à escolha da “causa-piloto”.

Verifica-se que no contexto de litigiosidade em massa surgiram “incidentes de resolução de processos repetitivos” que formam o gênero, do qual uma das espécies decorrentes é o padrão vinculado às “causas-piloto” ou “processos-teste” tal como pode ser verificado no artigo 1036 do Novo CPC e no artigo 543-C do CPC de 1973.

⁷³ DINIZ, Ana Paula Pereira da Silva. *Técnica Impeditiva de Recursos Especiais “Repetitivos” e o Processo Constitucional: uma análise de compatibilidade democrática*, p. 49.

⁷⁴ Essa problemática da separação entre questão de fato e questão de direito é exatamente uma das críticas de Dworkin ao positivismo jurídico, o que será melhor elucidado no capítulo seguinte.

O formato de julgamento mediante “causa-piloto” se desenvolve exatamente na linha do que dispõe o Novo CPC acerca dos recursos repetitivos, a partir da escolha de uma ou várias causas como representativas da controvérsia, cuja solução será aplicada aos múltiplos casos que enfrentam a mesma questão.

Trata-se de hipótese em que o mesmo órgão que aprecia a questão idêntica também julga o processo originário.

Ademais, nessa situação, verifica-se que a *ratio decidendi* do julgamento da questão comum é estendida a todos os processos que tenham a mesma questão como objeto de discussão.

Em suma, o formato de padronização mediante “causa-piloto” é caracterizado como julgamento por amostragem e marcado pela denominada unidade cognitiva.

É o que explica Cabral, finalizando com o exemplo do artigo 543-C do CPC em iminente revogação e substituição:

O primeiro é aquele das chamadas “causas pilotos” ou “processos-teste”, uma ou algumas causas que são selecionadas para julgamento, e cuja solução permite que se resolvam rapidamente todas as demais pela multiplicação da decisão. Este formato revela unidade cognitiva (o mesmo órgão que aprecia a questão comum julga o processo originário) seguida da reprodução da tese definida no incidente (a *ratio decidendi* do julgamento da questão comum é replicada para todos os processos em que esta mesma questão esteja sendo objeto de debate), algo como um “julgamento por amostragem” da “causa-piloto”. Assim ocorre, na Europa, com as test claims inglesas e, no Brasil, nos procedimentos do art. 543-B (repercussão geral no recurso extraordinário) e no art. 543-C do CPC, no julgamento de recursos especiais repetitivos pelo STJ. Impede destacar que o Projeto do Novo Código de Processo Civil pretende ampliar esta técnica para o julgamento de recursos extraordinários repetitivos no STF.⁷⁵

Nesse passo, esclarecido o que seriam as “causas-piloto”, pode-se debater acerca da problemática já referida: como deve ser escolhida a “causa-piloto”?

Sobre isso, vale destacar que o Novo CPC prevê no parágrafo primeiro do artigo 1036 que caberá ao presidente ou vice-presidente do tribunal de origem selecionar dois ou mais recursos representativos da controvérsia para que sejam remetidos ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, conforme previsto nos parágrafos quarto e quinto do mesmo dispositivo, o Novo CPC dispõe que os Tribunais Superiores também podem influenciar na escolha das “causas-piloto”.

⁷⁵ CABRAL, Antônio Passo. A escolha da causa-piloto nos Incidentes de Resolução de Processos Repetitivos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 39, v. 231, maio/2014, p. 203.

Conforme se verifica, o parágrafo quarto prevê que o relator não está vinculado à escolha do tribunal de origem e poderá escolher outros recursos representativos da controvérsia diversos daqueles indicados pelo presidente ou vice-presidente dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais.

Já o parágrafo quinto, na mesma linha, dispõe que o relator poderá escolher dois ou mais recursos, independentemente da iniciativa do Presidente ou Vice do Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal.

Somado a isso, o artigo 1036 do Novo CPC finaliza-se com o parágrafo sexto, no qual é definido que os recursos escolhidos devem ser admissíveis e conter ampla argumentação e debate sobre a questão objeto do incidente.

Em comparação ao artigo 543-B e 543-C do CPC de 1973, pode-se dizer que houve um avanço, visto que a norma em vigor nem sequer apresenta requisitos semelhantes aos constantes no parágrafo sexto.

Todavia, ainda assim, Cabral⁷⁶, diante dessas inovações do Novo CPC quanto à escolha da “causa-piloto”, frisa que será mantida a escassa referência legislativa quanto aos parâmetros para a escolha dos recursos representativos de controvérsia, razão pela qual caberá à jurisprudência e aos estudiosos e especialistas do direito também apresentarem sua contribuição.

É irrefutável que a necessidade de contribuição dos estudiosos do direito e da jurisprudência na aplicação da lei sempre existirá, sendo que toda e qualquer norma deve ser lida a partir de uma interpretação conforme a Constituição.

Por isso, não é demais lembrar que as discussões sobre a escolha da “causa-piloto” devem ser travadas por meio de uma interpretação conforme o horizonte estatal constitucional, qual seja Estado Democrático de Direito.

Imprescindível que a escolha da “causa-piloto” não seja superficial, mas parta de uma história institucional, de modo que não sejam considerados poucos julgados, sem muita expressão e marcados por um conjunto de argumentos pobre.

Nesse sentido, elogiável o Novo CPC, que traz a exigência de utilização de vários recursos, com ampla argumentação, como “causas-piloto”, fator essencial para contribuir para a construção do Estado Democrático de Direito em combate ao período reformista neoliberal ocorrido nos últimos anos.

⁷⁶ CABRAL, Antônio Passo. A escolha da causa-piloto nos Incidentes de Resolução de Processos Repetitivos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 39, v. 231, maio/2014, p. 210.

É o que explica Nunes:

O ordenamento jurídico, especialmente com o ingresso do Novo CPC, ao categorizar parte dos julgados como precedentes, deve passar finalmente a adotar requisitos democráticos para sua aplicação, tais como os abaixo enumerados:

1.º - Esgotamento prévio da temática antes de sua utilização como um padrão decisório (precedente): ao se proceder à análise de aplicação dos precedentes no common law se percebe ser muito difícil a formação de um precedente (padrão decisório a ser repetido) a partir de um único julgado, salvo se em sua análise for procedido um esgotamento discursivo de todos os aspectos relevantes suscitados pelos interessados. Nestes termos, mostra-se estranha a formação de um "precedente" a partir de um julgamento superficial de um (ou poucos) recursos (especiais e/ou extraordinários) pinçados pelos Tribunais (de Justiça/regionais ou Superiores). Ou seja, precedente (padrão decisório) dificilmente se forma a partir de um único julgado.⁷⁷

Nessa linha, verifica-se que o Novo CPC, no tocante aos recursos especiais e extraordinários repetitivos, preocupa-se com a qualidade dos padrões decisórios, razão pela qual apresenta normas processuais que resguardam a perspectiva constitucional de processo democrático desde a fase de instauração do incidente previsto no artigo 1036 da novel legislação.

Isso se verifica exatamente pelo fato de que os requisitos previstos no artigo 1036 do Novo CPC para a escolha da “causa-piloto” estão relacionados à preocupação de que a decisão final do incidente seja democrática e parta do maior número possível de argumentos sobre a questão comum debatida.

Desta feita, vale citar os estudos de Cabral⁷⁸, que de forma fundamentada apresentou dois vetores para a seleção da “causa-piloto”, quais sejam:

- a) a amplitude do contraditório;
- b) a pluralidade e representatividade dos sujeitos do processo originário.

O primeiro vetor serviria para evitar que houvesse indicação pelos tribunais de “processo-teste” no qual houvesse restrições quanto ao contraditório ou para impedir que a escolha de “causas-piloto” gerasse problemas no contraditório do próprio incidente.

⁷⁷ NUNES, Dierle José Coelho. *Alguns requisitos democráticos da aplicação dos precedentes e Novo CPC*. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/alguns-requisitos-democraticos-da-aplicacao-dos-precedentes-e-novo-cpc/>.

⁷⁸ CABRAL, Antônio Passo. A escolha da causa-piloto nos Incidentes de Resolução de Processos Repetitivos, p. 201-223. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 39, v. 231, maio/2014.

Por outro lado, o segundo vetor está relacionado ao fato de que os litigantes do processo originário têm participação relevante no incidente de padronização, razão pela qual o ideal seria a escolha de “processos-teste” que tivessem como partes indivíduos bem preparados e experientes.

Nessa linha é que Cabral argumenta que o conjunto dessas ideias contribui de forma considerável para a escolha adequada da “causa-piloto”:

Conjugando ambas as ideias, vemos que, em um processo originário em que tenha havido uma ampla participação, com audiências públicas, intervenção de *amicus curiae*, vários sujeitos debatendo e controvertendo as argumentações uns dos outros, é evidente que o contraditório mais operoso apresentará ao Tribunal julgador do incidente um material mais qualificado para a decisão, reduzindo ainda as necessidades de mecanismos para mitigar o déficit de contraditório no curso do próprio incidente.⁷⁹

É claro que esses vetores não devem ser entendidos como parâmetros rígidos e taxativos, visto que a verificação é casuística. Todavia, especialmente quanto ao requisito da amplitude do contraditório, é obrigatória a sua observação, na perspectiva de uma interpretação conforme a Constituição.

É a partir dessa ótica que se fundamenta mais um dos elogios que se pretende fazer ao artigo 1036 do Novo CPC, tendo em vista que este prevê técnica que não comporta a padronização decisória preventiva.

Considerando que um dos principais requisitos para a instauração do incidente é a escolha de “causas-piloto” que servirão de parâmetro para a formação da tese jurídica, verifica-se que se trata de técnica exclusivamente de padronização decisória repressiva.

Assim, constata-se que, neste ponto, o Novo CPC não se rendeu à perspectiva neoliberal de eficiência quantitativa, visível na padronização preventiva, que prioriza a celeridade processual, sem qualquer preocupação com a qualidade das decisões.

A norma do parágrafo sexto do artigo 1036 do Novo CPC é a clara expressão de que o legislador tentou preservar a qualidade do discurso jurídico na formação do padrão decisório, com a exigência de uma amplitude do contraditório em combate ao

⁷⁹ CABRAL, Antônio Passo. A escolha da causa-piloto nos Incidentes de Resolução de Processos Repetitivos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 39, v. 231, maio/2014, p. 210.

empobrecimento do discurso evidenciado na hipótese de padronização decisória preventiva.

É claro que essas ponderações não significam que se defende aqui de forma incondicional a padronização decisória repressiva.

A defesa da técnica impeditiva de recursos especiais e extraordinários repetitivos, como já dito, parte de uma interpretação conforme e de uma visão qualitativa de eficiência, em detrimento da perspectiva neoliberal. Portanto, mesmo quando a padronização decisória é repressiva, a sua validade, do ponto de vista democrático, exige a formação de decisões bem fundamentadas e advindas de um amplo contraditório.

5.2.4 Do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

Conforme verificado, ao serem realizadas considerações sobre o julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos, foi apresentado um dos formatos de padronização decisória, quando foi dito que o artigo 1036 do Novo CPC prevê incidente vinculado às chamadas “causas-piloto”.

O segundo formato de incidente relaciona-se aos denominados “processos-modelo”, que consistem em procedimentos nos quais serão decididas as questões comuns e aplicadas aos casos semelhantes, mas o julgamento do caso concreto caberá ao juízo do processo originário.

Portanto, ao contrário das hipóteses de “causas-piloto”, há uma cisão cognitiva e decisória e uma incorporação da tese definitiva do incidente aos processos repetitivos, conforme explica Cabral:

O segundo formato é aquele dos “processos-modelo”: neste, no incidente são apreciadas somente questões comuns a todos os casos similares, deixando a decisão de cada caso concreto para o juízo do processo originário. Ou seja, o que se observa neste segundo formato é cisão cognitiva e decisória (existe uma divisão de competências entre o órgão que julga a questão comum objeto do incidente, e outro órgão que decide o processo originário em todas as questões que lhe são próprias) e incorporação da tese definida do incidente aos processos repetitivos (a decisão do incidente é tomada como questão prévia pelo órgão que julgará o caso, e deverá ser adotada como premissa às considerações sobre as demais questões de cada processo). Neste caso, temos uma decisão

objetiva e subjetivamente complexa: o que será executado posteriormente é uma combinação do que foi decidido pelos dois órgãos judiciários.⁸⁰

Trata-se, portanto, de tipo de incidente claramente exemplificado pelo procedimento alemão *Musterverfahren*, que teria inspirado a inclusão do IRDR no Novo CPC.

O que se verifica é que o IRDR consiste numa tentativa do legislador de introduzir um tipo de processo-modelo ao ordenamento jurídico paralelamente à técnica de julgamento por amostragem dos recursos especiais e extraordinários repetitivos.

O instituto consiste numa técnica de criação de decisão-modelo para o julgamento de demandas repetitivas aplicável inclusive aos tribunais estaduais e federais, o que retirará, quando estiver em vigência o Novo CPC, a exclusividade dos tribunais superiores na criação de paradigmas decisórios com efeito vinculante.

Entretanto, verifica-se que o modo como o incidente está previsto no Novo CPC deixa dúvidas se realmente há um caráter de procedimento-modelo, visto que existem regras processuais sobre o IRDR que vão de encontro com a característica de decisão cognitiva.

Conforme dispõe o parágrafo único do artigo 978 do Novo CPC, o órgão competente para análise do incidente julgará também o recurso, a remessa necessária ou a causa de competência originária de onde se originou o incidente.

Portanto, a partir de uma análise isolada e superficial do dispositivo, não parece que o IRDR seja um procedimento-modelo na mesma perspectiva que o é o *Musterverfahren*, se aproximando mais da perspectiva de “causa-piloto”, na qual, como já dito, há uma unidade cognitiva, pois o órgão apreciador da questão comum é o mesmo que julgará todo o mérito do processo originário.

Entretanto, ainda assim o que deve ser entendido é que o IRDR é um exemplo de formato de padrão decisório por meio da técnica de procedimento-modelo.

Além do fato de que o IRDR foi inspirado no procedimento-modelo alemão, é preciso destacar que o disposto no artigo 985 do Novo CPC não deixa dúvidas de

⁸⁰ CABRAL, Antônio Passo. A escolha da causa-piloto nos Incidentes de Resolução de Processos Repetitivos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 39, v. 231, maio/2014, p. 203-204.

que há previsão de cisão cognitiva no julgamento das demandas com questões idênticas.

O artigo 985⁸¹ do Novo CPC menciona claramente que a tese jurídica será aplicada aos processos em trâmite e aos casos futuros com questão de direito idêntica. Haverá prosseguimento das demandas para que o julgamento das demais questões (não comuns) seja realizado nos respectivos juízos.

Verifica-se, também, que o artigo 978 do Novo CPC apenas menciona a hipótese em que o processo originário é um recurso, remessa originária ou causa de competência originária do Tribunal. Logo, por exemplo, nas hipóteses em que o processo originário ainda tramita em primeira instância, não há possibilidade de julgamento em conjunto da questão comum e das demais questões pelo órgão colegiado responsável pela análise do incidente.

A regra que deve permanecer é a da cisão cognitiva, pois, do contrário, poderia abrir espaço para decisões inconstitucionais.

Ora, caso se aceite que o órgão colegiado do Tribunal possa julgar a questão “não comum” do processo originário, que ainda tramita em primeira instância, sem preservar um duplo grau de jurisdição, estar-se-ia autorizando uma formação inconstitucional de decisão jurisdicional.

O que autorizará a realização de julgamento das questões comuns pelo Tribunal, mesmo no caso de o processo originário estar em trâmite na primeira instância, é a necessidade de uniformização da jurisprudência sobre a temática, o que é de competência exclusiva dos órgãos colegiados dos Tribunais, conforme dispõe o artigo 926 do Novo CPC, e não dos juízos monocráticos.

E é preciso dizer que essa exclusividade da competência do órgão colegiado para estabilizar a jurisprudência é lógica, na medida em que, conforme será exposto mais adiante, a decisão sobre a questão idêntica será expandida para toda a jurisdição do Tribunal. Logo, é essencial que o órgão prolator esteja em posição de hierarquia com relação a todos os juízos integrantes da circunscrição de competência do Tribunal.

⁸¹ Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

I – a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;

II – aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.

Por outro lado, no caso das questões “não idênticas”, tendo em vista que não são estas as responsáveis pela divergência jurisprudencial, revela-se inaplicável a justificativa da uniformização para que reste fundamentada a atribuição de competência de julgamento ao tribunal.

Do contrário, estar-se-ia diante de uma situação de supressão de instância, de modo a inviabilizar o direito ao recurso no tocante à questão “não idêntica”.

E deve ser dito que tal preocupação não se limita a uma questão de preservação do denominado duplo grau de jurisdição, mas também advém de uma necessidade de preservação da abrangência do contraditório e da ampla defesa.

É o que explica Pedron:

O instituto do recurso em todas as suas modalidades não pode ser compreendido apenas como o desenvolvimento do princípio do duplo grau, mas integra o desdobramento dinâmico das garantias do contraditório e da ampla defesa.⁸²

Ora, a supressão de instância retiraria a possibilidade de qualquer debate em primeira instância, limitando-se a uma decisão única do Tribunal no IRDR, o que enfraqueceria a discussão.

Assim, o correto é que a competência para julgamento das questões “não comuns” no processo originário seja do órgão de onde este adveio, destacando-se a peculiaridade do artigo 978, parágrafo único, do Novo CPC, exatamente pelo fato de que neste caso o processo já está no tribunal, por já ter ocorrido o recurso, ou, então, por ser causa de competência originária independentemente da existência de IRDR.

Nessa linha, a interpretação correta, conforme a Constituição, é a de que o IRDR consiste em um procedimento-modelo, incluindo a fase cognitiva como regra geral, de modo a distanciar-se do formato de julgamento por amostragem.

De toda forma, independentemente dessa problemática na classificação do incidente, o fato é que o IRDR indiscutivelmente é uma técnica de dimensionamento de litigiosidade repetitiva e merece destaque.

Na última redação disponibilizada do Novo CPC, as regras sobre o procedimento do incidente estão previstas nos artigos 976 a 987.

⁸² PEDRON, Flávio Quinaud. A possibilidade de recurso como garantia constitucional do devido processo legal (constitucional). *Revista CEJ*, Brasília, Ano XII, n. 42, jul./set. 2008, p. 8.

No artigo 976, *caput* e parágrafos, estão previstos, em síntese, os pressupostos de admissibilidade, dentre eles as hipóteses de cabimento, competência para julgamento e legitimidade para requerimento.

O cabimento está previsto no *caput* e incisos, I e II, e já justifica o nome concedido ao instituto. Prevê o artigo 976 que, existindo efetiva repetição de processos sobre a mesma questão unicamente de direito será cabível o IRDR, se e somente se for aplicado para preservar a isonomia e a segurança jurídica.

Noutro giro, quanto à competência, a última versão do Novo CPC não especifica claramente quais os tribunais competentes para o julgamento, o que faz inferir que seria de competência de todos os tribunais, cabendo ao regimento interno, como consta no artigo 978 do Novo CPC, definir qual será o órgão específico dentro desses tribunais que efetivamente proferirá a decisão.

Ainda na questão dos pressupostos de admissibilidade, vale destacar que os legitimados para suscitar o incidente serão:

- a) juiz ou relator;
- c) as partes do processo utilizado como modelo para demonstrar a efetiva repetição;
- d) Ministério Público ou Defensoria Pública.

Exemplificados os pressupostos de admissibilidade, destaca-se um ponto diferenciado do incidente, que, em regra, imporá que o relator, posteriormente ao juízo de admissibilidade, suspenda todos os processos no âmbito estadual ou na região que tratem da mesma matéria a ser analisada nos autos do incidente. Tal questão está prevista no artigo 981 e 982, inciso I, do Novo CPC.

Realizados alguns destaques do procedimento na fase pré-incidente e na fase de interposição, vale frisar a respeito do que prevê o Novo CPC no tocante à fase decisória e aos seus efeitos.

