

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE MARÍLIA - UNIVEM
CURSO DE DIREITO

HERBERT LUÍS DA COSTA

**RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS: O INSTITUTO PROCESSUAL DE
JULGAMENTO POR AMOSTRAGEM NO STJ**

MARÍLIA

2017

HERBERT LUÍS DA COSTA

RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS: O INSTITUTO PROCESSUAL DE
JULGAMENTO POR AMOSTRAGEM NO STJ

Dissertação apresentada a Banca Examinadora de Qualificação do Programa de Mestrado da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, como exigência para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luís Henrique Barbante Franzé.

MARÍLIA

2017

HERBERT LUÍS DA COSTA

RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS: O INSTITUTO PROCESSUAL DE
JULGAMENTO POR AMOSTRAGEM

Banca Examinadora

Resultado:

ORIENTADOR: _____
Prof. Dr.

1º EXAMINADOR: _____
Prof. Dr.

2º EXAMINADOR: _____
Prof. Dr.

Marília, 24 de maio de 2017

A você, minha mãe (Sônia), por tudo.

Agradeço a minha família pela base sólida na minha formação.

As sinceras desculpas a minha Esposa Maira, e a minha filha Nicole, pela ausência no convívio familiar decorrente do tempo subtraído nos estudos, mas, agradeço a compreensão que tiveram e a sua razão de ser.

Ao Prof. Dr. Nelson Finotti Silva a quem tenho profunda consideração por ter propiciado esta oportunidade intelectual e, além de tudo, pelas lições proferidas no Curso.

Ao Prof. Dr. Franzé, os sinceros agradecimentos pela confiança e paciência. Pessoa com inestimável sabedoria e, acima de tudo, humildade. Parabéns!

Por fim, agradeço a Leninha, secretária do Programa de Mestrado do UNIVEM, pelo carinho, respeito e atenção que sempre manteve não só comigo, como também aos demais acadêmicos do Curso.

Justiça tardia não é justiça, senão injustiça, qualificada e manifesta.

Rui Barbosa

RESUMO

A multiplicação de Recursos e fundados, sobretudo, em idêntica questão de direito vem há muito despertando a atenção do legislador na medida em que esta ocorrência processual ameaçava o bom andamento do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Registros apontavam um número expressivo de recursos submetidos ao Superior Tribunal de Justiça – STJ sendo verificado, inclusive, que a maioria dos feitos se fundava no mesmo tema, inclusive com a mesma tese jurídica e, na maioria das vezes, se encaixava com entendimento predominante na Corte. Por esta razão, em meados de 2007 realizou-se estudos e a proposta que partiu do judiciário concretizou na Lei 11.672 de 2008 que veio a estabelecer um procedimento mais racional e conferir maior efetividade ao serviço de prestação jurisdicional. Trata-se do julgamento por amostragem no Superior Tribunal de Justiça que consagra um microsistema de gestão e julgamento para a solução de casos repetitivos, além da formação de precedentes obrigatórios. Consiste na seleção de alguns recursos tidos por representativos, isto é, que contemplam o maior número de argumentos e contra-argumentos possíveis ao passo que os demais ficarão suspensos nos Tribunais Locais e Regionais até a decisão definitiva do STJ. Nesse sentido, o estudo do tema se faz necessário na medida em que o instituto recebeu nova roupagem com o advento do Novo CPC. Além disso, a *novel legis* buscou conferir a força normativa da decisão da Corte Superior, valorizando e estabelecendo a harmonia dos julgados garantindo efetividade e segurança da tutela jurisdicional. É imprescindível, por fim, que se faça uma abordagem deste mecanismo processual a fim de verificar a sua correspondência com os postulados constitucionais do processo: acesso à justiça, celeridade e duração razoável do processo, contraditório e devido processo legal, fator este que contempla ao instituto relevância no cenário jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE

Recursos Especiais Repetitivos. Julgamento por Amostragem. Precedentes.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO I – JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO	11
1.1. Órgão jurisdicional de Cúpula – origem e função: doutrina constitucional norte-americana (Federalismo e <i>Supreme Court</i> - século XVIII)	11
1.2. Controle das decisões judiciais e interpretativo da lei: influências da tutela idealizada pela Revolução Francesa (<i>La Corte di Cassazione</i> - séculos XVIII e XIX)	13
1.3. Interpretação autêntica e o sentido exato da lei – projeção da doutrina francesa no Brasil: do STF ao novo modelo vigente após a criação do STJ	24
1.4. O Recurso Especial e seu escopo como instituto capaz de zelar pela efetiva da legalidade: do controle e interpretação, à uniformidade e projeção dos seus efeitos	35
CAPÍTULO II – JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO	57
2.1. As novas dimensões do Processo Civil - transcendência dos direitos individuais e a litigiosidade em massa: evolução histórica no Brasil e os fundamentos da técnica processual para dirimir as demandas repetitivas	57
2.2. Julgamento por amostragem – microssistema de gestão e julgamento para a solução dos casos repetitivos: o modelo adotado e a sua dupla função	70
2.3. Representatividade argumentativa – os parâmetros quantitativos e qualitativos que incidem na escolha dos recursos paradigmas: a precisa identificação da <i>matéria em comum</i> e a compreensão adequada da <i>questão de direito</i>	74
CAPÍTULO III – A CONSTITUCIONALIDADE DO INSTITUTO PROCESSUAL	84
3.1. Postulados constitucionais do processo – aspectos gerais e o reflexo do julgamento da ADC n. 1/DF (Questão de Ordem) para a análise constitucional do microssistema de gestão e julgamento de casos repetitivos	84
3.2. Gestão e julgamento de casos repetitivos – primeira função do julgamento por amostragem: a consonância do postulado com os princípios constitucionais do acesso à justiça, celeridade e duração razoável do processo e o princípio da eficiência	87
3.3. Formação concentrada de precedentes – segunda função do julgamento por amostragem: a consonância do postulado com os princípios da isonomia, da segurança jurídica e o da proteção da legítima confiança	92
3.4. Julgamento por amostragem e sua correspondência com o Direito Fundamental ao processo justo – o respeito ao contraditório e a garantia do devido processo legal	95
CONCLUSÃO	100
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	102

INTRODUÇÃO

A multiplicação de Recursos, muitas vezes sobre o mesmo tema, e com idênticos fundamentos, vinha, há muito, despertando a atenção do legislador na medida em que esta ocorrência processual ameaçava o bom andamento do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

A proposta surgiu por iniciativa de membro dessa Corte e foi submetida ao crivo da Presidência do STJ. A perspectiva era estabelecer um procedimento mais racional e conferir maior efetividade ao serviço de prestação jurisdicional, mas, evidente, a proposta deveria obedecer ao princípio constitucional processual do contraditório e a ampla defesa.

Houve adesão a proposta sugerida que passou por alguns ajustes, tanto no âmbito do Superior Tribunal de Justiça quanto nos órgãos jurídicos do Poder Executivo. Tornou-se projeto de lei no Congresso Nacional, tendo como fonte de inspiração a lei 11.418, de 19 de dezembro de 2006 que regulamentou o mecanismo da Repercussão Geral no Supremo Tribunal Federal - STF, sendo convertido na Lei 11.762 de 2008 que inseriu o art. 543-C no atual Código de Processo Civil – CPC.

Havendo multiplicidade de Recursos Especiais com fundamentação em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de modo que somente serão encaminhados ao STJ os recursos detentores de maior representatividade argumentativa sobre a matéria, sobrestando o trâmite dos processos pendentes Tribunais Estaduais e Regionais que será retomado, tanto em primeiro como em segundo grau de jurisdição, após decididos e consequente publicação e aplicação da tese firmada.

Com o Novo Código de Processo Civil - NCPC o instituto de Julgamento por Amostragem foi unificado em relação aos recursos excepcionais. Assim, tanto o recurso especial como o extraordinários submeterão a um único procedimento previsto na legislação processual (NCPC, art. 1.036 a 1.041). A distinção ocorrerá em relação ao tramite nas respectivas Cortes Supremas – STJ e STF, dada as peculiaridades (estrutura e organização) de cada Tribunal ditadas nos Regimentos Internos.

Em linhas gerais, o **objetivo** da Dissertação consiste na pesquisa do instituto que revela ser muito mais que uma técnica de julgamento, mas, um verdadeiro microssistema processual de gestão e julgamento de processos para a solução de casos repetitivos cujas premissas são demonstradas na duas primeiras partes do trabalho.

O *primeiro capítulo* fundou-se na atual concepção do STJ como Tribunal de Cúpula cuja missão precípua atribuída pela Constituição Federal consiste na proteção do direito

federal infraconstitucional garantindo a uniformidade e segurança do ordenamento jurídico, função esta de origem norte-americana (por ocasião do movimento Federalista Estadunidense e a criação da *Supreme Court*), além de realizar o efetivo controle das decisões judiciais mediante a interpretação autêntica da lei e atribuindo o seu exato sentido (influência da doutrina francesa idealizada pela criação do Tribunal de Cassação), cujo instrumento processual é o Recurso Especial – REsp.

No *segundo capítulo* a pesquisa consistiu, de modo macro, no instituto de julgamento para a solução de casos repetitivos propriamente dito. Inicialmente abordou-se as novas dimensões do Processo Civil: a transcendência dos direitos individuais e a litigiosidade em massa (evolução histórica no direito brasileiro).

Depois, o estudo concentrou-se nos fundamentos do instituto processual, a precisa identificação da *matéria em comum* e a compreensão adequada da *questão de direito* pelo relator, além dos critérios de escolha dos recursos paradigmas.

A **justificativa** da presente Dissertação foi ensejada por estas questões na medida em que a mal escolha de um recurso tido por representativa argumentativa, ou ainda a equivocada análise de determinados pontos em comum, bem como matérias de direito podem resultar na rejeição do recurso pelo Tribunal Superior, ou, pior ainda, um julgamento eivado de vícios já que eventuais questões que mereciam atenção não foram examinadas na Corte.

Ressalta-se que a escolha bem feita e sucedida dos recursos resultam na aplicabilidade da outra função do julgamento por amostragem revelou-se: dirimir as lides repetitivas e, sob outro ponto de vista, a formação concentrada de precedentes. Por esta razão é que a doutrina concebeu o instituto como verdadeiro microssistema de gestão e julgamento de processos para a solução de casos repetitivos.

A **problemática** que foi resolvida neste trabalho reside na alegação de eventual (in)constitucionalidade do microssistema. Isto porque, aparentemente, o fato de múltiplos recursos permanecerem sobrestados no Tribunal Local ou Regional poderia acarretar discussão no cenário jurídico por entendimento, talvez, que este procedimento implicasse na inobservância de postulados constitucionais fundamentais, tais como o direito de acesso à justiça (decorrente do sobrestamento recursal), como também suposta violação ao contraditório e devido processo legal.

Com efeito, no *terceiro capítulo* apreciou-se a constitucionalidade do julgamento por amostragem. O microssistema processual possui dois procedimentos: a gestão recursal com seu devido julgamento e a formação concentrada de precedentes. No primeiro, verificou-se a

observância dos postulados constitucionais dos direitos fundamentais de acesso à justiça, da celeridade e duração razoável do processo. Ademais, o instituto é fonte basilar também do Princípio Constitucional da Eficiência que, dentre outros, rege a administração Pública (Art. 37, *caput*, da Constituição Federal).

Isto porque o direito de acesso à justiça é muito mais do que a simples propositura de uma demanda. Com efeito, este direito fundamental consiste na obtenção pelo demandante de uma tutela jurisdicional adequada e efetiva prestada levada a cabo pelo Judiciário. Daí a razão do legislador estabelecer tais procedimentos visando atender, inclusive, os anseios da sociedade que recorrem ao Judiciário com a expectativa de vê-lo conceder a tutela de forma rápida e eficaz.

Quanto ao segundo procedimento que estabelece o procedimento de formação dos precedentes, uniformizando a jurisprudência (CPC, Art. 1040 incisos I e III), vislumbra-se que o instituto corrobora os princípios constitucionais processuais da isonomia, da segurança jurídica e o da proteção da legítima confiança, garantindo assim a uniformidade e harmonia dos julgados, estabilizando a jurisprudência. Além disso, o procedimento guarda estrita relação com o princípio do contraditório e a garantia do devido processo legal.

A **metodologia** que permitiu alcançar os objetivos deste trabalho desenvolveu-se com base no método indutivo cujas bases teóricas permearam a trajetória e aplicabilidade deste instituto processual. Soma-se a isso as questões de ordem práticas fundadas na jurisprudência de Tribunais Superiores que, juntas, deram suporte a Dissertação.

CAPÍTULO I – A FUNÇÃO CONTEMPORÂNEA DO STJ

1.1. Órgão jurisdicional de Cúpula – origem e função: doutrina constitucional norte-americana (Federalismo e *Supreme Court* - século XVIII)

Os fundamentos teóricos que justificam conduziram a existência do Supremo Tribunal Federal e, mais tarde, do Superior Tribunal de Justiça, reportam a doutrina a independência e formação dos Estados Unidos da América, ocasião em que instituiu-se o modelo clássico e constitucional do modelo Federativa de Estado, em 1787.

Com efeito, naquela época as treze colônias inglesas se liberaram da dominação britânica e constituíram Estados soberanos (ordens jurídicas independentes). Para garantir a independência então conquistada, firmaram um Tratado de Direito Internacional (pacto) criando uma Confederação que tinha como objetivo básico preservar a soberania de cada antigo território colonial.

Cada entidade retinha a sua soberania, o que enfraquecia a aliança. As deliberações dos Estados Unidos em Congresso nem sempre eram cumpridas, e haviam dificuldades para as atividades comuns. Por exemplo, a Confederação não podia legislar, dispondo apenas para os Estados e, com isso, não podia impor tributos com o propósito de obter e arrecadar recursos financeiros (BRANCO; MENDES, 2014).

Além disso, não havia, tampouco, um tribunal supremo, que unificasse a interpretação do direito comum aos Estados ou que resolvesse juridicamente diferenças entre eles. Por esta razão, as deliberações tomadas no congresso não detinham eficácia e aplicabilidade e possuíam natureza meramente recomendativas (BRANCO; MENDES, 2014).

Por conta das debilidades que incidiam na Confederação, evidente que o plano de governo falhou à vista de sua fragilidade e impotência, já que podia ser oposto aos Estados confederados o *liberum veto*.

Políticos e juristas norte-americanos, como *John Jay*, *Alexander Hamilton* e *James Madison* defenderam a necessidade de se estabelecer uma nova aliança entre os Estados contratante de modo que a União fosse duradoura.¹

¹ As concepções destes eminentes homens públicos no tocante a instituição modelo de Estado forte e Federal se encontram reunidas na obra clássica *O Federalista*, publicada em Inglês e traduzida em Português (Tomos Primeiro, Segundo e Terceiro), em 1840, cujos Volumes se encontram no acervo de livros raros da biblioteca

Convocou-se uma reunião dos Estados na cidade de Filadélfia para a discussão dessa tese que culminou na promulgação da Constituição dos EUA (TEMER, 2012).

Embora houveram divergências na Assembleia da Filadélfia já que alguns representantes dos Estados, verdadeiros embaixadores seus, ofereceram resistência de alguns Estados pois não pretendiam abdicar de sua soberania, o fato é que alcançaram um consenso no que diz respeito a previsão de existência de uma Suprema Corte e um modelo de sistema de Cortes Federais (DANTAS; WAMBIER, 2016).

A justificação teórica e política insurgiu diante da necessidade de um órgão federal responsável por assegurar ao direito nacional a uniformidade de julgamentos, de modo a fortalecer o governo nacional e conter a força dos interesses das Estados-Membros divergentes (DANTAS; WAMBIER, 2016).

No caso do Estado brasileiro, embora as circunstâncias históricas sejam absolutamente distintas no que diz respeito ao seu surgimento, o fato é que há um ponto em comum em relação ao Brasil ter assumido a federação como modelo de Estado.

Isto porque o nosso espaço territorial e a formação cultural do povo são fatores determinantes para a escolha do federalismo em vista de um território amplo e propenso a ostentar diferenças de desenvolvimento de cultura e paisagem geográfica, recomendando ao lado do governo que busca realizar anseios nacionais, um governo local a fim de atender os interesses peculiaridades ali existentes.

Conforme assevera Paulo Gustavo Gonet Branco, sobre a história e razão de ser do Estado Federal, “o federalismo é uma resposta à necessidade de se estabelecer um governo eficiente em vasto território” (BRANCO; MENDES, 2014, página 801).

A inspiração do nosso modelo de Estado, portanto, desde a proclamação da República em 1889, veio dos Estados Unidos, razão pela qual a doutrina tece considerações sobre o modelo norte-americano antes de abordar a origem e o desenvolvimento do nosso sistema de uniformização do direito federal (DANTAS; WAMBIER, 2016).

Alexander Hamilton, um dos responsáveis pela consagração da forma Federativa de Estado, enumerou os principais motivos que levaram a Assembleia da Filadélfia deliberar pela previsão no texto constitucional, de uma esfera federal para o Poder Judiciários quais destacamos: (i) a manutenção da primazia da Constituição em face da legislação e dos

governos estaduais; e (ii) uniformização da interpretação do direito federal constitucional e infraconstitucional.²

Reconhecia-se, desde então, que a segurança jurídica representava um valor significativo ao Estado que buscava a preservação e a defesa e, no federalismo, era impossível manter essa segurança diante do aspecto que determinada lei poderia ser interpretada de formas diferentes por diversos tribunais estaduais.

Dessa maneira, era preciso estabelecer meios para garantir a tão almejada segurança por intermédio da aplicação uniforme das normas jurídicas positivadas nas ordens jurídicas existentes da época.

Por isso, nos dias de hoje, é inerente ao modelo de Estado Federal e Democrático de Direito, que busca segurança e harmonia nas suas relações, a existência de uma Corte Suprema.³

1.2. Controle das decisões judiciais e interpretativo da lei: influências da tutela idealizada pela Revolução Francesa (*La Corte di Cassazione* - séculos XVIII e XIX)

² Neste contexto, se destaca a seguinte passagem dos *Federalist Papers*, n. 80, de autoria de *Alexander Hamilton*: “*The reasonableness of the agency of the national courts in cases in which the State tribunals cannot be supposed to be impartial, speaks for itself*”. Disponível em: [http://www.foundingfathers.info/federalistpapers/fed80.htm]. Acesso em 21/02/2017.

³ O conceito adequado de Estado Federal se verifica pelo somatório de vários fatores indicativos, concorridos em uma Constituição. Nesse sentido, ensina Michel Temer que, “os elementos caracterizadores da forma de Estado Federal se destinam em: **tipificar a federação** e outros destinados a **manter a sua existência** (preservação). Os elementos tipificadores da Federação são: a) A descentralização política; b) A participação da vontade dos Estados (ordens jurídicas parciais) perante a vontade geral (ordem jurídica central); c) Possibilidade de auto constituição. Já os elementos mantenedores da Federação são: a) A rigidez constitucionale **b) A existência de um órgão constitucional incumbido do controle de constitucionalidade das leis**. Quanto aos elementos que se mostram necessários para a **manutenção** da Federação, Temer destaca sobre a **rigidez constitucional** que somente subsiste Estado Federal onde o processo de modificação da norma constitucional é mais complexo do que o previsto para alteração ou revogação da norma ordinária. Se o processo é o mesmo, a Constituição se torna flexível. Em face desta flexibilidade, o legislador ordinário alteraria os comandos constitucionais, inclusive os referentes à Federação, para retirar-lhes a eficácia transmutando o Estado para a forma unitária. Além disso, Além disso, **a existência de um órgão incumbido de fazer de fazer o controle de constitucionalidade das leis decorre do princípio da rigidez constitucional**. Este somente se verifica nos sistemas em que há escalonamento na ordem jurídica. Os atos normativos produzidos pelo legislativo submetem-se ao que, anteriormente, a Constituição estabeleceu. Sendo assim, há necessidade de a Constituição criar órgãos capazes de dizer da adequação de normatividade infraconstitucional a ela. Da necessária ideia de compatibilização vertical. Esse órgão tanto poderá residir no poder Legislativo como no Executivo ou no Judiciário. Ou ainda em outro conjunto orgânico, se houver. Contudo, recomenda-se a localização deste órgão na esteira no poder Judiciário, pois, é dele a incumbência de dirimir conflitos e dar solução ao litígio no caso concreto, ou seja, a ele cabe o exercício da jurisdição e, assim, dizer qual direito é aplicável no caso concreto visando solucionar a controvérsia.” (TEMER, 2012, páginas 59 a 67)

O mundo contemporâneo e suas conquistas individuais e coletivas é reflexo de grandes fatos históricos ocorridos no final do século XVIII e início do século XIX que marcaram a humanidade e, principalmente, refletiram no atual cenário jurídico brasileiro, desde a criação do Supremo Tribunal Federal - STF até a instituição do Superior Tribunal de Justiça - STJ e sua função jurisdicional.

