

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA I**

RAQUEL FABIANA LOPES SPAREMBERGER

SIMONE LETÍCIA SEVERO E SOUSA

PEDRO AUGUSTO GRAVATÁ NICOLI

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, Simone Letícia Severo e Sousa, Pedro Augusto Gravatá Nicoli – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-130-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetivação da justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

Apresentação

No volume ora apresentado, os artigos produzidos para o Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, ocorrido em Belo Horizonte em novembro de 2015, constituem um testemunho histórico do atual momento do processo e da jurisdição no Brasil e em escala global. Seja como técnica, campo do saber jurídico, zona de vivências e arena para o entrecruzamento de demandas sociais das mais variadas ordens, o processo foi problematizado à luz de uma premissa que emerge do conjunto dos textos: a ideia de acesso efetivo à justiça. Tal acesso, aqui, é tomado de forma materializada, em seu sentido substancial, reconectando a dimensão jurídico-processual com seus fins últimos e com os caminhos (e descaminhos) de seu alcance. Como instrumento de realização de direitos e garantias fundamentais, resulta da leitura dos textos uma reinvenção necessária dos sentidos últimos do processo.

Para tanto, a dimensão principiológica do processo é compreendida como repositório dos valores mais caros à realização da justiça, não apenas como idealidade, mas como concretude no e pelo processo. A ocasião da edição do novo Código de Processo Civil brasileiro torna ainda mais oportuno o momento reflexivo e convida a situar o processo numa crise estabelecida na função jurisdicional. O alto índice de litigiosidade, o congestionamento processual e os entraves materiais e formais a uma prestação de mérito e exequível tornam tal retomada de fundamentos uma necessidade premente. E, diante dessas condições, a criatividade das análises produzidas sinaliza possíveis rotas de avanços.

É o caso do conjunto de reflexões em torno da ideia de cooperação processual. Concebida como medida de racionalização sistêmica do processo (e não como quimera a sublimar os conflitos e desconsiderar a posicionalidade das partes), a cooperação desenha seus conteúdos concretos, em deveres das partes, de seus representantes e do juiz. O imperativo constitucional da razoável duração do processo, consectário processual da ideia de justiça em si, torna as análises das formas jurídicas de cooperação, mais uma vez, uma necessidade. Talvez se desenhe ali um efetivo princípio jurídico, a contar das proposições de alguns dos trabalhos deste volume, em reconhecimento a uma densidade normativa própria, um dever de cooperar. O caráter adversarial do processo, contudo, não é pura e simplesmente mascarado, mas se faz acompanhar de um dever de lealdade processual que se engaje, em suas dimensões sistêmicas, com a própria realização da justiça.

É o mesmo cenário a alimentar a rica reflexão em torno das demandas repetitivas, da coletivização do processo e da expansão das possibilidades de precedentes judiciais. Aqui, a jurisdição é instada a um exercício de autoanálise que exponha cruamente as arestas da idealização de um livre convencimento motivado em isolamento, como espaço mítico de redenção jurídico-processual. A percepção de que as decisões judiciais interagem de maneira permanente e dão corpo à jurisdição como exercício, invariavelmente supera a imagem de um julgador isolado na prática de função meramente técnica.

A figura do juiz, aliás, merece espaço destacado nos textos produzidos. Submetida ao conjunto das análises constitucionais e políticas que as últimas décadas legaram, a função jurisdicional é posicionada de maneira crítica nas matrizes do Estado Democrático de Direito. Poderes e prerrogativas na condução do processo são recolocados em interação com seus sentidos materiais. As complexidades de um itinerário simplificador que move o juiz de um autômato técnico a um ativista processual são desnudadas, instando o processo a compreender melhor a posição de um de seus atores determinantes. E compreendê-la de forma mais democrática, sensível a impactos sistêmicos, ciente de limitações e propositiva.

O quadro se completa com análises concretas de momentos processuais chave. A execução e o alcance patrimonial ganham uma centralidade na reflexão que se compatibiliza com a importância concreta que têm.

A conclusão, em resumo, não poderia ser outra. O vigor do processualismo brasileiro mesmo diante de um quadro aterrador de crise na entrega da prestação jurisdicional (ou até mesmo por ele) se renova. O conjunto dos artigos aqui apresentados é prova da necessidade de difusão do engajamento da reflexão jurídico processual para que, como propôs Amartya Sen, se possam remover injustiças concretas e diárias. Para que se chegue a um processo que contribua para a superação dos privilégios, da desigualdade, que se compreenda criticamente e se alimente, quase que de maneira obcecada, sua razão de ser: o acesso material, integralizado, maximizado à justiça.

Coordenadores do GT:

Prof. Dr. Pedro Augusto Gravatá Nicoli

Professor Adjunto da Faculdade de Direito e Ciências do Estado da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). É Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela UFMG. Concluiu Pós-Doutorado (2015) junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, com bolsa

CAPES/PNPD. Esteve em temporada de pesquisas junto ao Collège de France, como parte de um programa de Doutorado-Sanduiche no Exterior, com bolsa da CAPES. Foi pesquisador visitante na Organização Internacional do Trabalho, no Instituto de Estudos Avançados de Nantes e na Universidade de Estrasburgo.

Profa. Dra. Raquel Fabiana Lopes Sparemberger

Pós-Doutora em Direito pela UFSC; Doutora em Direito pela UFPR; Advogada e Professora Universitária; Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande RS; Professora da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público POA-RS.

Profa. Dra. Simone Letícia Severo e Sousa

Possui graduação em Letras pelo Centro Universitário de Patos de Minas UNIPAM (1997), graduação em Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas UNIPAM (2000). Especialização em Direito Civil e Direito Processual Civil (2001). Mestre em Direito Empresarial pela Universidade de Franca (2003). Foi professora no curso de Direito FADIPA-UNIPAM (2001-2008). Doutora em Direito Público. Foi professora substituta do curso de Direito da UFMG (2008). Atualmente é coordenadora do curso de Direito da Unifenas/BH Universidade José do Rosário Vellano. Coordenadora do Curso de pós-graduação (lato sensu) Novas tendências do Direito Civil e do Direito Processual Civil (Unifenas BH).

**INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS COMO UM
INSTRUMENTO DE POLÍTICA PÚBLICA DE ACESSO À JUSTIÇA**

**REPETITIVE DEMANDS'S RESOLUTION'S INCIDENT AS A PUBLIC POLICY
INSTRUMENT OF ACCESS TO JUSTICE**

**Alessandra Almada de Hollanda
Celso De Albuquerque Silva**

Resumo

Igualdade, segurança jurídica, devido processo legal e duração razoável do processo são direitos fundamentais assegurados no artigo 5º da Constituição Federal brasileira. Esses direitos são a base principiológica do direito a um efetivo acesso à jurisdição. O novo código de processo civil é um importante instrumento de política pública para assegurar um poder judiciário acessível. Dentre os meios previstos no novo código de processo civil merece destaque o incidente de solução de demandas repetitivas previsto no artigo 976. Com esse incidente que obriga os juízes a seguir a tese jurídica fixada pelo tribunal nos seus precedentes judiciais, o novo código de processo civil possibilita a uniformização da decisão nas ações de natureza idêntica, com o fim de promover a igualdade e a segurança jurídica. O incidente de resolução de demandas repetitivas, ao vincular os juízes à tese jurídica nele fixada, assegura que a administração da justiça se faça de modo regular, imparcial e isonômico e garante a todos os cidadãos, em especial os menos privilegiados, um eficaz e real acesso à justiça.