As regras para o julgamento estão previstas efetivamente a partir do artigo 984 do Novo CPC, dispositivo no qual fica clara a preocupação do legislador em que seja possibilitada a participação dos requerentes e demais interessados no julgamento, pois permite que todos apresentem a sustentação de suas razões.

Após o julgamento do incidente, fixada a tese jurídica, a decisão surtirá efeitos em todo o território de jurisdição do tribunal e deverá ser respeitada em todas as ações que tratem sobre a mesma matéria do IRDR.

Ademais, também já numa fase pós-julgamento, para a hipótese de desobediência a tal decisão há previsão de reclamação para o tribunal competente.

Nessa linha, pode-se dizer, em suma, que o IRDR é trifásico, assim como o procedimento-alemão que o inspirou, conforme pondera Nunes:

O KapMuG engendrou procedimento que compreende três fases distintas: 1) Eleição da causa representante; 2) processamento da demanda perante o tribunal, com realização de audiências, produção de provas, e decisão resolvendo as questões de fato e de direito envolvidas na controvérsia; 3) julgamento posterior de todas as outras causas, sobrestadas em primeira instância, que serão decididas com base na decisão-modelo prolatada pelo tribunal estadual.
[...].O sistema do IRDR brasileiro também é trifásico, o que gerará a necessidade doutrinária de dimensionamento do como se proceder a escolha, aplicando-se subsidiariamente o critério normativo dos recursos repetitivos (causas que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida – art. 1.033, §6º) com a análise da amplitude do contraditório além da representatividade dos sujeitos do processo das causas escolhidas, que preferencialmente devem ser em número suficiente que permita uma abordagem panorâmica do litígio repetitivo.⁸³

Diante disso, apresentadas as normas acerca do IRDR, é preciso destacar que o instituto tem gerado discussões, o que contribuiu para a escolha do tema deste trabalho, na medida em que, no contexto reformista brasileiro, esse incidente é uma das alterações mais marcantes no que diz respeito à padronização decisória.

Inclusive, a proposta legislativa do IRDR, conforme destacam Bahia e outros, é “tida pelos juristas da comissão inaugural como a principal inovação.”⁸⁴

Para exemplificar o debate gerado diante do Novo CPC e da sua “aposta” no IRDR, vale destacar a realização do II Encontro de Jovens Processualistas do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) realizado na cidade de Salvador, Bahia, nos dias 08 e 09 de novembro de 2013.

A partir deste evento, foram formulados 105 enunciados relativos a conclusões advindas das discussões realizadas na oportunidade a respeito do Projeto de Lei do Novo CPC.⁸⁵

⁸³ NUNES, Dierle. *O IRDR do Novo CPC* : este “estranho” que merece ser compreendido. Disponível em:<http://justificando.com/2015/02/18/o-irdr-novo-cpc-este-estranho-que-merece-ser-compreendido/>.

⁸⁴ BAHIA, Alexandre Melo Franco Bahia et al. *Novo CPC: Fundamentos e Sistematização*, p. 331.

⁸⁵ O Encontro teve a participação de 178 processualistas representantes das mais diversas instituições de ensino do Brasil. Sob a Presidência da Professora Teresa Arruda Alvim Wambier, em um primeiro momento, no dia 08 de novembro de 2013, houve a divisão das discussões em subgrupos, incluindo o grupo sobre os Recursos extraordinários e o IRDR, tendo como coordenador Luiz Henrique Volpe Camargo. Após, no dia 09 de novembro de 2013, foi realizada a

Dentre os 105 enunciados, 09 enunciados foram aprovados no tocante ao debate sobre o IRDR. São os enunciados 87 a 95:

87. Art. 988. 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 jurídica. (Grupo: Recursos Extraordinários e Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas)

88. Art. 988; Art. 522, parágrafo único. Não existe limitação de matérias de direito passíveis de gerar a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas e, por isso, não é admissível qualquer interpretação que, por tal fundamento, restrinja seu cabimento. (Grupo: Recursos Extraordinários e Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas)

89. Art. 988. Havendo apresentação de mais de um pedido de instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas perante o mesmo tribunal todos deverão ser apensados e processados conjuntamente. Os que forem oferecidos posteriormente à decisão de admissão serão apensados e sobrestados, cabendo ao órgão julgador considerar as razões neles apresentadas. (Grupo: Recursos Extraordinários e Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas)

90. Art. 988. É admissível a instauração de mais de um incidente de resolução de demandas repetitivas versando sobre a mesma questão de direito perante tribunais de 2º grau diferentes. (Grupo: Recursos Extraordinários e Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas)

91. Art. 990, caput. Cabe ao órgão colegiado realizar o juízo de admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas, sendo vedada a decisão monocrática. (Grupo: Recursos Extraordinários e Incidente de Resolução de Demandas Repetitiva)

92. Art. 990, § 1º, I. A suspensão de processos prevista neste dispositivo é consequência da admissão do incidente de resolução de demandas repetitivas e não depende da demonstração dos requisitos para a tutela de urgência. (Grupo: Recursos Extraordinários e Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas)

93. Art. 990, § 1º, I. Admitido o incidente de resolução de demandas repetitivas, também devem ficar suspensos os processos que versem sobre a mesma questão objeto do incidente e que tramitem perante os juizados especiais no mesmo estado ou região. (Grupo: Recursos Extraordinários e Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas)

94. Art. 995, § 4º. A parte que tiver o seu processo suspenso nos termos do inciso I do § 1º do artigo 990 poderá interpor recurso especial ou extraordinário contra ao acórdão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas. (Grupo: Recursos Extraordinários e Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas)

95. Art. 997. A suspensão de processos na forma deste dispositivo depende apenas da demonstração da existência de múltiplos processos versando sobre a mesma questão de direito em tramitação em mais de um estado ou região. (Grupo: Recursos Extraordinários e Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas)⁸⁶

sessão plenária coordenada por Fredie Didier Junior, Cassio Scarpinella Bueno e Antonio Adonias Bastos, oportunidade em que os subgrupos apresentaram suas discussões e as conclusões aprovadas por unanimidade. A partir dessas conclusões é que foram elaborados os 105 enunciados da Carta de Salvador.

⁸⁶ BASTOS, Antonio Andonia; BUENO, Cássio Scarpinella; DIDIER JUNIOR, Fredie. II Encontro de Jovens Processualistas do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 39, v. 227, jan. 2014, p. 437-446.

Dentre os enunciados supracitados, vale destacar o enunciado 87, que dispõe que a instauração do IRDR não necessariamente deve pressupor um número elevado de processos que tratem sobre a mesma questão. Segundo o enunciado, o cabimento do IRDR deve se basear preponderantemente nos requisitos de preservação da segurança jurídica e da isonomia.

Trata-se de enunciado que claramente tentou reforçar o pressuposto de que o IRDR não deve seguir uma lógica neoliberal de servir notadamente para a redução do número de demandas.

Como já dito na introdução deste capítulo, o Novo CPC prevê expressamente a uniformização da jurisprudência como instrumento de estabilização e coerência.

Seguindo esse raciocínio, o enunciado 87 referido tenta trazer este enfoque para o IRDR, ao priorizar o requisito da preservação da isonomia e da segurança jurídica.

A quantidade de processos prévios sobre o tema em questão realmente não pode ser justificativa isolada e exclusiva para o cabimento ou não do IRDR ou de qualquer técnica de dimensionamento de litigiosidade repetitiva.

É muito mais relevante que o IRDR se instaure considerando a qualidade da história institucional e não a quantidade de processos que versem sobre a questão de direito a ser analisada no incidente.

No entanto, ressalte-se que a dispensabilidade de um número elevado de processos para a instauração do incidente, reforçada no enunciado 87 referido, não significa dizer que se defende a padronização decisória preventiva. Pelo contrário, o que o enunciado tenta ressaltar é que a existência de discussão prévia é necessária, mas não deve sobrepor ao requisito da preservação da segurança jurídica e isonomia.

Interessantes as conclusões extraídas do enunciado 87 referido. Todavia, também não pode haver uma radicalização do pensamento de modo a propiciar a instauração do incidente tão somente com um ou dois casos prévios tratando sobre a mesma questão de direito. O número de processos prévios é realmente relevante.

Tal argumento se justifica especialmente porque aqui também se aplicam as ponderações realizadas a respeito da escolha da “causa-piloto” no item anterior, no qual foi debatido acerca dos recursos especiais e extraordinários repetitivos.

Portanto, os vetores apresentados por Cabral⁸⁷ - amplitude do contraditório e pluralidade e representatividade dos sujeitos do processo originário – também devem ser considerados no procedimento do IRDR.

Desta feita, a existência de considerável discussão prévia pelos tribunais a respeito da questão a ser objeto do IRDR é relevante para que a escolha do “processo-modelo” seja realizada a partir do número considerável de processos como referência.

Nesse passo, vale ressaltar que o Novo CPC não apresenta claramente os requisitos para escolha do “processo-modelo” e a quantidade de processos originários que servirão de parâmetro para o julgamento do IRDR.

Na linha do que argumenta Cabral⁸⁸, diferentemente da hipótese do artigo 1036 sobre os recursos especiais e extraordinários repetitivos em que é exigível que as “causas-piloto” sejam recursos admissíveis e com ampla argumentação, no caso do IRDR não é mencionado quais seriam as características do processo originário.

No entanto, é preciso reiterar a necessidade de toda e qualquer interpretação ser realizada conforme a Constituição, tanto que o Novo CPC dispõe expressamente em seu artigo 1º acerca da obrigatoriedade de observância das normas fundamentais na aplicação das normas processuais.

Nesse sentido, a omissão legislativa com relação ao modo de escolha do “processo-modelo” ou “causa piloto” não significa que o Novo CPC abra espaço para uma formação mecânica e superficial da tese jurídica a ser formada no procedimento do IRDR.

A ampla argumentação é relevante também para a qualidade do debate no IRDR previsto no artigo 976 do Novo CPC, conclusão óbvia quando se realiza uma interpretação das normas processuais conforme a Constituição, na medida em que necessariamente a escolha do “processo-modelo” deve ser feita com a finalidade de propiciar a formação da tese jurídica do modo mais democrático possível. Claro que a instauração de um incidente a partir de um processo originário com contraditório prévio amplo será um contributo para o caráter democrático da decisão final do IRDR.

⁸⁷ CABRAL, Antônio Passo. A escolha da causa-piloto nos Incidentes de Resolução de Processos Repetitivos, p. 201-223. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 39, v. 231, maio/2014.

⁸⁸ CABRAL, Antônio Passo. A escolha da causa-piloto nos Incidentes de Resolução de Processos Repetitivos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 39, v. 231, maio/2014, p. 209.

Diante disso, verifica-se que o IRDR após a sua vigência gerará várias discussões interessantes e necessárias.

Inclusive, as discussões já existem desde a apresentação do projeto de lei do Novo CPC.

Como já dito, o próprio número de enunciados proferidos no Encontro de Jovens Processualistas demonstra que o IRDR gera várias outras discussões.

Tanto o é que o Incidente também foi objeto de debate no III e IV Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis ocorridos, respectivamente, nas cidades do Rio de Janeiro e de Belo Horizonte.

Na ocasião, foram alterados e formulados novos enunciados⁸⁹ no tocante ao IRDR, que reforçam o argumento da necessidade de realmente ser reconhecida a importância do Incidente neste contexto reformista brasileiro.

Por isso, necessária a continuidade na apresentação de ponderações sobre o IRDR no presente trabalho.

Volta-se, agora, o enfoque das críticas para a fase de formação e aplicação do padrão decisório, o que inclui o seu âmbito de eficácia. Por isso, interessante continuar o debate sobre o tema, com destaque para a discussão gerada pelo incidente por meio da questão do efeito suspensivo a ser aplicável a ele.

Nessa linha, uma das críticas que deve ser considerada diz respeito ao fato de que não será benéfico o efeito suspensivo do IRDR, pois a continuidade das diversas demandas individuais com questões idênticas e a prolação de decisões em tais ações serviria de parâmetro para a fundamentação da decisão final no Incidente, conforme pontua Tesheiner:

A principal objeção a fazer diz respeito à suspensão das ações que versem sobre a mesma questão. No artigo 900 chega-se a admitir a suspensão de todas as ações em curso no território nacional, por decisão do tribunal competente para conhecer de eventual recurso extraordinário ou especial. Será assim possível suspender ações, à espera de um recurso especial ou extraordinário de uma decisão que ainda nem sequer foi proferida. Essa suspensão ofende o princípio do acesso à justiça, porque impede a entrega da prestação jurisdicional. Viola também o princípio do juiz natural, por impedi-lo de exercer a jurisdição em casos que são de sua competência.

⁸⁹ Enunciados do Fórum no Rio de Janeiro estão disponíveis em: http://www.academia.edu/7103232/Carta_do_Rio_III_F%C3%B3rum_Permanente_de_Processualistas_Civis. Já os enunciados do Fórum ocorrido em Belo Horizonte estão disponíveis em: https://www.academia.edu/9845423/Enunciados_consolidados_do_F%C3%B3rum_Permanente_de_Processualistas_Civis.

Não deve haver suspensão de ações. Pelo contrário, é desejável que, no curso do incidente, sejam proferidas muitas sentenças, de diferentes juízos, para que a matéria seja maduramente examinada e sob diferentes enfoques.⁹⁰

Somado a isso, dentre as questões debatidas está também a relativa à finalidade do procedimento e da aplicação das decisões nele proferidas.

O que é preocupante é que o IRDR e a aplicação das decisões vinculantes deles provenientes sejam entendidos exclusivamente sob a ótica da eficiência quantitativa, nos termos da exposição de motivos do Anteprojeto de lei do Novo CPC:

Criaram-se figuras, no novo CPC, para evitar a dispersão excessiva da jurisprudência. **Com isso, haverá condições de se atenuar o assoberbamento de trabalho no Poder Judiciário**, sem comprometer a qualidade da prestação jurisdicional.

Dentre esses instrumentos, está a complementação e o reforço da eficiência do regime de julgamento de recursos repetitivos, que agora abrange a possibilidade de suspensão do procedimento das demais ações, tanto no juízo de primeiro grau, quanto dos demais recursos extraordinários ou especiais, que estejam tramitando nos tribunais superiores, aguardando julgamento, desatreladamente dos afetados.⁹¹ **Negrito Nosso**

A preocupação com o grande número de processos judiciais existentes na prática jurídica brasileira é pertinente. Entretanto, não é admissível propor soluções para tal questão e abandonar a ideia de processo judicial como espaço de discussão democrática.

Nesse sentido é que é válido tecer elogios e apoiar uma mudança no texto originário do projeto do Novo CPC que contrariava claramente a ideia central do presente trabalho que é a crítica à padronização decisória preventiva.

Originariamente, o projeto do Novo CPC⁹², quando apresentado no Senado Federal, dispunha acerca do IRDR no artigo 895 que tal procedimento seria utilizado tão somente quando fosse verificada controvérsia com potencial de gerar multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito.

⁹⁰ TESHEINER, José Maria. Do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Anteprojeto de Código de Processo Civil (artigos 895 a 906). In: *Revista Jurídica*: [Porto Alegre], Porto Alegre (RS), v.58, n.393, jul. 2010, p. 29.

⁹¹ SENADO FEDERAL. *Anteprojeto de Lei do Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>

⁹² Versão originária, na data da apresentação no Senado em 08 de Junho de 2010, está disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=79547&tp=1>.

Portanto, ficava clara a proposição de um Incidente com caráter de prevenir o dissenso jurisprudencial em prol de uma redução da litigiosidade repetitiva.

Ao ser remetido à Câmara dos Deputados, o projeto do Novo CPC sofreu várias modificações no que se refere ao IRDR até que alcançasse a situação atual, em que foi definido como mecanismo de padronização decisória repressiva.

No primeiro relatório geral da Comissão Especial da Câmara dos Deputados, sob a relatoria do Deputado Sérgio Barradas Carneiro, houve a análise de inúmeras propostas de emendas ao projeto pelos deputados integrantes da casa. Ademais, ocorreram algumas transformações no tocante à redação e sistemática de distribuição dos artigos, capítulos, títulos e livros.⁹³

Ressalte-se que neste relatório geral foi analisada proposta de emenda número 181/2011 apresentada pelo Deputado Bruno Araújo para modificação nas hipóteses de cabimento do IRDR.

O preâmbulo da proposta dispunha que a emenda alteraria “a redação do caput, do artigo 930, do PL nº 8.046, de 2010, para prever que o incidente de resolução de demandas repetitivas seja repressivo, e não preventivo.”⁹⁴

Entretanto, à época do primeiro Relatório, apresentado em sessão de 19 de Setembro de 2012, foi rejeitada a emenda 181/2011 sob o fundamento de que

é de se notar que a emenda desvirtua o sentido original da proposta, qual seja: um único julgamento para demandas iguais em qualquer tempo, independentemente da existência de decisões individuais distintas, com vistas a imprimir maior racionalização e celeridade na prestação da tutela jurisdicional.⁹⁵

O argumento utilizado mostra claramente como o pensamento neoliberal é influente no âmbito legislativo e, por isso, o discurso da celeridade a todo custo, com o objetivo de reduzir ao máximo o número de demandas, prevaleceu.

⁹³ Foi ressaltado no relatório, quanto à parte geral do projeto, por exemplo, que “preocupou-se, inicialmente, em fazer correções de redação nos enunciados do projeto de novo CPC.” CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Relatório Geral da Comissão Especial dos Projetos de Lei 6.025/2005 e 8.046/2010*, p. 20. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/relatorio-cpc-sergio-barradas.pdf>.

⁹⁴ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Emenda 181/2011 ao Projeto de Lei 8.046/2010 do Senado Federal*, p.01. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=930855&filename=Tramitacao-EMC+181/2011+PL804610+%3D%3E+PL+8046/2010.

⁹⁵ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Relatório Geral da Comissão Especial dos Projetos de Lei 6.025/2005 e 8.046/2010*, p. 401. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/relatorio-cpc-sergio-barradas.pdf>.

O mais alarmante é que não houve sequer uma contra-argumentação jurídica à justificativa plausível apresentada pelo proponente da Emenda. O Deputado Bruno Araújo fundamentou seu requerimento com base nos estudos de Cunha⁹⁶, que em artigo acerca do IRDR expõe a preocupação com a padronização decisória preventiva que seria propiciada pelo IRDR nos termos da legislação até então projetada.

A citação do artigo pelo Deputado referiu-se a trecho em que o estudioso, Cunha, fundamenta sua tese no pensamento de Dworkin⁹⁷, autor do marco teórico adotado para o enfrentamento do problema científico da pesquisa norteadora do presente trabalho.

Na perspectiva do IRDR, como já se pontuou quando foi dito sobre a escolha dos “processos-modelo”, o ideal é que se desenvolva num contexto em que há um número considerável de processos, com posicionamentos judiciais diversos, de modo que o padrão decisório suceda a uma história institucional marcada por argumentos consistentes e variados sobre a questão de direito objeto do incidente.

A influência da história institucional no desenvolvimento das decisões judiciais como um todo, o que incluem os padrões decisórios, é fundamental para Dworkin.

Exatamente a partir deste argumento é que o Deputado Bruno Araújo utilizou dos estudos de Dworkin para justificar o requerimento de emenda de alteração da característica do IRDR de preventiva para repressiva.

Entretanto, apesar desse forte embasamento teórico no requerimento de emenda, não foi acolhida a proposta de alteração do projeto, sem qualquer refutação fundamentada dos argumentos trazidos pelo Parlamentar Bruno Araújo.

Por outro lado, muito embora a rejeição tenha ocorrido, houve retificação na redação da norma acerca do Incidente para constar no então artigo 997 que o cabimento não ocorreria somente quando houvesse potencial repetição de processos, mas também efetiva litigiosidade repetitiva.