O professor licenciado pela USP Cláudio Vicentino, em passagem no seu livro sobre a história do mundo contemporâneo, faz referência ao historiador *Eric Hobsbawm* que “denominou este período compreendido entre os anos de 1789 e 1848 como a Era das Revoluções” (VICENTINO, 2013, página 11).

Basicamente, a Era Contemporânea ou Idade Contemporânea foram delimitadas pela luta da independência das colônias inglesas na América do Norte⁴, em 1776, bem como pelas principais revoluções que eclodiram na Europa – Industrial⁵ e Francesa.⁶

⁴ No final do Século XVIII e motivados pela crença dos pensadores Iluministas que defendiam a libertação da sociedade presa aos Antigos Regimes e domínios coloniais; buscavam nos seus ideais promover mudanças significativas na situação vigente, desde a estrutura política e econômica aos aspectos culturais e religiosos, os colonos das 13 colônias inglesas da América do Norte (Região norte: *Nova York, New Hampshire, Massachusetts, Rhode Island, Connecticut, Nova Jersey, Pensilvânia e Delaware*; Região sul: *Maryland, Virgínia, Carolina do Norte, Carolina do Sul e Geórgia*) iniciaram um movimento de emancipação política tendo em vista que as colônias gozavam de relativa autonomia administrativa, pois sofriam influências britânicas e passaram, então, a questionar esse domínio metropolitano inglês. Os governadores locais das colônias, nomeados pela metrópole, conviviam, até então, sem grandes conflitos, inclusive no tocante a tributação paga à metrópole. A partir de meados do século XVIII essa situação passou a mudar e tais relações “pacíficas” se agravaram, a começar pela Guerra dos Sete Anos (conflito generalizado entre a França e a Inglaterra, de 1756 a 1763, por conta da rivalidade econômica e disputa colonial por territórios entre vários países Europeus) cujo conflito se estendeu para a América. Isto porque, em decorrência da Guerra dos Sete Anos, a Inglaterra entrou em crise financeira e para superá-la, o governo britânico criou novos impostos sobre as suas colônias, tais como a Lei do açúcar (1764) impedindo o comércio deste produto entre as colônias e a Lei do Selo (1765) taxando a circulação de impressos. Na medida em que o domínio metropolitano se acentuava, os colonos ampliavam resistência e os ingleses afirmavam o seu direito de taxar. Foi quando em 1774, os representantes das colônias americanas organizaram um Congresso Continental exigindo o fim dessas medidas que ficaram conhecidas como leis intoleráveis. Inicialmente, a ideia era negociar as medidas e melhorar o relacionamento com a metrópole inglesa, todavia, sem sucesso. Dois anos depois, realizou-se o segundo Congresso Continental da Filadélfia, onde foi aprovada a Declaração de Independência, publicada no dia 4 de julho de 1776, na qual reafirmavam o direito dos ex-colonos de construir a sua liberdade política. A Inglaterra, diante disso, não aceitou pacificamente a decisão e a luta pela independência das 13 colônias perdurou por cinco anos. Com a ajuda bélica e financeira da França – que pretendia vingar-se da Inglaterra pela derrota na Guerra dos Sete Anos, dentre outras, os colonos norte-americanos liderados pelas tropas do Comandante George Washington, derrotaram o exército inglês em *Yorktown*, 1781. A independência política das antigas colônias norte-americanas foi reconhecida pela Inglaterra encerrando formalmente o conflito em 1783 com a assinatura do Tratado de Versalhes, na França. Por fim, em 1787 foi aprovada a Constituição dos Estados Unidos da América estabelecendo o regime republicano como forma de governo. Em 1789, foi eleito pelo Congresso norte-americano, por unanimidade, o primeiro presidente do país: *George Washington* (VICENTINO, 2013).

⁵ A Revolução Industrial, originada na Inglaterra, consistiu nas transformações econômicas ocorridas na segunda metade do século XVIII: o processo de transformação de uma sociedade agrícola-artesanal em urbano-industrial. Em meados do século XVIII surgiram, na Inglaterra e depois em outros países, as primeiras fábricas modernas, onde grandes máquinas realizavam serviços com maior rapidez, gerando assim fortes transformações na sociedade europeia. (VICENTINO, 2013).

Não há consenso em relação aos historiadores quanto a apontarem o verdadeiro marco inicial do mundo contemporâneo, pois, enquanto na Europa uma burguesia buscava ascensão política, na América as elites coloniais almejavam o fim das restrições ao comércio com o Velho Mundo, impulsionados pelos ideais Iluministas.⁷

⁶ Essa revolução colocou fim ao antigo Regime Absolutista vivido à época, na França, com o Monarca *Luís XVI*. Uma metáfora boa para compreender a Revolução Francesa diz respeito a sua comparação à lei do físico Isaac Newton a qual *demonstrava que toda ação provoca sempre uma reação oposta e de igual intensidade. Corpos com forças iguais em sentidos opostos resultam em um movimento nulo*. A violenta reação da massa popular contra a aristocracia (pequeno grupo de nobres que exerciam o poder de controle do Estado), afinal, desestabilizou o Antigo Regime, após séculos de exploração e opressão feudal e absolutista. Surgiu por força resultante dos problemas econômicos que o velho Estado absolutista francês atravessava no Século XVIII. Naquela época, a sociedade francesa era constituída por três grupos que a caracterizavam em modelo medieval: o clero (formava o primeiro estado), a nobreza (segundo estado) e o restante da população (que constituíam o terceiro estado). No antigo regime francês, apenas a massa popular pagavam impostos, aliás, altos impostos, pois o clero e a nobreza em troca de sólida base de apoio a monarquia absolutista governista, se tornavam isentos a tributação. Esta questão, aliada a crescente dívida pública reflexo desde guerras custosas até os gastos da Corte, bem como a perda de parte de suas colônias que acarretou a diminuição da receita estatal, debilitavam o orçamento francês. Na área rural a situação era ainda mais grave e muitos gêneros alimentícios ficaram precários, aparecendo assim, em clima de revolta popular, os indícios da revolução. A população foi restringida ao acesso de vários itens básicos como o pão. Daí as palavras do historiador *Eric Hobsbawm* afirmando que o preço do pão é o termômetro da revolução. Em meio à crise e pressionado pela nobreza, o Monarca *Luís XVI* convocou a Assembleia dos Estados Gerais cuja composição era por membros dos três estados (clero, nobreza e ‘gente do povo’: os proletariados), contudo, restou infrutífera a resolução dos problemas econômicos pois a concepção política não pretendia inovar a ordem vigente. O voto do terceiro estado (população) tinha um peso menor em relação ao voto dos outros estados que, juntos, somavam a maioria dos interesses. Além disso, nesse período a França também perdeu parte de suas colônias, o que contribuiu para diminuir a receita estatal. Por isso, os representantes da população reivindicavam uma reestruturação quanto a esta questão: que fosse estabelecido um critério proporcional em relação ao número de representantes por estados (clero, nobreza e ‘povo’), com igualdade na votação. Assim, os representantes da população se tornariam a maioria absoluta. A desigualdade era tamanha que merece destaque o tratamento feito à época em relação aos proletariados: “os representantes do terceiro estado eram os únicos que deveriam se ajoelhar perante a figura de *Luís XVI*” (PAULA, 2012, página 5). Por conta das divergências, a proposta não foi aceita evidenciando os interesses do clero e nobreza a conter as leis que limitassem ou pusessem fim aos seus privilégios. Os representantes do terceiro estado se separaram dos Estados Gerais e, em 9 de julho de 1789, proclamaram-se em Assembleia Nacional Constituinte. A massa popular revolucionária desejava entregar à França uma Constituição que limitasse o poder absolutista de *Luís XVI*. Alguns apoiadores do rei – senhores feudais da nobreza – tentaram dissolver a Assembleia Nacional, contudo, sem sucesso. Um dos símbolos do absolutismo em Paris, a prisão da Bastilha situada próximo ao palácio real foi atacada no dia 14 de julho e o seu comandante Marquês de *Launay*, decapitado durante a luta. Em agosto de 1789, a Assembleia Nacional Constituinte alcançou seus ideais: aboliu-se os antigos privilégios feudais da nobreza, dentre eles a isenção de impostos e, logo em seguida, foi apresentada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que defendia a liberdade e a igualdade perante a lei, instituindo uma nova ordem jurídica: a promulgação de uma nova Constituição. (PAULA, 2012, páginas 3 a 10).

⁷ O Iluminismo foi um movimento intelectual que se desenvolveu na Europa no Século XVIII e que exerceu influencia na concepção da política, sociedade, economia e religião. Para estes intelectuais, o período Medieval compreendido nos séculos XV e XVI representava a *Idade das Trevas* já que ocorria um retrocesso dos pensamentos filosóficos e intelectuais. Formularam teorias que contestavam o poder absoluto do rei. A partir do Século XVII o pensamento racional ocupou espaço na sociedade e os homens passaram a acreditar que isto seria o mecanismo para promover o desenvolvimento, adotando novos costumes e se libertando das superstições, sentimentos irracionais e preconceito. Antes, prevaleciam na Europa superstições religiosas sobre o mundo, inclusive fundadas em textos bíblicos. Com o iluminismo, depois, passou-se a valorizar a razão humana como fonte do conhecimento. Voltou-se para a difusão e o debate do conhecimento (publicação de livros e revistas) estimulando experimentos científicos, além da aparição dos clubes e sociedades. Os Iluministas pretendiam reorganizar o mundo não tecendo minúcias para fazerem mudanças de natureza local, mas, seus ideais iam mais

De todo modo, vale ressaltar que o processo de formação dos Estados Unidos e a Revolução Francesa, sem dúvida representam uma gama significativa de inspiração que se projetou no cenário jurídico mundial, inclusive no brasileiro, que influenciam até hoje no exercício das funções jurisdicionais das Cortes Supremas.

Inicialmente, vale ressaltar que para abordar a origem e o desenvolvimento do nosso sistema de uniformização do direito federal, é indispensável tecer breve consideração, primeiro, sobre a forma de Estado Federal adotado no Brasil, que veio dos Estados Unidos, para depois aprofundarmos a pesquisa sobre o controle da adequada interpretação e sentido da lei, fundada na doutrina francesa.

A existência de uma Corte Suprema para o órgão do Poder Judiciário, com fundamento na doutrina constitucional norte-americana, justifica-se do ponto de vista teórico e político pela necessidade de conferir interpretação adequada e uniforme do direito federal nacional - constitucional e infraconstitucional, firmando assim segurança jurídica nas relações.

Note que a função tradicional dirigida ao órgão de cúpula, na concepção norte-americana por conta do federalismo, corresponde ao controle de todo direito federal como um todo: não apenas proteção a lei nacional, como também preservação do texto constitucional.

Seria impossível estabelecer essa premissa fundada em circunstâncias que poderiam levar determinada norma – constitucional ou infraconstitucional - a ser compreendida por diversos tribunais e diferentes formas.

Dá a razão de incluir um Tribunal de Cúpula no modelo de funcionamento do Poder Judiciário, típico do federalismo, cuja missão precípua é servir de meio para fazer valer a segurança e aplicação uníssona do direito federal.

além: mudar a base sobre a qual a sociedade estava organizada. Criaram escolas de pensamento cujas influências refletem nos dias de hoje. Dada a importância e a amplitude destes ideais na época, o Século XVIII foi conhecido como o *Século das Luzes*. Destacam-se os pensadores iluministas: *John Locke* (1632-1704); *Charles Louis de Secondat* (Barão de Montesquieu – 1689-1755); *Voltaire* (1694-1778) e *Jean Jacques Rousseau* (1712-1778). (VICENTINO, 2013)

O modelo de Estado Federal e a previsão de uma Corte Suprema foi adotado largamente por inúmeros países, entre eles o Brasil que previu a existência do Supremo Tribunal - STF⁸, com poderes amplos e jurisdição em todo território nacional.

Feitas as ponderações relativas a inspiração do nosso modelo de Estado desde a proclamação da República em 1889, que se baseou na origem dos Estados Unidos, embora as circunstâncias históricas que o originou foram absolutamente distintas⁹, o fato é que naquela época profundos acontecimentos ocorriam na Europa.

⁸ O Supremo Tribunal Federal – STF é o órgão de cúpula mais antigo do Poder Judiciário brasileiro. Foi criado em 1828 por meio da Lei de 19/09/1828, como Supremo Tribunal de Justiça. Foi instalado no dia 09/01/1829 e a sua composição inicial era constituída por dezessete Ministros. No termos do art. 164 da Constituição Imperial (1824), a sua competência, na esfera recursal, se restringia ao julgamento de recursos de revista e dos conflitos de jurisdição. Em se tratando de competência originária, julgava ações penais contra os ocupantes de determinados cargos públicos. Registra a doutrina que, naquela época, o julgamento de recursos ocupavam a maior parte dos trabalhos da Corte (BRANCO; MENDES, 2014).

⁹ Embora os movimentos de busca pela independência do país foram inspirados nos ideais iluministas do século XVIII e pela influência, dentre outras, da revolução norte-americana, o fato é que no Brasil o surgimento da República Federativa do Brasil (como modelo de Estado Federal: descentralizado política e administrativamente, repartindo as competências e o exercício do Poder a órgãos distintos do governo) ocorreu de maneira inversa que a dos Estados Unidos. Ao contrário de lá, cujo processo nasceu da aliança *externa* entre as colônias inglesas: unidades regionais bem estabelecidas que dispunham, inclusive, de regimes jurídicos próprios, unindo-se em torno de um Confederação em 1776 (Tratado de Direito Internacional) para se liberarem da dominação inglesa, ratificada, primeiramente, pelos *Articles of Confederation*, em 1781, para num segundo momento, adotarem a forma federativa de Estado sob a Constituição de 1787 (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2015, páginas 228 a 232), formando um novo Estado, no Brasil, o federalismo foi marcado por uma realidade histórica e social inversa: o Estado já existia com sua independência reconhecida, mas, era marcado por uma administração governamental centralizada (autoritária); após o movimento militar que instituiu um Novo Regime de Governo – República, houve a ruptura do antigo regime e a consequente descentralização do poder conferindo ampla autonomia e capacidade política e participativa da vontade geral aos Estados-Membros (que substituíram as antigas Províncias. A baliza fundamental, portanto, que faz a distinção entre o Federalismo norte-americano e o brasileiro é justamente que: nos Estados Unidos, originou-se do processo *externo* de formação de um Novo Estado soberano; já no Brasil, a federação é fruto de um processo *interno* para a instituição de um Novo Regime de Governo. O primeiro período da história constitucional do Brasil se estende de 1822, ano da proclamação da independência no dia 07 de setembro de 1822 por ato de D. Pedro que foi coroado imperador e tornou-se D. Pedro I, até o dia 15 de novembro de 1889, ano em que as instituições imperiais da monarquia entraram em colapso, ocorrendo então o advento da república com o golpe de Estado (BONAVIDES, 2014). Antes de registarmos os fatos políticos mais relevantes daquela fase, cumpre esclarecer que “o Brasil foi o único país da América que manteve o regime imperial após a sua emancipação” (PAULA, 2012, página 20). Com a independência, o Estado brasileiro foi organizado à vontade do monarca D. Pedro I que já se assinava Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil. Em 3 de maio de 1823 foi instalada a primeira Assembleia Nacional Constituinte (“Assembleia Luso-Brasiliense”) com o propósito de promulgarem a primeira Constituição do país, muito embora a convocação para a realização das eleições para a Assembleia Constituinte tenha ocorrido antes mesmo da declaração de independência, mediante decreto expedido em 03 de junho de 1822 (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2015). Formou-se dois grupos políticos representados pelo Partido Português e Partido Brasileiro sendo que ambos comungavam a monarquia como forma de governo. Contudo, haviam também divergências já que o Partido Brasileiro (formado por fazendeiros e profissionais liberais) rejeitava a ideia dos portugueses se manterem na política brasileira pois visavam a restauração da condição de colônia do Brasil. Percebendo que a Assembleia tencionava aumentar o poder do Legislativo e diminuir drasticamente o poder do Imperador, D. Pedro dissolveu a Assembleia Constituinte em 12 de novembro do mesmo ano, por um golpe de Estado de raízes militares encabeçado pelo próprio Imperador, num episódio que ficou conhecido como “Noite das Agônias”. O Imperador, então, nomeou um Conselho de Estado formado por brasileiros natos e indicados por ele e, no ano seguinte, por ato de D. Pedro I, foi outorgada a primeira

Mesmo que o nosso legislador tenha buscado na América do Norte, os fundamentos políticos para delinear o sistema de uniformização do direito federal, será visto ao longo da

Constituição Brasileira no dia 25 de março de 1824. A Carta Magna estabeleceu os tradicionais poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. No entanto, instituiu um quarto poder denominado Moderador, de uso exclusivo do monarca que e que compunha a chave de toda organização política do império, pois controlava irresponsavelmente as instâncias, bem como o exercício dos demais poderes. Conforme as lições de Paulo Bonavides, o Poder Moderador representava “o Poder dos Poderes, o eixo mais visível de toda a centralização de Governo e de Estado na época imperial” (BONAVIDES, 2014, página 372). Portanto, a estrutura político-administrativa brasileira fundada por D. Pedro I revelou um forte poder central e precário por parte das antigas províncias. A mudança do regime político só veio ao final do Século XIX, em 1889, mas, cumpre destacar que o sistema político monárquico, desde a sua instituição constitucional, não era consenso entre as oligarquias provinciais, já que muitos preferiram a República, principalmente, inspirados no modelo norte-americano. Nas décadas de 1870 e 1880, o regime escravista e centralizado, que até então, equilibrava o Estado monárquico brasileiro, passou a sofrer abalos contribuindo para uma grave crise no império e ares republicanos circulavam no país. Havia pressão abolicionista ao regime imperial; os representantes da igreja católica estavam insatisfeitos e, além disso, o atual monarca D. Pedro II (filho herdeiro de D. Pedro I) envelhecido – tudo isso inspirava mudanças e motivavam o ressurgimento dos ideais republicanos. A aversão à possibilidade de um Terceiro Reinado se tornou mais acentuada no final da década de 1880. Em 1887, à medida em que pioravam as condições de saúde de D. Pedro II, o descontentamento de setores da sociedade com o Império crescia pois tudo indicava a ascensão de Dona Isabel ao trono. Apesar de militar pelo movimento abolicionista, era considerada extremamente conservadora, ligada aos setores mais retrógrados da Igreja Católica. Além disso, muitos acreditavam que ela não pudesse representar efetivamente os interesses do Brasil, pois era casada com estrangeiro (o francês Conde D’EU, que era malvisto pela população). Em 1888 a oposição ao império foi ainda maior quando a Coroa, comandada pela princesa Isabel (pois D. Pedro II, doente, estava em tratamento na Europa), conseguiu a abolição dos escravos mediante a aprovação no Parlamento da Lei Áurea, em 13 de maio de 1888, contrariando, assim, os interesses dos fazendeiros escravistas, que constituíam a principal base de apoio a D. Pedro II, e por sentirem traídos pelo governo passaram também a se opor ao Império. No ano seguinte, os vários grupos republicanos do Brasil conspiravam como nunca para a derrubada do Império e com o exército renovado e fortalecido (a partir de meados do século XIX a Corporação atravessou um processo de profissionalização sendo introduzido novos critérios de promoção e recrutamento), chegaram à conclusão que a única forma de implantar o novo regime de governo - República, seria por meio de um golpe militar. O governo, percebendo o quadro institucional, insistia em punir os militares que se manifestavam sobre os assuntos políticos e isto, de certo modo, instigava o sentimento de revolta contra as punições e mobilizava os militares contra o governo. Os republicanos convenceram o marechal Deodoro da Fonseca, o militar mais respeitado pelo exército brasileiro, a comandar as tropas aquarteladas no Rio de Janeiro em um golpe para derrubar o ministério presidido pelo Visconde de Ouro Preto e encerrar a longa fase de punição aos militares e, aproveitar a rebelião militar para derrubar junto o Império, o que de fato ocorreu no dia 15 de novembro de 1889, com a deportação da família real para o exílio, pondo fim ao regime imperial no Brasil (PAULA, 2013). Com o advento da república, o Brasil ingressou na segunda época constitucional de sua história cuja consolidação veio com a primeira Constituição Republicana de 1891. Mudou-se o eixo de valores e princípios de organização formal do poder: houve a ruptura do antigo regime monárquico, cujo exercício de Poder era centralizado, e a conseqüente descentralização do poder conferindo ampla autonomia e capacidade política e participativa na vontade geral pelos Estados-Membros (que substituíram as antigas Províncias). Corporificou-se, então, a ideia norte americana “segundo a qual não se poderia legislar para o Estado sem a participação da vontade de cada Estado federado” (TEMER, 2012, página 72). Concluindo, ressalta-se, portanto, que o modelo de Estado Federal adotado pelo Brasil em 1889, consagrado na Constituição Republicana em 1891, é fruto de um processo *interno* que buscou a instituição do Regime Republicano de Governo: o país de concepção unitária e centralizado, descentralizou-se, ou seja, observou-se após o aspecto revolucionário do governo uma maior distribuição de atribuições aos Estados- Membros que até então não tinham. Portanto, a formação da Federação no Brasil decorreu de um movimento interno; descentralizador doutrinariamente conceituado de movimento centrífugo (de dentro pra fora). Ao passo que, nos Estados unidos, como visto, a Federação originou-se de movimento *externo*; aglutinador entre as colônias inglesas: verdadeiros Estados soberanos cedendo parcela de sua soberania que se uniram contra as ameaças britânicas. Tratou-se, neste caso, de movimento centrípeto (de fora pra dentro), justamente oposto ao Brasil. Os novos influxos constitucionais, agora, deslocaram o Brasil para a Constituição norte-americana, desde os ideais de Thomas Jefferson e George Washington, até a Suprema Corte de Marshall. Tudo isso debaixo da influência de Rui Barbosa, um jurista confessadamente admirador da organização política dos Estados Unidos. (BONAVIDES, 2014).

pesquisa que a instituição da *La Corte di Cassazione*- Tribunal de Cassação Francês criado em 1790, fruto do movimento revolucionário ocorrido na França, influenciou significativamente no atual papel jurisdicional desempenhado pelo STJ ao conferir a real e efetiva interpretação uniforme da lei cujo mecanismo hábil é o instituto processual do Recurso Especial - REsp.