Palavras-chave: Processo civil, Efetividade, Jurisdição, Precedentes vinculantes

Abstract/Resumen/Résumé

Equality, legal certainty, due process of law and reasonable duration of the process are fundamental rights guaranteed in Article 5 of the Brazilian Federal Constitution. They are the very basis of the right to an effective access to jurisdiction. The new Code of Civil Procedure is an important public policy instrument to ensure an accessible judiciary. Among the means provided by the new Code of Civil Procedure is worth mentioning the repetitive demands's solution's incident laid down in Article 976. With this incident, which compels judges to follow the legal interpretation set by the court in its judicial precedents, the new Code of Civil Procedure allows the standardization of the decision in similar cases, in order to promote equality and legal certainty. The repetitive demands's solution's incident, by linking judges to its ratio decidendi, ensures the administration of justice to do on a regular, impartial and isonomic basis and guarantees to all citizens, especially the less privileged, an effective and real access to justice.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil procedure, Effectiveness, Jurisdiction, Binding precedent

1. INTRODUÇÃO.

A Constituição Federal de 1988 dispõe como direito e garantia da cidadania que a todos são assegurados a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade e a segurança, garantindo-se, ainda, que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, que deverá, ademais, ter uma duração razoável sendo dever do Estado assegurar os meios que garantam a celeridade da proteção judicial, nos exatos termos do seu artigo 5º *caput* e incisos LIV e LXXVIII.

Referidos dispositivos constitucionais quando conjugados com o princípio da inafastabilidade controle judicial previsto no inciso XXXV do mesmo artigo 5º, que veda a dualidade de jurisdição encontrada em povos do continente europeu (BANDEIRA DE MELLO, 1998, p. 583), aponta para o dever fundamental do Estado de prover mecanismos de efetivação desses direitos através de um efetivo e eficaz acesso à justiça.

Nessa toada, como o acesso à justiça não prescinde de normas subjetivas regulatórias do processo judicial, o novo código de processo civil adotou vários institutos processuais que o qualificam como um instrumento altamente positivo de uma política pública verdadeiramente voltada para a efetividade da jurisdição e um acesso privilegiado à justiça, notadamente daquela parcela da sociedade que dispõe de poucos recursos materiais para a defesa e proteção de seus direitos.

Por questão metodológica, o presente artigo focará sua análise no incidente de resolução de demandas repetitivas previsto nos artigos 976 e seguintes do novo código de processo civil. Esse corte metodológico permite restringir a análise a apenas um dos instrumentais criados pelo novo código, atento à quase absoluta recomendação de que "quanto mais se restringe o campo de pesquisa, com mais segurança se trabalha" (ECO, 1997, p. 10), sem cair na armadilha da absolutização da especialização com perda da perspectiva geral.

O risco dessa perda de perspectiva global e sistêmica é afastado porque a análise do incidente será feita ligando-o aos princípios constitucionais da segurança jurídica e igualdade que estruturam a ideia força de um processo que assegure a efetividade da justiça na distribuição da jurisdição, o que também oferece a originalidade que um artigo acadêmico deve ostentar.

Tratando-se de uma inovação no processo que introduz a ideia de vinculação aos precedentes originários dos tribunais inferiores, é natural uma certa resistência a uma efetiva aplicação, dando-se realce as alegadas desvantagens desse instrumental.

Como regra geral a doutrina aponta várias desvantagens na adoção desse instituto, entre as quais: a rigidez e a complexidade dos sistemas fundados em precedentes vinculantes, do que decorreria uma morosidade no aperfeiçoamento do direito e as supostas ofensas aos princípios da persuasão racional do juiz, vinculado que está à lei e não aos precedentes e da separação dos poderes porque importaria na possibilidade de legislação por parte do judiciário, o que seria repellido pelo nosso sistema da *civil law*.

O presente artigo procura demonstrar que essas alegadas desvantagens são mais aparentes do que reais ou, o que é uma tese mais débil, que as vantagens da utilização do incidente de resolução de recursos repetitivos superam em muito suas alegadas desvantagens e que compete aos juristas e operadores do direito, aperfeiçoando a “mecânica” desse novo incidente, contribuir para uma maior efetividade e acesso à justiça.

O artigo se estrutura em duas partes. Na primeira busca-se analisar a função dos precedentes nos sistemas jurídicos da *commom law* e *civil law* com o objetivo de demonstrar que, diversamente do que geralmente se propaga, não há incompatibilidade em reconhecer o precedente como fonte do direito no sistema romano-germânico e, conseqüentemente, da existência de uma função normativa autônoma reservada ao poder judiciário. Com isso se pretende demonstrar serem meramente aparentes as alegadas desvantagens relacionadas a violação ao princípio da persuasão racional do juiz/legalidade e da separação de poderes.

Na segunda parte, o trabalho analisa os valores da isonomia e segurança jurídica que subjazem ao instituto, como expressamente previsto no inciso II do artigo 927 do novo código de processo civil. A efetivação desses valores promovida pelo incidente supera em larga medida as alegadas desvantagens de rigidez no direito e morosidade em seu aperfeiçoamento e, em verdade atua como um fator de maior eficiência e aperfeiçoamento do direito, pois maximiza a liberdade dos cidadãos ao tornar previsíveis as conseqüências legais da aplicação do direito aos comportamentos dos indivíduos e facilita o acesso dos menos favorecidos ao sistema judicial.

2. O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E SUA RELAÇÃO COM OS PRECEDENTES JUDICIAIS COMO FONTE DO DIREITO NOS DIVERSOS SISTEMAS JURÍDICOS.

A importância dos precedentes judiciais na elaboração e desenvolvimento do direito tem crescido sobremaneira nas últimas décadas em nosso sistema jurídico. Paulatinamente, parte da doutrina nacional já tem caminhado para o reconhecimento da jurisprudência como uma verdadeira fonte formal do nosso sistema legal.¹

A legislatura também tem caminhado na direção do fortalecimento da jurisprudência através de várias alterações legislativas no campo processual, que passaram a reconhecer a adequação ao entendimento sumulado ou à jurisprudência dominante dos tribunais superiores como um verdadeiro pressuposto processual para os recursos dirigidos aos tribunais. Esse processo, a nosso sentir, culminou com a previsão do incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no novo código de processo civil.

Nos termos do artigo 976 da nova lei processual é cabível a instauração do incidente nas hipóteses de repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e simultaneamente risco de ofensa à isonomia e a segurança jurídica, vetores axiológicos do instituto.

A seu turno, o artigo 985 do mesmo diploma normativo dispõe que julgado o incidente: a) a tese jurídica será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito que tramitem na jurisdição do respectivo tribunal, inclusive aos casos futuros que versem sobre idêntica questão de direito que venham a tramitar na mesma jurisdição e b) no caso de inobservância da tese adotada no incidente caberá reclamação.

Diante desse quadro torna-se imprescindível a análise acerca do papel que o precedente judicial tem desempenhado nos dois principais sistemas jurídicos do mundo ocidental: *common law* e *civil law*.

¹ Nitidamente assumo, em razão da argumentação que adiante será deduzida, que todos os defensores do efeito vinculante reconhecem a jurisprudência como fonte formal do direito. Nesse diapasão, dentre outras, podem se alinhar as opiniões de Miguel Reale, Carlos Mário da Silva Velloso, Sálvio de Figueiredo Teixeira, José Augusto Delgado, Walter Nunes da Silva Júnior, Carreira Alvim, Calmon de Passos, Edgard Silveira Bueno Filho, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Fernando da Costa Tourinho Neto, Ivan Lira de Carvalho e Saulo Ramos, conforme nos relata Edílson Pereira Nobre Júnior in “*O Direito Processual Brasileiro e o Efeito vinculante das Decisões dos Tribunais Superiores*”. Revista de Processo. RT. vol. 105. p. 84.

Importante, ainda, a identificação das funções desempenhadas pelo judiciário nas modernas sociedades, notadamente quanto ao aspecto de criação do direito via decisão judicial, pois é do papel desempenhado pelo judiciário enquanto fonte de produção normativa, que se originará uma maior ou menor obediência, respeito e vinculação aos precedentes judiciais e, portanto, abordagens distintas quanto ao *status* que o ordenamento jurídico lhes confere.

2.1. A vinculação ao precedente no sistema da *common law*.

A vinculação das decisões judiciais aos precedentes jurisdicionais que trataram do mesmo tema é, sem dúvida alguma, pedra angular dos ordenamentos jurídicos pertencentes ao sistema da *common law*.