Logo, houve parcial contradição entre o parecer acerca da Emenda 181/2011 e o texto apresentado pelo Relatório Geral do Deputado Sérgio Barradas, visto que realmente ficou mantido o caráter de procedimento preventivo de formação de

⁹⁶ A obra citada foi: CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Anotações sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas previsto no Projeto do Novo CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) *Revista de Processo*. São Paulo: Editora RT, março/2011, v. 193.

⁹⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

padrão decisório, mas foi possibilitada a utilização também com a finalidade repressiva.

Vale ressaltar que foi emitido novo Relatório Geral em 08/05/2013 pelo novo Relator Geral, Deputado Paulo Teixeira. Todavia, com relação ao IRDR, manteve-se o disposto no relatório anterior quanto ao cabimento em hipóteses de efetiva ou potencial repetição de processos.

Esse texto até então aprovado foi alvo de críticas com relação a várias questões, dentre elas a possibilidade de o Incidente ser um mecanismo de prevenção do dissenso jurisprudencial.

Em crítica a esta questão, diante do texto de lei até então aprovado, Nunes e Patrus⁹⁸ teceram considerações acerca do tema, para concluir que realmente havia um caráter preventivo na proposta de resolução de demandas repetitivas, o que é repudiado pelos estudiosos, como já mencionado em capítulo anterior.

Entretanto, Nunes e Patrus não deixam de ressaltar que o texto do projeto, do modo como estava até então redigido, apresentou como mitigação à padronização preventiva o fato de que se exige no IRDR que existam processos com tramitação no Tribunal competente:

O incidente visa buscar a garantia de isonomia e segurança jurídica e, para tanto, será viável sua utilização quando houver efetiva ou potencial risco de ocorrência de demandas repetitivas acerca de pretensões isomórficas. Aparentemente, se manterá a possibilidade da padronização decisória preventiva, já criticada anteriormente, mas mitigada pela necessidade de que já existam processos com tramitação no Tribunal competente.⁹⁹

Todavia, o problema da padronização preventiva permaneceu e somente foi definitivamente solucionado com a redação final do projeto do Novo CPC aprovado na Câmara e confirmada pelo Senado.

Na redação final aprovada, o artigo 976 do Novo CPC prevê que o IRDR somente será aplicável se comprovada a existência de efetiva repetição de

⁹⁸ NUNES, Dierle José Coelho ; PATRUS, Rafael Dilly . Uma breve notícia sobre o procedimento-modelo alemão e sobre as tendências brasileiras de padronização decisória: um contributo para o estudo do incidente de resolução de demandas repetitivas brasileiro. In: DIDIER, Fred et al (Org.). *Novas Tendências do Processo Civil* - Estudos sobre o Projeto do Novo CPC. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, v. 1, p. 471-484.

⁹⁹ NUNES, Dierle; PATRUS, Rafael Dilly. Uma breve notícia sobre o procedimento-modelo alemão e sobre as tendências brasileiras de padronização decisória. In: Nunes, Dierle et al (Org.). *Novas tendências do Processo Civil*, Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 482.

processos sobre aquela questão de direito objeto da discussão, restringindo suas características às de um mecanismo de padronização decisória repressiva.

Numa visão democrática, o número irrisório de processos prévios ainda não seria suficiente para retirar o caráter preventivo da padronização decisória. Por isso é que o artigo 976 do Novo CPC dispõe que a repetição deve ser efetiva, conforme pondera Nunes:

Não se cogita na lei brasileira de um número mínimo de processos repetitivos para se autorizar o uso do incidente mas isto não significa que um número irrisório de casos permita a sua instauração. É necessária a demonstração do efetivo dissenso interpretativo e não um dissenso potencial, sob pena de se instaurar a possibilidade da vedada padronização preventiva, o que é corroborado pela já aludida necessidade de enfrentamento “de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida” (art. 981, §2º).¹⁰⁰

Nessa linha, mais uma vez revela-se necessária a observância de uma interpretação das normas processuais que considere o debate prévio fundamental para a qualidade do padrão decisório.

Assim, resta aguardar a sanção presidencial e vigência do Novo CPC para que se verifique se o IRDR será realmente tratado como um procedimento de padronização decisória repressiva com respeitabilidade ao processo jurisdicional democrático, sem se limitar a um mero método neoliberal em prol da celeridade a todo o custo.¹⁰¹

Independentemente do conteúdo das normas processuais, se preveem ou não a padronização decisória preventiva, o desafio trazido pelo IRDR e por outras inovações do Novo CPC será o da necessidade de se enfrentar os posicionamentos

¹⁰⁰ NUNES, Dierle. *O IRDR do Novo CPC* : este “estranho” que merece ser compreendido. Disponível em: <http://justificando.com/2015/02/18/o-irdr-novo-cpc-este-estranho-que-merece-ser-compreendido/>.

¹⁰¹ Vale destacar que recentemente foi aprovada a Lei 13.015/2014 que traz grande inovação no Direito Processual do Trabalho ao prever a inclusão do artigo 846-C à Consolidação das Leis do Trabalho, para estabelecer uma técnica de padronização decisória na hipótese de recursos de revista repetitivos.

Sem pretender detalhar a Lei, considerando que o presente estudo não tem como enfoque o Processo do Trabalho, restringir-se-á a transcrever o *caput* do dispositivo legal: “Quando houver multiplicidade de recursos de revista fundados em idêntica questão de direito, a questão poderá ser afetada à Seção Especializada em Dissídios Individuais ou ao Tribunal Pleno, por decisão da maioria simples de seus membros, mediante requerimento de um dos Ministros que compõem a Seção Especializada, considerando a relevância da matéria ou a existência de entendimentos divergentes entre os Ministros dessa Seção ou das Turmas do Tribunal.” BRASIL. **Lei 13.015/2014**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113015.htm.

equivocados que não reconhecem a obrigatoriedade de uma interpretação conforme a Constituição, tal como disposto no artigo 1º do Novo CPC.

5.2.5 Da Assunção de Competência

Muito embora o Novo CPC tenha deixado claro que nesta nova legislação tão somente o IRDR e o julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos são as técnicas de dimensionamento de litigiosidade repetitiva, é importante a menção ao denominado Incidente de Assunção de Competência.

A referência a esse incidente é relevante devido às dificuldades enfrentadas perante uma prática do Direito que desconsidera a necessidade de realização de interpretação conforme a Constituição.

Como será exposto, a preocupação é que o pensamento neoliberal de eficiência quantitativa possa ser utilizado como fundamento para se utilizar equivocadamente a Assunção de Competência como técnica de dimensionamento de litigiosidade repetitiva.

O Incidente de Assunção de Competência propiciará, quando vigorar o Novo CPC, a avocação de competência pelo órgão colegiado dos tribunais quando envolver importante questão de direito, com repercussão social, em sede de recurso, remessa necessária ou ação originária sem a exigência de repetição em diversos processos.¹⁰²

Tal instituto está previsto no artigo 947 *caput* e parágrafos do Novo CPC:

Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.¹⁰³

A legitimidade para propor o incidente é do Ministério Público, da Defensoria Pública ou da parte envolvida no recurso, remessa necessária ou causa originária,

¹⁰² A Assunção de Competência já está prevista no § 1º do Artigo 551 do CPC de 1973. Contudo, somente o Novo CPC o elevou à condição de incidente explicitamente e expandiu sua abrangência, já que a hipótese está restrita aos casos de julgamento de apelação e agravo.

Ademais, é somente prevista a remessa dos autos para julgamento pelo órgão colegiado, mas não há qualquer norma indicativa de que a decisão final terá efeito vinculante e formará padrão decisório.

¹⁰³ SENADO FEDERAL. *Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: https://www.academia.edu/11056930/Novo_C%C3%B3digo_de_Processo_Civil_enviado_para_san%C3%A7%C3%A3o_presidencial_em_24.02.2015.

de competência dos tribunais inferiores. Sobre a legitimidade e a competência de julgamento do incidente, dispõem os §§ 1º e 2º do artigo 947 supracitado:

§ 1º Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar.

§ 2º O órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária se reconhecer interesse público na assunção de competência.¹⁰⁴

Como visto, no *caput* do artigo 947, ficam claros os requisitos para a instauração do incidente, quais sejam:

- a) envolver questão de direito;
- b) existência de repercussão social;
- c) tratar de recurso, causa de competência originária ou remessa necessária tramitando no tribunal.

O parágrafo segundo do mesmo dispositivo também exige que o órgão colegiado assuma a competência para julgamento se e somente se reconhecer interesse público.

Os requisitos da repercussão social e interesse público merecem debate, visto que o legislador não se preocupou em definir qual o significado desses dois termos. Esses requisitos são ainda mais obscuros do que aqueles aplicáveis ao recurso extraordinário no tocante à repercussão geral.

O procedimento para julgamento de recurso extraordinário é mais claro e a legislação vigente ao menos tenta esclarecer quais seriam as hipóteses de repercussão geral.

O artigo 543-A¹⁰⁵ do CPC de 1973 especifica que a repercussão geral ocorre quando o recurso extraordinário impugnar decisão contrária a súmula ou

¹⁰⁴SENADO FEDERAL. *Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: https://www.academia.edu/11056930/Novo_C%C3%B3digo_de_Processo_Civil_enviado_para_san%C3%A7%C3%A3o_presidencial_em_24.02.2015.

¹⁰⁵O artigo trata das hipóteses da repercussão geral especialmente nos §§ 1º e 3º. Veja-se: “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.

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.[...]

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, bem como quando a questão discutida apresentar relevância social, econômica, política ou jurídica.

O fato é que, apesar do esforço do legislador, o artigo 543-A referido ainda apresentou conceitos vagos e indeterminados, na medida em que deixou a cargo do Supremo Tribunal Federal, por meio dos seus Ministros, a definição do que seria relevância social, econômica, política e jurídica.

Conceitos jurídicos vagos e indeterminados são aqueles que não estão previamente definidos em lei e que apresentam caráter valorativo, de modo que podem dar abertura para a subjetividade do julgador se não houver uma aplicação democrática do direito, dificuldades enfrentadas em situações nas quais o magistrado deve decidir o que é relevante do ponto de vista social, econômico, político ou jurídico.

É o que argumenta Schmitz:

Descrever em que consiste a relevância econômica, política, social ou jurídica é tarefa árdua, haja vista se tratar de conceitos jurídicos vagos ou indeterminados.

Os conceitos jurídicos indeterminados são aqueles sobre os quais há uma zona de certeza do ser e outra do não ser determinada situação enquadrada no conceito, e ainda uma região de incerteza a respeito de sua aplicação em dada hipótese.¹⁰⁶

Nesse passo, nada mais coerente que a classificação atribuída às normas que fixam esses conceitos indeterminados – tais como repercussão social e econômica – como requisitos de aplicação.

Pela indefinição dos conceitos nela contidos, a norma que apresenta conceitos vagos e indeterminados é denominada de cláusula geral, conforme esclarece Martins-Costa:

Considerada do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista do caso concreto, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar

[...] § 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.” BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm.

¹⁰⁶SCHMITZ, Paula Schmitz de. *A Repercussão Geral no Recurso Extraordinário Interposto por Ente Público*. Disponível em: http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2012/Artigo_5_A_repercussao_geral.pdf.

fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a ressystematização destes elementos originalmente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico.¹⁰⁷

Portanto, retomando a questão do Incidente de Assunção de Competência¹⁰⁸, o que se verifica é que, ao definir como requisitos para o cabimento deste procedimento o interesse público e a repercussão social, o legislador aprovou norma que prevê cláusula geral.

Logo, nesse ponto, o Incidente de Assunção de Competência apenas transpõe a problemática da indeterminação de conceitos para os tribunais. O espaço valorativo aberto ao aplicador do direito aparentemente mantém-se e de forma ainda mais intensa do que no recurso extraordinário, visto que neste último pelo menos há um critério objetivo para a definição da repercussão geral: a exigência de que a decisão recorrida seja contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal.¹⁰⁹

Portanto, deve ser mais uma vez reforçada a necessidade de interpretação conforme a Constituição para que a definição dos conceitos repercussão social e interesse público não se restrinjam à subjetividade do magistrado.

É preciso que haja uma preocupação com a fundamentação das decisões judiciais e que até mesmo a verificação de tais requisitos de admissibilidade seja decorrente de um processo constitucionalizado em que haja a participação de todos os sujeitos processuais.

¹⁰⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 303.

¹⁰⁸ A partir daqui retomar-se-á acerca da assunção de competência, o que não significa que as discussões possíveis e existentes sobre a repercussão geral tenham se esgotado. A iniciativa de trazer o debate sobre o recurso extraordinário foi apenas para demonstrar como o legislador trará mais uma norma, especificamente sobre o incidente de assunção de competência, com conteúdo valorativo, muito embora já tenha experimentado polêmica com a repercussão geral da lei vigente.

¹⁰⁹ O Novo CPC ao menos traz novas hipóteses de critérios objetivos para a definição de repercussão geral, que são as situações de a decisão recorrida envolver tese fixada em julgamento de casos repetitivos e no caso de se tratar de decisão que tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal. Veja texto atualizado do Novo CPC:

“Art. 1.035. [...]”

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso:

I – contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal;

II – tenha sido proferido em julgamento de casos repetitivos;

III – tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal.” SENADO FEDERAL. *Novo Código de Processo Civil*. Disponível: https://www.academia.edu/11056930/Novo_C%C3%B3digo_de_Processo_Civil_enviado_para_san%C3%A7%C3%A3o_presidencial_em_24.02.2015.

O que preocupa é que termos como “repercussão social” e “interesse público” sejam empecilhos para propiciar o desenvolvimento de um processo democrático nos termos do paradigma do Estado Democrático de Direito, pois, na verdade, serviria de incentivo para a adoção de enfoques de socialização processual voltados para o ativismo judicial, em que o intervencionismo do juiz em detrimento das partes é justificado pelo discurso do bem estar social.

Nessa perspectiva que podem ser incluídas no debate sobre os requisitos da Assunção de Competência as ponderações de Nunes sobre o protagonismo judicial e a necessidade de refutá-lo a partir da influência das partes na formação das decisões:

Propõe-se, assim, um afastamento completo da ideia de privilégio coginitivo do julgador (decisionismo) e a implantação de um espaço discursivo participativo de formação das decisões.

A tendência de uma interpretação axiológica desconsidera os caracteres de um Estado constitucional democrático ou, melhor dizendo, da perspectiva procedimental de Estado constitucional democrático.¹¹⁰

Somado a isso, tem-se que a fundamentação exige a demonstração de argumentos racionalmente jurídicos e que encontrem amparo normativo, não se relacionando a valorações sem qualquer vinculação com princípios e normas constitucionais.

Sobre a fundamentação racional das decisões, já ponderou Brêtas:

No Estado Democrático de Direito, esta justificação tem de ser feita dentro de um conteúdo estrutural normativo que as normas processuais impõem à decisão, em forma tal que o agente público julgador lhe dê motivação racional sobre a prevalência do ordenamento jurídico em vigor e indique a legitimidade das escolhas adotadas, em decorrência da obrigatória análise dos argumentos desenvolvidos pelas partes, em contraditório, em torno das questões de fato e de direito sobre as quais estabeleceram discussão.¹¹¹

Na linha de uma aplicação do direito, importante antecipar de forma breve o que será dito em capítulo acerca dos estudos de Dworkin e sua Teoria da Integridade, marco teórico adotado para o presente trabalho.

A fundamentação do juiz não pode desconsiderar o que foi decidido anteriormente por outros juízes, devendo passar por uma argumentação com base em princípios, especialmente diante dos chamados *hard cases* (casos difíceis):

¹¹⁰ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*, p. 196.

¹¹¹ BRÊTAS, Ronaldo. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 134.

O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios.¹¹²

Nesse contexto, o que se conclui é que a estipulação de requisitos para o cabimento do Incidente de Assunção de Competência de caráter não objetivo é desafiante, sendo uma potencial causa de *hard cases*, de modo que, mais do que em grande parte das demandas, exigir-se-á uma observância fiel ao princípio da fundamentação das decisões judiciais, previstos constitucionalmente no artigo 93, IX, da Constituição Federal.

Ademais, verifica-se que no próprio texto do Novo CPC há norma expressa no inciso II, §1º, do artigo 489 dispondo que não é considerada decisão fundamentada aquela que “empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso.”¹¹³

Nessa perspectiva, conceitos indeterminados como “repercussão social”, “repercussão geral” e “interesse público”, devem ser definidos a partir do debate em contraditório, conforme pontua Bahia e outros:

Tais questões (inclusive do uso/não de normas e enunciados de súmulas), assim com os que seguem dos demais incisos do § 1º, são mais uma consequência do contraditório substantivo, fortalecido em sua leitura no interior do Novo CPC, e a preocupação em resolver o caso concreto tendo em vista as particularidades do caso.

Assim, não se desvencilha o julgador do dever de fundamentação quando se vale de “conceitos indeterminados” sem mostrar como é que tais conceitos se aplicam ao caso a partir do debate em contraditório.¹¹⁴

Assim, o Incidente de Assunção de Competência e o Recurso Extraordinário, que apresentam conceitos indeterminados como requisitos de cabimento, deverão seguir esses parâmetros previstos no artigo 489 do Novo CPC, de modo a preservar o processo jurisdicional democrático.

¹¹² DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*, p. 291.

¹¹³ SENADO FEDERAL. *Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: https://www.academia.edu/11056930/Novo_C%C3%B3digo_de_Processo_Civil_enviado_para_san%C3%A7%C3%A3o_presidencial_em_24.02.2015.

¹¹⁴ BAHIA, Alexandre Melo Franco Bahia et al. *Novo CPC: Fundamentos e Sistematização*, p. 277.

Somado a isso, verifica-se que a situação é ainda mais peculiar no Incidente aqui estudado do que no recurso extraordinário com repercussão geral.

As regras sobre o recurso extraordinário e especificamente acerca da repercussão geral demonstram claramente uma preocupação com a existência de prévia discussão jurisprudencial para fins de reconhecimento da repercussão geral, tendo em vista que determina que deve haver súmula do STF ou jurisprudência dominante a respeito da questão objeto do recurso constitucional para que este seja admitido.

Nesse ponto é que está o principal debate sobre o Incidente de Assunção de Competência, visto que se interpretado equivocadamente sob uma perspectiva neoliberal, poderá ser utilizado como técnica de dimensionamento de litigiosidade repetitiva por meio de padronização decisória preventiva.

Verifica-se que o § 3º do referido artigo 947 do Novo CPC define os efeitos da decisão do Incidente de Assunção de Competência, ao prever que “o acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.”¹¹⁵

Tal parágrafo é suficiente para que fique evidenciado que o Incidente de Assunção de Competência é formador de padrão decisório.

Mas e quanto à questão de se tratar de exemplo de mecanismo de padronização decisória preventiva?

Tal alegação sobre o caráter preventivo do Incidente de Assunção de Competência se justifica pelo fato de que o instituto “se aplica 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.”¹¹⁶

Logo, revela-se que a Assunção de Competência poderá ser utilizada para fins de prevenção de uma divergência jurisprudencial, o que contraria a ideia de direito como integridade, na forma como introduzida anteriormente, em que a

¹¹⁵SENADO FEDERAL. *Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: https://www.academia.edu/11056930/Novo_C%C3%B3digo_de_Processo_Civil_enviado_para_san%C3%A7%C3%A3o_presidencial_em_24.02.2015.

¹¹⁶SENADO FEDERAL. *Novo Código de Processo Civil*. Disponível: https://www.academia.edu/11056930/Novo_C%C3%B3digo_de_Processo_Civil_enviado_para_san%C3%A7%C3%A3o_presidencial_em_24.02.2015.

formação da decisão depende inclusive da consideração pelo julgador de entendimentos e decisões judiciais anteriores.¹¹⁷

A preocupação com a divergência jurisprudencial permanente e a insegurança jurídica que ela pode propiciar é relevante. Entretanto, isso não significa que ela seja completamente desprezível. A formação de “precedentes judiciais” adequada deve passar pelo prévio dissenso jurisprudencial, até mesmo para se justificar a criação do padrão decisório.