A Revolução Francesa, como muito bem afirmam os historiadores, se tornou um marco na história do Ocidente, pois influenciou não só a política, mas a cultura e a sociedade de muitos países na Europa e até mesmo na América.¹⁰

Foi marcada por valores teóricos bem definidos e idealizados. Com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, art. 6º, a lei nacional passa a ter nova concepção: constitui

¹⁰ Uma metáfora boa para compreender a Revolução Francesa diz respeito a sua comparação à lei do físico *Isaac Newton* a qual demonstrava que *toda ação provoca sempre uma reação oposta e de igual intensidade. Corpos com forças iguais em sentidos opostos resultam em um movimento nulo*. A violenta reação da massa popular contra a aristocracia (pequeno grupo de nobres que exerciam o poder de controle do Estado), afinal, desestabilizou o Antigo Regime, após séculos de exploração e opressão feudal e absolutista. Surgiu por força resultante dos problemas econômicos que o velho Estado absolutista francês atravessava no Século XVIII. Naquela época, a sociedade francesa era constituída por três grupos que a caracterizavam em modelo medieval: o clero (formava o primeiro estado), a nobreza (segundo estado) e o restante da população (que constituíam o terceiro estado). No antigo regime francês, apenas a massa popular pagavam impostos, aliás, altos impostos, pois o clero e a nobreza em troca de sólida base de apoio a monarquia absolutista governista, se tornavam isentos a tributação. Esta questão, aliada a crescente dívida pública reflexo desde guerras custosas até os gastos da Corte, bem como a perda de parte de suas colônias que acarretou a diminuição da receita estatal, debilitavam o orçamento francês. Na área rural a situação era ainda mais grave e muitos gêneros alimentícios ficaram precários, aparecendo assim, em clima de revolta popular, os indícios da revolução. A população foi restringida ao acesso de vários itens básicos como o pão. Daí as palavras do historiador *Eric Hobsbawm* afirmando que o preço do pão seria o termômetro da revolução. Em meio à crise e pressionado pela nobreza, o Monarca *Luís XVI* convocou a Assembleia dos Estados Gerais cuja composição era por membros dos três estados (clero, nobreza e ‘gente do povo’: os proletariados), contudo, restou infrutífera a resolução dos problemas econômicos pois a concepção política não pretendia inovar a ordem vigente. O voto do terceiro estado (população) tinha um peso menor em relação ao voto dos outros estados que, juntos, somavam a maioria dos interesses. Além disso, nesse período a França também perdeu parte de suas colônias, o que contribuiu para diminuir a receita estatal. Por isso, os representantes da população reivindicavam uma reestruturação quanto a esta questão: que fosse estabelecido um critério proporcional em relação ao número de representantes por estados (clero, nobreza e ‘povo’), com igualdade na votação. Assim, os representantes da população se tornariam a maioria absoluta. A desigualdade era tamanha que merece destaque o tratamento feito à época em relação aos proletariados: “os representantes do terceiro estado eram os únicos que deveriam se ajoelhar perante a figura de *Luís XVI*” (PAULA, 2012, página 5). Por conta das divergências, a proposta não foi aceita evidenciando os interesses do clero e nobreza a conter as leis que limitassem ou pusessem fim aos seus privilégios. Os representantes do terceiro estado se separaram dos Estados Gerais e, em 9 de julho de 1789, proclamaram-se em Assembleia Nacional Constituinte. A massa popular revolucionária desejava entregar à França uma Constituição que limitasse o poder absolutista de *Luís XVI*. Alguns apoiadores do rei – senhores feudais da nobreza – tentaram dissolver a Assembleia Nacional, contudo, sem sucesso. Um dos símbolos do absolutismo em Paris, a prisão da Bastilha situada próximo ao palácio real foi atacada no dia 14 de julho e o seu comandante Marquês de *Launay*, decapitado durante a luta. Em agosto de 1789, a Assembleia Nacional Constituinte alcançou seus ideais: aboliu-se os antigos privilégios feudais da nobreza, dentre eles a isenção de impostos e, logo em seguida, foi apresentada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que defendia a liberdade e a igualdade perante a lei, instituindo uma nova ordem jurídica: a promulgação de uma nova Constituição. (PAULA, 2012, páginas 3 a 10).

expressão da vontade geral e não mais reflexo da vontade única e arbitrária do monarca. O que não representasse a vontade geral não poderia constituir direito. (MARINONI, 2013).

A imprescindibilidade de garantir a vontade geral e de impedir qualquer interferência judicial sobre a legislação não bastou, apenas, estabelecer a proibição do juiz interpretar a lei, que se fazia pelo chamado *référé législatif* facultativo¹¹ (MARINONI, 2013).

A necessidade de corrigir a decisão judicial que desconsidera o *référé* facultativo deu origem a criação de cassação, especial e autônomo, evidenciando a impossibilidade de situá-lo dentro da estrutura do Poder Judiciário e, ainda, não ser composto por juízes. Afinal, por questões óbvias à época, não se poderia deixar o órgão de controle no âmbito do poder questionado.¹²

Descartou-se, também, a ideia de confiar a cassação aos órgãos do executivo e legislativo, mediante a advertência de Montesquieu.¹³

O rótulo de “Tribunal” e seus membros “juízes” ao órgão iminente de ser instituído era rechaçado já que o seu propósito era, apenas, impedir interferência do judiciário no legislativo cuja atuação não representa, *in tese*, tutela de direito nos casos concretos (típica atividade jurisdicional).¹⁴

A impossibilidade do Tribunal Cassacional julgar o caso a fundo estava clara na dicção da norma que ditava que o Tribunal cassacional não podia julgar *lefond* da controvérsia (MARINONI, 2013).

¹¹ Consistia na faculdade de juiz pedir a um corpo legislativo o esclarecimento do texto legal.

¹²Na verdade, esse ideal representa a clássica tese de Aristóteles aprimorada por seu discípulo e filósofo *Charles Louis de Secondat* – o Barão de Montesquieu, refletida no livro *O espírito das leis*. Pela teoria que consagrou o princípio do exercício do Poder Estatal – uno e indivisível – ser realizado por órgãos distintos e independentes entre si, revela que o Poder de julgar e, portanto, dirimir os conflitos existentes em decorrência da inobservância da lei, seria reservado a um órgão próprio, assim como o poder de legislar e de execução da lei. Se assim não fosse, as decisões judiciais seriam arbitrárias na medida em que o juiz, atrelado ao órgão do Poder Legislativo, tornar-se-á legislador. O juiz poderia ter a força de um opressor. (MONTESQUIEU, 2010).

¹³O Poder que cria e interpreta as leis detem o dever de zelar por sua autoridade, evitando as interferências do judiciário (MONTESQUIEU, 2010).

¹⁴Assim, considerando a abstração da lei como reflexo da vontade geral, o julgador estaria reservado a dizer somente o que havia sido dito pelo legislativo. Logo, o “poder de julgar” era, de qualquer modo, um “poder nulo”. No período da monarquia absolutista, a ideia de calar o juiz se fundava, dentre outras, na necessidade de evitar qualquer interferência sobre a vontade geral, expressa na lei (MARINONI, 2013).

Mesmo assim, deu-se ao órgão o nome de Tribunal de Cassação¹⁵, em 1790, fundando-se na linha dos princípios da Revolução Francesa, na necessidade de tutela da lei em face do judiciário, controlando assim os poderes do Estado. (MARINONI, 2013).

Naquela época não existia a preocupação de garantir a uniformidade e interpretação da lei, pois *La casación civil* não correspondeu a uma Suprema Corte, tampouco para compor o Judiciário.

Era um órgão autónomo cuja missão consistia por estabelecer um elo entre o Judiciário e o Legislativo evitando assim eventual opressão dos juízes e manipulação da lei conferindo-o a oportunidade de realizar a verdadeira interpretação, embora a palavra final cabia ao Parlamento – representante da vontade geral (*référé* obrigatório).¹⁶

O fato de o Tribunal estar impossibilitado de resolver o conflito (julgar *lefond*) limitando-se apenas em cassar a decisão judicial não oportunizava ao órgão cassacional a tarefa de concentrar-se na interpretação da lei e tal mister somente viria a tona mediante a atribuição de duas características muito bem apontadas por Luiz Guilherme Marinoni inspirado na doutrina italiana de Piero Calamandrei, quais sejam: “(i) assumisse a função de Suprema Corte de Justiça e, (ii) os juízes passassem a interpretar a lei” (MARINONI, 2013, página 42).

¹⁵ Piero Calamandrei, referindo-se a função que se pretendeu outorgar ao órgão encarregado de exercer a cassação, foi claro em dizer que se tratava de defender o Poder Legislativo dos atentados dos juízes e assegurar por parte deles a cuidadosa observância das leis no interesse da constituição: finalidade de nomofilaquia (CALAMANDREI, 1945). O Tribunal de Cassação foi instituído para controlar as decisões judiciais e não colocarem em risco, dessa maneira, a vontade do Parlamento. O Judiciário estava proibido de negar a lei. A atividade do Tribunal consistia, exclusivamente, na finalidade de cassar a decisão judicial resultante de erro na aplicação da lei. Num Estado em que a lei tinha um valor supremo e a possibilidade do Tribunal de Cassação definir o eventual sentido da norma, dava a impressão que ele tinha um Poder Absoluto. Este tipo de Poder não existiu. De fato, havia um temor referencial do Parlamento contra isso, pois, se o Legislativo representava a vontade geral por meio das leis, a coexistência de um órgão capaz de influenciar definitivamente na interpretação final da legislação, poderia, em tese, contrariar a vontade popular. Ressalta-se que, naquela época cuja forma de governo era monarquia absolutista, estudos revelam que as pessoas não confiavam na magistratura. Os juízes pré-revolucionários exerciam funções de acordo com seus próprios interesses pessoais, manipulando a interpretação da lei. Mantinham laços com as classes privilegiadas (feudal) e seus cargos eram herdados e comprados. Daí a concepção da necessidade de controle da administração da justiça. Por isso é que as cassações proferidas pelo Tribunal não detinham caráter definitivo e vinculante e a culminância era proferida pelo Parlamento que, justamente, representava os interesses da sociedade. O tribunal ordinário poderia não observar a decisão cassacional e quando se instalava o eventual conflito entre o Poder Judiciário e o Tribunal de Cassação, caberia ao Poder Legislativo dar a última palavra e definir a interpretação autêntica da lei, por meio do *référé* obrigatório (MARINONI, 2013).

¹⁶ Da interpretação autêntica realizada pelo Poder Legislativo, nem o Tribunal de Cassação como o Judiciário podiam fugir, pois, ela representava o parâmetro de análise da legitimidade da decisão judicial. (MARINONI, 2013)

Contudo, a ideia de proibir da interpretação da lei pelos juízes e deixando a cargo do Parlamento a palavra final não vingou. Com efeito, o número de consultas ao Tribunal de Cassação (*référé* facultativo e obrigatório) sobre o propósito legislativo aumentou em demasia sobrecarregando o Parlamento e, inclusive, atrasando o andamento de processos.

Eventuais *référés* arguindo questão duvidosa sobre a lei (obscuridade, por exemplo) passaram a ser ignorados pelo Legislativo, sobrecarregado, que rejeitava as consultas e o Tribunal, seguindo a mesma direção, cassava as decisões judiciais, *per si*, que se abstinham de julgar sob o argumento de conflito interpretativo da lei.

Logo, se estabeleceu a seguinte questão: ao mesmo tempo que os juízes eram impedidos de realizar a interpretação da lei, suas decisões nada valiam quando não a interpretavam.

Percebeu-se aí esse equívoco e, ao longo do tempo, surgiu a necessidade de se reconhecer o papel do juiz, dentre outros, o de realizar a interpretação da lei.

Conforme visto, o Direito Judiciário Francês pós-revolucionário foi muito largamente elaborado com um espírito de desconfiança dos juízes por conta da política estabelecida pela realeza e as influências feudais que repudiavam certos princípios de Justiça: a justiça era um atributo da soberania (traços da política centralizadora que *Louis XIV* deu aos Códigos Francês).

Esses estigmas gravavam o debate sobre a autoridade do Poder Judiciário.

No início do século XIX Napoleão Bonaparte como Chefe de Estado daquele país participou do debate sobre as leis mais importantes, como os Códigos, e no ano de 1806 foi editado o Código de Processo Civil que foi tradicionalmente conhecido como “Código Napoleônico”.¹⁷

O novo Decreto deixou de lado o *référé* facultativo e impôs aos juízes o dever judicial de interpretação da lei, isto porque os magistrados não mais podiam se abster de julgar alegando a desculpa de eventuais contradições na lei: obscuridade ou insuficiência.

O Código Napoleônico conferiu também unidade ao direito, pois ao tempo em que passaram a surgir variadas decisões por conta de interpretações acerca de um mesmo diploma

¹⁷ Na França o Processo Civil é considerado pela maioria dos aplicadores do direito como inferior ao Direito material, posto que as regras processuais são objetos de decretos e não leis. Daí ser concebido à legislação processual francesa o caráter codificado. (MARQUES, 2013).

legal, fez com que o Tribunal de Cassação passasse a ter uma nova função: a de controlar as interpretações judiciais.

Consolidou-se, desde então, a primordial função de conferir a interpretação adequada da lei, zelando pela sua aplicação de maneira uniforme, função atual, no Brasil, desempenhada pelo STJ.

A *Corte di Cassazione*, desde então, passou a sintetizar novo conteúdo motivacional em suas decisões. Em decorrência de controlar as variadas interpretações da lei pelos juízes, surgiu a necessidade do Tribunal explicar os motivos pelos quais a decisão judicial cassada não podia ser aceita.

Nascia ali o princípio constitucional da motivação e fundamentação das decisões judiciais, consagrado em várias ordens jurídicas, inclusive a brasileira – Constituição Federal de 1988, art. 93 inciso X.

As decisões do Tribunal de Cassação transformaram-se de meras cassações para verdadeiras incorporações de como a norma deveria ser interpretada (MARINONI, 2013).

Em 01 de abril de 1837 surge a lei que conferiu autoridade da decisão cassacional. Se antes a palavra final quanto a interpretação autêntica da lei cabia ao Poder Legislativo por eventual conflito entre o Tribunal e o Judiciário, agora, a decisão final é da própria Corte de Cassação e os juízes deveriam se conformar com a questão de direito julgada.

O Tribunal de Cassação transformou-se em verdadeira “Corte judiciária de vértice” (MARINONI, 2013, página 49). Reconheceu-se, então, que a tarefa de interpretar a lei incumbe ao Poder Judiciário e que as Cortes Supremas estão no seu ápice atribuindo sentido a lei garantindo a uniformidade de sua interpretação.

Além disso, reconheceu-se também a autoridade de suas decisões vinculando de maneira vertical o sistema judicial, pois, se o juiz deve obediência aos ditames da lei, com maior razão está obrigado a obedecer a decisão culminante de quem tem autoridade para interpretá-la (MARINONI, 2013).

Por fim, conforme assevera Calamandrei, a Lei de 1837 ao anunciar a obrigatoriedade da segunda decisão cassacional, o Tribunal adquiriu nova feição e passou a decidir sobre as questões de direito mediante julgados dotados de fundamentação.

Reconheceu-se, portanto, em decorrência do natural desenvolvimento da Cassação, fatos estes muito bem revelados na doutrina italiana de Calamandrei, a primeira função

jurisdicional ao Tribunal como órgão de cúpula: definir a interpretação adequada da lei e zelar pela sua uniformidade.

1.3. Interpretação autêntica e o sentido exato da lei – projeção da doutrina francesa no Brasil: do STF ao novo modelo vigente após a criação do STJ

A história do Tribunal de Cassação francês pavimentou o caminho que leva à atual essência e realidade do Superior Tribunal de Justiça no cenário jurídico brasileiro.

A primeira Constituição Republicana introduziu nova concepção do Poder Judiciário. A influência da doutrina constitucional americana contribuiu para que se outorgasse ao Supremo Tribunal Federal a função de guardião da constituição e da ordem federativa, atribuindo-lhe a competência para controlar a constitucionalidade e aplicação do direito.¹⁸

Na vigência das Constituições Federais de 1934, 1937 e 1946 as competências do Supremo Tribunal Federal não sofreram modificações substanciais até a ordem constitucional ser superada e sofrer profunda reforma com a edição do Ato Institucional n. 1, de 09/04/1964 que institucionalizou o Movimento Militar (Ditadura).

Ressalta a doutrina que durante este período, o papel político da Corte reduziu-se significativamente, até por conta do perfil autoritário do governo (BRANCO; MENDES, 2014).

Com o avanço da sociedade e aclamação para o restabelecimento de uma nova ordem constitucional, aos poucos as medidas impostas pelo governo militar eram superadas e as garantias, inclusive as do judiciário, novamente aplicadas.

Em 1985, nas últimas eleições presidenciais realizadas sob a égide da Constituição de 1967/69 (eleições indiretas), o candidato da oposição, Tancredo Neves, venceu. Logo após, a Assembleia Constituinte foi convocada por meio da emenda Constitucional n. 26/1985 que resultou na promulgação da atual Constituição Federal de 05/10/1988 e institucionalização de um novo ciclo normativo.

¹⁸ CF/1891, art. 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

III - rever os processos, findos, nos termos do art. 81.

§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;

b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

A discussão na Constituinte sobre a índole de que o Supremo Tribunal Federal deveria ocupar-se, fundamentalmente, do controle de constitucionalidade acabou por permitir com que a Corte não só mantivesse a sua competência tradicional – originária e recursal, como adquirisse novas e significativas atribuições, dentre elas, por exemplo, a ampliação do rol de competência originária e o controle constitucional em face de omissão legislativa.