A justificativa teórica clássica dessa doutrina remete às conseqüências benéficas de sua adoção. Acolhe a noção de que ela permite ao sistema legal usufruir as vantagens da previsibilidade na ordenação da conduta das pessoas, promove a necessária percepção de que a lei é estável, evita as frustrações de legítimas expectativas quanto aos direitos e deveres dos membros da coletividade, reduz o custo econômico e aumenta a eficiência do sistema judicial além de preservar o princípio da separação de poderes por impedir uma desordenada e abusiva discricionariedade judicial na criação de normas, reforçando o *judicial restraint*.

Uma outra abordagem mais moderna de justificação segue uma linha menos consequencialista e mais deontológica, ao afirmar o dever de seguir os precedentes é um corolário lógico de princípios cardeais de nosso sistema jurídico, como igualdade, segurança jurídica e integridade (PETERS, 1996, p. 2040-2041). Essa a linha principiológica acolhida no incidente de resolução de demandas repetitivas no novo código de processo civil.

Para uma boa compreensão do instituto é fundamental a percepção da função desempenhada pela decisão judicial no sistema jurídico da *common law*. Nesse sistema de origem anglo-saxã a decisão judicial, a exemplo do que ocorre nos sistemas originários das fontes romano-germânicas, resolve uma determinada controvérsia, uma específica pretensão resistida, e, nesse ponto, pacifica o tecido social através do instituto da coisa julgada que impede a eternização das demandas. As partes do processo já não podem mais discutir aquelas questões que foram debatidas e objeto de apreciação jurisdicional final.

Ocorre que nesse sistema essa decisão judicial possui uma segunda importante função: a de ser considerada como um precedente. Um precedente é definido no dicionário Oxford, como sendo “um caso anterior que é ou pode ser considerado como um exemplo ou uma regra para casos subsequentes, ou através do qual algum ato ou circunstância pode se apoiar ou se justificar” (GOODHART, 1934, p. 41).

Evidentemente que nesse significado tão amplo todo e qualquer sistema jurídico seguiria precedentes judiciais. Explicitando melhor o seu sentido, ter o qualificativo de precedente significa que essa concreta decisão judicial dá origem e enuncia um determinado princípio de direito, princípio esse que é de ser considerado e observado na solução de um caso semelhante futuro.

Em outro dizer, a regra ou princípio que se deduz da primitiva decisão judicial desborda seu campo de atuação do litígio entre as partes para se projetar com pretensões de solucionar casos futuros, desde que guardem semelhança com este que foi decidido. Por isso, no sistema anglo-saxão, o princípio cardeal é a vinculação ao precedente, fundamentado na teoria de que “quando uma corte fixou uma regra de direito em um ou mais casos, a regra não estará mais aberta para exame ou para nova decisão pelo mesmo tribunal ou por aqueles que estão obrigados a seguir suas decisões” (BORCHARD, 1916, p. 571).

Essa é a regra unanimemente aceita na moderna doutrina inglesa desde o final do século XIX² – e em todos os países filiados à tradição anglo-saxã – de sorte que os precedentes das cortes superiores são de observância obrigatória e, portanto, são fonte do direito.

2.2. A vinculação ao precedente no sistema da *civil law*

“A noção prevalente de que *stare decisis* é peculiar ao sistema legal anglicano é muito provinciana e longe de ser correta. Pelo contrário, o princípio é inerente a qualquer sistema jurídico.” (LOBINGIER, 1946, p. 955).

² Sobre a evolução da doutrina do *stare decisis* no direito inglês, confira-se Carleton Kemp Allen, “*Law in the Making*”, Oxford At The Clarendon Press, 1930, especialmente pp.128-156; Jim Evans, “*Precedent in the Nineteenth Century*”, in: *Precedent in Law*, Clarendon Press – Oxford, 1987, pp. 35-72; T. Ellis Lewis, “*The History of Judicial Precedent*”, in: *The Law Quarterly Review*, vol. 40. EUA. abril 1930, pp. 207-224.

Essa afirmação feita por Lobingier tem por pressuposto o reconhecimento da decisão judicial como verdadeira fonte do direito e, portanto, o papel fundamental que o Poder Judiciário desempenha em qualquer coletividade juridicamente organizada.³ À medida que se fortalece a função jurisdicional no ambiente de um Estado Democrático, mais adequadas se tornam aquelas palavras enunciadas ainda na década de 40 do século passado.

A superação da idéia do Poder Judiciário como um mero departamento do Estado, responsável apenas por “executar”, sem espaço para qualquer elemento criativo, as determinações emanadas pelo Poder Legislativo, conferindo-se-lhe o *status* de uma fonte de produção normativa explica a crescente importância nos sistemas legais componentes da família romano-germânica da análise dos precedentes judiciais na solução das controvérsias postas perante o poder judiciário.

Na Roma antiga os precedentes judiciais eram parte essencial da vida pública e os juristas romanos encontraram, em seu sistema legal, uma larga aplicação para o que nós poderíamos chamar de precedente em seu sentido mais amplo (JOLOWICZ *apud* LOBINGIER, 1946, p. 957). Alguns dos jurisconsultos que apareceram durante a República foram agraciados, durante o império pelo imperador Augusto, com o *jus respondendi* e suas opiniões (*responsa prudentium*) receberam a força de verdadeiros precedentes judiciais (GRAY, 1895, p. 27-29). Entretanto, pode-se afirmar que a semente da força vinculativa do precedente foi plantada apenas mais tarde no direito romano, quando Valentiniano conferiu pesos a serem dados a cada um dos cinco maiores jurisconsultos e exigiu que as cortes adotassem suas opiniões de acordo com o grau de respeitabilidade conferido a cada um deles (LOBINGIER, 1946, p. 957).

O moderno sistema legal romano-germânico perpetuou o princípio da *responsa prudentium* dos antigos jurisconsultos romanos na forma de doutrina sem a força vinculativa anteriormente outorgada. Com relação aos precedentes judiciais, verifica-se que, pelo menos na prática, eles são frequentemente seguidos, sendo certo que alguns países de tradição romano-germânica com o correr do tempo passaram a segui-los de forma obrigatória e vinculativa, processo que, no ordenamento brasileiro, culminou com a previsão do incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no artigo 927 do novo código de processo civil.

³ Costuma-se afirmar habitualmente que a regra do caso precedente é unicamente anglo-saxã, porém existem evidências de seu uso nos tribunais da antiga Roma e no século XIV nos tribunais europeus antes da revolução francesa. Esta, sem embargo, rejeitou o uso da jurisprudência como fonte formal do direito, mais como um ato de desconfiança para com o antigo regime. Cf. Merryman, John H; Clark, David S; e Haley, John O., *The Civil Law Tradition: Europe, Latin America and East Asia*. Virginia: The Michie Company, 1994, p. 947.

A correta compreensão desse novo incidente e de seu alcance em termos de efetividade da jurisdição passa, necessariamente, pela análise das funções que foram reservadas ao poder judiciário nas modernas sociedades dentro do movimento jusfilosófico conhecido como a nova hermenêutica.

2.3. As funções do judiciário na nova hermenêutica

É clássica no pensamento constitucional a divisão do poder estatal em três funções básicas: legislativa, executiva e judiciária. À primeira, caberia inovar na ordem jurídica através de edição de normas dotadas de generalidade e abstração, enquanto às duas subsequentes, a aplicação concreta das normas estabelecidas pelo legislativo.

A função executiva se consubstanciaria na aplicação de ofício dessas normas (FAGUNDES, 1979, p. 2), enquanto que a função judiciária consistiria “em dirimir, em cada caso concreto, as divergências surgidas por ocasião da aplicação da lei” (BASTOS, 1990, p. 299). Essa distinção, embora útil para uma rápida apreensão dos traços distintivos básicos entre as três funções, implica em um inevitável reducionismo da função judicial. Como qualquer outra instituição complexa, as cortes judiciárias exercem várias funções, duas das quais, porém, são fundamentais.