Um instituto muito próximo ao Incidente de Assunção de Competência é aquele relativo ao Incidente de Uniformização de Jurisprudência, previsto no Código CPC de 1973, no artigo 476.

Todavia, o Incidente de Uniformização de Jurisprudência exemplifica exatamente um mecanismo legal de formação de padrão decisório que se preocupa com a divergência jurisprudencial, mas que não a despreza por completo.

Conforme artigo 476¹¹⁸ do CPC de 1973, a uniformização de jurisprudência, produzida pelos tribunais estaduais ou tribunais regionais federais (órgãos competentes também no Novo CPC para o Incidente de Assunção de Competência), somente é possível nos casos em que houver divergência jurisprudencial comprovada.

Nesse ponto, o instituto da Uniformização de Jurisprudência parece ser muito mais democrático que a Assunção de Competência - prevista no artigo 555, § 1º, do CPC de 1973 e no Novo CPC no artigo 947.

O mais democrático é que o padrão decisório se forme tão somente após a ampla discussão e diversificadas decisões judiciais sobre o tema, não sendo fundamento jurídico válido a opção por uma padronização decisória preventiva.

Infelizmente, há quem defenda a assunção de competência com base no discurso da organização judiciária e redução de demandas repetitivas.

Sobre a assunção de competência, Beneti adota o discurso neoliberal, ainda que de forma implícita, ao tecer elogios ao instituto, como propiciador de uma suposta eficiência jurisdicional a partir da formação rápida da jurisprudência:

¹¹⁷ Sobre a Teoria da Integridade de Ronald Dworkin, será dito em capítulo específico de forma mais fundamentada e mais concatenada com a crítica à padronização decisória preventiva.

¹¹⁸ “Art. 476 - Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando:

I - verificar que, a seu respeito, ocorre divergência;

II - no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas.” BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm

A adoção do instituto da assunção de competência, que exige comprometimento dos integrantes dos tribunais, seguramente pode ser potencializada a partir da especialização dos órgãos distribuidores dessas cortes. A distribuição imediata e prioritária de recursos cujas questões façam antever o surgimento de massas de lides idênticas (integrantes, todas, em verdade, de uma única macrolide que se instale na sociedade em virtude de alterações normativas decorrentes da própria modernização da mesma sociedade), certamente, prestigiaria a utilização do instituto. Caso instrumentalizada a formação rápida de jurisprudência estável, será possível, em outra etapa, reformular a organização judiciária e as rotinas de secretaria e gabinetes de trabalho, de modo a instituir-se mecanismo de competência funcional de filtragem de questões que já tenham sido superadas pela estabilidade jurisprudencial, e, além disso, dinamizarem-se técnicas de redação de grandes massas recursais, por intermédio de corpos funcionais auxiliares selecionados e treinados.¹¹⁹

O discurso da celeridade a todo custo tem caráter neoliberal e não é condizente com a proposta do Estado Democrático de Direito, constante na Constituição Federal, como já esclarecido inúmeras vezes neste trabalho.

Noutro giro, como última ressalva, é preciso destacar que o Incidente de Assunção de Competência não pode ser inserido no microssistema formado pelas técnicas de redução de litigiosidade repetitiva.

Entretanto, como o procedimento de Assunção de Competência é constituído de cláusulas gerais, não seria surpreendente que aqueles que seguem o discurso neoliberal passem a entender que a potencial repetição de ações sobre idênticas questões de direito seja suficiente para configurar repercussão social.

Ora, como já dito, o Neoliberalismo Processual advém de uma política econômica que possui diretrizes diretamente vinculadas à ideia de redução de tempo e custos dos processos.

Logo, pela lógica neoliberal, a padronização decisória preventiva de litigiosidade repetitiva por meio da Assunção de Competência poderia ser eficiente para aplicar tal política econômica, de modo a considerar a existência de congestionamento dos tribunais como um problema de interesse público e de grande repercussão social.

Com a vigência do Novo CPC, será preciso, então, especificamente quanto ao Incidente de Assunção de Competência, que, mais uma vez, os operadores do

¹¹⁹BENETI, Sidnei Agostinho. Assunção de Competência e fast-track recursal. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 34, n. 171, mai. 2009, p.22.

direito enfrentem o desafio de aplicar a norma processual sem desvirtuá-las em prol de finalidades antidemocráticas e neoliberais.

Revela-se inquestionável que o Incidente de Assunção de Competência do Novo CPC, juntamente com seus institutos afins (Uniformização de Jurisprudência do artigo 476 e Assunção de Competência do artigo 555 §1º, ambos do CPC de 1973), é uma expressão de como a criação de técnicas para uniformizar a jurisprudência vêm se destacando no ordenamento jurídico brasileiro.

Todavia, a preocupação é que as interpretações equivocadas façam com que as técnicas de padronização, como a referente à assunção de competência, sejam utilizadas para incentivar uma eficiência meramente quantitativa.

5.3.6 Sobre a necessidade de problematizar as reformas processuais

Feitas as considerações sobre a litigiosidade repetitiva e excessiva no Brasil, especialmente por meio de referência a técnicas de padronização decisória, constata-se que são várias as medidas previstas legalmente no Antigo e no Novo CPC.

O que se verifica é que no CPC de 1973 as medidas previstas têm como enfoque a utilização de decisões dos Tribunais Superiores para produção de decisões-modelo ou de súmulas com efeitos vinculantes, sendo que alguns procedimentos de competência dos Tribunais Inferiores, como o Incidente de Uniformização de Jurisprudência, são pouco aplicados.

Por outro lado, o Novo CPC, conforme visto, estende essa atribuição aos Tribunais Estaduais e Regionais, com instituição do IRDR.

Não se pode negar, então, que o legislador brasileiro vem tentando acertar e combater a litigiosidade repetitiva e excessiva como um todo, sendo irrefutável também que o Judiciário reconhece o congestionamento de ações, com a elaboração de relatórios do “Justiça em Números”.

Mas é preciso refletir sobre essas reformas e a respeito da própria legislação vigente a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito, proposto na Constituição de 1988, com o discurso da participação de toda a sociedade na tomada de decisões.

Para tanto, além do reconhecimento pelo Judiciário das mazelas trazidas pela litigiosidade excessiva e do debate no âmbito do Legislativo, é imprescindível a atuação da doutrina, também.

As críticas positivas e negativas tanto aos institutos legais devem ser intensificadas, visto que agora, com a iminência de um novo ordenamento jurídico processual, é o momento mais adequado para os estudiosos do direito refletirem sobre como deve ser desenvolvida interpretação e aplicação do direito nos termos do paradigma do Estado Democrático de Direito.

Conforme Nunes, Rezende e Silva, é preciso incentivar a importância da doutrina¹²⁰, pois:

É sintomático no Brasil, há alguns anos, a sensível redução da influência desta literatura jurídica sobre a atividade jurisdicional, principalmente na ausência de contribuição para a formação das decisões e reflexamente na jurisprudência.

Em assim sendo, nos cabe provocar a doutrina e os doutrinadores a analisarem o sistema processual e todas as técnicas do Novo Código de processo civil em consonância com suas normas fundamentais.

É nessa perspectiva que a doutrina é (e será) essencial para a construção e aplicação do Direito no Estado Democrático de Direito. Este é o desafio! Encaremos ele com responsabilidade.¹²¹

Nessa linha é que se objetiva no capítulo seguinte apresentar fundamentos teóricos (doutrinários) para a crítica à padronização decisória preventiva, o que contribuirá para ressaltar a importância das reformas processuais para o incentivo à observância do paradigma do Estado Democrático de Direito.

Na medida em que o objeto de pesquisa envolve a questão das decisões-modelo, a discussão deve passar pela democratização da decisão, o que exige ponderações sobre a ideia de integridade do direito e de processo como espaço de debate por meio do contraditório, sobre o que tratará especificamente o capítulo a seguir.

¹²⁰ Apenas como ressalva, utiliza-se o termo doutrina neste trabalho na perspectiva democrática, de modo que o objetivo não é valorizar o dogmatismo irrefutável inserido no conceito tradicional de doutrina. A doutrina, então, deve ser entendida como um suporte para a construção do direito a partir do discurso, contribuindo para integridade do direito que será mencionada no capítulo 6. É, em síntese, o que Nunes, Rezende e Silva destacaram noutro texto sobre o mesmo tema. Para tanto, ver: NUNES, Dierle José Coelho; REZENDE, Marcos; ALMEIDA, Helen. A contribuição da doutrina na (con)formação do direito jurisprudencial: uma provocação essencial. *Revista de Processo*, v. 232, p. 111-160, 2014.

¹²¹ NUNES, Dierle José Coelho; REZENDE, Marcos; SILVA, Helen Cristina Almeida. *Doutrina não tem contribuído como deveria na aplicação do Direito*. Consultor Jurídico (São Paulo. Online). Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jul-30/doutrina-nao-contribuido-deveria-aplicacao-direito>.

6 A PADRONIZAÇÃO DECISÓRIA PREVENTIVA COMO LIMITADORA DO CONTRADITÓRIO E DA IDEIA DE INTEGRIDADE DO DIREITO

A padronização decisória preventiva, como já esclarecido, consiste na criação de decisão-modelo sobre determinada questão jurídica, mesmo não existindo previamente considerável debate nas diversas demandas com idêntica questão.

Ora, como já introduzido, um dos marcos teóricos adotados para a crítica a esse tipo de padronização diz respeito à Teoria Discursiva de Habermas, que propõe o Estado Democrático de Direito como alternativa aos enfoques liberais e republicanos que se estabeleceram notadamente nos séculos XIX e XX, respectivamente.

Esse paradigma impõe que o Estado e suas funções se estabeleçam pela participação de todos a partir do debate e da consideração do maior número de argumentos possíveis. E não seria diferente no espaço procedimental judicial, considerando-se que a jurisdição é atividade estatal.

Por isso, o que se põe em discussão é como a inexistência de efetiva repetição de processos versando sobre a questão objeto da padronização decisória afetaria o debate processual.

A inexistência de reiteradas demandas com questões idênticas, previamente, implica na conclusão óbvia de que a jurisprudência nunca se manifestou de forma expressiva sobre aquela temática objeto da padronização. Logo, no espaço procedimental que se formará a decisão-modelo não é possível ao Tribunal debater uma gama de argumentos que poderiam surgir de um prévio dissenso jurisprudencial, formado pela existência das mais variadas decisões, constituídas por diversos argumentos e interpretações sobre a mesma questão.

A maturidade da jurisprudência vincula-se ao grau de fortalecimento do debate processual, o que deve ser considerado como requisito de cabimento do procedimento de formação de padrão decisório, de modo a possibilitar o maior número de argumentos possíveis durante o debate.

A partir dos estudos de interpretação do direito, verifica-se que essa diversidade de argumentos valoriza o padrão decisório, se a formação adequada da decisão for entendida a partir da compreensão da Teoria da Integridade do Direito, formulada por Ronald Dworkin, e da sua adequação ao Estado Democrático de Direito.

Trazendo-se a questão para o campo da Teoria do Processo, tem-se que a ideia de interpretação do direito na linha das reflexões de Dworkin pode ser aplicada por meio da valorização do contraditório como influência e não surpresa na formação das decisões.

Especificamente sobre a padronização decisória, o que se constata é que o maior número de argumentos possível gerado pelo dissenso jurisprudencial prévio fortalecerá o contraditório, na medida em que, na linha da ideia de integridade do direito, a decisão será formada tomando como parâmetro as decisões proferidas anteriormente.

É a partir dessas críticas que se desenvolverá este capítulo: primeiramente, com a exposição da Teoria da Integridade do Direito e sua compatibilidade com o modelo processual balizado pelo contraditório como influência e não surpresa; e, ao final, com a apresentação da relação dessa temática com a crítica à padronização decisória preventiva e seu caráter neoliberal.

Todas essas questões serão expostas considerando o cenário reformista brasileiro marcado pelo Novo CPC, de modo a demonstrar o quanto é preciso entender esta norma a partir da perspectiva “contra-fática” às práticas valorizadoras de uma visão quantitativa de eficiência estatal.

6.1 TEORIA DA INTEGRIDADE DO DIREITO E O CONTRADITÓRIO COMO INFLUÊNCIA E NÃO SURPRESA

Ao se debater acerca do padrão decisório, imprescindível a discussão a respeito da temática da formação das decisões judiciais, pois o modo como foi construído o provimento final é um dos parâmetros para a verificação da sua constitucionalidade.

E no campo de formação das decisões judiciais, não se pode negar que a discussão deve ser desenvolvida a partir do estudo de duas áreas do Direito: a Teoria Geral do Processo e a Hermenêutica Jurídica, sendo ressalvado que a análise deve sempre partir do paradigma jurídico utilizado como horizonte interpretativo estatal.

Considerando essa ressalva é que, no presente trabalho, com o objetivo de desenvolver a temática da formação do padrão decisório, adotou-se como fundamento Teorias, tanto na área da Teoria Geral do Processo quanto no campo

da Hermenêutica Jurídica, que sejam compatíveis com o Estado Democrático de Direito, horizonte estatal previsto na Constituição de 1988.

A necessidade de construção do Estado Democrático de Direito já ficou evidenciada durante o desenvolvimento dos capítulos anteriores, na medida em que o que se verifica, em regra, na prática brasileira é uma adoção de posicionamentos e medidas legais com caráter neoliberal.

Nesse passo, quanto à Hermenêutica Jurídica, o que se busca é uma Teoria que reflita acerca da aplicação e interpretação do direito dentro da perspectiva democrática de participação dos destinatários no debate.

Em razão disso, a defesa de uma Hermenêutica Jurídica nos moldes desenvolvidos por Dworkin a partir da Teoria da Integridade do Direito é indiscutivelmente adequada para as reflexões acerca da padronização decisória preventiva.

Na sua obra “O Império do Direito”, Dworkin deixa claro o enfoque dos seus estudos na atuação dos juízes na aplicação do direito, muito embora existam outros sujeitos e órgãos responsáveis pela produção de decisões que também afetam os direitos dos cidadãos.¹

E nada mais coerente do que a utilização de um estudo com enfoque na atividade dos juízes na produção de decisões para a problematização da fundamentação na construção do padrão decisório.

Dworkin inicia seus estudos com a exposição sobre a concepção de direito e sua relação com as teorias semânticas. O objetivo foi demonstrar que quando se está diante de um processo jurisdicional depara-se com questões internas a este e muito importantes para a compreensão do direito.

Essas questões serão de três tipos: questões de fato, questões de Direito e questões ligadas à moralidade política e fidelidade, conforme elenca Dworkin:

Uma vez que é importante, como se vê nesses diferentes casos, o modo como os juízes decidem as causas, também é importante saber o que eles pensam que é o direito, e, quando divergem sobre esse assunto, o tipo de divergência que estão tendo também importa. Há algum mistério nisso? Sim, mas precisamos de algumas distinções para saber qual é esse mistério. Os processos judiciais sempre suscitam, pelo menos em princípio, três tipos de questões: questões de fato, questões de direito e as questões interligadas de moralidade política e fidelidade.²

¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 16.

² DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 5-6.

As questões de fato se referem ao que ocorreu, pois o debate se limita a “eventuais controvérsias empíricas ligadas aos eventos concretos e históricos que sustentam a lide.”³

Como exemplo, cita-se a questão fática apresentada pelo próprio Dworkin: “Em primeiro lugar, o que aconteceu? O homem que trabalhava no torno mecânico realmente deixou cair uma chave inglesa no pé de seu companheiro de trabalho?”⁴

Entretanto, as divergências (questões) desenvolvidas no processo jurisdicional não se restringem à discussão sobre a interpretação dos fatos ligados ao caso concreto.

Há, ainda, questões de direito – relativas à divergência sobre qual norma jurídica é aplicável ao caso concreto – e questões de moralidade e fidelidade, que se referem à discussão entre as pessoas sobre o que é certo e o que é errado em termos morais.⁵

Nessa linha, Dworkin pontua de forma crítica que o direito não estaria restrito à análise das questões de fato, visto que isso significaria que

O direito nada mais é que aquilo que as instituições jurídicas, como as legislaturas, câmaras municipais e os tribunais, decidiram no passado. Se alguma corporação desse tipo decidiu que os trabalhadores podem ser indenizados por danos causados pelos colegas de trabalho, será isso então o direito. Se a decisão for contrária, então será este o direito. Portanto, as questões relativas ao direito podem sempre ser respondidas mediante o exame dos arquivos que guardam as decisões institucionais.⁶

O que se verifica é que o posicionamento é o de que o Direito como questão de fato ficaria restrito apenas ao “ocorrido” e ao conteúdo semântico do texto normativo, conforme pondera Pinheiro:

Pelo exposto, na vertente do direito como simples questões de fato suas divergências ficam restritas apenas sobre o “ocorrido”, além daquelas atinentes ao conteúdo semântico do texto normativo. Isso implica na redução da complexidade aplicativa do Direito, porque, nesse eixo, cabe ao intérprete perquirir apenas sobre o “ocorrido”, ou se o repertório legislativo ou de decisões judiciais pretéritas (precedentes), por hipótese, impõe

³ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Privilégio de Foro e Improbidade Administrativa. In: *O Supremo Tribunal Federal revisitado: o ano judiciário de 2002*, p. 26-27.

⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 6.

⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 6.

⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 10.

àquele que comete ato ilícito, agindo com negligência, imperícia ou imprudência, e provoca dano a outrem, o dever de indenizar o ofendido.⁷

Nessa linha é que Dworkin estabelece sua crítica às teorias semânticas do direito, as quais entendem o Direito como questão de fato.

Para as teorias semânticas, há regras que estabelecem o significado de uma determinada palavra, sendo que a divergência estaria no momento de aplicação destas regras, de modo a verificar no caso concreto quais seriam as proposições jurídicas⁸ falsas e verdadeiras.

Dentre as teorias semânticas, as mais influentes são as caracterizadas como positivistas, essenciais para embasar a crítica de Dworkin:

As teorias semânticas pressupõem que os advogados e juízes usam basicamente os mesmos critérios (embora estes sejam ocultos e passem despercebidos) para decidir quando as proposições jurídicas são falsas ou verdadeiras; elas pressupõem que os advogados realmente estejam de acordo quanto aos fundamentos do direito. [...] Essas teorias positivistas sustentam o ponto de vista do direito como simples questão de fato, aquele segundo o qual a verdadeira divergência sobre a natureza do direito deve ser uma divergência empírica sobre a história das instituições jurídicas.⁹

Nesse sentido, a partir das reflexões acerca do positivismo jurídico, Dworkin desenvolveu suas reflexões por meio dos estudos de casos concretos dos tribunais americanos, com ponderações desfavoráveis aos positivistas.

Sobre isso, escreve Leal:

A metodologia de trabalho utilizada por Dworkin, na busca da justificação de sua tese inovadora – a da existência de univocidades decisórias, no sentido de que para cada caso trazido a exame do órgão judicante só há uma decisão a ser tomada -, passa pela releitura de hard cases dos tribunais americanos. A partir deles, aponta a insuficiência das teorias positivistas e pragmáticas à garantia de direitos individuais essenciais à democracia e à legitimidade do Direito.¹⁰

⁷ PINHEIRO, Guilherme César. *A vinculação decisória no Estado Democrático de Direito brasileiro: uma proposta de compreensão hermenêutica da fundamentação das decisões judiciais no contexto de aproximação entre o civil Law e common Law*, p. 53.

⁸ Conceitua Dworkin: “Chamemos de ‘proposições jurídicas’ todas as diversas afirmações e alegações que as pessoas fazem sobre aquilo que a lei lhes permite, proíbe ou autoriza.” *O império do direito*, p. 6.

⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 41.

¹⁰ LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões*, p. 56.

A problematização de Dworkin baseia-se no incentivo à fundamentação teórica do direito, retirando o enfoque do direito como simples questão de fato, diferentemente do positivismo jurídico.