Considerando a significativa e relevante gama de atribuições da Suprema Corte brasileira, ampliada em 1988, dentre outras, merece destaque à competência recursal em dar a última palavra na verificação de eventual afronta Constituição por decisão judicial proferida em última ou única instância por meio do Recurso Extraordinário – RE.¹⁹

José Afonso da Silva ensina que todo sistema processual acolhe um instituto, à disposição das partes, para que, na defesa de seu interesse, leve ao conhecimento de um tribunal de cúpula a possível violação de alguma lei para que órgão dê a última palavra, indicando o verdadeiro sentido da norma (SILVA, 1963).

E vai além o nobre doutrinador, ressaltando que:

“Mesmo nos Estados unitários, onde os órgãos jurisdicionais são unificados e a fonte normativa do direito é única, existe aquele órgão de cúpula e, geralmente, um recurso processual com que se cumpre a missão de interpretar e aplicar uniformemente o direito escrito [...]” (SILVA, 1963, página 3)

Até a entrada em vigor da Constituição de 1988, o recurso extraordinário era a principal ferramenta processual de competência do STF. “Registra-se que no ano de 1986 foram interpostos 4.124 recursos extraordinários”. (BRANCO; MENDES, 2014, página 972).

Este Recurso Excepcional foi desenvolvido segundo o modelo do *writ of error* americano e, com efeito, esse modelo de instrumento processual que conferia a Suprema

¹⁹ CF/1988, art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

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

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

Corte a competência para julgar as decisões finais decididas pelas Cortes Estaduais dos EUA serviu como fonte inspiradora para ser desenvolvido, no sistema brasileiro, o Recurso Extraordinário.²⁰

Conforme se verifica, a Suprema Corte norte-americana foi uma importante instituição nacionalizadora que, dentre outras atribuições de competência originária, destaque para o *exercício de controle sobre as decisões adotadas pelas Cortes Estaduais* cujo instrumento processual e inovador foi o *writ of error* que desempenhou sua função até a segunda década do Século XX, ocasião em que foi substituído pelo *writ of certiorari* (DANTAS; WAMBIER, 2016).²¹

Embora o Recurso Extraordinário, sem dúvida, tornou-se um valioso instrumento de controle das decisões judiciais e conferir interpretação uniforme do Direito Federal no território brasileiro, o fato é que nas últimas décadas adquiriu feição geral e tornou-se a principal ferramenta processual no Supremo Tribunal, fazendo com que a Egrégia Corte se visse envolvida em sérias crises.

Isto porque, na vigência da Constituição anterior (1967/69), o Supremo Tribunal ocupava-se da análise de proteção tanto a ordem constitucional, como infraconstitucional. A interpretação do direito federal se fazia, em sede recursal, por meio da interposição do Recurso Extraordinário, de modo que a impugnação poderia alegar afronta direta tanto a Constituição como a lei federal.

Assim, até 1988 o STF era responsável pela manutenção da inteireza de todo o direito federal: constitucional e infraconstitucional. Cabia a Suprema Corte brasileira a competência para zelar pela legislação federal e, nesse período, ficava cada vez mais claro que, sozinho, o STF não conseguia uniformizar uma vasta gama de direito federal aplicado por tribunais diversos: estaduais e federais.

²⁰ Com a promulgação da Constituição dos EUA em 1789, decorrente do Tratado de Direito Internacional estabelecendo a Federação como forma de Estado, e a consequente institucionalização de um Tribunal de Cúpula – no caso a Suprema Corte norte-americana, o Congresso dos Estados Unidos editou a primeira lei orgânica de seu poder judiciário, chamada *Judiciary Act* que entre outras providências, regulamentou a competência de atuação da Suprema Corte e, na esfera recursal, foi disciplinado o *writ of error*, mediante o qual era concedido à Suprema Corte o poder de reverter as decisões finais das supremas Cortes Estaduais em casos específicos (DANTAS; WAMBIER, 2016).

²¹ Assim como a Suprema Corte dos Estados Unidos, o nosso Supremo Tribunal Federal sempre desempenhou relevante função no desenvolvimento do nosso modelo de Estado.

Essa concentração de aplicação interpretativa repercutia na dificuldade de uniformização da jurisprudência, pois o cenário jurídico mostrava a atuação dispare dos tribunais federais e estaduais interpretando de forma completamente alheia os mesmos diplomas legais (SILVA, 1963).

Por conta de um sistema jurídico que não conseguia manter a integridade do direito federal, surgiu o que muitos estudiosos conceituaram ora de *crise do Supremo Tribunal Federal*, ora de *decrise do recurso extraordinário* em razão do fenômeno da acumulação de processos na Corte (DANTAS; WAMBIER, 2016).

O STF, por esta razão, não achou outra saída senão, travar algumas providências visando a redução significativa do volume de processos que lá chegavam.²²

Inicialmente, o Supremo Tribunal passou a exigir fundamentação das decisões que admitissem a subida do Recurso Extraordinário.

Outro clássico exemplo dessa prática é o indeferimento liminar de recursos de agravo de instrumento cuja cópia da petição de interposição do recurso extraordinário tenha protocolo ilegível²³. Em seguida, concebeu-se o uso de súmulas.²⁴

²² Estas providências, com propósito exclusivo de evitar a remessa de recursos ao tribunal congestionando os trabalhos na Corte, são conhecidas no ambiente jurídico denominadas “jurisprudência defensiva”.

²³ Trata-se da interpretação extensiva da **Súmula 288**, *in verbis*: Nega-se provimento a agravo para subida de recurso extraordinário, quando faltar no traslado o despacho agravado, a decisão recorrida, a petição de recurso extraordinário ou qualquer peça essencial à compreensão da controvérsia.

²⁴ Claros exemplos da adoção de medidas jurisprudenciais pelo Supremo Tribunal Federal por meio do uso de súmulas. Vejamos o repositório elencado pela doutrina (BRANCO; MENDES, 2014) e (STRECK, 2013): **Súmula 280**: *Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário*; **Súmula 281**: *É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada*; Outros exemplos são a necessidade de se aferir o prequestionamento, instituída na **Súmulas 282**: *É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada* e **Súmula 356**: *O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.*; **Súmula 283**: *É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles*; **Súmula 284**: *É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia* – ou seja, a fundamentação da controvérsia ventilada, por si só, não é suficiente para a admissibilidade do recurso. **Súmula 285**: *Não sendo razoável a arguição de inconstitucionalidade, não se conhece do recurso extraordinário fundado na letra c do art. 101, III, da Constituição Federal* – repito, a fundamentação, por si só, não basta e a eventual análise se as alegações ventiladas pela parte são ou não razoáveis ou claras (“não permitem a compreensão adequada”) é um tanto quanto subjetiva. **Súmula 286**: *Não se conhece do recurso extraordinário fundado em divergência jurisprudencial, quando a orientação do plenário do Supremo Tribunal Federal já se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida* – Aqui, surge aparente situação um tanto quanto inusitada: o sistema jurídico brasileiro não permite, nem por despacho monocrático nem por decisão de Turma, que uma súmula passe a ter força de lei (portanto, caráter vinculante). Ora, se já é um problema a inadmissibilidade de um recurso, o que dirá se ele contrariar uma “jurisprudência dominante?” Ao que me parece concebido, embora o propósito sumular tenha feição de reduzir o número de recursos que congestionam os trabalhos na Corte Suprema, no caso da súmula

Um breve parêntese: quanto às providências tomadas pelo STF visando essa redução do número de recursos que “subiam e travavam” o Tribunal, merece destaque a oportuna lição de Lênio Luiz Streck sobre o tema:

Trata-se da conhecida e adoção de mecanismos jurisprudenciais instituídos com o intuito de promover a redução do número de recursos extraordinários a serem enfrentados pelo STF, em face das possibilidades geradas pelas mencionadas prescrições normativas.” (STRECK, 2013, páginas 588 e 589).

Além disso, foi necessário que o próprio STF criasse em seu Regimento Interno, que tinha força de lei, o instrumento que ficou conhecido como Arguição de Relevância de Questão Federal. (ALVES, 1997).²⁵

286, ao que tudo indica, o STF não pretendeu atribuir e reconhecer a natureza vinculante da sua jurisprudência “dominante”, mas, a força do precedente da sua decisão. Logo, aqui estamos diante da autoridade e fundamento dos precedentes. É óbvia a ideia, neste caso, de conferir aplicação uniforme ao direito federal constitucional. Contudo, repito, a inadmissibilidade do recurso deve ser analisada com temperamentos, na medida em que o processo, pendente no tribunal de origem, que chegaria a Corte possa, talvez, conter novas razões capazes de superar, a partir de determinados critérios, aquelas que estão a base do STF. Tratar-se-á do fenômeno *overruling* ou revogação da decisão. Ou ainda, o novo julgamento, até então barrado por conta da súmula, poderia constituir outro precedente e diverso daquele contido nos casos que originaram a súmula impeditiva. Embora estivéssemos diante de um mesmo caso, aparentemente, mas com decisões desiguais (o que, de certo modo, ofendo o princípio constitucional da igualdade ou isonomia – CF/1988, art. 5º, caput), vale ressaltar que estando presentes outras circunstâncias, capazes de justificar a conveniência da nova decisão (no caso, a jurisprudência tomada pelo plenário da Corte), é admissível essa técnica processual chamada de *distinguishing*. Por isso a análise ponderada da súmula, pois a sua aplicação legalista estrita acarreta, a meu ver, a impossibilidade do STF superar seus julgados (*overruling*) ou até mesmo estabelecer outros precedentes (*distinguishing*) contribuindo assim para o desenvolvimento do direito. Além destes, cumpre citar a **Súmula 735: Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar**, e também as **Súmulas 636: Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida**, e a **Súmula 633: Não cabe recurso extraordinário contra decisão proferida no processamento de precatórios**. É de notar nos verbetes o emprego de expressões negativas contidas nas proposições sumulares do Supremo Tribunal (“não cabe”, “é inadmissível” e “não se conhece”) o que reforça ainda mais a noção do fenômeno jurisprudência defensiva.

²⁵ Constituição Federal de 1967 (*Redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969*)

Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

III - julgar, mediante **recurso extraordinário**, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, [...].

§ 1º As causas a que se fere o item III, alíneas *a* e *d*, deste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie, valor pecuniário e **relevância da questão federal**. (*Redação dada pela Emenda Constitucional nº 7, de 1977*)

§ 3º O regimento interno estabelecerá [...]

É oportuno registrar que apontamentos trazidos pela doutrina revelam que desde o advento da Constituição de 1934 este quadro instável no que diz respeito a jurisprudência já se agravava.

Este fenômeno nasceu, pois, nessa década Getúlio Vargas, com a promulgação de Constituição, transferiu-se a União a competência exclusiva para legislar sobre direito processual e esta concentração de poderes acabou refletindo no STF, órgão encarregado por zelar pela integridade do direito federal: constitucional e infraconstitucional.

Nesse sentido, merece destaque a lição de José Carlos Moreira Alves:

No passado, quando se falava em crise do Supremo Tribunal Federal – e que, na verdade, era mais propriamente a crise do Recurso Extraordinário – em face da multiplicidade de causas que iam chegando anualmente numa progressão que de aritmética já se estava tornando quase uma progressão geométrica, ele, pouco a pouco, tomou certas iniciativas para tentar conter a marcha evolutiva desses números para que pudesse atuar realmente como Corte Suprema, como grande Corte da Federação. Por isso, se nós volvermos as vistas do passado, veremos que houve uma série de providências, ora de natureza legislativa, ora de construção jurisprudencial, ora de emendas constitucionais e, até mesmo, de atuação do Poder Constituinte Originário, para tentar fazer com que a Corte pudesse manter-se no seu papel de grandeza de Corte da Federação e, conseqüentemente, não sucumbir diante da avalanche de recursos e de processos, muitos dos quais diziam respeito a questões de pouco valor em face dos magnos problemas constitucionais da federação. (ALVES, 1997, página 269).

Como se pode perceber, o acesso à jurisdição constitucional por meio do Recurso Extraordinário (e especial, atualmente) percorre caminhos perplexos e tortuosos.

A discussão travada em torno da chamada crise do recurso extraordinário e da admissão da arguição de relevância para a apreciação dos recursos interpostos contra decisões que cogitavam afronta a lei favoreceu a criação de uma Corte que se dedicasse a preservar os

c) o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal e da **arguição de relevância da questão federal**. (grifos nosso)

trabalhos de interpretação adequada e uniforme do direito federal ordinário em vista aos acórdãos pronunciados nas Cortes de Justiça.²⁶

Após 1988, inaugurou-se no Brasil uma nova etapa no tocante ao controle das decisões judiciais em âmbito nacional (interpretação do direito federal). Isto porque o fracionamento para a interpretação e aplicação do direito federal – constitucional e infraconstitucional, proposto por José Afonso da Silva, ser realizada por órgãos distintos do Poder Judiciário foi implementado com a redação conferida aos art. 102, inciso III, e 105, inciso III da atual Constituição Federal.

Surge, então o Superior Tribunal de Justiça – STJ, criação da Constituição Federal de 1988²⁷, cuja razão justificadora da sua existência, *a priori*, foi o excesso de recursos extraordinários que tinham por objeto a interpretação do direito federal ordinário, sob o modelo da constituição de 1967 / 69.

Confiou-se, portanto, ao STJ a incumbência de proteger o ordenamento jurídico federal. Importa ressaltar neste momento que uma adequada organização judicial das Cortes judiciárias é de fundamental importância por inúmeras razões.

Sob uma perspectiva interna, a distribuição adequada de competência entre as cortes judiciárias promove a economia processual e viabiliza a racionalização da própria atividade jurisdicional (MITIDIERO, 2013).

²⁶ Referem-se aos Tribunais que compõem a Justiça Comum sendo os Tribunais de Justiça - TJs, no âmbito da justiça comum estadual e os Tribunais Regionais Federais – TRFs, no âmbito da justiça comum federal. Conforme muito bem destacado por Luiz Guilherme Marinoni, há uma verdadeira distinção quanto aos trabalhos realizados nas Cortes de Justiça e nas Cortes Supremas – no caso o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF). No seio da organização judiciária as Cortes de Justiça (TJs e TRFs) têm os trabalhos voltados à justiça do caso concreto. Visam controlar a interpretação dos fatos da causa e do direito aplicável ao caso concreto e fomentar o debate a respeito das possíveis soluções da demanda. De outro modo, às Cortes Supremas (STF e STJ) detém a função de conferir a interpretação adequada e dar a última palavra de como o direito constitucional ou federal devem ser entendidos, em todo país, por meio de seus precedentes tornando-os pendores de segurança na ordem jurídica nacional. Em outras palavras, o que ocorre nas Cortes Supremas é a busca do fim interpretativo do direito cujo caso concreto, objeto de debate nos Tribunais, torna-se um meio para que se alcance os fins desejados. (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2015, páginas 548 e 549).

²⁷ Constituição Federal, art. 104. O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, trinta e três Ministros.

Parágrafo único. Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo:

I - um terço dentre juízes dos Tribunais Regionais Federais e um terço dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio Tribunal;
 II - um terço, em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, alternadamente, indicados na forma do art. 94.

Os tribunais devem trabalhar apenas na medida em que se buscar cumprir a consecução dos fins a que se encontram vinculados sob a estrutura judiciária. “É preciso que as cortes trabalhem menos, para trabalharem melhor” (MITIDIERO, 2013, página 29).

De outro modo, do ponto vista externo, a razão desafogadora do STF faz com que a tutela jurisdicional se torne mais justa e efetiva, pois alcança maior celeridade já que a abertura de determinadas instâncias judiciárias só se justifica a luz do escopo para que foram pensadas.

Seja o ponto de vista que for, o fato é que para uma idônea organização do Poder Judiciário, o ponto crucial está centrado na função que essas Cortes devem desempenhar na ordem jurídica.

Tendo em vista que a missão constitucional de assegurar uma aplicação uniforme da jurisprudência respeitante ao direito federal seria um tanto quanto mais trabalhosa, pelos menos sob a ótica quantitativa do volume de processos que tramitariam no Tribunal, fez com que o STJ dota-se de composição mais ampla em relação ao STF: 33 Ministros.

Por mais otimista que foram os estudos e trabalhos desempenhados na Assembleia Constituinte que atribuíram nova feição ao Recurso Extraordinário, por conta da criação do STJ e conseqüente deslocamento de competência, o fato é que críticas insurgiram na doutrina em relação ao campo de atuação e procedimento do novo Instituto processual: o Recurso Especial.

Umas das considerações, aliás, muito bem afirmada pela doutrina dizia respeito a uma das hipóteses de cabimento do Recurso Especial quando deslocou-se a competência para o STJ analisar eventual conflito entre a validade de lei local contestada em face de lei federal.

Ora, com razão, a competência para julgar este tema seria do STF, mas não do STJ, pois o tema envolve questão constitucional. Isto porque se determinada lei municipal ou estadual contrariar disposições de lei federal estamos diante da chamada usurpação constitucional de poderes na medida em as leis federal, estadual e municipal possuem competências distintas previstas na Constituição Federal de 1988, nos arts. 22, 24 e 30, inciso I.

A questão veio a lume e, felizmente, foi superada em 2004 com a modificação do texto constitucional por meio da Emenda Constitucional n. 45, reestabelecendo para o STF a

competência para julgar essa questão conflitante por meio do Recurso Extraordinário e não mais pelo Recurso Especial, no STJ, como vinha sendo feito.

Outra questão afirmada foi a consideração levantada por José Carlos Barbosa Moreira em relação ao fracionamento do recurso extraordinário. A bipartição causou problemas de ordem prática, uma vez que passamos a ter “dois recursos de uma só vez, interponíveis ambos, em larga medida, contra as mesmas decisões”. Isso implica aumento considerável na duração do processo. (MOREIRA, 2013, página 583).

Certamente, uma das razões que tornou o sistema recursal mais complexo, questão muito bem suscitada por Teresa de Arruda Alvim Wambier, foi a de que há muitas questões que envolvem, a um só tempo, matéria constitucional e infraconstitucional.

Afinal, nesta hipótese, o recorrente deveria saber qual o viés predominante, ou, na dúvida interpor ambos recursos. Assim, geraria risco de nenhum dos tribunais julgarem alegando eventual inexistência de pressuposto recursal desprestigiando a função jurisdicional atribuída aos Recursos Excepcionais.

Há também as hipóteses em que ambos podem ser interpostos simultaneamente sob pena de um deixar de ser conhecido se o outro não o for. São as hipóteses em que a decisão impugnada se assenta em dois fundamentos: legal e constitucional que, por si só, são suficientes a mantê-la.

Ambos recursos, neste caso, devem ser atacados pois o pronunciamento de um só deles não terá o condão de satisfazer o interesse da parte recorrida.²⁸

O Recurso Especial consiste a partir da hipótese de fracionamento e não de instituto de contornos processuais antes inexistentes. Por esta razão, em parte, os recursos guardam similitude (DANTAS, WAMBIER, 2016).

O fato é que, independente das controvérsias em torno do Recurso Especial, a criação do STJ praticamente não resolveu a crise do recurso extraordinário. Se antes tínhamos um

²⁸ São os casos de aplicação dos seguintes enunciados sumulares:
Súmula 283 do STF: *É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.*

Súmula 126 do STJ: *É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário.*

Tribunal de Cúpula estorvado pelo volume de processo, agora temos dois sofrendo o mesmo mal.²⁹

Isso porque a criação do STJ, por si só, não resolveu a questão do grande volume de processos que subiam a Corte Superior, pois a sua criação não foi acompanhada de instrumentos capazes de “estancar a sangria”, ou seja, reduzir a quantidade de recursos a ele dirigidos.

Na prática, tornou-se uma Corte de terceira instância, onde qualquer pessoa e caso a ele pudesse submeter.³⁰

O objetivo da Corte Superior é controlar a aplicação da legislação realizada pelos juízes ordinários, caso a caso. Essa função é permeada mediante a interposição de recurso pela parte interessada quando afirmada a violação da lei pela decisão judicial.

Desse modo, cabe ao STJ tão somente controlar a aplicação da lei de modo a se impor, para todos os casos, a exata interpretação legislativa, estabelecendo a partir de reiteradas decisões no mesmo sentido a uniformização da jurisprudência que serve como *meio* para a Corte desempenhar os fins necessários, qual seja controlar a legalidade das decisões judiciais recorridas, função esta que se perdeu ao longo do tempo.

Daí a afetação no Tribunal de um grande volume de recursos e a decorrente necessidade de instrumentalizar o processo com mecanismos capazes de filtrar a subida dos feitos.