A primeira função capital das cortes judiciárias é exatamente a mencionada como característica distintiva das demais funções estatais: resolução de litígios. Todas as sociedades um pouco mais complexas em suas estruturas sociais demandam uma instituição que possa, de forma conclusiva e definitiva, resolver disputas legais baseadas na interpretação, sentido e implicações de normas e princípios que regem a vida em comunidade e balizam o atuar de seus membros. Em nossas modernas sociedades essa instituição é exatamente o Poder Judiciário. Como consectário lógico a resolução de litígios é uma função suprema das cortes judiciais.

Ocorre que, ao lado da função de resolver litígios, se eleva uma outra função social das cortes judiciárias com igual dignidade e importância: a função de complementar e desenvolver o direito legislado (NICOL, 1976, p. 542).

Nas atuais e complexas sociedades tecnologicamente adiantadas, a velocidade das mudanças em situações anteriormente estruturadas sobre padrões éticos, sociais, culturais, tecnológicos e econômicos já superados e o surgimento de novas fontes de litígios até então impensáveis geram uma demanda por normas legais para regulá-las tão intensa que o Poder Legislativo simplesmente não pode adequadamente satisfazê-la.

A capacidade da legislatura de produzir leis que regulem os diversos campos e tipos de relações travadas no seio da coletividade é limitada e muito dessa capacidade deve e já está alocada para a produção de regras relativas a questões estatais que, por ingerência do princípio da reserva legal, exigem lei em sentido formal e material para serem regularmente tratadas, tais quais as relativas a políticas públicas e ações econômicas, como orçamentos e tributação, despesa pública, controle do câmbio e da moeda, combate à inflação, definição de índices de reajustes dos vencimentos, proventos e pensões de seus servidores e dos trabalhadores em geral ou, ainda, no campo da regulação de assuntos que, em virtude de garantias fundamentais, são consideradas além da competência das cortes judiciais como a definição de crimes e suas penas.

Nesse ambiente, é socialmente desejável que as cortes possuam essa função de enriquecimento do direito legislado. Em verdade, mais do que desejável essa função é indispensável. O artigo 4º da lei de introdução ao código civil dispendo que na omissão da lei o juiz deve decidir de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito é o reconhecimento legal dessa função normativa exercida pelas cortes judiciárias.

É certo que ao exercer essa função criativa, o juiz não tem a mesma liberdade do legislador e por isso, de um lado, “não deve o juiz ser arbitrário na criação de regras jurídicas e sua decisão deve estar baseada em argumentos racionais” (MISCHKE, 1992, p. 255) e de outro, deve dar ênfase ao estabelecimento de regras jurídicas que seriam as necessárias como se a única função das cortes fosse a de resolver disputas.

Nesse sentido, o poder normativo dos tribunais existiria ainda que sua única função fosse a de resolver disputas intersubjetivas. Se ao judiciário é conferido o poder para aplicar a lei concretizando seu sentido e apontando suas consequências diante de novos fatos e circunstâncias, não se poderia proibi-los de formular regras que não tivessem sido previamente anuncia das, pois tal poder criativo é um meio necessário para o atingimento das finalidades perseguidas pela jurisdição na solução das disputas. Quem confere os fins outorga necessariamente os meios. Ademais, o direito é alógrafo. É o resultado da interpretação.

No início do século passado, Cardozo já alertava que a natureza do processo judicial é muito mais de criação do que descoberta do direito (CARDOZO, 1977, p. 166). Hoje é lugar comum entre os estudiosos do processo judicial que qualquer decisão, seja interpretação de uma lei, seja de um precedente judicial, possui elementos criativos, e que uma maior ou menor medida de mudança é inerente a todo ato de interpretação (FRIEDMANN, 1966, pp. 603-604).

Considerando que a função de enriquecimento e desenvolvimento do direito é um meio necessário e, portanto, instrumental, para o exercício da função de resolver disputas, a asserção anterior de que a função criativa do judiciário possui a mesma dignidade e importância desta última precisa de um maior esclarecimento.

Para explicar porque a função normativa dos tribunais é desejável de forma autônoma, independentemente da função de colmatar as lacunas da lei, é útil o recurso aos modelos do papel das cortes na formulação de regras jurídicas sugeridos por Melvin Eisenberg (EISENBERG, 1991, p. 6): o modelo de “resultado intersubjetivo” (*by-product model*) e o modelo de “enriquecimento do direito” (*enrichment model*).

No modelo de resultado intersubjetivo, a produção normativa das cortes seria apenas um resultado acidental no exercício de sua função de resolver litígios. Nesse modelo as cortes devem formular e aplicar proposições gerais se tal é necessário para a solução da lide. Em tais circunstâncias justifica-se que os tribunais enriqueçam o direito legislado, porém, apenas e tão-somente na exata medida necessária para solucionar a questão que lhe é posta sob adjudicação e nem um milímetro a mais.

No modelo de enriquecimento, o estabelecimento, pelos tribunais, de normas gerais que regulam a conduta social dos membros da coletividade é tratado como desejável por si só, embora essa atividade criativa esteja subordinada a limites concernentes à resolução da disputa judicial.

Nesse modelo as Cortes, partindo do problema concreto que lhe é posto para solução, podem e devem desenvolver o conteúdo do ordenamento jurídico de forma mais ampla. No modelo de enriquecimento a decisão judicial, a exemplo de normas legisladas, possui ambas as funções de facilitar a resolução de disputas e de formatar a conduta humana de maneira a beneficiar a sociedade (HARDISTY, 1979, pp. 42-43).

Comparando as consequências de um e outro modelo, o professor da Universidade de Michigan, traçou o seguinte paralelo: a) sob o modelo de resultado intersubjetivo se esperaria que as regras adotadas em decisões judiciais fossem consideradas de forma respeitosa e com grande consideração pelos demais oficiais públicos, mas não que fossem consideradas obrigatórias. Sob o modelo de enriquecimento, referidas normas teriam o caráter de compulsoriedade; b) sob o modelo de resultado intersubjetivo, as decisões judiciais somente enunciariam as regras necessárias para a solução da disputa concreta. Sob o modelo de enriquecimento, as decisões judiciais conteriam mais normas gerais do que as necessárias para esse propósito (EISENBERG, 1991, pp. 6-7).

Analisando a prática judicial na *common law*, que reputa obrigatório seguir-se o precedente judicial pela adoção do instituto do *stare decisis*, bem como a amplitude das regras enunciadas nas decisões de casos exemplificativos⁴ que menciona, em muito desbordantes do necessário para a solução da questão concreta, o autor conclui que os tribunais consideram sua função normativa de enriquecimento e desenvolvimento do direito como desejável em si mesma e a observação de sua prática sugere que eles agem em conformidade com essa inclinação.⁵

2.4. O modelo de enriquecimento no constitucionalismo de direitos.

No estudo dos grandes paradigmas filosóficos do direito podemos distinguir três idades do conhecimento.

A primeira corresponde ao jusnaturalismo, ligada à ideia de ordem natural das coisas. Contemplação da ordem divina do mundo, compreensão da estrutura do *cosmos*, ela não é um conhecimento indiferente aos valores, ou como define a linguagem Weberiana não é “axiologicamente neutra”.

O grande tema que perpassa a suma teológica de São Tomás de Aquino é que a graça não abole a natureza, mas a completa. Segundo ele, a existência de Deus, bem como a imaterialidade, a bondade, a perfeição, a sabedoria, e outros atributos do Criador poderiam ser alcançados mediante o uso da razão. Através da razão analisando-se e fazendo-se generalizações a partir dos dados observados na natureza poderíamos descobrir os padrões morais que Deus exigia de nós nesta vida. Por isso, para ele, o direito natural é a fração da ordem imposta pela mente de Deus que se acha presente na razão do homem.