Nessa linha, detalha Dworkin:

Agora podemos distinguir duas maneiras pelas quais os advogados e juízes poderiam divergir a propósito da verdade de uma proposição jurídica. Eles poderiam estar de acordo com os fundamentos do direito – sobre quando a verdade ou falsidade de outras proposições mais conhecidas torna uma proposição jurídica específica verdadeira ou falsa –, mas poderiam divergir por não saberem se, de fato, aqueles fundamentos foram observados em determinado caso. Advogados e juízes podem concordar, por exemplo, que a velocidade-limite na Califórnia é de 90 quilômetros por hora se a legislação desse estado contiver uma lei nesse sentido, mas podem divergir quanto ao fato de ser este o limite de velocidade, por discordarem quanto à existência de tal lei na legislação vigente. Poderíamos dar a isso o nome de divergência empírica sobre o direito. Ou eles poderiam discordar quanto aos fundamentos do direito, sobre quais outros tipos de proposições, quando verdadeiras, tornam verdadeira uma certa proposição jurídica. Podem concordar, empiricamente, quanto àquilo que os repertórios de legislação e decisões judiciais precedente têm a dizer sobre a indenização por danos provocados por companheiros de trabalho, mas discordar quanto àquilo que as leis das indenizações realmente é, por divergirem sobre a questão de se o corpus do direito escrito e as decisões judiciais esgotam ou não os fundamentos pertinentes do direito. Poderíamos dar a isso o nome de divergência “teórica” sobre o direito.¹¹

Somado a isso, além de rechaçar o enfoque do direito como simples questão de fato, Dworkin também ressalva que as questões de moralidade e fidelidade - que, como já dito, implicam em analisar o que é “certo” ou “errado” - não devem ser consideradas no âmbito da aplicação do direito, mas sim nos procedimentos de criação da norma, pois “exige um debate público e a atenção do cidadão precavido.”¹²

Então, o que se verifica é que Dworkin delimitou seus estudos sobre a aplicação do direito fora do enfoque da análise das questões de fato (priorizadas pelas teorias semânticas) e das questões de fidelidade e moralidade (influentes nos procedimentos de criação da norma).

Nessa linha é que Dworkin, ao incentivar a prevalência da perspectiva teórica do direito para além da visão de direito como simples questão fática, desenvolveu seus estudos sobre interpretação do direito, que são imprescindíveis para elucidar a

¹¹DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 7-8.

¹²DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 11.

ideia de integridade de direito e de fundamentação das mais diversas decisões judiciais, dentre as quais estão incluídos os padrões decisórios.

A análise de Dworkin enfatiza a existência de três tipos de interpretação: conversacional, científica e construtiva, conforme pontuam Fernandes e Pedron:

Para negar a tese do positivismo, Dworkin apresenta a idéia do direito como um conceito interpretativo, tomando; uma distinção hermenêutica entre três tipos de interpretação: **(1) a interpretação conversacional** visa a descobrir o significado do que outra pessoa nos diz, sendo imprescindível a análise de sons e signos usados. Desta forma, está ligada à intenção de um falante que transmite algo a um intérprete que se esforça em desvendar os motivos do orador; **(2) a interpretação científica** – que se afasta da primeira por não ser intencional – volta-se para a descrição da causalidade dos eventos naturais; e **(3) na interpretação criativa/construtiva**, busca-se não a elucidação da vontade do autor da obra ou do proferimento, exclusivamente, mas pretende realizar a “fusão de horizontes” gadameriana entre autor e intérprete.¹³ **Negrito Nosso**

Para Dworkin, a interpretação conversacional “atribui significados a partir dos supostos motivos, intenções e preocupações do orador, e apresenta suas conclusões como afirmações sobre a ‘intenção’ deste ao dizer o que disse.”¹⁴ Por isso, a interpretação é caracterizada como intencional.

Por outro lado, a interpretação científica não é intencional, mas, sim, causal, na medida em que esta atividade é realizada em outro contexto, pois “um cientista começa por coletar dados, para depois interpretá-los.”¹⁵

Entretanto, a interpretação que realmente interessa a Dworkin e que serviu de parâmetro para o desenvolvimento de sua teoria é a interpretação construtiva ou criativa, tendo em vista que neste grupo está inserida a interpretação do direito, considerando-se que essa visão construtiva da interpretação está vinculada à análise das práticas sociais.

O objetivo da interpretação construtiva é a verificação do significado do texto a partir de uma relação entre o intérprete e a obra, conforme pontua Pinheiro:

A construtiva, mais importante, e que diz respeito ao Direito como uma prática social, tem como objeto central a atribuição de significado ao propósito do texto, distanciando-se, portanto, da causa ou da intenção do

¹³ FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. *O Poder Judiciário em Crise*, p. 205

¹⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 61.

¹⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 61.

autor. Ou seja, trata-se de uma interação entre o propósito do intérprete e objeto interpretado.¹⁶

A partir desse conceito de interpretação construtiva, e da sua correlação com a interpretação do direito, Dworkin desenvolve seus estudos com a apresentação das fases daquela interpretação construtiva.

As etapas dessa interpretação seriam três:

- a) etapa pré-interpretativa;
- b) etapa interpretativa propriamente dita;
- c) etapa pós-interpretativa.

Na primeira etapa, estabelecem-se, por consenso, as práticas sociais consideradas jurídicas, com a definição de regras e padrões que definirão o conteúdo experimental.

A segunda etapa diz respeito à fase interpretativa, na qual o intérprete busca uma justificativa geral para os mais relevantes elementos da prática social verificada na fase anterior.

Num terceiro e último momento, a etapa pós-interpretativa, o intérprete deve ajustar seu pensamento sobre o que a prática realmente requer para melhor servir a justificativa aceita na segunda etapa interpretativa.

Para demonstrar isso, vale citar as palavras de Dworkin:

Primeiro, deve haver uma etapa “pré-interpretativa” na qual são identificados as regras e padrões que se consideram fornecer o conteúdo experimental da prática. [...] As regras sociais não têm rótulos que as identifiquem. Mas é preciso haver um alto grau de consenso – talvez uma comunidade interpretativa seja bem definida como necessitando de consenso nessa etapa – se se espera que a atitude interpretativa dê frutos, e podemos, portanto, nos abstrair dessa etapa em nossa análise ao pressupor que as classificações que ela nos oferece são tratadas como um dado na reflexão e argumentação do dia-a-dia. Em segundo lugar, deve haver uma etapa interpretativa em que o intérprete se concentre numa justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na etapa pré-interpretativa. [...] Por último, deve haver uma etapa pós-interpretativa ou reformuladora à qual ele ajuste sua ideia daquilo que a prática “realmente” requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa.¹⁷

¹⁶ PINHEIRO, Guilherme César. *A vinculação decisória no Estado Democrático de Direito brasileiro: uma proposta de compreensão hermenêutica da fundamentação das decisões judiciais no contexto de aproximação entre o civil Law e common Law*, p. 58.

¹⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 81-82.

Diante disso, o que se constata, em síntese, é que a interpretação do direito para Dworkin parte da crítica ao entendimento do direito como simples questão de fato, devendo prevalecer, na verdade, a importância da interpretação construtiva (desenvolvida em três etapas) para o enfrentamento da divergência teórica, no sentido de se questionar se um conteúdo normativo ou precedente judicial específico esgota ou não os fundamentos relativos ao Direito.

Todavia, como o presente capítulo objetiva utilizar da Teoria da Integridade do Direito de Dworkin como marco teórico para o estudo do padrão decisório e sua fundamentação na perspectiva da Hermenêutica Jurídica, imprescindível que os estudos sobre a interpretação do direito não se limitem a esta síntese e sejam aprofundados a partir da verificação das três concepções do direito: convencionalismo, pragmatismo e integridade do direito.

A primeira das concepções diz respeito ao convencionalismo, que estabelece que o direito torna-se legítimo apenas na hipótese de estar fundamentado em decisão pretérita. A prática jurídica, bem compreendida, desenvolve-se pelo respeito às convenções jurídicas, considerando tão somente suas conclusões como direito.¹⁸

Ademais, conforme argumenta Dworkin, essa primeira concepção jurídica se caracteriza pela incompletude do direito por convenção, tendo em vista que há situações de anomia em que não é possível ao magistrado decidir com base em decisões/convenções pretéritas:

O direito por convenção nunca é completo, pois constantemente surgem novos problemas que ainda não haviam sido resolvidos de nenhuma maneira pelas instituições que dispõem da autoridade convencional para resolvê-los.¹⁹

Nessas situações de inexistência de decisões pretéritas para decidir o caso, Dworkin expõe que, nas bases do convencionalismo, a decisão a ser tomada pelo juiz é “discricionária no sentido forte do termo: é deixada em aberto.”²⁰

Considerando-se que o convencionalismo objetiva a manutenção de uma previsibilidade do direito, a partir da exigência da consideração das convenções jurídicas pretéritas na interpretação, indiscutível que a solução dos convencionalistas para a anomia contradiz a sua concepção de direito ao estabelecer que, em

¹⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 141-142.

¹⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 142.

²⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 143.

exercício da discricionariedade, “o juiz deve encontrar algum outro tipo de justificativa além da garantia do direito, além de qualquer exigência de consistência com decisões tomadas no passado, que venha apoiar o que fará em seguida.”²¹

Assim, indiscutível que essa concepção de direito é insuficiente, na medida em que se restringe a adotar a lógica positivista de aplicação do direito a partir da obrigatoriedade de observância das regras e decisões pretéritas.

Nesse sentido, trata-se de concepção de direito compatível com a visão liberal, contra a qual já foram tecidas críticas em capítulo anterior para o desenvolvimento da defesa do Estado Democrático de Direito em contraposição à dicotomia: liberalismo x republicanismo.

Outra concepção de direito utilizada como suporte para o desenvolvimento crítico do pensamento de Dworkin é o pragmatismo, entendido como uma perspectiva cética do direito, e que se compatibiliza com as ideias do paradigma do Estado Social.

A caracterização desta concepção como cética se explica pelo fato de que os pragmáticos negam que as decisões do passado sejam justificativas para o uso do poder coercitivo estatal. O fato é que, para o pragmatismo, o juiz encontra a coerção na própria justiça, desvinculado de decisões anteriores e guarnecido da possibilidade de criar direito novo.²²

Assim pontuam Fernandes e Pedron:

Por isso, no pragmatismo, parece desaparecer qualquer separação entre legislação e aplicação judicial do Direito: o juiz, ao se posicionar desvinculado de toda e qualquer decisão política do passado, pode decidir os casos concretos aplicando um direito novo que ele mesmo criou. Mais uma vez, afasta-se a coerência de princípios em favor de uma perspectiva de bem-estar coletivo.²³

Portanto, fica claro que esta crítica dos pragmáticos à utilização das decisões pretéritas como fundamento para a aplicação do direito configura um embate ao convencionalismo, sobre o qual já foi ponderado.

Nesse passo, constata-se que é isto o que determina o antagonismo entre as concepções: pragmatismo e convencionalismo. É o que pondera Dworkin:

²¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 143.

²² DWORKIN, Ronald. *O imperito do direito*, p. 185.

²³ FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. *O Poder Judiciário em Crise*, p. 209.

O convencionalismo oferece uma teoria positiva, não cética, dos direitos que as pessoas possuem: elas têm como pretensões juridicamente asseguradas todos os direitos que as convenções jurídicas extraem de decisões políticas tomadas no passado. [...] O pragmatismo, ao contrário, nega que as pessoas tenham quaisquer direitos; adota o ponto de vista de que elas nunca terão direito àquilo que seria pior para a comunidade apenas porque alguma legislação assim o estabeleceu, ou porque uma longa fileira de juízes decidiu que outras pessoas tinham tal direito.²⁴

Assim, a partir dessa diferenciação das concepções, é possível concluir, por exemplo, que, numa visão convencionalista, temas como a problemática do presente estudo, relativa à crítica à formação do padrão decisório sem o prévio dissenso jurisprudencial, de certa forma seriam bem aceitos pelos adeptos do denominado convencionalismo, muito embora já fique aqui a ressalva de que a crítica à padronização preventiva neste trabalho não significa a defesa de uma concepção de direito nos modos do convencionalismo.

Por outro lado, para o pragmatismo, a padronização decisória preventiva não seria entendida como um problema científico, na medida em que, em contraposição à concepção convencionalista, na visão pragmática as decisões pretéritas não são significativas.

A preocupação dos pragmáticos seria de que houvesse a observância do bem-estar coletivo e do que seria justo, razão pela qual, em detrimento do direito posto, o juiz poderia criar novo direito.

Verifica-se que, na mesma lógica do pensamento socializador processual reforçado com o paradigma do Estado Social, o pragmatismo incentiva a participação ativa do juiz no exercício da atividade criativa do direito, com a justificativa do discurso do bem-estar social.

Sobre essa problemática do juiz como pacificador social, conforme já destacado no presente trabalho, é preciso reiterar a crítica no sentido de que o protagonismo judicial dessa forma dá ensejo à produção de decisões arbitrárias.

Diante disso, os estudos de Dworkin exigiram o desenvolvimento de uma concepção de direito que combatesse o pragmatismo e o convencionalismo, tal como no campo da Teoria da Constituição foi necessária uma reflexão e proposição do Estado Democrático de Direito, como novo horizonte interpretativo estatal, crítico dos enfoques liberais e sociais, nos termos da Teoria do Discurso.

²⁴DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 186.

A concepção de direito formulada por Dworkin é denominada integridade do direito, desenvolvida no sentido de entender que é inútil a discussão sobre se os juízes descobrem o direito, por meio da aplicação das decisões do passado, ou se o criam a partir da tomada de decisões que irão influenciar o futuro.

Em razão disso essa concepção é tratada como uma crítica às demais, quais sejam convencionalismo e pragmatismo.

Para superar os enfoques trazidos pelos convencionalistas e pragmáticos, Dworkin resumidamente pontua que o direito como integridade se destaca por demandar uma interpretação contínua:

O direito como integridade é diferente: é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração. O programa que apresenta aos juízes que decidem casos difíceis é essencialmente, não apenas contingentemente, interpretativo; **o direito como integridade pede-lhes que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso. Oferece-se como a continuidade e como origem – das interpretações mais detalhadas que recomenda.**²⁵
Negrito Nosso

E para o desenvolvimento da atividade interpretativa contínua, indispensável o reconhecimento dos princípios como normas integrantes do ordenamento jurídico, o que implica na crítica à existência exclusiva de regras, ou seja, normas escritas pelo legislativo.

Nessa linha, Dworkin pontua que o direito como integridade pressupõe uma comunidade de princípios que auxilia na construção do futuro e justifica as decisões do passado:

O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar mesmo para o atual direito, os ideais objetivos práticos dos políticos que o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado.²⁶

O que se verifica, então, é que a interpretação construtiva desenvolvida por Dworkin é histórico-institucional, na medida em que se baseia na integração de decisões que foram construídas e reconstruídas por meio exatamente da chamada

²⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 273.

²⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 274.

comunidade de princípios. Não se exige, portanto, uma vinculação com as decisões particulares das instituições, mas sim com os princípios que as fundamenta.

É a partir dessa concepção que Dworkin desenvolve a metáfora do “Romance em Cadeia”, por meio da qual se fortalece a ideia de coerência do ordenamento jurídico em que se compara a interpretação e formação de decisão ao processo de elaboração de um capítulo de um livro.

Dworkin esclarece:

Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade.²⁷

Nesse passo, Dworkin entende que a decisão é como um capítulo de um livro que integra um todo e deve considerar os capítulos precedentes, por meio da interpretação destes.

Essa concepção demonstra claramente a compatibilização da Teoria da Integridade com o modelo de processo constitucional, na perspectiva do Estado Democrático de Direito, se entendido que a formação da decisão demanda o exercício do contraditório.

Como já ponderado em capítulos anteriores, é preciso tecer críticas aos modelos processuais voltados para uma política liberal, neoliberal ou socializadora, na medida em que esses modelos não incentivam a participação ativa dos cidadãos na aplicação e construção de seus direitos.

Nessa linha, se for considerado que a interpretação construtiva proposta por Dworkin se estabelece por meio do contraditório como influência e não surpresa, estar-se-á assegurando a construção democrática dos vários tipos de decisões judiciais, dentre elas as que têm conteúdo de padrão decisório.

Ao estudar sobre a formação das decisões judiciais, o princípio do contraditório merece destaque, pois o provimento final deve ser uma consequência lógica do que foi discutido pelas partes no processo exatamente por meio do exercício da garantia do contraditório.

²⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 276.

Quanto ao contraditório, enquanto princípio e garantia fundamental, não pode ser objeto de reflexão senão na perspectiva do processo constitucional.

De modo muito apropriado, Brêtas chama a atenção para o fato de que a questão a ser discutida é quanto à forma como o contraditório é entendido por grande parte dos estudiosos do direito. Em suma, Brêtas frisa que os textos estudados “culminaram em reduzir o alcance do contraditório, qualificando-o, resumidamente, como ciência bilateral dos atos e termos do processo e possibilidade das partes de os contrariar.”²⁸

Leal, entendedor do processo como instituto constitucionalizado balizado pelos princípios institutivos do contraditório, ampla defesa e isonomia, assim disserta acerca da vinculação entre contraditório e processo constitucional:

Por conseguinte, o princípio do contraditório é referente lógico-jurídico do processo constitucionalizado, traduzindo, em seus conteúdos, a dialogicidade necessária entre interlocutores (partes) que se postam em defesa ou disputa de direitos alegados, podendo, até mesmo, exercer a liberdade de nada dizerem (silêncio), embora tendo direito-garantia de se manifestarem. [...] Conclui-se que o processo, ausente o contraditório, perderia sua base democrático-jurídico-principiológica e se tornaria um meio procedimental inquisitório em que o arbítrio do julgador seria a medida colonizadora da liberdade das partes.²⁹

Dentro dessa perspectiva, contraditório não seria meramente o direito de dizer e contradizer, mas, sim, uma garantia de influência e não surpresa no âmbito do processo constitucional.

Nesse passo, relevante invocar a crítica realizada por alguns autores, como é o caso de Nunes³⁰, ao citar Corrado Ferri, jurista italiano, que caberia ao juiz garantir o debate processual entre as partes pelo contraditório, assegurando que não haja decisão surpresa, cujos fundamentos sejam diversos daquelas questões discutidas nos autos.

O fato é que não se pode deixar o processo a cargo tão somente das partes, ainda que se fale em contraditório. É preciso que o juiz também seja um indivíduo atuante e presente, sem, no entanto, abandonar o respeito aos direitos fundamentais.

²⁸ BRÊTAS, Ronaldo. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 98.

²⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*, p. 99.

³⁰ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*, p. 229.

Um procedimento desenvolvido pelas partes, sem qualquer intervenção do juiz como garantidor dos direitos, poderia propiciar um privilégio para a parte economicamente mais forte.

Nessa linha, ressalta Nunes:

Com base no princípio do contraditório e, por consequência, no da efetividade normativa, faz-se necessária a implementação do diálogo incessante entre os sujeitos processuais, de modo a impedir decisões surpresas por parte do juiz e a imposição de argumentos estratégicos e persuasivos de uma parte bem assessorada tecnicamente. Somente argumentos normativos e legítimos deveriam formar a decisão compartilhada – ou seja, argumentos que possam ser fundamentados normativamente.³¹

Na perspectiva de contraditório como garantia de influência e não surpresa, justifica-se a importância do denominado princípio da fundamentação das decisões judiciais, previsto na Constituição brasileira de 1988 no artigo 93, inciso IX e X, como princípio da motivação das decisões.

Como disse Müller, não é possível ao juiz “brincar de pretor romano”³². Assim, toda e qualquer decisão judicial deve ser fundamentada racionalmente, não cabendo ao juiz, no ato de decidir, criar o direito e apresentar argumentos sem qualquer embasamento jurídico e em total desconexão com o ordenamento jurídico.