Como bem observa a doutrina, ao citar Eduardo Arruda Alvim na sua obra coletiva sobre a EC n. 45, a votação desta Emenda Constitucional, em 2004, desperdiçou a chance de estender ao recurso especial, o requisito de admissibilidade da repercussão geral. (DANTAS; WAMBIER, 2016).

²⁹ No STF, em 1990 foram distribuídos 29.471 feitos; Em 2000, 176.767; Em 2003, 216.962; Em 2004, 134.649; em 2008, 126.187; em 2014: 106.762. Esses dados estão disponíveis no site do STF: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuidoAnosAnteriores>, acesso em 22 de fevereiro de 2016.

³⁰ No STJ, conforme o seu Boletim Estatístico e levando em s quantidade de processos distribuídos desde a sua criação, em 1989, os números crescentes revelam que: Em 1989: 6.103 processos; em 1990 esse número dobrou para 14.087 feitos; Em 1995, o número foi elevado para 68.576; em 2000, o Tribunal já contava com o expressivo volume de 150.737 processos distribuídos. E a ascensão volumétrica não parou aí. Em 2005: 211.128 feitos; em 2010: 228.981; Em 2015: o total de processos chegou a 332.905. Destaque para os dados estatísticos por Unidade da Federação que contemplou o Estado de São Paulo como o recordista pela remessa de processos ao STJ: 97.860 (quase 1/3 do total de feitos). O último relatório estatístico registra que no ano de 2016 chegaram ao Tribunal 335.779 processos. Esses dados estão disponíveis no site do STJ: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/?vPortalAreaPai=183&vPortalArea=584>, acesso em 22 de fevereiro de 2016.

Primeiramente, soa certa estranheza o fato de que, numa comparação, no plano constitucional haverão questões dotadas de uma relevância maior para fins de aplicação e reconhecimento da repercussão geral, possibilitando determinados recursos serem levados a cabo no Supremo Tribunal Federal, enquanto outros não cumprirão o requisito constitucional e, portanto, serão ceifados da chance de serem julgados na Suprema Corte.

Já no patamar relativo às questões legais de direito federal, todas elas provocam ou provocariam essa repercussão, dado que não resultou instituído para o STJ. Ao menos pela diversidade de tratamento pelo legislador constitucional, pode-se concluir desta forma.

Desde o seu advento, como requisito específico de cabimento do recurso extraordinário, os números caíram consideravelmente. Estima-se que tenha havido uma redução da carga processual no STF de 46% entre 2004 a 2014.

Logo, com a introdução da repercussão geral, pode-se afirmar que o constituinte corrigiu parcialmente o problema, incorporando ao sistema a fórmula que existe em diversos países tanto na Europa - Alemanha, Austrália, Canadá e Inglaterra, como nas Américas - Estados Unidos e Argentina. (DANTAS; WAMBIER, 2016).

Isso revela que a simples criação de outra Corte Suprema, no caso o STJ, não foi o suficiente para solucionar o problema do excesso de recursos no STF. Havia sim a necessidade de sua instituição. Todavia, a justificativa deveria ter sido outra que não o mero excesso de processos perante a Supremo Tribunal.

De todo modo, a partir do momento que veio a luz, com a promulgação da Constituição de 1988, o STJ rompeu definitivamente os laços que mantinha com o legislador, assumindo funções próprias dentro do nosso constitucionalismo.

Aos poucos está sendo desenhado um novo cenário jurídico no Brasil e com o advento no Novo Código de Processo Civil, um novo ambiente jurídico no Brasil se constrói para que não só o STJ, como também o STF, desempenhem com maestria a sua elevada função constitucional.³¹

³¹Nesse contexto, destaque para a almejada solução consensual de conflitos estabelecida como norma fundamental do Processo Civil como dever do Estado, devendo ser estimulada pelas partes do processo: juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. (CPC, art. 2, §3º). Além disso, no processo de formação do processo, se a petição inicial preencher os requisitos legais, deverá o magistrado designar audiência para a tentativa de conciliação (CPC, art. 334). Caso o feito prossiga, na audiência de instrução e julgamento, mais uma vez, o magistrado tentará conciliar as partes (CPC, art. 359). Nos Tribunais também a conciliação é admissível e funciona como verdadeiro mecanismo de redução do volumoso número de processos na Justiça. Além disso, o atual CPC privilegia os precedentes judiciais - art.

Ao que se percebe, o atual ambiente jurídico é favorável tanto para o STJ como para o STF desempenharem com segurança, celeridade e efetividade a sua atividade judicante, quer seja por conta dos mecanismos para a solução consensual, judicial e extrajudicial, de conflitos como a conciliação e mediação, quer seja pela formação e observância obrigatória dos precedentes dos Tribunais Superiores.

Acredita-se que o labor do STJ se sobressairia ainda muito mais caso o instituto da repercussão geral, adotado pelo constituinte para restringir o recurso extraordinário ao STF, incidisse nas mesmas proporções para o recurso especial.

Ressalta-se que a missão jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça representando a última e definitiva palavra sobre a aplicação e inteligência do direito federal infraconstitucional contribui satisfatoriamente com o desenvolvimento da ordem jurídica que, certamente o STF, sozinho, não teria condições de fazê-lo.

1.4. O Recurso Especial e seu escopo como instituto processual capaz de zelar pela efetiva da legalidade: do controle e interpretação, à uniformidade e projeção dos seus efeitos

José Afonso da Silva, destacando a competência recursal atribuída ao Superior Tribunal de Justiça na proposta de sua criação durante os trabalhos na Assembleia Constituinte, traz a seguinte lição:

“O que confere características própria ao Superior Tribunal de Justiça, conforme já citado, são as atribuições de controle da inteireza positiva, da autoridade e da uniformidade de interpretação da lei federal, consubstanciando-se aí jurisdição de tutela do princípio da incolumidade do Direito objetivo que constitui um valor jurídico – que resume certeza, garantia e ordem – valor esse que impõe a necessidade de um órgão de cume e um instituto processual para a sua real efetivação no plano processual.”
(SILVA, 2013, página 575)

927 que deverão ser observados pelos juízes, tema este que será abordado em tópico específico neste trabalho acadêmico.

O instituto processual referenciado pelo autor é o Recurso Especial, fruto do fracionamento do Recurso Extraordinário que não abordasse as matérias constitucionais, que lhe confere a competência constitucional para julgar determinadas causas decididas, em única ou última instância, pelos TRFs ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.³²

Nesse sentido, cumpre destacar a abordagem feita por Rodolfo de Camargo Mancuso:

“Numa imagem a ‘costela de adão’, extraída do recurso extraordinário e com a qual o constituinte veio a formar o recurso especial, vem a ser o que se convencionou chamar de ‘questão federal’, por oposição a ‘questão constitucional’, está agora reafirmada como seara própria do STF, enquanto ‘guarda da Constituição’ (CF, art. 102, *caput*)”. (MANCUSO, 2010, página 104.).

Suscitado no tópico anterior, o Recurso Especial consiste a partir da hipótese de fracionamento do Recurso Extraordinário por consequente deslocamento de competência ao STJ o controle interpretativo da lei federal que, até 1988 repousava no STF.

Controvérsias, conforme visto, circundaram o Recurso Especial à época da sua instituição, tais como: (i) a análise do eventual conflito entre a validade de lei local contestada em face de lei federal (questão superada por meio da Emenda Constitucional n. 45 de 2004 que reestabeleceu ao STF tal competência); (ii) a complexidade do sistema decorrentes dos problemas de ordem prática por conta da bipartição do recurso extraordinário; (iii) o fato de serem concebidas questões que envolvam, no mesmo recurso especial e a um só tempo, de ordem constitucional e infraconstitucional; (iv) interposição conjunta com o recurso extraordinário.

De todo modo, é um tanto quanto comum que determinado instituto pode gerar consequências imprevistas – positivas ou negativas – e se manifestarem no decorrer do tempo. Neste caso, cabe ao legislador amoldar a função paradigmática do instituto à atual realidade,

³² Constituição Federal, art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
 b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
 c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

aperfeiçoando-o ou até mesmo repelindo do sistema, missão esta que nos parece ter sido tomada pela ordem jurídica, principalmente em vista ao recurso especial.

Por esta razão, é evidente que um certo instituto processual ou remédio jurídico possa assumir feições distintas ao longo da história. Determinadas funções podem evoluir, tendo seu perfil modificado, incorporando ou abandonado concepções de ordem política, social ou econômica contidas num dado contexto histórico.

Assim, a doutrina registra que, num primeiro momento, aos recursos dirigidos aos Tribunais de Cúpula foram atribuídas as funções clássicas *nomofilática* e *uniformizadora*. (DANTAS; WAMBIER, 2016).

Ademais, a evolução do direito permitiu ao longo dos anos o desenvolvimento do sistema de produção e distribuição em série de bens, multiplicando os direitos humanos, como afirma Norberto Bobbio.

Essa proliferação se deu em três modos: aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; a titularidade de alguns direitos foi estendida a sujeitos diversos do homem e, por último modo, o homem passou a ser visto não como um ser genérico, abstrato, mas, na sua especificidade: criança, velho, doente. (BOBBIO, 2004).

Isto fez com que os recursos dirigidos aos órgãos de cúpula ganhassem nova feição. A massificação dos conflitos e as demandas coletivas fizeram com que o sistema jurídico adotasse, além do processo coletivo tradicional, uma função contemporânea aos recursos dirigidos aos órgãos de cúpula revelada no exercício das atribuições jurisdicionais diante das consequências, até então, imprevistas.

É nessa ordem que se assenta um novo escopo do recurso especial: a *função paradigmática* fundada na chamada *objetivação* ou *abstração* do processo individual, reconhecida gradualmente no controle difuso de constitucionalidade e, atualmente, no julgamento dos casos repetitivos no STJ, que será fonte da nossa pesquisa neste tópico.

Conforme tema visto, o legislador buscou nas raízes norte americana (independência dos Estados Unidos e a adoção do modelo Federal de Estado) e Francesa (Tribunal Cassacional) os fundamentos políticos para a implantação em nosso sistema de uniformização do direito federal.

Com a evolução do recurso extraordinário ao longo da história, revelou que o instituto processual continha o *caráter nomofilático* quase que equiparado ao recurso de cassação francês.

O vocábulo *nomofilático* vem do termo *nómos* que significa regra, norma, lei; e *phylaktikós*, que quer dizer “que tem a virtude de preservar ou conservar”. De *nomografia*.³³

Conforme visto, a competência da Corte Superior consiste na atribuição do exercício de controle jurídico sobre a decisão recorrida. Vale dizer, a Corte desempenha um papel que pressupõe a existência de uma violação ao Direito já ocorrida, no caso, pela decisão judicial.

Sua tarefa, portanto, “é sancioná-la e, quando possível, neutralizar ou eliminar os seus efeitos mediante cassação ou reforma dessa decisão”. (MITIDIERO, 2013, página 42).

Há de se concluir, portanto, que a atuação da Corte Superior é de reação a violação de um Direito já ocorrida perpetrada no recurso invocado pela parte interessada.

Nessa perspectiva, vale notar que a interpretação da lei, *per si*, não constitui a finalidade da Corte Superior. Na verdade, a interpretação da lei funciona como *meio* para corrigir o passado; sendo voltada para aferir e controlar os erros judiciais. (MITIDIERO, 2013).

Com isso, encapa-se de modo claro que a função do Tribunal de Cúpula é defender a lei contra a atuação do próprio Poder Judiciário, reagindo às violações e tutelando a legalidade do texto normativo. Nisso consiste a função nomofilática do recurso dirigido a Corte Superior: está ligada a defesa da legislação diante das decisões judiciais.

A *nomofilaquia*, portanto, corresponde a ideia de preservação da lei, conservar a norma, que “tradicionalmente assumiu o conceito de “proteção da letra da lei”, expressão esta consagrada nos meios jurídicos, especialmente a partir da Revolução Francesa, quando o apego a letra da lei foi intensificado.” (DANTAS; WAMBIER, página 289).

Um parênteses: dica de passagem, foi por esta razão de *nomofilaquia* – estrita observância pelo Poder Judiciário à letra da lei - que os magistrados foram apelidados, histórica e popularmente como “o juiz é a boca da lei”, pois naquela época concebeu-se um judiciário sem reais poderes.

³³ No dicionário do Direito brasileiro, o verbete recebe a seguinte definição: “Ciência cujo objeto é a escrita das leis” (CUNHA, 2005, página 184).

A necessidade de tutela da lei realizada pelo Tribunal de Cassação, em 1790, teve por fim controlar os poderes do Estado. Em outras palavras, a função nomofilática fundando-se na linha dos princípios da França revolucionária – preservação, conservação ou proteção da lei – consagrou a principal função das Cortes Supremas exercida até os dias de hoje. (MARINONI, 2013).

Contudo, nos tempos modernos, a função nomofilática evoluiu. A sua concepção original surgida na Cassação foi afastada. Isto por uma razão: a letra pura da lei deixou de ser a base das decisões judiciais. (DANTAS; WAMBIER, 2016).

Atualmente, o cenário é outro e implica do julgador a capacidade de superar o legalismo estrito, típica característica do positivismo normativista.

Como se sabe, o período pós França revolucionária marcou, dentre outros aspectos, uma nova concepção da lei: constitui expressão da vontade geral e não mais reflexo da vontade única e arbitrária do monarca.

Sobre essa mudança de paradigma ocorrida no final do século XVIII, muito bem posicionou-se Luiz Guilherme Marinoni que, afirmando os ideais lançados sobre esse período pela doutrina de Piero Calamandrei, não poderia constituir direito aquilo que não representasse a vontade geral. (MARINONI, 2013).

O propósito, então, naquela época, era garantir a vontade do Parlamento já que representava os interesses da sociedade e, por conta disso, estabelecer mecanismos para coibir qualquer interferência que pudesse colocar em risco o valor absoluto do Estado: a Lei.

A interpretação pura e simples do texto normativo, era decorrência da realidade social vivada à época, já que o clamor público consistia na busca de superação da fase absolutista vivida sob a égide do Rei Luís XVI e o temor daquele período se reestabelecer, existia.

Além disso, controlar a estrita observância a letra da lei era algo, inicialmente, absoluto, na medida em que a legislação expressava a vontade geral e, por esta razão, nada poderia influenciar na sua aplicação, inclusive as decisões judiciais.

Este foi um dos motivos que, *a priori*, estabelecia a proibição, na época, dos juízes realizarem qualquer interpretação da lei: quer seja pelo eventual risco de pôr em xeque a vontade do Parlamento; quer seja, aliás, pelos ares de desconfiança que os magistrados representavam para a sociedade pois mantinham laços com determinadas classes e atuavam,

muitas vezes, de acordo com seus próprios interesses pessoais manipulando a interpretação da lei.

Aliás, embora o tema foi abordado nesta pesquisa, não seria demais ressaltar a seguinte passagem por Luiz Guilherme Marinoni discorrendo sobre a história do Tribunal de Cassação na clássica obra de Piero Calamandrei *La casación civil*:

Embora os institutos da Revolução Francesa tenham assento em pressupostos teóricos e esses obviamente constituam a base do Tribunal de Cassação, já foi dito que, durante o período pré-revolucionário, o poder soberano tentava controlar os desmandos dos corpos judiciais mediante o *Conseil desparties*. Os cultores da Revolução Francesa, ao considerarem a Cassação, tomaram em conta a história dos abusos dos corpos judiciais, considerando-os como um grande perigo para a unidade do Estado e para a soberania do Poder Legislativo. Na França monárquica, o povo já se rebelava contra a falta de certeza e de estabilidade das decisões e contra a possibilidade de o juiz acomodar o texto da lei a significados diferentes para favorecer determinadas partes, propondo-se que a atividade judicial fosse exercida mediante um critério único, que impedisse aos juízes de transgredir o direito objetivo sob a desculpa de interpretá-lo. (MARINONI, 2013, página 28).

Portanto, numa primeira análise, a legalidade estrita estabelecida pelo Tribunal Cassacional Francês representava a legitimidade das decisão judicial e garantia a verdadeira interpretação do texto normativo em consonância com a vontade do Parlamento e, ao mesmo tempo, evitando futuras opressões dos juízes e manipulação da lei.

Com o passar do tempo, este conceito evoluiu. Os acontecimentos históricos até então vividos (movimentos revolucionários) demonstraram que “entre a fase do absolutismo puro e o Estado moderno, detectou-se uma tendência no sentido da exigência de que o monarca sujeita-se a um *interesse comum*”. (DANTAS; WAMBIER, 2016, página 31).

Se antes o fundamento do direito antigo era a figura do monarca concebendo ao Estado objeto de sua soberania, agora, o soberano passou a ser considerado um depositário do poder para consecução dos fins do Estado.

A concepção dominante, até então, respondia aos anseios da época àquilo que se esperava daqueles que aplicavam a lei, assegurando os particulares contra as pretensões arbitrárias pronunciadas pelos tribunais.

Essa crença, hoje, não existe mais. A lei tornou-se um meio para se alcançar os fins da soberania popular e o poder do monarca (até então absoluto) ficou adstrito a necessidade de servir ao bem comum.

Garantir que a decisão do Judiciário com base na letra da lei era o modo de ter certeza de que a vontade popular seria cumprida, atualmente, os fatos sociais e o inevitável descompasso que a lei escrita e a realidade possa existir seria razão suficiente para que o intérprete não se contentasse com a letra da lei.

Aliás, a discrepância entre um ato normativo, publicado num determinado contexto histórico, e a realidade contemporânea pode gerar um sentido inverso da lei, qual seja, não atender mais os atuais anseios da vontade geral.

Nesse sentido, vale a lição de Teresa de Arruda Alvim Wambier: “Aquele época, via-se na vontade do legislador a vontade do povo. Hoje, essa identidade não é mais sentida pela sociedade.” (DANTAS; WAMBIER, 2016, página 34).

Apesar disso, mesmo inseridos noutra contexto social, o fato é que o direito positivo é imprescindível para regular a vida em sociedade. A soberania da lei continua sendo a fórmula ideal encontrada pelo homem para evitar abusos de Poder, mas, desde que se trate de lei socialmente legitimada.

É por esta razão que a função nomofilática dos recursos dirigidos aos tribunais de cúpula (consagrada na Revolução Francesa com o Tribunal de Cassação) evoluiu ao longo da história.

A questão que impulsiona uma nova feição a função nomofilática diz respeito a tutela da lei: se a concepção desta sofreu profundas alterações, deixando para trás a clássica noção do “juiz boca da lei”, mas, representado os interesses sociais no atual contexto, perdeu o sentido a proteção e preservação integral da literalidade normativa.

Atualmente, as modernas correntes falam em *nomofilaquia tendencial ou dialética*.

Nesse sentido, são precisas a seguinte lição:

“[...] de modo a significarem essas expressões a persecução da unidade do direito, e não mais da lei, mediante a utilização de processos hermenêuticos que auxiliem na investigação da solução mais racional e afinada com preceitos constitucionais. Em outras palavras: utiliza-se um processo dialético para possibilitar ao juiz aferir, entre as múltiplas interpretações possíveis, aquela que melhor equacione a lide”. (DANTAS; WAMBIER, 2016, página 309).

A outra função clássica e tradicional do recurso dirigido ao órgãos de cúpula é a *função uniformizadora* cuja premissa é conferir unidade ao direito. É a função que orienta a interpretação uniforme e adequada a lei.

A concepção de não apenas conferir interpretação adequada ao texto da lei, mas, sobretudo, garantir a sua uniformidade de aplicação do direito federal repousa na doutrina constitucional norte-americana lançada nos meados do século XVIII: federalismo e *Supreme Court*.

Embora houvessem divergências na Assembleia da Filadélfia no tocante a instituição de um modelo de Estado Federal, já que alguns representantes dos Estados – verdadeiros embaixadores seus - não pretendiam abdicar a parcela de sua soberania em prol do unificação das colônias inglesas, o fato é que alcançaram um consenso no que diz respeito a previsão de existência de uma Suprema Corte e um modelo de sistema de Cortes Federais (DANTAS; WAMBIER, 2016).

Além de fortalecer o governo nacional contendo as forças irradiantes dos interesses dos Estados-membros, a plausível justificação teórica e política seria assegurar ao direito nacional a uniformidade de julgamentos.