⁴ O autor cita duas decisões em abono de sua tese: a) em *Hamberger x Eastman* (106 N.H. 107,206 A. 2d 239-1964) a questão era se uma instalação clandestina de um aparelho de escuta no quarto de um indivíduo constituiria um ato lesivo. A corte se valeu da ocasião para acolher a ampla regra de que os indivíduos têm direito à privacidade e este é violado por uma intrusão em sua solidão física e mental, pela divulgação pública de fatos particulares, pela publicidade que os colocasse em uma posição desfavorável e pela apropriação de seu nome ou sua imagem em benefício do réu; b) em *Rowland x Christian* (69 Cal. 2d 108, 443 P.2d 561, 70 Cal. Rptr 97 – 1968), um convidado alegou que tinha sido prejudicado em virtude da negligência do anfitrião. A corte aproveitou a ocasião para substituir o anterior e complexo sistema de direito comunitário, que regulava o dever de cuidado do proprietário, que impunha diferentes deveres quando se tratasse de invasores, inquilinos e convidados, e substituiu aquele sistema com o padrão geral de razoabilidade.

⁵ Eisenberg, Melvin Aron. “*The Nature of the Common Law*”. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts London, England: 1991, p. 7. Veja-se, ainda, G. Spann. “*Expository Justice*”, in: University of Pennsylvania Law Review, vol. 131, 1983, pp. 585 e ss. Segundo o autor o modelo de resolução de disputa dá ênfase na função de resolver disputas, enquanto que o modelo de enriquecimento (expository model of adjudication) dá mais ênfase à função de prover regras. O autor analisa ambos os modelos e argumenta em favor do segundo.

A segunda surge com a revolução científica moderna que, contrariamente ao mundo antigo e medieval, assiste à emergência da idéia de um conhecimento radicalmente indiferente à questão dos valores. Na visão do homem moderno, a verdadeira ciência deve ser absolutamente neutra no que diz respeito a valores, sob pena de perder a necessária imparcialidade e de faltar com a indispensável objetividade. O direito, entendido como ciência, deve dizer *o que ele é*; ele não pode indicar *o que ele deve ser*; não deve pretender definir o que é justo ou injusto ou como devemos agir moralmente. Esse paradigma de conhecimento do direito é geralmente designado como positivismo jurídico e dominou amplamente o século XIX e parte do século XX. O direito, nessa fase, não admite autocrítica e autorreflexão.

A terceira fase vem repor em questão e completar a segunda. É o surgimento do momento da autocrítica e autorreflexão do direito em razão da profunda violação dos ideais humanistas levada a efeito pelos regimes nazi-facistas, movimentos políticos que ascenderam ao poder dentro da moldura legal e “promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade” (BARROSO, 2009, p. 248).

Ela só aparece, de fato, após a segunda guerra mundial, quando a comunidade jurídica internacional começa a se interrogar sobre os malefícios intoleráveis derivados de um direito imune a valores e de algum modo responsável pelos crimes cometidos contra os direitos fundamentais do homem.

A esse novo paradigma tem-se comumente denominado de neoconstitucionalismo ou constitucionalismo de direitos. Nada obstante a pluralidade dos sentidos atribuídos a essa expressão, é possível constatar que todos se interligam como maneiras de aproximação dos fenômenos jurídicos oriundos do constitucionalismo pós-45, caracterizado pela gestação de constituições com um extenso rol de direitos fundamentais, densamente permeadas por diretrizes axiológicas e blindadas por robustos sistemas de sindicabilidade e garantia judicial (CAMARGO e outros, 2009, p. 358).

Nesse paradigma é indiscutível um crescente protagonismo do Judiciário porque, em última instância, ele representa uma teoria do direito que vê na Constituição uma ordem objetiva de valores, corporifica idéias de justiça além da lei e redefine as relações até então vigentes entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica*.

O neoconstitucionalismo implica na superação da concepção clássica da função judicial de “legislador negativo” e reconhecimento de uma atuação positiva, embora não tão ampla como a do poder legislativo, na criação do direito. Nesse modelo filosófico fica superada a vetusta concepção de separação de poderes que não reconhecia nenhuma atividade produtora e/ou agregadora de sentido na interpretação judicial.

A norma jurídica é sempre resultado da interpretação de um texto. O processo hermenêutico é sempre produtivo. Em qualquer labor interpretativo não há como recusar a conclusão de que sempre se adiciona ou se reduz o sentido do texto legal interpretado e, ao fazer isso, o intérprete estará indo aquém ou além da literal expressão do texto⁶.

O novo código de processo civil, na esteira desse novo paradigma filosófico de interpretação do direito, acolheu em seu seio o modelo de enriquecimento do direito quando expressamente determina a aplicação da tese jurídica fixada no incidente de resolução de demandas repetitivas não apenas aos processos em curso, como também aos futuros que versem sobre questão idêntica.

3. VALORES ESTRUTURANTES DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E SUA RELAÇÃO COM PRECEDENTES VINCULANTES

Quando se fala em precedentes vinculantes dois valores imediatamente surgem na mente. A segurança jurídica e a igualdade. Segurança Jurídica como legalidade, como previsibilidade das decisões judiciais, que maximiza a liberdade dos cidadãos. Igualdade, como o direito de serem tratados com igual consideração e respeito pelas instituições públicas, o que implica decisões judiciais iguais para causas relevantemente idênticas.

Segundo Larenz esses valores são, no pensamento jusfilosófico ocidental, os princípios de direito justo e estão referidos aos objetivos ou fins últimos de todo e qualquer ordenamento jurídico, independentemente do sistema a que pertença (LARENZ, 1993, pp. 38-41).

⁶ Perelman ressalta que para as instâncias internacionais, como a Corte Permanente de Justiça Internacional ou a Corte de Justiça das Comunidades Européias, o que conta é o direito efetivamente aplicado, *les jus quod est*, mesmo se está em oposição aos textos promulgados (*Tratado da argumentação jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 187).

3.1. O valor igualdade

A justiça deve ser considerada um princípio fundamental integrando o próprio conceito de direito e da sociedade. Apesar disso, algumas vezes o seu lugar fundamental foi compreendido muito mais intuitivamente do que analisado racionalmente pelo sistema jurídico. Sabe-se apenas, e isto foi objeto de reiterado reconhecimento por nossos tribunais, que o direito nunca obrigou as Cortes a decidirem de forma injusta ou, pelo menos, manifestamente iníqua.

Essa busca intuitiva sobre o conceito de justiça não merece ser desprezada ou completamente abandonada. É importante, mesmo porque alguns pontos de vista morais só podem ser alcançados dessa forma. Nada obstante, embora relevante e, até mesmo necessária em certas ocasiões limites, a intuição não é suficiente para dar respostas robustas às questões colocadas por este tema.

Considerando-se que parte do que se entende por justiça provém da intuição, os princípios que regulam a ordenação de uma determinada sociedade são, naturalmente, objetos de uma razoável disputa. Essa circunstância conduz ao nascimento de várias determinadas e concretas concepções de justiça.

Aqui se revela importante a distinção do conceito de justiça das suas diversas concepções. A diferença não é simplesmente de forma, mas de fundo. Quando me refiro ao conceito de alguma virtude ou instituição, *v.g.*, a justiça, apelo ao que justiça significa sem dar importância às minhas opiniões sobre o assunto. Quando formulo uma concepção não apelo ao significado abstrato da instituição ou virtude, mas concretizo e determino aquilo que entendo por justiça. Na concepção, minhas opiniões sobre o assunto são fundamentais para sua compreensão e formulação. O conceito coloca uma questão para o debate e a concepção intenta dar solução para o problema colocado (DWORKIN, 1989, p. 215).

O conceito de justiça, portanto, representa aquele aspecto mais abstrato existente nas diversas concepções concretas de justiça, naquilo que todas possuem em comum apesar das divergências de princípio. Em outras palavras, significa o ponto de “consenso sobreposto de doutrinas abrangentes e razoáveis” (RAWLS, 2000, p. 179), as premissas básicas endossadas por todas as concepções de justiça, cada qual evidentemente a partir de seu ponto de vista específico.

Esse consenso se materializa no “fato de que as instituições são justas quando não há discriminações arbitrárias na atribuição dos direitos e deveres básicos e quando as regras existentes estabelecem um equilíbrio adequado entre as diversas pretensões que concorrem na atribuição dos benefícios da vida em sociedade” (RAWLS, 1993, p. 29). A igualdade na atribuição dos direitos e deveres dos cidadãos é uma característica presente em todas as concepções de justiça.