Brêtas³³, de forma bem didática, elenca quatro razões lógicas para a exigência da fundamentação das decisões, que seriam:

- a) controle de constitucionalidade da função jurisdicional;
- b) tolhimento de interferências ideológicas e subjetivas do julgador no ato de julgar;
- c) verificação da racionalidade da decisão;
- d) facilitação do direito de recurso diante de decisões claras e bem estruturadas.

O que se verifica é que o princípio da fundamentação das decisões vai mais além, visto que não basta que o juiz seja tão somente um aplicador da norma, o que significaria um retorno aos enfoques positivistas do século XIX.

³¹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*, p. 241.

³² MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*, p. 127.

³³ BRÊTAS, Ronaldo. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 137.

É nesse sentido que há relação entre a formação das decisões e o princípio do contraditório. Não é possível falar em racionalidade do pronunciamento jurisdicional sem que os fundamentos utilizados não partam de prévia discussão.

É o que argumenta Leal:

A questão de fundo que é deslembada pela afirmativa de que o juiz é livre para decidir, bastando que motive “racionalmente” sua decisão, é exatamente a da própria “racionalidade” decisória no Estado Democrático de Direito, porque o juiz, mediante mera indicação de textos legais e de fórmulas de que se utilizaria para aplicação das normas ao caso posto, extirparia das partes o direito fundamental de construir discursivamente a própria racionalidade decisória.³⁴

Nesse passo é que se pode relacionar a ideia de direito como integridade (como um romance em cadeia) com o princípio constitucional do contraditório, na medida em que a partir de um devido processo legal embasado pela participação das partes e do juiz é que poderá ser realizada a interpretação construtiva da melhor maneira possível e de forma democrática.

A ideia de integridade do direito e a de contraditório como garantia de influência e não surpresa são imprescindíveis para dar suporte à visão procedimentalista do Direito de Habermas, conforme já destacado no capítulo 3, que exige que os discursos de aplicação e justificação do direito sejam legitimamente aceitos pelos destinatários.

O contraditório como garantia de influência e não surpresa é, portanto, indiscutivelmente uma ideia condizente com a necessidade de que os discursos de aplicação não limitem a formação das decisões ao magistrado.

Por outro lado, vale destacar a compatibilidade entre as ideias de Dworkin e Habermas no tocante à valorização de uma coerência do direito, conforme pontuam Fernandes e Pedron:

Assim, também em Habermas, os recursos permitem que sejam produzidas novas respostas jurídicas, mantendo a expectativa de que essas sejam mais adequadas que as anteriores. As decisões proferidas no passado e no presente, então, não podem ser descartadas, pois indicam uma linha de raciocínio na compreensão de um direito e contribuem para uma leitura coerente.³⁵

³⁴ LEAL, André Cordeiro. *O Contraditório e a Fundamentação das Decisões*, p.104-105.

³⁵ FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. *O Poder Judiciário e(m) Crise: Reflexões de Teoria da Constituição e Teoria Geral do Processo sobre o Acesso à Justiça e as Recentes Reformas do Poder Judiciário à Luz de: Ronald Dworkin, Klaus Günther e Jürgen Habermas*, p. 277.

Diante disso, com base nessa perspectiva de interpretação construtiva (de Dworkin) por meio de um processo constitucional, compatibilizada ao paradigma do Estado Democrático de Direito enfatizado por Habermas, é que a crítica à padronização decisória preventiva se justifica, conforme será mais bem esclarecido no item a seguir.

6.2 DA CRÍTICA À PADRONIZAÇÃO DECISÓRIA PREVENTIVA: A NECESSIDADE DE UMA VISÃO “CONTRA-FÁTICA” DO NOVO CPC

Após serem feitas as ponderações acerca da concepção de direito como integridade e do contraditório como influência e não surpresa, a relevância da crítica em relação à padronização decisória se evidenciou mais ainda.

Ocorre que a ideia de direito como integridade e a concepção de contraditório como influência e não surpresa, enquanto temas indispensáveis no tocante à problemática da fundamentação das decisões judiciais, são logicamente imprescindíveis também para o debate a respeito da formação do padrão decisório.

O padrão decisório, na condição de uma decisão judicial como qualquer outra, depende de uma formação que observe o processo jurisdicional democrático, de modo a exigir a influência do debate processual preexistente à decisão padrão.

Ora, a ideia de fundamentação da decisão judicial, interligada ao debate travado pelas partes e, inclusive, a decisões de outros juízes sobre a mesma questão, é claramente compatível com a concepção de direito como integridade e de contraditório como influência e não surpresa.

Por isso, é preciso refletir acerca da padronização decisória a partir desses enfoques, em prol da construção do Estado Democrático de Direito, especialmente no contexto reformista brasileiro.

É inegável que o Novo CPC trará avanços, tendo em vista que em seu texto há previsão no artigo 10 do denominado contraditório como influência e não surpresa.

Ademais, também há disposição expressa do artigo 489 do Novo CPC sobre a necessidade de fundamentação racional das decisões, com a obrigatória

verificação de todos os argumentos capazes de influenciar o julgamento do caso, além de exigir a observância e aplicação adequada de enunciados de súmulas, precedentes e jurisprudência.

Sobre isso, destaca Bahia e outros:

Assim, no Novo CPC impõe o cumprimento do que já estava contido no art. 93, IX, da CRFB/1988, no seu art. 486, uma vez que ao analisar o modo como as decisões são (mal) fundamentadas tornou-se imperativa uma perspectiva adequada para a referida cláusula constitucional, inclusive com o respaldo dessa (nova) legislação que promova com efetividade a expansividade e perfectibilidade típicas do modelo constitucional de processo brasileiro.³⁶

Nessa linha, verifica-se que o Novo CPC deve servir como legislação afirmadora do modelo de processo constitucional, marcado por participação efetiva das partes e fundamentação racional das decisões.

Todavia, nem todos os estudiosos e operadores do direito têm ciência do grau de importância dessas alterações legislativas, que provocarão impacto na forma como os tribunais deverão enfrentar os diversos tipos de litigiosidade, inclusive a repetitiva.

O fato é que os tribunais brasileiros, com influências da convergência de tradições jurídicas, vêm reconhecendo cada vez mais a importância da jurisprudência para a fundamentação das decisões. Entretanto, o que preocupa é o modo como esta recepção de ideias, prevalentes no *common law*, está sendo feita.

Por exemplo, no tocante aos precedentes judiciais, constata-se que os tribunais brasileiros limitam-se a formá-los de maneira superficial e, uma vez formados, a aplicá-los mecanicamente, sem necessariamente considerar todos os argumentos relevantes para o caso.

É o que pondera Nunes:

Já se vem criticando o modo superficial e romântico como a técnica de precedentes vem sendo utilizada pelos tribunais pátrios hoje; sejam os superiores na formação, sejam os de segundo grau, os aplicando, de inexplicável modo mecânico.

Ocorre que com a adoção normativa do contraditório dinâmico será impensável pensar que um julgado de um tribunal (superior ou de segundo grau) pelo simples fato de ter passado pela técnica de causa piloto, vá ter o

³⁶ BAHIA, Alexandre Melo Franco Bahia et al. *Novo CPC: Fundamentos e Sistematização*, p. 262. Os autores fazem menção ao então artigo 486 da versão do projeto de lei do Novo CPC utilizada para a 1ª edição do livro. Atualmente, na versão sancionada, o artigo referido (com conteúdo idêntico) é o artigo 489 do Novo CPC.

condão de gerar um padrão decisório hábil a obter alto teor persuasivo (ou mesmo efeitos vinculantes) se não tiver promovido uma análise extenuante de todos os argumentos relevantes na discussão do caso. O respeito ao processo constitucional é, assim, em consonância com o CPC Projetado, essencial na formação e aplicação dos precedentes.³⁷

Nessa linha, percebe-se que os tribunais brasileiros não estão refletindo acerca dos precedentes judiciais, notadamente com relação à sua fundamentação, tendo em vista que nem sempre são formados a partir de um esgotamento dos argumentos.

Logo, o que se verifica é que, no contexto brasileiro, os denominados precedentes judiciais geralmente não observam o princípio do contraditório como influência e não surpresa, tamanha a superficialidade existente no procedimento de formação do padrão decisório.

Noutro giro, no campo da aplicação do precedente, a problemática deriva do fato de que os tribunais brasileiros aplicam o precedente judicial sem sequer realizar um cotejo analítico adequado entre o caso paradigma (formador do precedente) e o caso em julgamento. Ou seja, além das dificuldades na formação do precedente, também há uma falha de fundamentação das decisões aplicadoras dos precedentes.

Entretanto, é preciso que essa prática seja repensada, na medida em que até mesmo na tradição de *common law* os precedentes não são formados e aplicados de maneira mecânica e inflexível.

A ideia de precedente vinculante do *common law*, por exemplo, não significa que o juiz não pode se recusar a aplicá-lo, ressaltando-se que há técnicas argumentativas, como o *distinguishing* e o *overruling*, que possibilitam ao juiz não observar o precedente judicial.

É o que pontua Taruffo:

É notório que, mesmo no sistema inglês, que parece ser aquele no qual o precedente é dotado de maior eficácia, os juízes usam numerosas e sofisticadas técnicas argumentativas, dentre as quais o *distinguishing* e o *overruling*, a fim de não se considerarem vinculados ao precedente que não pretendem seguir.³⁸

³⁷ NUNES, Dierle. *Novo CPC consagra concepção dinâmica do contraditório*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-out-08/dierle-nunes-cpc-consagra-concepcao-dinamica-contraditorio>

³⁸ TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*, p. 147.

O *overruling* e o *distinguishing*, em síntese, são espécies de *judicial departures*, hipóteses de afastamento de uma regra jurisprudencial no sistema de *common law*.

É claro que, embora os vários tipos de *judicial departures* se assemelhem por buscarem o afastamento do precedente judicial, é preciso destacar que cada uma das espécies possuem peculiaridades.

O *overruling* e o *distinguishing*, por exemplo, se diferenciam na medida em que este último afasta o precedente especificamente para o caso em concreto, sem que isto implique a revogação do precedente. Por outro lado, o *overruling* consiste no afastamento do precedente como norma universal, conforme analisa Bustamante:

Como vimos, o *distinguish* pode ser descrito como uma *judicial departure* que se diferencia do *overruling* porque o afastamento do precedente não implica seu abandono – ou seja, sua validade como norma universal não é infirmada-, mas apenas sua não-aplicação em determinado caso concreto, seja por meio da criação de uma exceção à norma adscrita estabelecida na decisão judicial ou de uma interpretação restritiva dessa mesma norma, com o fim de excluir suas consequências para quaisquer outros fatos não expressamente compreendidos em sua hipótese de incidência.³⁹

Portanto, como dito, mesmo nos sistemas jurídicos de *common law*, nos quais os precedentes judiciais e as decisões judiciais em geral são relevantes fontes do direito, a formação e aplicação dos padrões decisórios não é automática.

Nesse sentido, verifica-se que o grande desafio dos tribunais brasileiros é formar precedentes judiciais e padrões decisórios em geral na perspectiva de um processo democrático, embasado pela exigência da fundamentação das decisões a partir da ideia de direito como integridade e de contraditório como influência e não surpresa.

Inclusive, a formação dos precedentes e das decisões judiciais com a explicitação do maior número de argumentos possíveis nas decisões e acórdãos dos tribunais é essencial para o exercício das práticas de afastamento de regras jurisprudenciais, tais como o *overruling* e o *distinguishing*, no âmbito brasileiro.

Verifica-se que a formação adequada do padrão decisório evitará que o *overruling* e o *distinguishing* sejam práticas reiteradas e que, quando forem necessárias, realizem-se perante decisões-modelo de qualidade, bem

³⁹BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: A Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais*, p. 470.

fundamentadas, formadas a partir do maior número de argumentos consistentes possível.

O que se propõe é que os tribunais brasileiros entendam que essa exigência de observância de fundamentação do precedente relacionada ao contraditório dinâmico (como influência e não surpresa) retirará a superficialidade das decisões que se vê na prática atual.

E é preciso que se diga que a temática da aplicação inadequada dos precedentes pelo Judiciário brasileiro tem relação intensa com o problema científico do presente trabalho vinculado às técnicas de enfrentamento da litigiosidade repetitiva.

Ora, assim como ocorre com relação aos precedentes, necessita-se que os tribunais brasileiros também reconheçam e modifiquem as falhas na fundamentação no tocante à formação e aplicação das decisões advindas dos procedimentos previstos na legislação para o dimensionamento da litigiosidade repetitiva.

Trata-se de problemática que afeta também o desenvolvimento das *judicial departures*, conforme argumenta Cabral:

E a decisão do incidente pode também ser menos eficiente, seja porque não vislumbrou uma possibilidade decisória, seja porque, ao omitir-se sobre certos argumentos, deixa espaço para novos dissensos, podendo surgir, posteriormente, questionamentos no sentido de evitar a aplicação da decisão do incidente a processos pendentes. Neste caso, o *distinguishing* teria fundamento na omissão do Tribunal julgador em considerar certos argumentos que, não debatidos, impediram que a tese jurídica fosse aplicada porque aquele caso seria diverso, devendo ser apreciado à luz daqueles argumentos não analisados quando do julgamento do incidente.⁴⁰

Infelizmente, o que se constata ainda, na prática, é o julgamento sem qualquer atividade interpretativa pelos tribunais com relação à verificação da história institucional de análise do caso, realidade completamente incompatível perante a concepção de direito como integridade.

Trata-se, em síntese, de um julgamento a partir de um “marco zero interpretativo”, conforme pontuam Bahia e Nunes:

Com Dworkin aprendemos que os tribunais, ao julgar um novo caso, devem respeitar a história institucional da aplicação daquele instituto (tese ou caso)

⁴⁰ CABRAL, Antônio Passo. A escolha da causa-piloto nos Incidentes de Resolução de Processos Repetitivos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 39, v. 231, maio/2014, p. 211.

como um romance em cadeia, mas permitindo rupturas devidamente fundamentadas e consonante a sua concepção de integridade. No entanto, em face da pressuposição brasileira de que os Ministros (e juizes) devem possuir liberdade decisória cria-se um quadro de “anarquia interpretativa” na qual nem mesmo se consegue respeitar a história institucional da solução de um caso dentro de um mesmo tribunal. Cada juiz e órgão do tribunal julgam a partir de um “marco zero” interpretativo, sem respeito à integridade e ao passado de análise daquele caso; permitindo a geração de tantos entendimentos quantos sejam os juizes.⁴¹

Nesse passo, mais do que avanço, o Novo CPC traz um desafio para os tribunais brasileiros, conforme já dito, uma vez que há previsão no texto da nova legislação da exigência da fundamentação das decisões e da observância do contraditório como influência e não surpresa.

Diante disso, o que se verifica é que o Novo CPC traz normas que visam claramente impedir a prevalência dessa realidade fática de decisões não fundamentadas.

Essa sistemática de normatização como coibidora de comportamentos ordinariamente existentes nada mais é do que a expressão da “função contra-fática” do Direito, exemplificada por Nunes exatamente a partir da menção ao Novo CPC como contributo à implementação da visão de modelo processual constitucional em contraposição às práticas de inobservância da normatização:

Ao se perceber uma série de vícios e descumprimentos à normatização (inclusive constitucional) a nova legislação tenta, contra-faticamente, implementar comportamentos mais consentâneos com as finalidades de implementação de efetividade e garantia de nosso modelo processual constitucional. Este é um de seus grandes pressupostos ao se buscar corrigir problemas sistêmicos. Adota-se, assim, uma série de “registros de avanço” normativos para uma plêiade de comportamentos não cooperativos habitualmente adotados pelos sujeitos processuais.⁴²

Nessa perspectiva, se o Novo CPC for adequadamente aplicado e interpretado, pode ser considerado um grande avanço na luta pela observância do processo jurisdicional democrático.

Apenas por meio desta adequada interpretação do Novo CPC é que se poderia dizer, por exemplo, que as técnicas de padronização decisória para o

⁴¹ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; NUNES, Dierle José Coelho. Tendências de Padronização Decisória no PLS nº 166/2010: o Brasil entre o Civil Law e o Common Law e os Problemas na Utilização do Marco Zero Interpretativo. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. (Org.). *Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais*. 1ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, v. 1, p. 91.

⁴² NUNES, Dierle José Coelho. *A função contra-fática do direito e o Novo CPC*. A ser publicado na Revista da AASP. São Paulo, abr. 2015.

dimensionamento da litigiosidade repetitiva contidas na nova legislação caracterizam-se como alterações legislativas condizentes com o paradigma do Estado Democrático de Direito e distantes dos enfoques neoliberais marcantes durante o período de reformas parciais iniciado na década de 1990.

E como se daria essa interpretação?

Verifica-se que o texto do Novo CPC prevê capítulos específicos quanto à aplicação de normas fundamentais e processuais, as quais necessariamente serão imprescindíveis para a interpretação dos dispositivos legais do Código.

O artigo 1º do Novo CPC prevê claramente que:

O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.⁴³

É claro que o objetivo com a citação deste dispositivo não é defender a ideia de que somente com o Novo CPC tornar-se-á exigível a interpretação conforme a Constituição, visto que desde a promulgação da Carta Magna em 1988 a leitura e a aplicação das regras e princípios jurídicos estão obrigatoriamente vinculadas à necessidade de observância das normas constitucionais.

Realmente, chega a ser redundante a norma do artigo 1º do Novo CPC, que nada mais é do que a repetição ou referência a princípios constitucionais, conforme pontuam Espindola, Isaia e Saldanha:

Considerando-se que “outro” texto não deveria repetir a Constituição, parece ser demasiado o referido dispositivo, como a reforçar aos juristas que “não esqueçam da Constituição”. Ora, no atual paradigma neoconstitucionalista, a observação dos princípios trazidos pela Constituição Federal é imprescindível para qualquer espécie de processo e procedimento.⁴⁴

⁴³ SENADO FEDERAL. *Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: https://www.academia.edu/11056930/Novo_C%C3%B3digo_de_Processo_Civil_enviado_para_san%C3%A7%C3%A3o_presidencial_em_24.02.2015.

⁴⁴ ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; ISAIA, Cristiano Becker; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Interrogações sobre princípios processuais previstos no Projeto de Novo Código de Processo Civil. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *Reforma do Processo Civil: Perspectivas Constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 184.

Na verdade, o que se pretende frisar é o quanto o artigo 1º supracitado se apresenta como medida “contra-fática” à reiterada prática de alguns operadores do direito em aplicar e interpretar trechos da legislação processual de forma isolada, sem realizar uma interpretação observadora dos demais dispositivos legais e conforme a Constituição.

O avanço está no fato de que, a partir da vigência do Novo CPC, mesmo aqueles que se atêm a aplicar as regras processuais, sem uma interpretação lógico-sistemática de acordo com o texto constitucional, serão forçados a fazer uma leitura dos dispositivos legais da nova legislação a partir das premissas expressamente dispostas no artigo 1º e seguintes.

Nessa linha, caso realmente se interprete o Novo CPC a partir das normas fundamentais, várias técnicas serão rechaçadas sem sequer necessitar de uma menção expressa na lei.

Dentre essas técnicas estão aquelas relativas à padronização decisória preventiva, objeto de estudo e crítica no presente trabalho.

Considerando uma interpretação conforme a Constituição, a formação do padrão decisório exige a observância do processo como espaço de construção do Estado Democrático de Direito, paradigma jurídico previsto na Carta Magna de 1988.

Por isso a crítica à padronização decisória preventiva é válida, na medida em que o estabelecimento de um padrão decisório sem o prévio amadurecimento da jurisprudência sobre o tema afetaria diretamente a qualidade do contraditório e da fundamentação da decisão padronizadora, visto que haveria um flagrante empobrecimento do debate em razão da provável redução dos argumentos possíveis para a definição da tese jurídica.

Quando o padrão decisório é formado com a existência do prévio dissenso jurisprudencial, por óbvio que o histórico de julgados sobre determinada temática integrará os argumentos debatidos em contraditório pelas partes envolvidas na demanda na qual o padrão decisório se formará.