Alexander Hamilton, um dos responsáveis pela consagração da forma Federativa de Estado, enumerou vários motivos que levaram à Assembleia da Filadélfia deliberar pela previsão no texto constitucional, de uma esfera federal para o Poder Judiciário e, dentre as suas principais razões: a necessidade de estabelecer a uniformização da interpretação do direito federal constitucional e infraconstitucional.³⁴

³⁴ Neste contexto, se destaca a seguinte passagem dos *Federalist Papers*, n. 80, de autoria de *Alexander Hamilton*: “*The reasonableness of the agency of the national courts in cases in which the State tribunals cannot*

Reconhecia-se, então, que a segurança jurídica representava um valor significativo ao Estado que buscava a preservação e a defesa e, no federalismo, era impossível manter essa segurança diante do aspecto que determinada lei poderia ser interpretada de formas diferentes por diversos tribunais estaduais.

Dessa maneira, era preciso estabelecer meios para garantir a tão almejada segurança por intermédio da aplicação uniforme das normas jurídicas positivadas nas ordens jurídicas existentes da época.

Mesmo nos países em que há cortes e recursos de cassação, embora originariamente a função desse recurso fosse estritamente nomofilática, a evolução e mudança de contexto social, somada a superação do positivismo normativista, revelaram a necessidade de não somente exercer o controle das decisões judiciais, mas, sobretudo, conferir a aplicação uniforme do direito (DANTAS; WAMBIER, 2016).

E justamente no sentido da nomofilaquia que se percebe a uniformidade da jurisprudência tida como um instrumento em relação à função de controle desempenhada pela Corte. Nesta premissa, Daniel Mitidiero ensina que:

“É preciso fixar a exata interpretação da lei mediante uma jurisprudência uniforme a fim de que se possa saber se, ao jurisdicionar, as instâncias ordinárias violaram ou não a legislação. O que sobressai na atuação da Corte é o escopo de tutela da legalidade mediante controle das decisões judiciais.”
(MITIDIERO, 2013, página 44)

Na mesma linha, convém a lição de Luiz Guilherme Marinoni, que elencou considerações sobre o fenômeno de interpretação das leis:

Ao legislativo não mais cabe uma posição de supremacia. Admite-se que o trabalho do legislador, em si, não é suficiente enquanto direito. É indispensável que o Judiciário atribua sentido aos textos legais e, em outros, garanta a sua concretização nos termos dos valores que presidem a vida

social, sem nunca se esquecer de desenvolver o direito segundo as expectativas da evolução da sociedade. (MARINONI, 2013, página 79).

Por isso as duas funções – nomofilática e uniformizadora – atribuídas ao Recurso Especial se harmonizam entre si, preservando a lei por meio do controle das decisões judiciais e fixando a interpretação uniforme garantindo assim eficácia e segurança jurídica.

Afinal, a decisão da Corte Superior é revestida de universalidade como garantia da sua racionalidade. Do contrário, em regra, “não há cabimento interpretar um mesmo texto legal e dele extrair duas ou mais normas jurídicas distintas.”(MARINONI, 2013, página 106).

Pondo fim a pesquisa desta parte relacionada ao escopo do Recurso Especial por zelar pelo efetivo controle e interpretação uniforme da lei e, considerando a afirmação doutrinária acima, uma questão interessante vem a calhar.

Embora seja uma regra, em tese, a impossibilidade de se extrair, mediante interpretação, duas ou mais normas de um único texto, afinal: qual seria a exceção desta questão de hermenêutica jurídica?

Em outras palavras: considerando a evolução do direito e o surgimento de técnicas processuais, seria possível haver decisões judiciais díspares para casos semelhantes?

Ou ainda, se sobreviesse decisões judiciais desiguais para casos substancialmente iguais, isto constitui atentado ao princípio constitucional da isonomia (igualdade)?

O fato de haverem pronunciamentos distintos para casos aparentemente iguais, implica afirmar que o controle exercido pela Corte Superior e a função uniformizadora do recurso foi, neste caso, desconsiderada pelo sistema jurídico?

O direito a igualdade perante o Estado Constitucional é pressuposto básico de toda e qualquer concepção jurídica de Estado. A busca ao direito fundamental a igualdade tornou-se, dentre outras, uma das principais fontes de inspiração da Revolução Francesa.

São valores jurídicos fundamentais unidos de modo indissociável à dignidade humana.

O direito à igualdade contém uma peculiaridade em relação aos demais direitos fundamentais, pois, não possui um conteúdo material específico (como os direitos a vida liberdade, privacidade, etc.), mas, um *caráter relacional*, ou seja, para a sua análise e

descoberta de tratamento igual ou desigual, deve-se aferir a existência dos elementos de comparação. (NOVELINO, 2015).

O âmbito de proteção do Direito fundamental à igualdade abrange posições jurídicas distintas e deve ser analisado sob duas perspectivas: a primeira corresponde a igualdade perante a legislação (igualdade formal – observada na dimensão de igualdade na aplicação do direito) e dentro dela (igualdade material – o seu conteúdo não poder fazer distinções arbitrárias).³⁵

Assim, por exemplo, eventual tributo fixado com um valor idêntico para todos seria uma medida formalmente igual (igualdade perante a lei), mas, profundamente desigual quanto ao seu conteúdo. Afinal, os contribuintes possuem rendimentos distintos não poderia haver equiparação entre eles. (NOVELINO, 2015)³⁶.

Na outra perspectiva que exige análise sob o direito a igualdade ótica, que nos importa, deve-se ressaltar a igualdade no aspecto processual, isto é, a igualdade no processo e a do resultado de aplicação da legislação no processo - igualdade pelo processo. (MARINONI; MITIDIERO e SARLET, 2015).

³⁵ O princípio da igualdade confere a todos os indivíduos que se encontrem em uma mesma categoria o direito *prima facie* a um tratamento isonômico e imparcial. No âmbito de criação do direito, isso não significa “que o legislador tenha que inserir todos na mesma posição jurídica. A igualdade de todos em relação a mesma posição produziria normas incompatíveis ou sem sentido teleologicamente, como por exemplo, a imposição do serviço militar para crianças ou atribuir, no campo penal, pena para todos). O dever de igualdade reclama que não se pode exigir tratamento exatamente igual a todos. Bem por isso é que se admite eventuais diferenciações. A fórmula proposta por Aristóteles: tratar igualmente o igual e desigualmente o desigual é o ponto de partida dessa premissa. Mas, na atual concepção desse direito, não se mostra suficiente. Rui Barbosa achou o verdadeiro sentido da igualdade, ao afirmar que “a regra da igualdade não consiste senão em quinhoeirar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. O imperativo é o seguinte: não sendo as pessoas iguais, o tratamento a ser dado a cada uma delas deve ser diferente: os cuidados com uma criança, um adulto ou um idoso devem ser distintos para que sejam tratados com o mesmo respeito e consideração. (NOVELINO, 2015). O traço que permite atribuir um tratamento diferente a determinadas pessoas é muito bem observado por Celso Antônio Bandeira de Melo: a distinção será compatível com o direito a igualdade quando existir, *in abstracto*, uma justificativa razoável e racional (“fundamento lógico”) para a adoção do critério discriminatório e esta justificativa estiver afinada com os valores constitucionalmente protegidos. (MELLO, 2014, página 22). Em suma, nas mesmas lições do citado doutrinador, “o princípio da isonomia preceitua que sejam tratadas igualmente as situações iguais e desigualmente as desiguais. Onde não há como desequiparar pessoas e situações quando nelas não se encontram fatores desiguais.” (MELLO, 2014, página 35). Portanto, a igualdade jurídica corresponde a uma assimetria que deve existir na aferição entre os diferentes tipos de tratamento: para que haja um permissivo de tratamento desigual, é necessária uma razão suficiente para isso e apta a fomentar um fim constitucionalmente protegido. Assim, observa-se que é perfeitamente possível haver distinções nos tratamentos, mas, desde que não se baseie em critérios discriminatórios, preconceituosos, odiosos ou injustificáveis.

³⁶ STF, Recurso Extraordinário 154.027, relator Ministro Carlos Velloso, julgado em 20/02/1998: “Princípio isonômico: a sua realização está no tratar iguais com igualdade e desiguais com desigualdade. No caso, o número de prestações do imposto teve por base beneficiar com prazo de tratamento mais dilatado os contribuintes menos favorecidos de recursos”.

O direito a igualdade processual – forma e material – é o suporte do direito a paridade das armas no processo. Como já decidiu o STF, “a igualdade das partes é imanente ao ‘*procedural due process of law*.’”³⁷

Numa primeira vista, o processo só pode ser considerado justo se as partes dispõem das mesmas oportunidades e dos mesmos meios para dele participar. Tanto o legislador como o juiz estão vinculados a este ditame.

O juiz deve velar pela igualdade processual e, por isso, veda-se que as partes tratadas com oportunidades assimétricas ao longo do processo.

Por fim, a igualdade pelo processo consiste na obtenção do seu resultado. Há, diante disso, uma preocupação na doutrina com a igualdade de tratamento dos litigantes, com a igualdade de acesso à justiça, com os procedimentos e técnicas processuais.

Mas, além disso, deve-se preocupar com as decisões judiciais. Afinal, o acesso à justiça e a participação adequada no processo só tem sentido se correlatos com a decisão. São valores imprescindíveis para a obtenção de uma decisão racional e justa (MARINONI, 2014).

Daí, há o que se falar em igualdade diante dos resultados produzidos pelo processo em determinar a previsão de institutos básicos processuais pelo legislador infraconstitucional.

Estas técnicas processuais consagram, dentre outras, a *ratio decidendi*³⁸, *obiter dictum*³⁹, *distinguishing*⁴⁰ e o *overruling*⁴¹.

³⁷ STF, Tribunal Pleno, Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 1.753/DF, relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 16/04/1998.

³⁸ A *ratio decidendi* pode significar tanto a “razão para a decisão”, como “razão para decidir”. Não se deve inferir disso que a *ratio decidendi* de um caso precise ser o raciocínio jurídico. O raciocínio, evidente, faz um papel fundamental para a *ratio*, mas ela, por si só, representa muito mais que isso. A *ratio* não se confunde com o dispositivo e com a fundamentação. É algo constituído na decisão judicial a partir do relatório, da fundamentação e do dispositivo. Reporta a doutrina que a definição de *ratio decidendi* não é uma tarefa fácil, pois, a dificuldade reside sempre na sua identificação na decisão judicial. De todo modo, dada a sua notoriedade, a doutrina refere-se ao denominado *teste de Wambaugh* (Eugene Wambaugh) e o *método de Goodhart* (Arthur Goodhart). Tratam-se de métodos capazes de permitir identificação da *ratio decidendi*. Para **Wambaugh**, a *ratio* é uma regra e **sem ela o caso seria resolvido de outra forma**. O jurista descreve o modo como o teste deve ser feito: inicialmente, há de ser formulada a suposta proposição de direito. Após, deve inserir na proposição uma palavra que inverta o significado. Daí, far-se-á pergunta se o tribunal houvesse admitido a nova proposição e a tivesse tomado em conta no seu raciocínio, a decisão seria a mesma? Se a resposta for negativa, aquela proposição original consubstancia a *ratio decidendi*. Assim, invertendo o sentido da proposição levada em consideração pelo tribunal, a sua decisão não pode ser a mesma para que ela constitua a *ratio decidendi*, pois, se gerar igual decisão, a proposição original constitui *obiter dictum*. Por outro lado, o método de Arthur Goodhart, segundo a doutrina, dá maior ênfase aos fatos, pois o jurista propõe a determinação da *ratio* mediante a observação de outros critérios. Conforme debruça Luiz Guilherme Marinoni sobre o assunto, este novo método foi publicado, pela primeira vez, no *Yale Law Journal*, em dezembro de 1930, tornando-se a base de todas as pesquisas acerca do tema, no sistema do common law. Para **Goodhart**, a *ratio* é identificada mediante a verificação dos fatos tratados pelo juiz tidos como essenciais (fundamentais). Como uma parcela da decisão: o núcleo. Assim, como primeiro passo, é necessário determinar todos os fatos do caso vistos pelo juiz e, após,

identificar quais destes fatos o juiz admitiu como essenciais para decidir. Ou seja, em quais destes fatos o juiz encontrou substrato para o seu julgamento. É preciso realizar um fatiamento dos fatos por ele vistos: *os fatos considerados materiais* (substanciais, *essenciais*, fundamentais) e os imateriais (não levados em conta, talvez omitidos, para fundamentar a decisão). O jurista apresenta um exemplo que constrói o seu argumento, servindo do caso *Rylands versus Fletcher: Fletcher* contrata um empreiteiro para construir um reservatório em sua propriedade. O reservatório apresentou defeito, negligência do empreiteiro, e água invadiu as terras do vizinho, causando prejuízos. Os fatos do caso: fato I: B tinha um reservatório na sua propriedade; fato II: o empreiteiro, contratado por B para edifica-lo, agiu com negligência; fato III: a água escoou do reservatório e prejudicou A. Foram considerados fatos materiais: I) B tinha um reservatório na sua propriedade e, II) a água escoou e prejudicou A. Anota *Goodhart* que **a Corte ignorou a questão da negligência** do empreiteiro. Neste caso, ao réu foi atribuída a responsabilidade objetiva pelo evento já que os juízes ignoraram o fato da negligência que foi implicitamente considerada como um fato imaterial e o réu foi considerado responsável perante o autor. O juiz deve expressamente indicar os fatos que considera materiais ou imateriais. Como assim, muitas vezes, não ocorre, *Goodhart* sugere vários testes para determinar quais fatos devem ser admitidos e tratados por essenciais ou não. Assim, os fatos relativos a pessoa, tempo, lugar, gênero e quantidade são presumidamente imateriais (não essenciais). Os argumentos e razões da Corte, bem como a declaração da regra de direito que está sendo seguida indicarão sobre quais fatos o juiz alcançou sua decisão. Frise-se que a doutrina dá importância ao princípio de que casos iguais devem ser tratados da mesma forma, a menos que o caso sob julgamento tenha outros fatos que possam ser tratados como essenciais, ou que fatos ignorados no caso anterior, agora, sejam levados a efeito. Em sede acadêmica, é notória a elaboração histórico-dogmática sobre os precedentes e *ratio decidendi* elaboradas por Luiz Guilherme Marinoni, no clássico *Precedentes obrigatórios*, cuja obra foi a base das considerações aqui pontuadas. (MARINONI, 2014). José Miguel Garcia Medina, discorrendo sobre o art. 927 do Novo CPC em sua obra *Código de Processo Civil Comentado*, sintetizou com propriedade o conceito de *ratio decidendi* tomando por base as duas teorias formuladas por *Eugene Wambaugh* e *Arthur Goodhart*: A *Ratio decidendi* é uma expressão conhecida no ambiente jurídico, ora como “tese jurídica”; ora como “fundamentos determinantes”. Nas lições do autor, trata-se dos **argumentos principais sem os quais não teria o mesmoresultado**, ou seja, os argumentos que podem ser considerados imprescindíveis. “Assim, em determinada decisão judicial haverá *ratio decidendi* útil para utilização em casos futuros não apenas quando um tribunal decide determinada questão de forma pontual ou direta (X deve fazer A). Por vezes, na mesma decisão poderá haver uma regra geral que abranja, além de X, os indivíduos Y e Z e outros em mesma situação no futuro. *Ratio decidendi*, assim, **seria o núcleo ou conteúdo essencial** do precedente.” (MEDINA, 2016, página 1221).

³⁹ Na obra de Renê David, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, o autor destaca o sistema inglês conhecido por *Common law*. Trata-se do direito comum a toda Inglaterra, não constituído em sua totalidade, como no Brasil, de normas positivas (leis). Lá, as regras são estabelecidas e compreendidas por meio das decisões dos tribunais, na maioria das vezes fundadas nos costumes locais. Neste sistema de direito, o pronunciamento judicial é consubstanciado de uma porção do julgado que tem efeito obrigatório e vinculante (determinante) para os casos semelhantes futuros. Por isso, na *common law* sempre houve a preocupação da fazer a distinção entre *ratio decidendi* e *obter dictum*, pois tal fato se deve a valorização dos fundamentos da decisão (MARINONI, 2014). Já no sistema brasileiro, *civil law*, cabe aos tribunais aplicar a lei e sua interpretação adequada. Por esta razão, pouco importaria a questão da fundamentação. Esta seria, em tese, breve e sucinta e, neste casos, o que interessa no campo da investigação e segurança jurídica é a parte dispositiva da sentença (exemplo da coisa julgada), mas não os fundamentos que a originaram, como ocorre no *common law*. Assim, a compreensão sobre o conceito de *obter dictum* parte da premissa daquilo consubstanciado na decisão e a identificação da *ratio decidendi*, por sua vez, é fundamental nesse sentido. Aquelas questões tidas por não essenciais, não fundamentais e, portanto, desnecessárias a atribuição do resultado são passagens de *obter dicta*: não são conectadas aos fatos ou foram dirigidas a um ponto que as partes não buscaram arguir. A doutrina classifica também, reportando a teoria dos precedentes nos Estados Unidos, que a espécie de *dicta* pode consistir em “declarações da Corte sobre questões que ela não está realmente decidindo ou foi chamada a decidir” (MARINONI, 2014, página 233). Assim, é possível identificar no julgado questões que não necessitam de apreciação, mas que guardam certa relação com o caso em apreço. Porém, pode ocorrer ainda o surgimento de questões que não guardam relação se quer com o julgamento. Dessa maneira, afirma-se que o magistrado vai se deparar com questões significativas e dotadas com mais autoridade do que as que não dizem respeito ao caso sub judice. se conectam ao caso sub judice. Enquanto *Arthur Goodhart* classificou estas questões díspares em matérias (essenciais ao julgado) e imateriais (irrelevantes ao caso), o inglês Rupert Cross faz alusão a questões independentes e dependentes para justamente qualificar certa questão como *obter dictum*. Quando existirem duas questões e o acolhimento de uma delas seja o bastante para dar ganho de causa à parte, e o eventual acolhimento da outra não infere no resultado, estaríamos diante de uma questão independente. Pelo contrário, caso a análise da segunda questão esteja condicionada ao acolhimento da primeira, então há questões dependentes no julgado.

Assim, foca-se tanto a igualdade no meio (paridade de armas) como na igualdade no fim (decisões judiciais).

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni:

“Só há sentido em nos preocuparmos com a igualdade no processo se nos preocuparmos igualmente com a igualdade pelo processo – o meio serve ao fim e ambos devem ser pensados na perspectiva da igualdade.”
(MARINONI, MITIDIERO e SARLET, 2015, página 756).

Por exemplo, uma ação fundada em dois pedidos: reparação de danos morais e materiais. Em sede de recurso de apelação, o réu, cujo propósito é sair no Tribunal, invoque a seu favor quanto a impossibilidade de se obter a indenização por danos morais e, na outra questão, pretenda atribuir a responsabilidade do dano material a outrem: Nas duas questões ventiladas, a decisão beneficiaria o apelante. Neste exemplo, caso a Corte decida um dos pontos a favor do autor-apelado (no caso a indenização por dano moral permitindo a cobrança), mas na segunda questão em favor do réu apelante que, assim, saiu vitorioso na apelação, pode-se afirmar que haviam questões distintas e independentes, pois, a decisão de uma não implicou no julgamento da outra. Nesse sentido é que Rupert Cross afirma que a decisão a respeito da primeira questão constitui *obiter dictum*. A declaração sobre a segunda questão (responsabilidade do prejuízo atribuída a terceiro) seria a *ratio decidendi*. O raciocínio do jurista inglês segue as premissas estabelecidas por *Eugene Wambaugh* e Arthur Goodhart, senão vejamos: Sob ponto de vista de *Wambaugh*, a primeira questão não influenciou na decisão da segunda. Logo, **sem ela o caso seria resolvido da mesma forma**. Já submetendo a questão sob o método de *Goodhart*, a Corte considerou **os fatos do dano moral tidos como imateriais, não essenciais** ou não fundamentais, pois não espelharam em nada no julgamento da apelação. Por fim, assimilando as lições de Rupert Cross, as alegações acerca da questão relativa ao dano moral são independentes, já que a Corte não as considerou como necessárias para o provimento da apelação. Trata-se de argumentos **não principais pois, sem eles, seria o mesmo resultado**. Em outras palavras, as decisões que variam em graus de generalidade se não forem imprescindíveis ao resultado do julgamento, não constituem *ratio decidendi*, mas, *obiter dicta*. (MEDINA, 2016, páginas 1221 e 1222).