A comungar-se a concepção da justiça como não sendo apenas mais uma, porém, a primeira das virtudes sociais, as leis e instituições iníquas, ainda que bem elaboradas e eficazes, devem ser abolidas (RAWLS, 1993, p. 27). Por esta razão, os fundamentos estruturantes da concepção pública de justiça devem estar assentados em bases racionais, pois essa concepção constituirá a pedra fundamental das relações travadas em qualquer comunidade humana bem ordenada.

A decisão judicial representa um caso especial do discurso racional prático em geral (ALEXY, 1993, p. 60). É, portanto, um procedimento para provar e fundamentar enunciados normativos e valorativos por meio de argumentos. A correção desses enunciados tem por pressuposto serem eles o resultado desse procedimento, ou seja, do discurso racional (ALEXY, 1993, p. 60).

A teoria do discurso nada mais é do que um procedimento para seu tratamento racional, de molde que cada intuição normativa relevante passa a ser um potencial candidato para modificação ou abandono baseado em uma argumentação racional (ALEXY, 1993, p. 67).

Uma argumentação racional tem por pressuposto o estabelecimento de regras objetivas, nas quais o discurso se dará. Tais regras devem atender em um juízo de otimização máxima as duas seguintes condições: a) devem possuir o conteúdo valorativo mais forte possível, excluindo outros juízos de valor o mais possível com o fito de aumentar sua significação de decisão; b) devem ser o mais abstrato possível, a fim de obter ampla aceitação⁷.

Nessa linha de raciocínio não se admite que jurisdicionados tenham tratamento diverso quando postulam em juízo questões similares, situação que o incidente de solução demanda repetitiva tende a prevenir.

A não adoção do incidente de resolução de demandas repetitivas permite, ao menos em hipótese, que o juiz julgue caso a caso. Em assim procedendo, pode ser induzido por incúria, por erro, ou até por infame vontade, julgar a mesma lide de modos distintos ou duas lides distintas do mesmo modo. Em outro dizer, uma exclusão arbitrária ofensiva ao princípio da igualdade de tratamento.

⁷ Sobre uma formulação de regras do discurso jurídico, veja-se Robert Alexy, “*Teoria da Argumentação Jurídica*”, *cit.*, pp. 179-240.

Sabe-se que, mesmo quando se encontra diante de um caso absolutamente novo, sem previsão legal de solução, exige-se do juiz que, antes de romper totalmente com a tradição, utilize-se da analogia, cujo fundamento axiológico é que até o limite do razoável o caso novo deva ser solucionado como foram solucionados pela lei casos semelhantes e cujo objetivo é mais uma vez a não disparidade de tratamento entre situações e contextos que podem ser incluídos em uma única categoria geral.

Por isso sinala Dworkin que a força gravitacional de um precedente se pode explicar apelando à equidade de tratar de maneira semelhante os casos semelhantes. Um precedente é a constância de uma decisão política prévia; o fato mesmo dessa decisão, como fato da história política, oferece alguma razão para decidir outros casos de maneira similar no futuro (DWORKIN, 1989, p. 185).

Perelman afirma: “A regra de justiça requer a aplicação de um mesmo tratamento a seres ou a situações que são integrados numa mesma categoria”. A seguir, conclui: “A regra de justiça fornecerá o fundamento que permite passar de casos anteriores a casos futuros, ela é que permitirá apresentar sob a forma de argumentação quase-lógica o uso do precedente” (PERELMAN, 2000, p. 248).

O incidente de resolução de demandas repetitivas, ao vincular os juízes à tese jurídica nele fixada, elimina a possibilidade de tratamento desigual para situações semelhantes; garante uniformidade, eficiência e transparência (JONATHAN, 1989, pp. 65-93) nas decisões judiciais e contribui de modo fundamental para um efetivo acesso à justiça de todo cidadão, independentemente de seu credo, cor, raça, sexo ou condição econômica.

3.2. O valor segurança jurídica

O princípio da legalidade é imanente à idéia de Estado de Direito e possui seu significado encarnado no conceito de direito. Prestar respeito ao princípio da legalidade é respeitar o direito. O direito como integridade é, em última instância, uma concepção interpretativa e assume expressamente essa qualificação. Como já assentou Siqueira Castro, “o que se aplica não é o direito em si, mas a interpretação que lhe dê concretamente seu intérprete e aplicador” (SIQUEIRA CASTRO, 1983, pp. 11-12). O direito é o que as Cortes Judiciárias, mediante as concepções que adotem, interpretam como sendo as proposições jurídicas vigentes naquela comunidade.

O incidente de resolução de demandas repetitivas é legitimado pelo princípio da legalidade, pois este princípio justifica o direito na sua finalidade de “fornecer orientações à conduta humana e padrões de crítica de tal conduta” (HART, 1994, p. 310). A ideia de direito acolhe em seu seio, como elementos constitutivos, os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, que permitem estabilizar as expectativas das clientelas dos tribunais a respeito do que é e do que não é possível ser objeto de proteção judicial.

Os valores que subjazem à adoção do incidente de resolução de demandas repetitivas em razão do princípio da legalidade como vetor do valor segurança jurídica podem assim ser resumidos: 1) maximiza a liberdade ao tornar previsíveis as consequências legais na sua aplicação ao comportamento dos cidadãos, permitindo-lhes planejar melhor seu futuro; 2) maximiza a justiça substancial por não frustrar a confiança dos cidadãos na história institucional pretérita; 3) alavanca a eficiência que se obtém, em termos de tempo da Corte e dos demais operadores do direito, ao se ter consequências legais previsíveis para os possíveis litígios, o que reduz significativamente a propositura de ações temerárias; 4) amplia o ganho de igualdade obtido toda vez que é conferido o mesmo resultado para questões envolvendo um grande número de pessoas.

Não se discute, filosófica ou juridicamente, que o homem, animal gregário que é, para que possa viver em coletividade necessita de certa segurança para conduzir, planejar e conformar de forma autônoma e responsável sua vida. Por tal razão, desde cedo se considerou como elemento constitutivo do Estado de Direito o princípio da segurança jurídica. A este princípio necessariamente se relaciona o princípio da proteção da confiança, entendido como exigência constitucional de leis tendencialmente estáveis, dotadas do atributo de previsibilidade a fim de permitir um cálculo de seus efeitos por parte daqueles a quem elas se destinam.

Como leciona Canotilho, eis suas palavras:

“(…) os princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica podem formular-se assim: o cidadão deve poder confiar em que aos seus atos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticadas ou tomadas de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas” (CANOTILHO, 1993, p. 373).

Estabilidade, previsibilidade, calculabilidade e uniformidade são os elementos caracterizadores do princípio da segurança jurídica.

A estabilidade e certeza do direito são um forte argumento em favor da adoção desse novo incidente processual. A ausência de uma diretriz relativamente segura para a solução de determinada controvérsia conduz inevitavelmente a um permanente estado de insegurança e, conseqüentemente, injustiça. Como Lorde Elton sintetizou: “é melhor que o direito seja certo do que cada juiz possa especular sobre melhoramentos nele” (GOODHART, 1934, p.58).

A uniformidade que decorre da legalidade, estreitamente relacionada com a questão da estabilidade e da segurança jurídica, é outro argumento em favor da adoção desse instituto. A uniformidade serve a vários interesses. Em primeiro lugar, confere previsibilidade às decisões judiciais, com o que se capacita qualquer sistema jurídico a alcançar seus objetivos. Isso porque a previsibilidade proporciona a redução do custo de manutenção de todo o sistema legal, na medida em que quanto mais previsíveis são os sentidos das normas legais é menos provável que os indivíduos as transgridam, o que implica numa geral redução das demandas civis e penais.

Em segundo lugar, a uniformidade permite sejam razoavelmente calculados os efeitos decorrentes dos diplomas legais. Se as leis se destinam a estimular as pessoas e órgãos governamentais a adotarem condutas socialmente desejáveis, o seu sentido deve ser conhecido pelas partes potencialmente afetadas para adequação de seus comportamentos aos padrões sociais pretendidos pelo legislador. Não por outra razão, o novo código de processo civil determina que a tese jurídica fixada no incidente de resolução de demandas repetitivas se aplicará inclusive aos casos futuros idênticos.