Ademais, no mesmo sentido, destaca-se que o empobrecimento do debate em razão do caráter preventivo da padronização é fundamentado também pela ideia de direito como integridade, considerando que uma das premissas do princípio da integridade é a formação da decisão a partir da análise reflexiva das decisões do passado.

Como já dito anteriormente, não se trata de uma análise exclusiva de decisões do passado, conforme a concepção convencionalista defende. A integridade vai além e exige também que o juiz, no ato de decidir, se preocupe com o futuro.

Todavia, essa crítica ao convencionalismo não significa o abandono por completo da importância das decisões do passado e é exatamente por isso que a ausência de prévio dissenso jurisprudencial na padronização decisória preventiva indica que há um enfraquecimento da integridade do direito.

Noutro giro, em adição a esta questão da necessidade de fundamentação e observância da integridade do direito, a interpretação conforme a Constituição não somente exige a observância da percepção de teorias voltadas para o processo democrático como também deve servir para, em exercício da função “contra-fática” do Direito, afastar qualquer prática e entendimento teórico incompatíveis com o Estado Democrático de Direito, horizonte estatal constitucionalmente previsto.

Nesse sentido é que a interpretação das normas no tocante à padronização decisória deverão ser interpretadas e aplicadas sob a perspectiva de afastamento de pensamentos antidemocráticos, como, por exemplo, o neoliberal.

O pensamento neoliberal é claramente balizador da ideia de padronização decisória preventiva, na medida em que a inexigibilidade da prévia divergência jurisprudencial retira a finalidade de estabilização conferida às técnicas de uniformização de jurisprudência para atribuí-las o papel de impedir o surgimento de novas demandas e a intensificação do congestionamento dos tribunais.

Portanto, na lógica da interpretação conforme a Constituição, imprescindível que alguns institutos previstos no Novo CPC como técnicas de padronização decisória sejam interpretados em consonância com esta crítica à lógica neoliberal, de modo a retirar a possibilidade de padronização decisória preventiva.

No caso do Incidente de Assunção de Competência, por exemplo, embora não configure técnica originariamente de dimensionamento de litigiosidade repetitiva, poderá ser utilizado como técnica de padronização decisória preventiva com esta finalidade, na hipótese de os tribunais brasileiros persistirem na adoção de um pensamento Neoliberal.

Se os tribunais brasileiros insistirem na adoção de práticas relacionadas à eficiência quantitativa, nada impedirá que os operadores de direito utilizem, ainda

que de forma disfarçada, as técnicas de padronização com finalidade exclusivamente preventiva.

Assim, na hipótese de o congestionamento dos tribunais ser considerado pelos aplicadores do direito como um problema de repercussão social e de interesse público, nada impediria que fosse utilizada a Assunção de Competência para o viés de padronização decisória preventiva e dimensionamento da litigiosidade repetitiva.

Nessa perspectiva, é preciso que o enfrentamento do Neoliberalismo se estabeleça por meio de atividades interpretativas das normas processuais a partir das normas constitucionais, o que inclui, então, a interpretação do questionável artigo 8º do Novo CPC.

Esse dispositivo prevê expressamente que o juiz “atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum”⁴⁵ ao aplicar as normas processuais, de modo a observar alguns princípios, dentre eles a eficiência.

A crítica ao artigo 8º se justifica pelo fato de que tal dispositivo propicia ao juiz uma possibilidade de interpretações em descompasso com o processo democrático.

Primeiramente, verifica-se que o artigo 8º, se inadequadamente interpretado, poderá propiciar a implementação no âmbito brasileiro de ideias voltadas para a socialização processual, sobre a qual foi debatido nos capítulos iniciais acerca da visão paradigmática do Direito, quando foram realizadas considerações significativas para justificar a adoção do Estado Democrático de Direito como horizonte interpretativo.

Dentre as justificativas para a filiação à visão democrática mencionada, está a crítica à socialização processual como propiciadora de um protagonismo judicial, na medida em que o juiz é visto como promotor da paz social. E é exatamente o que se interpreta à primeira vista no artigo 8º do Novo CPC, ao dispor que cabe ao juiz atender aos fins sociais e às exigências do bem comum.

E a problemática se intensifica e relaciona com o presente trabalho, na medida em que o artigo 8º menciona que, para a atuação judicial em atendimento aos fins sociais, o juiz deve observar a eficiência.

Verifica-se, então, que o Novo CPC, em tal dispositivo, não só traz expressões típicas do discurso dos adeptos à concepção socializadora do direito

⁴⁵SENADO FEDERAL. *Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: https://www.academia.edu/11056930/Novo_C%C3%B3digo_de_Processo_Civil_enviado_para_san%C3%A7%C3%A3o_presidencial_em_24.02.2015.

processual, mas também deixa em aberto a concepção de eficiência, o que poderá ensejar também a adoção do conceito de eficiência quantitativa, compatível com o discurso neoliberal.

Ora, o artigo 8º do Novo CPC é preocupante no sentido de que seria possibilitada aos adeptos das concepções neoliberais a utilização do discurso da prevalência do bem comum e dos fins sociais, típico da socialização, para disfarçadamente aplicar as normas processuais com base numa eficiência quantitativa.

Se se entender que a morosidade processual e a litigiosidade repetitiva, por exemplo, são problemas sociais, gera-se o risco de que o juiz interprete a eficiência a partir da defesa da redução do tempo e custo do processo com base em fundamentos da socialização processual, sem manifestar declaradamente que, na verdade, o objetivo é a execução de uma política econômica neoliberal.

De toda forma, o que se verifica é que a ideia de eficiência, seja sob a ótica da socialização processual ou numa visão neoliberal, não é aceitável, na medida em que deve ser desenvolvida do ponto de vista qualitativo e não quantitativo.

Nesse sentido, é preciso destacar a existência de dois tipos de eficiência: qualitativa e quantitativa.

Para justificar esta classificação, Taruffo⁴⁶ parte da adoção de critérios relativos ao modo como se entende as finalidades do processo.

Em uma primeira perspectiva, Taruffo ressalta que há a possibilidade de se entender que a meta do processo é única e exclusivamente referente à resolução de conflitos, independentemente do conteúdo da decisão final. A partir desta visão se desenvolve o conceito de eficiência quantitativa, sob a lógica de que “quanto mais rápida e mais barata a resolução do litígio, mais eficiente a ação.”⁴⁷

Noutro giro, quanto à eficiência qualitativa, Taruffo⁴⁸ a define a partir da perspectiva de que o processo deve ser sim entendido como meio de resolução de conflitos, mas com a condicionante de que as decisões sejam de qualidade.

⁴⁶ No original: “The quicker and cheaper the resolution of the dispute, the more efficient the litigation.” TARUFFO, Michele. *Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation*. Disponível em: <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/Ponenc.htm>.

⁴⁷ TARUFFO, Michele. *Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation*. Disponível em: <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/Ponenc.htm>.

⁴⁸ TARUFFO, Michele. *Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation*. Disponível em: <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/Ponenc.htm>.

Em razão disso, revela-se a complexidade da eficiência qualitativa, na medida em que não pode ser abandonada a importância da verificação do tempo e do custo para a resolução do litígio, mas, por outro lado, os fatores relativos à qualidade e ao conteúdo da decisão final também devem ser considerados.

Portanto, por esta ótica, considerando que a interpretação conforme a Constituição impõe que a qualidade das decisões, medida pela fundamentação destas, seja tida como imprescindível para a visão democrática de processo, resta claro que toda e qualquer norma processual que trate sobre temática vinculada à eficiência deve ser interpretada e aplicada a partir da perspectiva qualitativa em detrimento da quantitativa.

Nesse sentido, destacam Nunes e Teixeira que: “acaso se privilegie apenas a perspectiva ‘quantitativa’ de eficiência, a equação entre tempo e quantidade há de significar necessariamente a perda da qualidade.”⁴⁹

É nessa medida que o artigo 8º do Novo CPC não poderá ser aplicado sob o enfoque neoliberal, voltado exclusivamente para uma política econômica de redução de tempo e custos no âmbito processual, concluindo-se que o termo “eficiência” previsto no referido dispositivo legal somente poderá ser interpretado a partir da perspectiva qualitativa.

Nesse passo, mais uma vez, assim como foi dito quando tratado acerca do artigo 1º do Novo CPC, vale destacar que o artigo 8º também deverá ser utilizado como parâmetro para interpretação das demais normas processuais, incluindo as relativas às técnicas de padronização decisória.

Diante disso, frisa-se que as normas jurídicas sobre procedimentos de padronização decisória, especialmente para o dimensionamento de litigiosidade repetitiva, somente poderão ser interpretadas pela ótica da eficiência qualitativa.

Nessa linha é que se reafirma e encerra a crítica à padronização decisória preventiva, desta vez com argumentos ainda mais consistentes e elucidativos.

A defesa da integridade do direito e do contraditório como influência e não surpresa, como já mencionado, influencia diretamente na fundamentação das decisões.

Conseqüentemente, revela-se que essas concepções também interferem na eficiência do Judiciário, tendo em vista que a atividade jurisdicional, como visto, é

⁴⁹ NUNES, Dierle José Coelho; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à Justiça Democrático*, p. 137.

qualitativamente eficiente tão somente quando as decisões judiciais são adequadamente fundamentadas.

Em razão disso, a padronização decisória preventiva é ineficiente, tendo em vista que a ausência de prévio dissenso jurisprudencial não favorece a formação de decisões bem fundamentadas, pois a integridade e o contraditório ficam maculados pela lógica da eficiência quantitativa.

Na perspectiva da padronização decisória preventiva, prefere-se priorizar o caráter impeditivo do início de uma litigiosidade repetitiva à possibilidade de se estabelecer um padrão decisório considerando o maior número de argumentos possíveis, de modo que a decisão proferida seja a mais adequada e a que gerará maior estabilidade.

Ora, a padronização repressiva, se devidamente formada e aplicada a partir do processo constitucional, é claramente mais eficiente, do ponto de vista qualitativo.

Ademais, o que parece óbvio é que, na situação de instauração de procedimento para padronização decisória preventiva, faticamente é inviável a verificação de que determinada questão, objeto de padronização, será objeto de futuras demandas de forma massificada. Como prever a futura repetição de demandas? Quais os critérios para a verificação da “potencial” repetição de demandas?

Nessa linha, a própria análise do cabimento dos procedimentos de padronização ficaria prejudicada, por falta de critérios objetivos, ou, então, o que é mais preocupante, poderia abrir espaço para a adoção de subjetivismos, notadamente do juiz.

Diante disso, não restam dúvidas de que a padronização decisória preventiva deve ser rechaçada, o que fica de alerta para os operadores do direito, tendo em vista o contexto reformista brasileiro com a iminência de entrada em vigor do Novo CPC.

7 CONCLUSÃO

Após capítulos de exposição, confirma-se a relevância de qualquer debate vinculado às atuais alterações legislativas na área do Direito Processual brasileiro.

A partir da pesquisa realizada, a intenção foi exatamente contribuir com esse contexto, especialmente com a iminência de um Novo CPC.

Nesse sentido é que se iniciou o presente trabalho com capítulos que evidenciaram a importância do Novo CPC como uma aposta de enfrentamento da crise do Judiciário e, também, como medida “contra-fática” perante algumas práticas baseadas em ideias desconexas com a Constituição de 1988.

Dentre os fatores que marcam a crise do Judiciário, está aquele relativo ao congestionamento dos tribunais brasileiros, com elevado número de ações, o que fora confirmado por pesquisas empíricas acerca da quantidade de processos e do tempo despendido para a tramitação das ações.

Uma das pesquisas empíricas consultadas é a expressa no relatório anual “Justiça em Números” do Conselho Nacional de Justiça, órgão público vinculado ao próprio Judiciário.

Em tal relatório, fica evidenciado que a taxa de congestionamento – resultado da verificação dos dados sobre processos entrantes e encerrados – é elevada, chegando a percentuais superiores a 70%. E, como se viu, tais números são a expressão de algumas questões, dentre elas:

- a) o número considerável de demandas ajuizadas;
- b) a morosidade no julgamento das ações.

Não se trata de uma realidade isolada dos tribunais brasileiros, visto que as exposições realizadas nos capítulos 4 e 5 são exemplificativas do quanto a litigiosidade excessiva é um fenômeno global, tendo sido inclusive um fator influente na aproximação entre sistemas e tradições jurídicos.

Logo, constatou-se que a temática é importantíssima e atual, pois reflete a intensificação de conflitos resultante de um mundo contemporâneo globalizado e marcado por sociedades complexas.

Nesse sentido, no contexto brasileiro, o que pode ser dito é que é preciso que os estudiosos do direito, bem como o legislador, apresentem e reflitam sobre soluções que sirvam para o enfrentamento desse cenário de litigiosidade excessiva nos tribunais, como forma de tentativa de superação da crise do Judiciário.

É em razão disso que se evidencia a importância do Novo CPC, o qual deve ser entendido como uma oportunidade para que sejam realizadas alterações no ordenamento jurídico brasileiro de grande relevância para o enfrentamento do excesso de litigiosidade, especialmente a denominada litigiosidade repetitiva, caracterizada por um número elevado de ajuizamento de demandas com a mesma causa de pedir e idêntico pedido.

Como também se expôs, o acúmulo de demandas repetitivas pode ser entendido como um considerável contributo para o elevado número de demandas nos tribunais, motivo pelo qual foram apresentados no capítulo 2 resultados de pesquisa empírica coordenada por Cunha e Gabbay, especificamente sobre a litigiosidade repetitiva e sua influência para o congestionamento dos tribunais.

Nesse passo, se o debate sobre o Novo CPC pode ser considerado importante oportunidade para as reflexões sobre soluções para a litigiosidade excessiva como um todo, mais ainda o é para as discussões acerca de medidas de dimensionamento da litigiosidade repetitiva.

Entretanto, é a partir daí que surge efetivamente o conflito de ideias que justifica o desenvolvimento de pesquisas jurídicas sobre a temática da litigiosidade excessiva ou repetitiva.

Talvez possa ser entendido como um consenso, do ponto de vista acadêmico, o reconhecimento de que há uma crise do Judiciário, agravada pelo acúmulo de demandas repetitivas. Todavia, a divergência evidentemente está no modo como os estudiosos e aplicadores do direito enfrentam esta realidade e a forma como são propostas soluções.

A partir disso, demonstra-se o segundo ponto que torna o debate acerca do Novo CPC relevante, tendo em vista que, como foi dito, esta codificação pode ser considerada como uma aposta de medida legislativa “contra-fática” ao período de reformas processuais parciais caracterizado pela visão neoliberal de eficiência processual a partir da ótica quantitativa.

O que se verificou é que no final da década de 80 houve uma grande influência do Banco Mundial na política econômica brasileira, sob uma perspectiva neoliberal, que está relacionada especialmente com a ideia de produtividade.

Nessa medida, a partir da década de 1990, constatou-se, conforme exposto no capítulo 3, que a política econômica neoliberal foi implementada no campo processual a partir da adoção de medidas legislativas com a finalidade de

concessão de celeridade processual a todo custo, como forma de gerar uma produtividade judicial.

Várias foram as reformas legislativas com claro propósito de redução do tempo do processo sob a ótica de uma eficiência quantitativa, tendo sido expostos alguns exemplos ao longo deste estudo, como foi o caso da referência à inclusão no Novo CPC da possibilidade de prolação de sentença improcedente liminarmente, sem prévia citação do Réu.

A crítica que se faz ao denominado Neoliberalismo Processual é exatamente ao modo como enfrenta a realidade do congestionamento dos tribunais, tendo em vista que se limita a uma defesa da eficiência quantitativa caracterizada por uma redução do tempo do processo e do número de demandas independentemente da qualidade das decisões judiciais.

Ora, necessita-se que qualquer concepção sobre o direito compatibilize-se com o Estado Democrático de Direito, o que impede uma percepção unicamente econômica do processo, sem qualquer preocupação com a qualidade das decisões judiciais.

A concepção de Habermas para o termo “Estado Democrático de Direito” valoriza a qualidade das decisões, como expressão do exercício da democracia, razão pela qual a lógica da eficiência quantitativa vista na realidade brasileira não se compatibiliza com esse horizonte de interpretação expressamente previsto na Constituição brasileira de 1988.

Diante desse contexto, advindo promulgação do Novo CPC, os estudiosos do direito comprometidos com uma interpretação conforme a Constituição deverão se esforçar para utilizá-lo como norma “contra-fática” à realidade fortemente marcada por defensores do pensamento neoliberal de eficiência quantitativa.

É claro que esses apontamentos para a importância do Novo CPC não significam que as deficiências não existam, tanto que no capítulo 5 do presente trabalho encontram-se várias críticas a alguns artigos da nova legislação, incluindo, por exemplo, a manutenção da possibilidade de sentença liminar, semelhantemente à situação do artigo 285-A do CPC de 1973.

Entretanto, como dito exaustivamente, a importância dessa nova codificação ainda assim é clarividente, pois propicia uma reforma global do ordenamento processual, diferentemente do contexto de alterações legislativas esparsas.

E para que essa reforma global escape dessa perspectiva de produtividade judicial dos neoliberalistas, imprescindível que se compatibilize com uma concepção de direito que se estruture a partir da ótica da eficiência qualitativa, que implica em dizer que não basta que haja uma preocupação com a redução do tempo e custo do processo se isto não for realizado de modo a preservar a qualidade das decisões.

Diante disso, no presente trabalho, como foi anunciado desde os capítulos introdutórios, utilizou-se a temática da padronização decisória, destaque no Novo CPC, como objeto de estudo para exemplificar o quanto é influente o modo como as medidas legislativas para o enfrentamento da litigiosidade excessiva podem assumir um caráter neoliberal ou um caráter democrático¹, a depender da percepção de eficiência – qualitativa ou quantitativa – inferida de determinada técnica ou procedimento previstos na legislação.

Para tornar o estudo mais específico, dentro da temática da padronização decisória, optou-se por dar um enfoque àquela de caráter preventivo, exatamente por se tratar da hipótese de formação de padrão decisório mais preocupante.

Ocorre que, conforme exposto, a padronização decisória preventiva se desenvolve notoriamente para evitar uma futura repetição elevada de ações idênticas ou que tratem sobre questões idênticas, sem exigir que este número elevado de demandas judiciais já seja uma realidade no momento da formação da decisão padrão.

Como visto no capítulo 5, ao ser ponderado sobre o IRDR e os recursos especiais e extraordinários repetitivos, quando foi tratado sobre a escolha da “causa-piloto” e do “processo-modelo”, já há prejuízos para a qualidade do padrão decisório que é formado a partir de um escasso dissenso jurisprudencial. Mais prejudicada ainda fica a qualidade da decisão-modelo na hipótese de padronização decisória preventiva, em que se dispensa por completo a divergência jurisprudencial prévia, pois nem sequer haveria um conjunto considerável de processos disponíveis para serem escolhidos como “causas-piloto” ou “processos-modelo”.

Diante disso, não há dúvidas que a padronização decisória preventiva é um dos exemplos mais clarividentes de medidas/técnicas com caráter neoliberal vinculado à ideia de eficiência quantitativa.

¹ Democrático no sentido de estar vinculado aos enfoques do paradigma do Estado Democrático de Direito.

Com a finalidade de fundamentar esta crítica, não haveria melhor concepção do direito do que a formulada por Dworkin a partir de sua Teoria da Integridade. E é exatamente este o marco teórico do presente trabalho, anunciado no capítulo 3 e detalhamento exposto no capítulo 6.

A concepção de direito como integridade defendida por Dworkin valoriza a história institucional, formada por decisões pretéritas, para que se forme uma decisão de qualidade, caracterizada por uma fundamentação racional e mais completa possível.

Viu-se que a partir da consideração das decisões passadas, no momento da decisão, o juiz deve fundamentar por meio de uma interpretação construtiva, contínua, como se estivesse num romance em cadeia, devendo considerar decisões pretéritas, mas a elas não necessariamente se vincular, podendo inovar.