⁴⁰ Os fundamentos determinantes da decisão (*ratio decidendi*: núcleo ou conteúdo essencial do precedente) podem deixar de ser aplicados, se a questão decidida for distinta. O *distinguishing* (distinção) não se confunde com superação ou revogação (*overruling*), pois o afastamento do precedente não implica seu abandono, mas, apenas a sua não aplicação em determinado caso concreto. Houve, no caso, um desvio cognitivo. Nesse sentido, são precisas as lições de José Miguel Garcia Medina: “entende-se por *distinguishing* a recusa de um órgão judicial a um caso atual por considerar este distinto o bastante, de tal modo que a aplicação do precedente a ele geraria injustiça.” (MEDINA, 2015, página 1230).

⁴¹ A orientação adotada num precedente, em regra, deve-se manter estável. Contudo, em determinados casos, pode ocorrer circunstâncias alheias daquelas que originaram a razão de decidir, justificando assim o abandono do entendimento outrora adotado, ou a sua modificação. Afirma a doutrina, no caso, que houve a revogação do precedente. Até porque seria irracional, talvez, um sistema jurídico não permitir que isso ocorresse. Afinal, a sociedade evolui e novos fatos sociais vão surgindo e cabe aos juízes moldarem as decisões judiciais de acordo com o atual cenário e perspectivas de progresso, senão aquilo que outrora foi justo, não mais seria. Portanto, para permitir a evolução do direito, os tribunais adotam a técnica processual, mediante regras e limites, evidente, para firmarem novos entendimentos deixando de preservar a antiga regra devido às alterações das condições sociais. É o chamado *overruling*. (MEDINA, 2015). O desenvolvimento desses critérios sempre teve como base a preocupação em manter atualizado o direito para atender as demandas sociais modificantes. Uns dos clássicos exemplos de *overruling* realizados pelo Supremo Tribunal Federal diz respeito a nova concepção dada ao art. 226, §3º da Constituição Federal de 1988, reconhecendo a *união estável homoafetiva* como entidade familiar, a permissão do aborto, interrupção do parto em casos concretos na gestação de fetos anencefálicos, a reserva de vagas em Instituições de Ensino por meio da política de cotas raciais.

Por essas razões, observa-se que é possível existirem decisões judiciais diferentes para casos aparentemente iguais. Isto porque os fatos consubstanciados na decisão e que influenciam na tomada do julgamento, dados a sua imprescindibilidade, podem ser diversos (*distinguishing*) daquele que originou o caso paradigmático anterior.

Nesse sentido:

“Para que se possa extrair de um mesmo texto legal uma nova norma jurídica é preciso ter presente outras circunstâncias capazes de justificar a conveniência da nova decisão ao lado da decisão anterior, sem que anova signifique contradição da primeira. Nesse caso, a nova decisão constitui outro precedente” [...]. (MARINONI, 2013, páginas 106 e 107).

Ou ainda, as circunstâncias do novo julgamento são alheias daquelas que originaram a razão de decidir (*ratio decidendi*), permitindo assim o abandono do entendimento outrora adotado, ou a sua modificação, revogando o antigo precedente em decorrência de alterações das condições sociais justificando, portanto, o novo entendimento do tribunal (*overruling*) em homenagem a evolução do direito.

De todo modo, a decisão revogadora contendo as novas razões sobre caso substancialmente igual, “só pode ser tomada pela própria Corte Suprema que já decidiu acerca do caso.” (MARINONI, 2013, página 107).

A uniformização conforma-se, portanto, a manutenção sistemática do direito e à garantia do respeito aos princípios da igualdade perante a lei e da legalidade, verificando nos casos particulares que lhe são levados a exame, se as regras de direito material e processual foram bem aplicadas, fazendo chegar a única solução correta. (DANTAS; WAMBIER, 2016).

A *função paradigmática*, enfim, repousa na essência da linha jurisprudencial gradualmente adotada pelo STF de *objetivação* ou *abstração* do controle difuso de constitucionalidade.

Segundo a doutrina, ela é exercida de forma distinta entre os países do sistema *civil law* e *common law*. Isso porque na tradição do *common law*, a eficácia vinculante dos precedentes é a força motriz que dá sustentação aos sistema, em razão da ausência de normas escritas.

A professora Teresa Arruda Alvim Wambier faz uma ressalva interessante quanto a isso: revela um jurista inglês, *Anthony Lewis* prefaciou no livro *The Supreme Court and the Idea of Progress*, de *Alexandre M. Bickel*, que há um grande paradoxo no sistema judicial dos Estados Unidos: a divergência dos nove juízes sobre temas relevantes na sociedade norte-americana, como por exemplo, supremacia da federação; raça; direito penal, etc. (DANTAS; WAMBIER, 2016).

O que se extrai desta lição é o alto grau de subjetividade nos julgados, inerente ao ser humano. E contra isso é que o rígido sistema inglês pretende evitar. Por isso é que os britânicos adotaram a regra do *stare decisis*, que consiste na conservação das decisões de casos passados, respeitando o que foi estabelecido. Este é o sentido da expressão.⁴²

A valorização do precedente é tamanha que, muitas vezes, “se declara expressamente que o precedente está sendo seguido, ainda que aquele juiz, que está proferindo a *opinion* (=voto), entenda que a regra nele contida deveria ser alterada.” (DANTAS; WAMBIER, 2016, página 187).

Isso ocorre pois, de acordo com a regra da *common law* pela ausência de normas jurídicas escritas, a *lex non scripta*, se os juízes realizassem decidissem com base no seu *livre convencimento*, o sistema poderia ser caótico e imprevisível.

Por esta razão é que se dita o efeito vinculante do precedente do *common law*: pela necessidade de assegurar estabilidade e segurança do direito (DINAMARCO, 2009).

⁴²Sobre a doutrina do *stare decisis*, Tércio Sampaio Ferraz Junior leciona em trecho de sua obra, quando na pesquisa sobre a dogmática analítica ou ciência do direito como teoria da norma, abordando sobre fontes do direito - costume e jurisprudência – fez a seguinte passagem: “Por fim, há um tipo de costume que por sua relevância, merece um destaque especial: *o costume jurisprudencial*. É discutido, nesse passo, se a jurisprudência dos tribunais deve ser considerada fonte do direito. Aqui, é bom lembrar duas tradições jurídicas importantes: a romanística e a anglo-saxônica. Nesta, é conhecida a força vinculante dos precedentes judiciais. Já no século XIII, era costume citarem-se os casos e suas decisões (*Case Law*). A princípio, era apenas um uso geral, não se achando que os juízes estivessem vinculados a decidir conforme os precedentes. Pouco a pouco, a doutrina foi aceitando o *caráter vinculativo*, que toma uma configuração mais definida nos séculos XVII e XVIII. O aperfeiçoamento dos repertórios de casos (*reports*) e o *aperfeiçoamento de uma hierarquia judiciária mais homogênea* terminaram, já no século XIX, por consagrar a doutrina acabada, conhecida como *stare decisis*. Seus traços fundamentais são os seguintes: primeiro, *os tribunais inferiores estão obrigados a respeitar as decisões dos superiores*, os quais se obrigam por suas próprias decisões; segundo, toda decisão relevante de qualquer tribunal é um argumento forte para que seja levada em consideração pelos juízes; terceiro, *o que vincula no precedente é a sua ratio decidendi*, isto é, o princípio geral do direito que temos de colocar como premissa para fundar a decisão, podendo o juiz que a invoca interpretá-la conforme sua própria razão; quarto, *um precedente (sua ratio decidendi) nunca perde sua vigência*, ainda que anos o tenham tornado inaplicável as circunstâncias modernas: ele permanece válido, e pode ser invocado desde que se demonstre sua utilidade para o caso. (FERRAZ JUNIOR, 2010, página 210). (Grifo nosso).

Pela teoria dos precedentes, adotada com peculiaridades por países como os Estados Unidos e a Inglaterra, as decisões tomadas nos casos anteriores deve ser repetidas naqueles novos e muito semelhantes.

Contudo, essa característica deve ser analisada com temperamentos. Por um lado, observa-se que os juízes estão obrigados a seguirem as decisões anteriormente pronunciadas pelos tribunais superiores ou do mesmo nível de jurisdição com uma aplicação quase que automática (DWORKIN, 2014).

De outro, por sua vez, exige-se que o juiz de alguma forma siga a decisão anterior, porém, ao menos que a considere errada o bastante para suplantar essa presunção. Trata-se da chamada *teoria atenuada* da doutrina do precedente.

Esta corrente foi trilhada no Brasil e um exemplo desse movimento é a linha jurisprudencial adotada pelo STF chamada de objetivação ou abstração do controle difuso de constitucionalidade, bem como em decisões do STJ atribuindo nova eficácia das sentenças na jurisdição constitucional.⁴³

Trata-se de uma tendência sistema constitucional de controle incidental das leis conferindo expansividade das decisões mesmo quando tomadas em controvérsias individuais.

Um dos percussores no STF dessa tendência, segundo a doutrina, foi o eminente Ministro Sepúlveda Pertence que consignou em voto lançado no Agravo Regimental na Sentença estrangeira 5.206 a seguinte passagem:

E a experiência demonstra, a cada dia, que a *tendência dominante* – especialmente na prática deste Tribunal – é no sentido da *crescente contaminação da pureza dos dogmas do controle difuso pelos princípios reitores do método concentrado*. Detentor do monopólio do controle direto e, também, como órgão de cúpula do Judiciário, titular da palavra definitiva sobre a validade das normas no controle incidente, em ambos os papéis, *o Supremo Tribunal há de ter em vista o melhor cumprimento da missão precípua de ‘guarda da constituição’*, que a lei fundamental explicitamente lhe confiou. Ainda que a controvérsia lhe chegue pelas vias recursais do

⁴³ Em matéria de doutrina reconhecendo a função paradigmática dos recursos dirigidos aos Tribunais de Cúpula, atribuindo nova feição aos efeitos da decisão tomada em sede de jurisdição constitucional, sobretudo no controle incidental de constitucionalidade, ressalta-se a obra de Teori Albino Zavascki, Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional.

controle difuso, expurgar da ordem jurídica a lei inconstitucional ou consagrar-lhe definitivamente a constitucionalidade contestada são tarefas essenciais da Corte, no interesse maior da efetividade da Constituição, cuja realização não se deve subordinar à estrita necessidade, para o julgamento de uma determinada causa, de solver a questão constitucional nela contida. Afinal, não é novidade dizer - como, a respeito da Cassação, Calamandrei observou em páginas definitivas – que no recurso extraordinário - via por excelência da solução definitiva das questões incidentais de inconstitucionalidade de leis -, a realização da função jurisdicional para o Supremo Tribunal, é um meio mais que um fim: no sistema de controle *incidenter* em especial no recurso extraordinário, ***o interesse particular dos litigantes, como na cassação, é usado como ‘elemento propulsor posto a serviço do interesse público’***, que aqui é a guarda da Constituição, para a qual o Tribunal existe.” (DANTAS; WAMBIER, página 322)

Comungando nesta corrente, René David, em seu clássico os grandes sistemas do direito contemporâneo, demonstra que, excepcionalmente, é possível fazer com que se torne obrigatório para os juízes seguir precedentes (DAVID, 2002, páginas 160 e 161).

Tanto é possível que os Tribunais de Cúpula brasileiros adotaram essa perspectiva. Em alguns julgados do STF como as decisões tomadas no Recurso Extraordinário – RE 197.917⁴⁴, ADI 3.345⁴⁵ e *Habeas Corpus* 82.949⁴⁶, bem como do STJ⁴⁷, propunham uma nova

⁴⁴ Tratou-se do famoso caso julgado no Tribunal Pleno da Suprema Corte, em 06/06/2002, de relatoria do eminente Ministro Maurício Correa. Na ocasião, em sede de controle incidental de inconstitucionalidade de leis por Ação Civil Pública movida pelo *Parquet*, onde se discutia eventual afronta do parágrafo único do art. 6º da Lei Orgânica do município de Mira Estrela ao art. 29, IV, alínea a da Constituição Federal, no tocante ao estabelecimento do número de vereadores desse município, reconheceu-se os ***efeitos vinculantes e pro futuro*** da sentença, em caráter excepcional, na medida em que aplicando a regra tradicional (efeitos *ex tunc* – retroativos) poderia acarretar grave prejuízo ao erário e a segurança jurídica, pois, diversos atos de natureza executiva (contratação de pessoal e serviços) e legislativa (leis ordinárias) já haviam sido praticados no município. Aliás, aplicando a regra tradicional e tornando nulo os praticados na vigência do dispositivo da lei declarado inconstitucional afetaria, inclusive, as eleições daquele município por conta do quociente eleitoral calculado justamente com base no dispositivo da lei orgânica que foi objeto do litígio.

⁴⁵ No julgamento da **ADI 3.345**, o Eminentíssimo Ministro Relator Celso de Mello ressaltou em passagem do seu os efeitos expansivos e transcendentais dos motivos determinantes do julgado. Data vênica: “[...] Vê-se, pois, na linha do que destacou o eminente Ministro Gilmar Mendes, que esta Suprema Corte deu ***efeito transcendente aos próprios motivos determinantes que deram suporte ao julgamento plenário do RE 197.917*** Esse aspecto assume relevo indiscutível pois permite examinar a parte controversa constitucional em face do denominado ***efeito transcendente dos motivos determinantes subjacentes à decisão declaratória de inconstitucionalidade proferida no julgamento plenário do RE 197.917***, rel. Min. Maurício Corrêa, especialmente em decorrência das intervenções dos eminentes Ministros Nelson Jobim, Gilmar Mendes e Sepúlveda Pertence. Cabe referir, em particular, nesse ponto, a intervenção do eminente Ministro Gilmar Mendes, que ressaltou a aplicabilidade, ao E. Tribunal Superior Eleitoral, do efeito vinculante emergente da própria *ratio decidendi* que motivou o julgamento

interpretação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso de modo a se reconhecer a função paradigmática (objetivação ou abstrativização) dos recursos dirigidos aos tribunais de cúpula, inclusive ao Recurso Especial.

Por fim, como muito bem destaca Teresa Arruda Alvim Wambier e Bruno Dantas, “a função paradigmática das decisões do STF e dos tribunais superiores, materializada no sistema brasileiro, entre outras maneiras, pelo elevado valor que vem sendo paulatinamente

do precedente mencionado. Essa visão do *efeito da transcendência reflete a preocupação que a doutrina tem externado a propósito dessa específica questão, consistente no reconhecimento de que a eficácia vinculante não só concerne à parte dispositiva mas refere-se também aos próprios fundamentos determinantes (ratio decidendi) do julgado* declaratório de inconstitucionalidade emanado do Supremo Tribunal Federal.” ADI 3.3.45, rel. Min. Celso de Melo, Tribunal Pleno julgado em 25/08/2005, transcrição das páginas 174 e 175. (Grifo nosso).

⁴⁶ O STF discutiu no presente caso a constitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072/90 – Lei de Crimes Hediondos que determinava o cumprimento da pena integralmente no regime fechado. No caso concreto (HC 82.959, de relatoria do eminente Ministro Marco Aurélio Mello e julgado pelo Tribunal Pleno em 23/02/2006), entendeu a Suprema Corte que a proibição da progressão violaria o princípio da individualização da pena, garantido no art. 5º inciso XLVI. Na ocasião, assim, declarou a inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da referida lei e afirmou que a pronúncia repercutirá ou será aplicada de determinada forma em *outras situações*, reconhecendo a eficácia transcendente de sua decisão, independentemente de intervenção do Senado Federal. O processo subjetivo, neste caso, ganhou feição de abstração.

⁴⁷ No **STJ**, Com a devida vênia, transcrevemos, na íntegra, o item 6 do voto proferido pelo saudoso Excelentíssimo Ministro Teori Zavascki: “[...] A inconstitucionalidade é vício que acarreta a nulidade *ex tunc* do ato normativo, que, por isso mesmo, é desprovido de aptidão para incidir eficazmente sobre os fatos jurídicos desde então verificados, situação que não pode deixar de ser considerada. Também não pode ser desconsiderada a decisão do STF que reconheceu a inconstitucionalidade. **Embora tomada em controle difuso, é decisão de incontestável e natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive o STJ** (CPC, art. 481, § único: “Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”), e com força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias, que se tornam inexigíveis (CPC, art. 741, § único; art. 475-L, § 1º, redação da Lei 11.232/05: “Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal”). Sob esse enfoque, **há idêntica força de autoridade nas decisões do STF em ação direta quanto nas proferidas em via recursal**. Merece aplausos essa aproximação, cada vez mais evidente, do sistema de controle difuso de constitucionalidade ao do concentrado, que se generaliza também em outros países (SOTELO, José Luiz Vasquez. “A jurisprudência vinculante na 'common law' e na 'civil law'”, in *Temas Atuais de Direito Processual Ibero-Americano*, Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 374; SEGADO, *Francisco Fernandez*. *La obsolescência de labipolaridad 'modelo americano-modelo europeu kelseniano' como critério analítico del control de constitucionalidad y labúsqueda de una nueva tipología explicativa*”, *apud Parlamento y Constitución, Universida de Castilla-La Mancha, Anuario* (separata), nº 6, p. 1-53). No atual estágio de nossa legislação, de que são exemplos esclarecedores os dispositivos acima transcritos, é inevitável que se passe a atribuir simples efeito de publicidade às resoluções do Senado previstas no art. 52, X, da Constituição. É o que defende, em doutrina, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, para quem “não parece haver dúvida de que todas as construções que se vêm fazendo em torno do efeito transcendente das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Congresso Nacional, com o apoio, em muitos casos, da jurisprudência da Corte, estão a indicar a necessidade de revisão da orientação dominante antes do advento da Constituição de 1988” (MENDES, Gilmar Ferreira. “O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional”, *Revista de Informação Legislativa*, n. 162, p. 165). Recurso Especial – REsp. 828.106/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, 1ª Turma, julgado em 02/05/2006. (Grifo nosso).

atribuído aos precedentes, atinge o seu ápice no NCPC, notadamente no já mencionado art. 926.”(DANTAS; WAMBIER, página 324).

No Brasil, a doutrina clássica, com Alfredo Buzaid e Ada Pelegini Grinover, sempre sustentou que a regra é que cada decisão judicial só tenha eficácia entre as partes.

Nessa linha, por exemplo, Ada Pelegrini Grinover traz a seguinte lição quanto aos efeitos da decisão no controle difuso de constitucionalidade:

“Se a declaração de inconstitucionalidade ocorre incidentalmente, pela acolhida da questão prejudicial que é o fundamento do pedido ou da defesa, a decisão não tem autoridade de coisa julgada, nem se projeta, mesmo *inter partes* – fora do processo no qual foi proferida.” (GRINOVER, 1998, página 11).

Ademais, a noção sobre a perspectiva dos precedentes, é a de que eles contém caráter meramente persuasivo, servindo tão somente de orientação para a livre convicção do juiz que pode ou não seguir a orientação tomada pelo tribunal.⁴⁸

Tirante a hipótese de súmula vinculante, a jurisprudência não possui caráter vinculativo, ainda que sumulada⁴⁹.

⁴⁸ Sobre o poder decisório de atuação do juiz no curso processo, destaque para o art. 131 do CPC de 1973, *in verbis*: Art. 131. **O juiz apreciará livremente a prova**, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, **os motivos que lhe formaram o convencimento.** (Grifo nosso).