A estabilidade e uniformidade do direito são tão importantes a ponto de Tzu afirmar que, “um direito ruim é melhor que nenhum direito, porque estabelece uniformidade. Se alguém reparte dinheiro tirando a sorte na cara ou coroa, não significa que tal método conduza uma justa divisão, mas um litígio, entretanto, terá sido evitado” (TZU, 1962).

A afirmação de Tzu deve ser encarada *cum granus salis*, mas pode ser compreendida. Se os juízos singulares forem livres para decidir questões jurídicas independentemente do que já está pacificado e uniformizado no seio dos tribunais, isso significa que cada juiz é absolutamente livre, diante de um mesmo suposto fático, para julgar o que o direito é. Nessa hipótese o direito poderia ser qualquer coisa e, por conseguinte, coisa nenhuma. Em situação limites com razão Tzu. Melhor é um direito ruim do que nenhum direito.

O Supremo Tribunal Federal já deixou assentado que “observar-se a jurisprudência firme da Corte não implica ofensa ao livre convencimento do juiz” (STF, Min. Moreira Alves, 2000) e o Superior Tribunal de Justiça, seguindo a mesma trilha, afirmou que “o direito deve emitir solução uniforme para relações jurídicas iguais. Entendimento pessoal não deve ser óbice à harmonia da jurisprudência” (STF, Min. Vicente Chernichiaro, 1997). Evidentemente que essa consequência inexorável da vinculação do juiz à tese jurídica fixada no incidente não lhe retira o poder/dever de decidir a questão que lhe foi posta para julgamento, senão que apenas “reduz a abstratividade genérica da lei ou a torna menos abstrata” (BARROS, 1997, p. 106), estabilizando-se as expectativas de comportamento.

Habermas já esclarecia que “ao decidir autoritariamente no caso particular o que é o direito e o que não é, a justiça elabora o direito vigente sob o ponto de vista normativo da estabilização de expectativas de comportamento.” (HABERMAS, 1997, p. 232).

Em razão do princípio da segurança jurídica, uma vez tomada uma decisão clara por um organismo autorizado por uma convenção e aceito que o conteúdo dessa decisão foi estabelecido em conformidade com as regras de reconhecimento sobre a melhor maneira de compreender essa decisão, os juízes devem respeitar essa decisão mesmo achando que uma outra diferente seria mais justa ou mais sábia, sob pena de impor a insegurança, o caos, e não possuir o direito assim interpretado uma razão justificadora.

Aplicar a lei tal como entendida pelos Tribunais, mesmo os inferiores, nada mais é do que aplicar o direito. Já ficou célebre, apesar de inúmeras vezes criticada a afirmação de Charles Hughes, antigo presidente da Suprema Corte Americana, de que a Constituição é o que os juízes dizem que ela é. Utilizando outros termos, porém transmitindo a mesma mensagem, o STF já afirmou que “o ordenamento normativo nada mais é senão a sua própria interpretação, notadamente quando a exegese das leis e da constituição emanar do Poder Judiciário, cujos pronunciamentos qualificam-se pela nota de definitividade” (STF, Min. Celso de Mello, 2000, p. 85).

A vinculação do juiz ao que ficou decidido no incidente de resolução de demandas repetitivas robustece o princípio de que ninguém está acima da lei, nem mesmo o juiz. Por isso se temos em conta a possibilidade de que as decisões dos juízes, porque expressamente contrárias ao entendimento já esposado pelos Tribunais podem vir a ser interpretadas pela sociedade como sendo fruto não de uma reflexão racional, mas de uma manifestação arbitrária da vontade de um único juiz, isso tiraria dessa decisão muito do seu poder moral que impele os jurisdicionados a obedecê-la.

O Poder Judiciário tem pouco poder de coerção direta sobre os destinatários de suas decisões. A prática, entretanto, demonstra que, em geral, os litigantes obedecem às decisões judiciais. Importante realçar, porém, como sinala Birmingham, que em grande parte eles assim o fazem porque tais decisões são vistas como um produto de uma aplicação racional de regras legais e não produto de meras apreciações políticas ou pessoais do juiz. O respeito ao que ficou decidido no incidente de resolução de demandas repetitivas é importante não somente porque os indivíduos estruturam seus comportamentos baseada nos precedentes, “mas porque fidelidade ao precedente é parte e parcela de uma concepção do judiciário como uma fonte de julgamentos racionais e imparciais” (BIRMINGHAM, 1971, pp. 541 e ss.).

O princípio da legalidade impõe ao juiz aplicar imparcialmente a lei e a imparcialidade é violada tanto quando a decisão incorpora elementos irrelevantes para o interesse em litígio como quando deixa de incorporar elementos relevantes para a correta adjudicação da lide. As decisões dos tribunais a que estão vinculados os juízes sobre o significado do direito são elementos relevantes para a decisão judicial das Cortes inferiores e não podem deixar de nelas se incorporar.

O juiz pode discordar da decisão superior, como também pode discordar da opção política acolhida pelo legislador. O que não pode fazer é desconsiderá-la - como não pode simplesmente deixar de aplicar a lei de que discorde – devendo, em razão dos princípios da segurança jurídica e imparcialidade, aplicá-la enquanto não for modificada ainda que faça ressalva de seu entendimento. Exemplar a argumentação do Ministro Oscar Correa (STF, 1985), no julgamento do RE 104.898/RS:

“Que mantenha o juiz sua convicção contrária à decisão de sua Corte, ou mesmo da Corte Suprema, admite-se, nem importa rebeldia; mas, aplicando-a, enquanto não muda.

Que se recuse a aplicar a diretriz firmada pela maioria, ou como no caso que insista em inaplicá-la – consubstanciada em súmula e aplicada sem discrepância, pelo Supremo Tribunal Federal – não se justifica: força a parte condenada a mais um ônus, retarda a decisão final; sobrecarrega, injustificavelmente, o aparelho jurisdicional (local e do Supremo Tribunal Federal), sem qualquer proveito.”

6. CONCLUSÃO.

O incidente de resolução de demandas repetitivas representa o ápice de um movimento filosófico que reconhece o judiciário como um verdadeiro poder político, responsável juntamente com os demais poderes pelo respeito e garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos.

Esse processo se inicia com a promulgação da constituição de 1988 que propiciou o destravamento de uma demanda social por justiça por longos anos reprimida em razão da experiência autoritária vivenciada pelo país. A consequência fundamental desse movimento político-social foi trazer o poder judiciário para o centro da atenção dos cidadãos que nele passaram a depositar suas aspirações, razão porque não seria exagero, no momento atual, afirmar-se que buscar a justiça é, em última instância, buscar socorro no judiciário.

As esperanças que a sociedade depositava no Poder Judiciário com relação à afirmação de seus direitos de cidadania não demoraram a esmorecer. Diante da crescente enxurrada de ações judiciais, o Estado - por seu Poder Judiciário - demonstrou completo despreparo, cristalizando no seio da coletividade a idéia de que, tal como, atualmente, estruturado não possuiria condições de responder - a tempo e a hora - às legítimas demandas sociais que lhe eram colocadas para solução. A euforia inicial cedeu passo ao desalento e este, logo a seguir, à crítica.

Uma das críticas mais importantes se refere à seletividade no acesso à justiça e na efetividade da jurisdição. Junto com o crescente fortalecimento do poder judiciário verificou-se uma incoerência e inconsistência na aplicação do direito, via de regra, privilegiando os mais favorecidos em detrimento do mais fracos.

Essa é uma característica da América latina em geral, e do Brasil em particular, que conduz a uma democracia social débil. O déficit do princípio da igualdade formal na aplicação da lei é fator impediante de seu fortalecimento. O primado do princípio da segurança jurídica no Brasil é ineficaz exatamente porque na aplicação da lei a práxis administrativa e judiciária tem, em larga escala, passado ao largo do princípio da igualdade perante a lei.