Noutro giro, foi preciso acrescentar à perspectiva de Dworkin sobre Hermenêutica Jurídica, ponderações sobre Teoria Geral do Processo no tocante à essencialidade da influência das partes na construção do provimento final, compatibilizando-se com a perspectiva de Estado Democrático de Direito de Habermas.

Os enfoques democráticos exigem que os destinatários influenciem na fundamentação das decisões, razão pela qual o desenvolvimento da interpretação construtiva somente é possível se observado o princípio do contraditório e sua condição de influência e não surpresa.

Nesse sentido, todos os fundamentos da decisão não são resultado de uma análise isolada do juiz, sendo exigível que a fundamentação parta de argumentos que foram apresentados por qualquer uma das partes ou pelo próprio juiz e sobre os quais a discussão tenha sido oportunizada a todos os envolvidos antes da decisão.

Diante disso, está mais que fundamentada a crítica à padronização decisória preventiva, visto que a inexistência de um dissenso jurisprudencial prévio empobrecerá a interpretação construtiva no procedimento formador do padrão decisório.

A ausência de uma história institucional consistente, por inexistir poucos ou nenhum caso pretérito, formará uma decisão padrão de baixa qualidade e que servirá de parâmetro para outros casos.

Na mesma perspectiva, a ausência de prévio dissenso jurisprudencial na padronização decisória preventiva tende a propiciar um contraditório, no

procedimento de formação do padrão, desenvolvido sem uma variedade de argumentos considerável, em razão da falta de maturidade da discussão no âmbito judicial.

Portanto, nada democrática a técnica da padronização decisória preventiva, razão pela qual o que se espera é que os defensores do pensamento neoliberal, tão logo entre em vigor o Novo CPC, não utilizem de interpretação equivocada para a formação de padrões decisórios com finalidade exclusiva de redução de demandas, conforme foi exemplificado no tocante ao Incidente de Assunção de Competência.

Viu-se que o texto do Novo CPC prevê em seus primeiros capítulos a necessidade de observância das normas fundamentais da Constituição, o que retira a possibilidade de qualquer interpretação que não esteja de acordo com o Estado Democrático de Direito, incluindo as técnicas de dimensionamento de litigiosidade repetitiva.

É preciso combater, com críticas acadêmicas consistentes, o Neoliberalismo Processual como forma de reafirmar o horizonte interpretativo constitucional, evitando equívocos do legislador e da comunidade jurídica como um todo.

Não se nega que o congestionamento dos tribunais com demandas, especialmente as repetitivas, é uma problemática para a efetivação dos direitos. Todavia, o que se espera é que o presente trabalho possa contribuir, a partir do exemplo da crítica à padronização decisória preventiva, para o incentivo à proposição e execução de soluções que objetivem combater o número elevado de demandas em trâmite, mas que, numa perspectiva de eficiência qualitativa, propiciem a manutenção da qualidade das decisões judiciais.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ANDERSON, Perry. **Passagens da antiguidade ao feudalismo**. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. As tradições jurídicas de Civil Law e Common Law. In: NUNES, Dierle et al (Org.). **Novas tendências do Processo Civil**. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 557-610.

BAGGIO, Moacir Camargo; OLIVEIRA JR., José Alcebíades. **Jurisdição: da litigiosidade à mediação**. In: *Costituzionalismo.it* (Roma), v. 2, 2009.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Recursos Extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado**. Curitiba: Juruá, 2009.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; NUNES, Dierle José Coelho. Tendências de Padronização Decisória no PLS nº 166/2010: o Brasil entre o Civil Law e o Common Law e os Problemas na Utilização do Marco Zero Interpretativo. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. (Org.). **Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais**. 1ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, v. 1, p. 75-95.

BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. **Formação e aplicação do direito jurisprudencial: alguns dilemas**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, SP, v. 79, n. 2, p. 118-144, abr./jun. 2013.

BAHIA, Alexandre Melo Franco Bahia et al. **Novo CPC: Fundamentos e Sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 1ª edição.

BARROS, Flaviane de Magalhães. ; NUNES, Dierle José Coelho. As reformas processuais macroestruturais brasileiras. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, José Luis bolzan. (Org.). **Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais**. Belo Horizonte: Forum, 2010, p. 17-28.

BASTOS, Antonio Andonias Aguiar. Devido Processo Legal, Sociedade de Massa e Demandas Repetitivas. In: CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle; THEODORO Jr., Humberto (coord.). **Processo e Constituição: Os Dilemas do Processo Constitucional e dos Princípios Processuais Constitucionais**. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2012, p. 201-236.

BASTOS, Antonio Andonia; BUENO, Cássio Scarpinella; DIDIER JUNIOR, Fredie. II Encontro de Jovens Processualistas do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 39, v. 227, p. 437-446, jan. 2014.

BEMFORD, David. CIVIL PROCEDURAL SYSTEMS: PRO AND CONTRA. In: **Civil Procedure in Cross-cultural Dialogue: Eurasia Context: IAPL World Conference on Civil Procedure**, September 18–21, 2012, Moscow, Russia: Conference Book / Ed. by Dmitry Maleshin; International Association of Procedural Law. – Moscow: Statut, 2012, p. 245-253.

BENETI, Sidnei Agostinho. Assunção de Competência e fast-track recursal. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 34, n. 171, p.09-23, mai. 2009.

BESSO, Chiara. CIVIL PROCEDURAL SYSTEMS: PRO AND CONTRA. In: **Civil Procedure in Cross-cultural Dialogue: Eurasia Context: IAPL World Conference on Civil Procedure**, September 18–21, 2012, Moscow, Russia: Conference Book / Ed. by Dmitry Maleshin; International Association of Procedural Law. – Moscow: Statut, 2012, p. 269-277.

BRASIL. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 jan. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm. Acesso em: 03 fev. 2015.

BRASIL. Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jan. 2015.

BRASIL. Lei 9.307/96. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 set. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 09 nov. 2014.

BRASIL. Lei 13.015/2014. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre o processamento de recursos no âmbito da Justiça do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 Jul. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/13015.htm. Acesso em: 10 jan. 2015.

BRASIL. Novo Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 19 jun. 2015.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

BURNHAM, William. **Introduction to the law and legal system of the United States**. St. Paul: West Publishing, 1995.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de (coord.). **A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário**. Brasília, CNJ. 2014.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial: A Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais**. São Paulo: Editora Noeses, 2012.

CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Revista de Processo**, ano 32, n. 147. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio/2007.

CABRAL, Antônio Passo. A escolha da causa-piloto nos Incidentes de Resolução de Processos Repetitivos, p. 201-223. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 39, v. 231, maio/2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 12. ed. ver. Atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, v. I.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Emenda 181/2011 ao Projeto de Lei 8.046/2010 do Senado Federal**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=930855&filenome=Tramitacao-EMC+181/2011+PL804610+%3D%3E+PL+8046/2010. Acesso em: 23 fev. 2015.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Relatório Geral da Comissão Especial dos Projetos de Lei 6.025/2005 e 8.046/2010**. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/relatorio-cpc-sergio-barradas.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CARVALHO NETTO, Menelick de. O requisito essencial da imparcialidade para a decisão constitucionalmente adequada de um caso concreto no paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito. In: **RVPGE**, Belo Horizonte, Número 1 - Janeiro/Junho 1999, p. 101-115.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

CNJ. **Número de processos em trâmite no Judiciário cresce 10% em quatro anos**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/26625-numero-de-processos-em-tramite-no-judiciario-cresce-10-em-quatro-anos>. Acesso em: 24 maio 2014

CNJ. **Relatório sobre o Seminário Justiça em números – 2010/2011**. Brasília: 2011.

CNJ. **Justiça em números 2013**: ano base 2012. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>. Acesso em: 03 fev. 2015.

CNJ. **Justiça em números 2014**: ano base 2013. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>. Acesso em: 03 fev. 2015.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). Privilégio de Foro e Improbidade Administrativa. In: **O Supremo Tribunal Federal revisitado**: o ano judiciário de 2002. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

CUNHA, Luciana Gross; GABBAY, Daniela Monteiro (org.). **Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no judiciário**: uma análise empírica. São Paulo: Saraiva, 2012.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **(Re)Pensando a Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

DIDIER Jr., Fredie (coord.). **III ENCONTRO DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS**: Carta do Rio. Disponível: www.academia.edu/7103232/Carta_do_Rio_III_Fórum_Permanente_de_Processualistas_Civis. Acesso em: 26 de janeiro de 2015.

DIDIER Jr., Fredie (coord.). **IV ENCONTRO DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS**: Enunciados Consolidados do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Disponível em: https://www.academia.edu/9845423/Enunciados_consolidados_do_Fórum_Permanente_de_Processualistas_Civis. Acesso em: 26 jan. 2015.

DIDIER JR., Fredie; JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A terceira etapa da reforma processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DINIZ, Ana Paula Pereira da Silva. **Técnica impeditiva de recursos especiais 'repetitivos' e o processo constitucional**: uma análise de compatibilidade democrática. 2011. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; ISAIA, Cristiano Becker; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Interrogações sobre princípios processuais previstos no Projeto de Novo Código de Processo Civil. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **Reforma do Processo Civil**: Perspectivas Constitucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 165-200.

FABIANO, Isabela Márcia de Alcantara. **Mecanismos processuais para a solução de conflitos trabalhistas cumulados, massificados e repetitivos**. 2011. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

FERREIRA, Juliana Maria Matos. **O modelo participativo de processo coletivo: as ações coletivas como ações temáticas**. 2009. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. **O Poder Judiciário e(m) Crise: Reflexões de Teoria da Constituição e Teoria Geral do Processo sobre o Acesso à Justiça e as Recentes Reformas do Poder Judiciário à Luz de: Ronald Dworkin, Klaus Günther e Jürgen Habermas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms**. Translation by Willian Rehg. Cambridge/Massachusetts: MIT Press, 1996.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HARSÁGI, Viktória. Hungarian Report. In: **Civil Procedure in Cross-cultural Dialogue: Eurasia Context: IAPL World Conference on Civil Procedure, September 18–21, 2012, Moscow, Russia: Conference Book / Ed. by Dmitry Maleshin; International Association of Procedural Law. – Moscow: Statut, 2012, p. 277-290.**

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. 3. ed. Portugal: Fórum da História, 2003.

HONDIUS, Edwoud. General Report. In: HONDIUS, Edwoud (org.). **Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law, Utrecht, 16-22 July 2006**. Bruxelas: Bruylant Bruxelles, 2007. 01-24.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1975.

LEAL, André Cordeiro. **O Contraditório e a Fundamentação das Decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Fábio Resende. As novas características do direito processual civil brasileiro: sincretismo processual e especialização procedimental. In: **XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, 2009, São Paulo. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009. p. 9019-9046.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

LÓPEZ, Adriana Patricia Arboleda. Derecho procesal: dilemas sobre la verdad en el proceso judicial. In: CORREA, Ana Milena Gómez (coord.). Colección de Investigaciones en Derecho No.2. **Derecho procesal**: dilemas sobre la verdad en el proceso judicial / Grupo de Investigaciones en Derecho (GRID) UPB – Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, 2014, p. 287-314.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 2 ed. Ver. e at. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

MALESHIN, Dimitry. General Report. In: **Civil Procedure in Cross-cultural Dialogue**: Eurasia Context: IAPL World Conference on Civil Procedure, September 18–21, 2012, Moscow, Russia: Conference Book / Ed. by Dmitry Maleshin; International Association of Procedural Law. – Moscow: Statut, 2012, p. 235-244.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação Crítica entre as Jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. In: WAMBIER, Teresa Arruda (coord.). **Revista de Processo**, São Paulo, ano 34, nº 172, p. 175-232, jun. 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O Direito Romano e seu ressurgimento no final da Idade Média. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Fundamentos de história do direito**. 3. ed. 2 tir. Ver. E ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 137-168.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999.

MENKEL-MEADOW, Carrie. Dispute Resolution in Different Societies: formal and informal procedures. In: **Civil Procedure in Cross-cultural Dialogue**: Eurasia Context: IAPL World Conference on Civil Procedure, September 18–21, 2012, Moscow, Russia: Conference Book / Ed. by Dmitry Maleshin; International Association of Procedural Law. – Moscow: Statut, 2012, p. 90-110.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. V. 5. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 616-617.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 1998.

NUNES, Dierle José Coelho. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências 'não compreendidas' de padronização decisória. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 199, p.41-82, set. 2011.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático: Uma Análise Crítica das Reformas Processuais**. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

NUNES, Dierle José Coelho; TEIXEIRA, Ludmila. **Acesso à Justiça Democrático**. 1 ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

NUNES, Dierle José Coelho ; PATRUS, Rafael Dilly . Uma breve notícia sobre o procedimento-modelo alemão e sobre as tendências brasileiras de padronização decisória: um contributo para o estudo do incidente de resolução de demandas repetitivas brasileiro. In: DIDIER, Fred et al (Org.). **Novas Tendências do Processo Civil** - Estudos sobre o Projeto do Novo CPC. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, v. 1, p. 471-484.

NUNES, Dierle José Coelho. **Padronizar decisões pode empobrecer o discurso jurídico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-ago-06/dierle-nunes-padronizar-decisoes-empobrecer-discurso-juridico>. Acesso em: 13 abr. 2014.

NUNES, Dierle José Coelho; REZENDE, Marcos; SILVA, Helen Cristina Almeida. **Doutrina não tem contribuído como deveria na aplicação do Direito**. Consultor Jurídico (São Paulo. Online). Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jul-30/doutrina-nao-contribuido-deveria-aplicacao-direito>. Acesso em: 11 jan. 2015.

NUNES, Dierle. **Novo CPC consagra concepção dinâmica do contraditório**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-out-08/dierle-nunes-cpc-consagra-concepcao-dinamica-contraditorio>. Acesso em: 06 fev. 2015.

NUNES, Dierle José Coelho. **Alguns requisitos democráticos da aplicação dos precedentes e Novo CPC**. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/alguns-requisitos-democraticos-da-aplicacao-dos-precedentes-e-novo-cpc/>. Acesso em: 16 fev. 2015.

NUNES, Dierle. **O IRDR do Novo CPC** : este “estranho” que merece ser compreendido. Disponível em: <http://justificando.com/2015/02/18/o-irdr-novo-cpc-este-estranho-que-merece-ser-compreendido/>. Acesso em: 22 fev. 2015.

NUNES, Dierle José Coelho. **A função contra-fática do direito e o Novo CPC**. A ser publicado na Revista da AASP. São Paulo, abr. 2015.

OMMATI, José Emilio Medauar. **Teoria da Constituição**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PEDRON, Flávio Quinaud. A possibilidade de recurso como garantia constitucional do devido processo legal (constitucional). **Revista CEJ**, Brasília, Ano XII, n. 42, p. 4-10, jul./set. 2008

PINHEIRO, Guilherme César ; SILVA, Diogo Henrique Dias. Apontamentos críticos à manutenção do recurso de embargos de declaração frente à técnica recursal e o direito fundamental às decisões racionalmente fundamentadas. In: Instituto de Hermenêutica Jurídica. **4º Congresso Constituição e Processo: uma análise hermenêutica da (RE)construção dos códigos**, 2012, Belo Horizonte. Anais do 4º Congresso Constituição e Processo: uma análise hermenêutica da (RE)construção dos códigos, p. 21-32.

PINHEIRO, Guilherme César. **A vinculação decisória no Estado Democrático de Direito brasileiro: uma proposta de compreensão hermenêutica da fundamentação das decisões judiciais no contexto de aproximação entre o civil Law e common law**. 2013. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

REZENDE, Marcos. **Precedentes, uma contribuição à fundamentação da decisão no estado democrático de direito**. 2015. 180 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

RODRIGUES JR.; Walsir Edson. **As Formas Alternativas de Resolução de Conflitos**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

ROSA, Alexandre Moraes da; MARCELLINO JR., Julio Cesar. Law And Economics, Neoliberalismo e eficiência: desvelando conexões. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, v. 1, 2009, p. 173-180.

ROSSONI, Igor Bimkowski. **O “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas” e a Introdução do Group Litigation no Direito Brasileiro: Avanço ou Retrocesso?**. Disponível em: http://www.tex.pro.br/home/artigos/44-artigos-dez-2010/4740-o-incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas-e-a-introducao-do-group-litigation-no-direito-brasileiro-avanco-ou-retrocesso#_ftn73. Acesso em: 19 dez. 2014.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Tempos de Processo Pós-Moderno: O Dilema Cruzado entre ser Hipermoderno e Antimoderno. In: CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle; THEODORO JÚNIOR, Humberto (Org.). **Processo e Constituição: Os Dilemas do Processo Constitucional e dos Princípios Processuais Constitucionais**. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2010, p. 237-280.

SCHMITZ, Paula Schmitz. **A Repercussão Geral no Recurso Extraordinário Interposto por Ente Público**. Disponível em: http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2012/Artigo_5_A_repercussao_geral.pdf

SENADO FEDERAL. **Anteprojeto de Lei do Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2014.

SENADO FEDERAL. **Código de Processo Civil**: a história de outras comissões.

Disponível em:

http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/CPC_Comiss%C3%B5es_hist%C3%B3ria.pdf. Acesso em: 03 fev. 2015.

SENADO FEDERAL. **Novo Código de Processo Civil**. Disponível em:

https://www.academia.edu/11056930/Novo_C%C3%B3digo_de_Processo_Civil_enviado_para_san%C3%A7%C3%A3o_presidencial_em_24.02.2015. Acesso em: 26 fev. 2015.

SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante**: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: introdução ao direito dos EUA. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SOUSA, Mariana Almeida de; SALES, Lília Maia de Moraes. O Sistema de Múltiplas Portas e o Judiciário Brasileiro. In: **Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 16, p. 204-220, jul/set 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **O Fahrenheit Sumular do Brasil**: O controle Panóptico da Justiça. Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/14.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2014.

STÜRNER, Rolf. Reformas recentes e perspectivas de desenvolvimento do Processo Civil alemão. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL BRASIL-ALEMANHA, 2010, Recife, PE. LEAL, Márcio Flávio Mafra (Coord.). **Seminário Internacional Brasil-Alemanha**: Pontes de Miranda : (Português - alemão). Brasília: CJF, Centro de Estudos Judiciários, p. 41-52.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Revista de Processo**, São Paulo, v.36, n.199, p. 139-155, set. 2011.

TESHEINER, José Maria Rosa. Do incidente de resolução de demandas repetitivas no anteprojeto de Código de Processo Civil (Artigos 895 a 906). In: **Revista Jurídica**: [Porto Alegre], Porto Alegre (RS), v.58, n.393, p. 27-34, jul. 2010.

TWINING, William. Globalização e estudos jurídicos. In: **Meritum - Revista de Direito da Universidade Fumec**: Belo Horizonte, v. 7, n. 1, p. 15-53, jan/jun 2012.

VELOSO, Cynara Silde Mesquita. **Súmulas vinculantes como entraves ideológicos ao processo jurídico de enunciação de uma sociedade democrática**. 2008. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Brazillian Report. In: **Civil Procedure in Cross-cultural Dialogue**: Eurasia Context: IAPL World Conference on Civil Procedure, September 18–21, 2012, Moscow, Russia: Conference Book / Ed. by Dmitry

Maleshin; International Association of Procedural Law. – Moscow: Statut, 2012, p. 253-265.

WHITTAKER, Simon. Precedent in English Law: a view from the citadel. In: HONDIUS, Ewoud (org.). **Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006.** Bruxelas: Bruylant, 2007, p. 27-73.

WOO, Margaret. Chinese Report. In: **Civil Procedure in Cross-cultural Dialogue: Eurasia Context: IAPL World Conference on Civil Procedure, September 18–21, 2012, Moscow, Russia: Conference Book / Ed. by Dmitry Maleshin; International Association of Procedural Law.** – Moscow: Statut, 2012, p. 265-268.

ZANETI JR., Hermes. **Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.** 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.