Discorrendo especificamente sobre esse tópico, averbou O'Donnell:

“...a aplicação discricionária, e amiúde excessivamente severa, da lei aos fracos pode ser um eficiente meio de opressão. O lado oposto disso são as múltiplas maneiras pelas quais os privilegiados, seja diretamente, seja por meio de ligações pessoais apropriadas, se isentam de cumprir a lei. Na América Latina, há uma longa tradição de ignorar a lei ou, quando ela é acatada, de distorcê-la em favor dos poderosos e da repressão ou contenção dos fracos. Quando um empresário de reputação duvidosa disse na Argentina ‘ser poderoso é ter impunidade legal’, expressou um sentimento presumivelmente disseminado de que, primeiro, cumprir voluntariamente a lei é algo que só os idiotas fazem e, segundo estar sujeito à lei não é ser portador de direitos vigentes, mas sim um sinal seguro de fraqueza social. Isso é em particular verdadeiro e perigoso, em embates que podem desencadear a violência do Estado ou de agentes privados poderosos, mas um olhar atento pode detectá-lo também na recusa obstinada dos privilegiados a submeter-se a procedimentos administrativos regulares, sem falar da escandalosa impunidade criminal que eles costumam obter.” (O’DONELL, 1998, pp. 45-46).

Essa aplicação seletiva, discricionária e amiúde excessivamente rigorosa da lei para com os menos privilegiados, pode ser um eficiente meio de opressão. O desrespeito à isonomia e ao primado da lei (*rule of law*) pode se dar de dois modos: 1) pela simples e mera desconsideração da norma legal ou, 2) quando ela é acatada por interpretações distorcidas em favor das elites políticas ou econômicas dominantes e como meio de repressão ou contenção dos menos favorecidos (O’DONELL, 1998, pp. 37-61). Esse estado de coisas precisava ser enfrentado com adoção de novas técnicas, inclusive processuais, para superação desse estado de ausência de efetividade e dificuldade acesso à justiça.

O incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no novo código de processo civil, ao vincular os juizes à tese jurídica nele firmada, se apresenta como um instrumental capaz de confrontar práticas cartoriais em que predomina a lógica de clientelas que enfraquece as instituições políticas, pois se distribuem privilégios em vez de se consolidarem direitos (ABRANCHES, 1992, pp. 119-121), ao assegurar que a administração da justiça se faça por modo regular, imparcial e, neste sentido, equitativo, dá origem aquilo que Rawls (1993, pp. 191-193) chama de justiça como regularidade, torna efetiva a jurisdição e promove a todos, especialmente os menos privilegiados, um real acesso à justiça.

7. REFERENCIAS

ABRANCHES, Sergio. *O Estado*. In: JAGUARIBE, Hélio. *Sociedade, estado e partidos na atualidade brasileira*. São Paulo: Paz e Terra, 1992.

ALLEN, Carleton Kemp. “*Law in the Making*”, Oxford At The Clarendon Press, 1930, especialmente pp.128-156; Jim Evans, “*Precedent in the Nineteenth Century*”, in: *Precedent in Law*, Clarendon Press – Oxford, 1987, pp. 35-72; T. Ellis Lewis, “*The History of Judicial Precedent*”, in: *The Law Quarterly Review*, vol. 40, abril 1930.

BANDEIRA DE MELLO. C.A. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

BARROS, Marco Antonio de. *Anotações sobre o efeito vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 735, 1998.

BARROSO, Luís Roberto, “*Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*”. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. “*Curso de Direito Constitucional*”. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BIRMINGHAM, Robert L. “*The neutrality of adherence to precedent*”. *Duke Law Journal*, 1971.

BORCHARD, Edwin M. “*Some Lessons from the Civil Law*”, in: *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 64, 1916.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Agravo Regimental no agravo de Instrumento n.º 272.328, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, RJ, 01 de setembro de 2000. *Lex: Jurisprudência do STF*.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Agravo Regimental n.º 158.689, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, DF, 19 de dezembro de 1997. *Lex: Jurisprudência do STF*.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Recurso Extraordinário n.º 261.324, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, MG, 01 de dezembro de 2000. *Lex: Jurisprudência do STF*.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Recurso Extraordinário n.º 104.898, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, RS, 26 de março de 1985. *Lex: Jurisprudência do STF*.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; TAVARES, Rodrigo . *As várias faces do Neoconstitucionalismo*. In: QUARESMA, R.'; OLIVEIRA, M.P.O.; OLIVEIRA, F.M.R.. (Org.). *Neoconstitucionalismo*. 1ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009

CANOTILHO, J.J.G. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

CARDOZO, Benjamin N. *"The Nature of the Judicial Process"*. New Haven and London Yale University Press, 1977.

DWORKIN, Ronald. *"Los Derechos en Sério"*. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1989.

ECO, U. *Como se faz uma tese*. São Paulo: Perspectiva, 1997.

EISENBERG, Melvin Aron. *"The Nature of the Common Law"*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts London, England, 1991.

FAGUNDES, M. Seabra. *"O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário"*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FRIEDMANN, Wolfgang. *"Limits of Judicial Making"*, in: *The Modern Law Review*. vol 29. 1966.

G. SPANN. *"Expository Justice"*, in: *University of Pennsylvania Law Review*. vol. 131. 1983.

GOODHART, Arthur L. *"Precedent in English and Continental Law"*, in: *The Law Quarterly Review*, n^o CXCVII, jan. 1934.

GRAY, John Chipman. *"Judicial Precedents – A Short Study in Comparative Jurisprudence"*. *Harvard Law Review*, vol. IX, april 25, 1895.

HABERMAS, Jürgen. *"Direito e Democracia entre faticidade e validade"*. vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HARDISTY, James. *"Reflexions on Stare Decisis"* in: *Indiana Law Journal*, vol. 55, 1979.

HART, *"O conceito do direito"*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1994.

JOLOWICZ. *"Precedent in Greek and Roman Law"*, apud C. Sumner Lobingier, *"Precedent in past and present legal systems"*, in: *Michigan Law Review*, vol. 44, 1946.

JONATHAN, Macey R. *"The internal and External Costs and Benefits of Stare Decisis"*, in: *Chicago Law Review*. vol. 65:93. 1989.

JÚNIOR, Edílson Pereira Nobre in *"O Direito Processual Brasileiro e o Efeito vinculante das Decisões dos Tribunais Superiores"*, *Revista de Processo*, RT, vol. 105.

LARENZ, K. *Derecho justo: Fundamentos de ética jurídica*. Madrid: Civitas, 1993.

LOBINGIER, C. Sumner. *"Precedent in past and present legal systems"*, in: *Michigan Law Review*, vol. 44, 1946.

MERRYMAN, John H; CLARK, David S; e HALEY, John O.. *The Civil Law Tradition: Europe, Latin America and East Asia*. The Michie Company, Virginia, 1994.

MISCHKE, Carls. *The inseparability of powers: judge-made law in the German legal system*, SA Publiekreg/Public Law, 1992.

- NICOL, Andrew G.L. “*Prospective Overruling: A New Device for English Courts?*”, in: *The Modern Law Review*, vol. 39, Set. 1976.
- Oliveira, Farlei Martins Riccio de. *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Rio de Janeiro.
- PERELMAN, Chaïm, “*Tratado da Argumentação Jurídica*”. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- PETERS, Christopher J. “*Foolish Consistency: on Equality, Integrity, and Justice in Stare Decisis*”, in: *The Yale Law Journal*, vol. 105, 1996.
- O’DONNELL, Guillermo, “*Poliarquias e a Inefetividade da lei na América Latina: Uma Conclusão Parcial*”, *Revista Novos Estudos Cebrap* 51, 1998.
- RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Tradução: Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Editora Ática, 2000.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Carlos Pinto Correia. Lisboa: Editorial Presença, 1993.
- SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. “*O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional*”. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- TZU, Hun. “*Equity in Chinese Customary Law*”, in: *Essays in Jurisprudence in honor of Roscoe Pound* 21, 23. N. 4, R. Newman Ed., 1962.