⁴⁹ Nesse sentido, Tércio Sampaio Ferraz Junior traz a seguinte lição: “[...] há um tipo de costume que por sua relevância, merece um destaque especial: **o costume jurisprudencial**. É discutido, nesse passo, se a jurisprudência dos tribunais deve ser considerada fonte do direito. Aqui, é bom lembrar duas tradições jurídicas importantes: a romanística e a anglo-saxônica. Nesta, é conhecida a força vinculante dos precedentes judiciais. Já a tradição romanística, própria dos povos do continente europeu, e que passou para o Brasil, é distinta. Encontram-se desde Justiniano uma expressa proibição de se decidir conforme o precedente. Assim, ao contrário do sistema anglo-saxônico, em que, desde os primórdios, reconhecia-se que o juiz podia julgar conforme a *equity* mesmo em oposição ao common law, no Continente as decisões deviam ser subordinadas à lei de modo geral”. Houve na verdade, desde o princípio, uma desconfiança social em face da figura dos juiz que se tornou mais clara e evidente na época da Revolução Francesa, pois os juízes eram vistos como homens do Antigo Regime, tanto que o direito pós-revolucionário cuidou-se de limitar-lhes o poder, no que foi acompanhado pela doutrina, segundo a qual o juiz aplica o código e nada mais que isso. E continua a lição : “O sistema romanístico, assim, em oposição ao anglo-saxônico, caracteriza-se em primeiro lugar, pela não vinculação dos juízes inferiores aos tribunais superiores em termos de decisões; segundo, cada juiz não vincula às decisões dos demais juízes de mesma hierarquia, podendo decidir casos semelhantes de modo diferente; terceiro, o juiz e o tribunal não se vinculam sequer às próprias decisões, podendo mudar de orientação mesmo diante de casos semelhantes; em suma, vige o princípio (regra estrutural do sistema) da independência da magistratura judicial: o juiz deve julgar

Todavia, com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil de 2005, vale ressaltar que a novel legis adota, expressamente, o instituto da modulação dos efeitos, pois, nos termos do art. 927, §3º se a jurisprudência dominante do STF e a dos Tribunais Superiores, ou a firmada em julgamento de casos repetitivos (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR ou julgamento de recursos repetitivos no STF ou STJ) forem alteradas, poderá haver a *modulação de seus efeitos, no interesse social e no da segurança jurídica*.

Há de se notar que a modulação dos efeitos mencionados, inclusive voltados para atender o interesse social e por razões de segurança jurídica consiste, justamente, na atribuição dos efeitos paradigmáticos que essas decisões produzem. (DANTAS; WAMBIER, 2016, página 325).

Na verdade, a simples ideia de que a decisão judicial advém da norma codificada, hoje está superada. Atualmente, o papel do juiz se consubstancia na *construção do direito* e não mais reproduzir a norma, per si, de maneira automática.

Por isso os pronunciamentos judiciais ganharam nova feição e o reconhecimento do caráter paradigmático aos recursos excepcionais - dirigidos aos órgãos de cúpula - revelam justamente essa perspectiva: a possibilidade de se modular os efeitos das decisões, em homenagem ao interesse coletivo e a segurança nas relações, é um instrumento posto não só ao judiciário, mas a sociedade de modo geral, que garante a adequação da lei aos novos valores que mudam a condições sociais.

Projetar para o futuro determinadas decisões significa evitar o fator surpresa decorrente da nova posição dos tribunais, comprometendo fundamentalmente o valor previsibilidade.

Nesse sentido, levando a cabo a pesquisa neste tópico, valem da lição de Vicente de Paula Maciel Junior que escrevendo especificamente sobre o STJ, expõe o seguinte argumento:

“Conquanto a validade e a eficácia das decisões sejam, normalmente, circunscritas às partes, as proferidas pelos Tribunais de cúpula transcendem

segundo a lei e conforme a sua consciência. Por essas razões, a doutrina costuma negar à jurisprudência o caráter de fonte, ao contrário do que sucede com a teoria do precedente no mundo anglo-saxônico.” (FERRAZ JUNIOR, 2010, páginas 210 e 211).

o ambiente das partes, e, com isto, projetam-se o prestígio e autoridade da decisão nos segmentos menores da atividade jurídica, de todos quantos lidam com o direito, e, mesmo em espectro maior, para a sociedade toda.” (MACIEL JUNIOR, 1994).

As decisões do STJ, portanto, gozam de respeito a sociedade e configuram o referencial máximo em relação a compreensão do direito federal infraconstitucional tendo em vista o adequado desempenho da função paradigmática que lhe é atribuída.

CAPÍTULO II – JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO

2.1. As novas dimensões do Processo Civil - transcendência dos direitos individuais e a litigiosidade em massa: evolução histórica no Brasil e os fundamentos da técnica processual para dirimir as demandas repetitivas

Conforme tema já abordado nesta pesquisa, o mundo contemporâneo e suas conquistas individuais e coletivas é reflexo de grandes acontecimentos históricos ocorridos no final do século XVIII e início do século XIX que marcaram a humanidade.

Foi no período, entre 1789 e 1848, denominado por historiadores como a “Era das Revoluções” (VICENTINO, 2013) que, basicamente, foi delimitado pela luta da independência das colônias inglesas na América do Norte, em 1776, bem como pelas principais revoluções que eclodiram na Europa: Industrial e Francesa.

A revolução Francesa, conforme visto, pôs fim ao antigo Regime absolutista vivido à época, na França, com o monarca Luís XVI. Marcou a passagem de um Estado absolutista (autoritário) para um Estado de Direito e, a contar deste período, os direitos do homem vão se afirmando gradualmente em face das novas feições assumidas pelo Poder. (BOBBIO, 2004).

Os direitos fundamentais, portanto, passam a ser sedimentados como normas obrigatórias, fruto do resultado de maturação histórica, sendo tipificados com maior evidência nas primeiras constituições escritas decorrente do pensamento liberal-português do século XVIII.

Isto permite compreender que os direitos fundamentais são consagrados e positivados em momentos históricos e concepções distintas. Nesse sentido, Norberto Bobbio conclui que: os direitos não nascem todos de uma vez, nascem quando devem e podem nascer. “Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indigências [...]” (BOBBIO, 2004, página 6).

Daí a razão de lhe serem atribuídos o caráter da historicidade: os direitos podem ser proclamados em certa época, desaparecendo em outras, ou que *se modifiquem no tempo*. Revela-se, desse modo, a índole evolutiva impulsionada pelas lutas em defesa de novas liberdades em poderes antigos e, gradualmente, os direitos fundamentais vão se afirmando em face das novas feições assumidas pelo Poder.

Norberto Bobbio, nesse sentido, ensina que os direitos do homem ganham relevo quando se desloca do Estado para os indivíduos a primazia na relação que os põe em contato. Afirma o autor que:

A Afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado / cidadão ou soberano / súditos: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos do cidadão não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade [...] no início da sociedade moderna” (BOBBIO, 2004).

Nessa linha do tempo prospectiva, consagrou-se os caminhos que consentiram inserir na ordem jurídica positiva de cada ordenamento político os direitos e conteúdos materiais referentes a estes postulados, situando a evolução dos direitos fundamentais do homem em três principais dimensões⁵⁰.

Paulo Bonavides, neste contexto, traz a seguinte lição:

“Os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualitativo, o qual, segundo tudo faz prever, tem por bússola uma nova universalidade: a universalidade material e concreta, em substituição a universalidade abstrata, contida no *jus naturalismo* do século XVIII.” (BONAVIDES, 2014, página 577).

Essa distinção entre dimensões dos direitos positivados no cenário jurídico revela os diferentes momentos em que esses grupos de direitos humanos surgem de acordo com as reivindicações da sociedade e acolhidas pela ordem jurídica: são frutos de momentos históricos diferentes aliados as condições sociais favoráveis para que sejam incorporados. (BRANCO; MENDES, 2014).

⁵⁰ Dentre vários critérios, a doutrina costuma classificar os direitos fundamentais em gerações de direitos ou dimensões de direitos fundamentais, por entender que uma nova dimensão não abandonaria as conquistas da dimensão anterior. Para muitos, seria a expressão mais pontual e adequada (LENZA, 2015).

Inicialmente, manifestaram os direitos que dizem respeito as liberdades públicas e aos direitos políticos, ou seja, os direitos civis e políticos a traduzir o valor liberdade conceituados de direitos de primeira dimensão.

O paradigma quanto a titularidade destes direitos é do indivíduo. São oponíveis ao Estado e traduzem-se como atributos ou faculdades da pessoa e ostentam subjetividade que é seu traço mais característico. (BONAVIDES, 2014).

Conforme as lições de Paulo Gustavo Gonet Branco sobre o tema:

“São os direitos abrangidos pelas Revoluções americana e francesa, fixando, sobretudo, uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder. Daí esses direitos traduzirem-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo.” (BRANCO; MENDES, 2014, página 137).

Seguindo a marcha e o processo histórico concretista de direitos, surgem a segunda dimensão de direitos decorrentes do movimento revolucionário industrial europeu.

Originada na Inglaterra, a revolução industrial consistiu no processo de transformação de uma sociedade agrícola-artesanal em urbano-industrial surgindo, em meados do século XVIII em diversos países as primeiras fábricas modernas, onde grandes máquinas realizavam serviços com maior rapidez, gerando assim fortes transformações na sociedade europeia. (VICENTINO, 2013).

Em razão das condições de trabalho vividas à época, eclodem movimentos como o *cartunista*, na Inglaterra, e a *Comuna de Paris* (1848), na busca de reivindicar questões trabalhistas e normas de assistência social.

Houve, neste período, uma vasta crise em decorrência do impacto que o crescimento demográfico representava, tornando a sociedade cada vez mais dividida e dispare, surgindo assim um descaso para os problemas sociais associado às pressões decorrentes do movimento de industrialização.

Isto impôs ao Estado a necessidade de desenvolver um papel significativo na busca e efetivação da chamada justiça social, consubstanciando uma nova compreensão do relacionamento Estado / sociedade.

Essa perspectiva serviu de base para fixar a segunda dimensão de direitos fundamentais conquistadas pela humanidade: o direito a igualdade (também chamados de direitos de direitos sociais) – representa a intervenção estatal na vida econômica, além da orientação de ações que correspondem a uma obrigação de prestações positivas corrigindo, assim, as desigualdades acentuadas na sociedade.

São os direitos que estabeleceram a liberdade real e igual para todos, correspondendo os direitos ao trabalho, saúde, educação, assistência social, etc., consagrados em textos constitucionais de vários países, como na Constituição do México (1917), na Constituição de Weimar (1919 – Alemanha), Tratado de Versalhes (1919) e no Brasil, com a promulgação da Constituição de 1934, por Getúlio Vargas.

Vale ressaltar que, na maior parte dos casos, a titularização dos direitos de segunda dimensão são de indivíduos singularizados. (BRANCO; MENDES, 2014)

O estudo do direito processual desenvolveu-se a partir desta premissa, ou seja, singularidade: a análise era pautada em litígios individuais e a legislação aplicada aos casos disciplinava, tradicionalmente, o processo individual considerando única cada demanda. Retratava um litígio específico entre duas pessoas.

No entanto, os direitos, frutos de um processo natural evolutivo, despontaram profundas alterações perante o avanço da sociedade. À medida que o processo de industrialização se alastrava para outros países, experimentava-se uma crescente urbanização.

As cidades em crescimento desenfreado ofereciam as indústrias, a um só tempo, mão de obra abundante e um mercado consumidor de fácil acesso – esta característica se deu em razão do desenvolvimento e avanços tecnológico e científico (como os meios de comunicação em massa), permitindo assim o aumento da produção.

Esse movimento expansionista fez com que o conceito de cidadania significasse não apenas os direitos políticos básicos, mas, sobretudo, constituísse os direitos advindos das novas e promissoras relações sociais e econômicas.

Afinal, como afirma com propriedade Norberto Bobbio, essa proliferação de direitos humanos fez com que aumentasse a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; a

titularidade de alguns direitos típicos transcenderam a sujeitos diversos do homem e, por último, o próprio homem passou a ser visto na sociedade não de modo geral ou abstrato, mas, na sua especificidade, ou seja, surge a figura da criança, do idoso, doente, etc. (BOBBIO, 2004).

Em suma: a sociedade cresceu e passa a ter mais bens, mais sujeitos, mais status de indivíduo e, sobretudo, mais consumo. Isso desencadeou o aumento das atividades industrial, comercial e consumerista compondo-se o ambiente ideal para o surgimento de um novo modelo de sociedade: a sociedade de massa, cujas características são a produção em massa (industrial, agrícola e energética), o consumo em massa e os contratos de massa.

A sociedade tornou-se mais complexa e o indivíduo se viu inserido numa coletividade passando a ter direitos de solidariedade ou fraternidade. Nascem, portanto, os chamados direitos de terceira dimensão.

Praticamente desenvolveu-se um sistema de produção e distribuição em série de bens, acentuando a necessidade de disciplinar o processo para as demandas coletivas

O fenômeno da massificação das relações sociais e, conseqüentemente, das relações jurídicas faz com que litígios em maior proporção se desenvolvem no ambiente jurídico. Isto porque o conflito de interesses é ínsito a natureza humana tornando o atual cenário propício a desenvolver os chamados *conflitos em massa*⁵¹, na medida em que eventual falha de alguma das suas engrenagem tem o potencial de lesar muitas pessoas.

Os conflitos sociais em massa fez necessário o reconhecimento dos direitos de segunda (econômicos, sociais e culturais) e terceira dimensões (interesses transindividuais) “caracterizados por possuírem uma dimensão coletiva”. (ANDRADE; MASSON; 2013, página 8).

Em razão disso, para a adequada proteção desse novo gênero de direitos materiais, fruto de sucessivas mudanças dos fatores sociais que impulsionaram a evolução do direito, novas tendências no cenário jurídico surgiram.

⁵¹ Os percussores desses conflitos, a partir do século XIX, foram os embates travados entre os interesses dos operários (defendidos pelos sindicatos – primeiros expoentes dos “corpos intermediários”) e dos empregadores. Tempos depois surgem os *conflitos de massa* envolvendo as indústrias por conta do dano ambiental que experimentavam: quer seja pelo lixo gerado durante o processo de enorme produção e quantidade de matérias primas por elas consumidas; quer seja pelas características, às vezes, nocivas ou perigosas dos seus produtos. Outros *conflitos de massa* surgiram com a expansão do transporte coletivo: o desenvolvimento do transporte de massa trouxe conflitos entre os usuários e dos prestadores de serviço.

O reconhecimento destes direitos, de dimensão coletiva, mostrou a necessidade de desenvolver um sistema processual capaz de assegurar a concretude destes interesses.

O direito processual, até meados da década de 70, seguia sob o signo da propriedade individual e da autonomia da vontade. Não se pensava, até então, em tutela coletiva, até porque estas concepções ganharam espaço no seio da sociedade com o transcorrer do tempo e com as mudanças socioeconômicas.

A doutrina processual francesa, disseminada tanto na Europa como em outros países, inclusive no Brasil, focava o interesse individual (entre sujeitos; ou entre sujeitos e credores) e, portanto, “os instrumentos processuais disponíveis eram formulados para atender este tipo de *demanda*”. (ANDRADE; MASSON; 2013, página 8).

Esse modelo processual individualista, já em meados do século XX, começava a se revelar insuficiente para salvaguardar os interesses coletivos, das quais destacam-se os seguintes inconvenientes: riscos de *decisões judiciais conflitantes*: os conflitos massificados de interesses acarretam danos em massa, aptos a produzirem um número elevado de pessoas lesadas.

O grande volume de ações individuais perpetradas por estes lesados traria consigo a possibilidade de decisões judiciais conflitantes gerando, inclusive *insegurança jurídica* e *morosidade processual* justamente pelo excessivo tempo gasto com o processo.

Soma-se a isso o fato de que as decisões judiciais abarcadas em litígios de massa fossem dotadas de *pouca efetividade*, na medida em que não possuem o condão de dissuadir novos litígios. Isto porque o *imenso volume de processos* ajuizados acarreta lentidão e *morosidade da atividade jurisdicional*, além das *decisões judiciais dispares*, fazendo com que inúmeros lesados desistissem das demandas e a sensação de *justiça lenta* estimulava as instituições a continuar lesando inúmeras pessoas desacreditadas por seus direitos.

A doutrina italiana, já na década de 70, já apontava sinais de uma nova tutela de direitos. Nesse sentido, asseverou Mauro Cappelletti:

“Continuar, segundo a tradição individualística do modelo oitocentista, a atribuir direitos exclusivamente a pessoas individuais – como, por exemplo, ao proprietário vizinho, no caso de abusiva construção edilícia, ou ao adquirente pessoalmente prejudicado no caso de fraude alimentar perpetrada

em larga escala por um fabricante – significaria tornar impossível uma efetiva proteção jurídica daqueles direitos essenciais para a vida civil. O valor em jogo é coletivo e deve se dar, portanto, a possibilidade de construir-se tipos novos de tutela [...]” (CAPPELLETTI, 1977, páginas 131 e 132).

Por essas razões, a fim de despontar os conflitos extensos surgiu a necessidade de desenvolver um sistema processual de massa, reformulando, aliás, os efeitos da coisa julgada, de modo a permitir que eles beneficiassem a todos os titulares do direito ameaçado ou lesado.⁵²

Surge, então, o mecanismo do processo coletivo fruto do esforço da engenhosidade jurídica rumo à efetiva tutela de direitos transindividuais, de dimensão coletiva⁵³, consagrando um verdadeiro sistema de processo coletivo, com a previsão de coisa julgada *erga omnes*, inicialmente a Lei 4.717 de 1965 – Ação Popular; Lei 7.347 de 24 de julho de 1985 – Ação Civil Pública e a Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990 - Código de Defesa do Consumidor.

O direito processual passou a comportar, paralelamente, tutelas jurisdicionais distintas: a individual e a de natureza coletiva. Mas, foram nos anos 2000 que um novo despertar insurgiu no Brasil com o propósito de realizar novas formulações de políticas judiciárias.

Isto porque o contencioso em massa passou a ser observado sob uma nova ótica: ações que se multiplicavam ensejando um aumento significativo de demandas judiciais cíveis fundadas em litígios com fundamentos (ou questões) idênticos, “frequente na sociedade contemporânea, especialmente, nas relações travadas entre o cidadão e as pessoas jurídicas de direito público – como aquelas que dizem respeito à cobrança de um tributo ou à interpretação de um contrato de adesão [...]” (MARINONI, 2007, página 14).

Os debates pragmáticos sobre o recente fenômeno da litigância repetitiva, que se concentravam no seio do Poder Judiciário, pois notavam de maneira restrita as consequências avassaladoras sobre ações dessa natureza, passaram a ser estudados com rigor científico, já

⁵² Na prática, operando o mecanismo como uma verdadeira transcendência dos limites subjetivos da coisa julgada.

⁵³ Consagrou-se, neste novo contexto, o nascimento dos direitos difusos e coletivos e os direitos individuais homogêneos. Tantos estes como aqueles direitos são espécies do gênero direitos *transindividuais* ou *metaindividuais*. A principal característica desse gênero é a indivisibilidade do objeto, tornando-o insuscetível de apropriação individual, ou seja, os direitos são atribuídos a uma parcela, grupo ou classe de pessoas determinadas.

que o relevante aumento de processos da mesma natureza, em tese, onera a Poder Judiciário com trabalho, tempo e recursos econômicos.

Nesse contexto, observou a doutrina pela necessidade de se conferir atenção à multiplicidade destas ações que repetem litígios calcados em fundamentos idênticos passivos de solução unicamente a partir da interpretação da norma. (MARINONI, 2007).

A concepção, portanto, das técnicas de julgamento de casos repetitivos no Brasil decorreu da necessidade de formular uma política judiciária racional e eficiente neste tipo de litígio, pois, além de contribuir com a redução do número de recursos que abarrotam o Judiciário, trará maior qualidade na gestão de processos e julgamento destes “casos que contêm particularidades.” (DANTAS, 2015, página 55).

Em 2001, o senso prático no ordenamento jurídico brasileiro quanto às formalidades deste *microsistema* de gestão processual e julgamento de lides repetitivas foi previsto, inicialmente, com o advento da *Lei 10.259, de 12 de julho de 2001* que no seu art. 14 disciplinou o pedido de uniformização de interpretação de lei federal referente eventuais pronunciamentos divergentes sobre questões de direito proferidas nas Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais.⁵⁴

A *retenção*⁵⁵ dos pedidos de uniformização contendo idênticos fundamentos até o pronunciamento do Tribunal Superior, com o intuito de dirimir a controvérsia de causas idênticas por meio de uma *decisão-quadro* e *projetando*⁵⁶ os seus efeitos, embora não vinculantes já que o dispositivo da lei admitia a rejeição da tese, sinalizava uma prospectiva técnica processual capaz de elidir o STJ da avalanche de processos que o atingiria, caso tivesse que julgar individualmente cada feito. “Surgia ali, a noção de julgamento por amostragem.” (DANTAS, 2015, página 56).

⁵⁴ Lei 10.259/01, art. 14: Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei.

⁵⁵ Lei 10.259/01, art. 14 §6º: Eventuais pedidos de uniformização idênticos, recebidos subsequentemente em quaisquer Turmas Recursais, ficarão *retidos* nos autos, *aguardando-se pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça*.

⁵⁶ Lei 10.259/01, art. 14 §9º: Publicado o acórdão respectivo, os pedidos retidos referidos no § 6º serão apreciados pelas Turmas Recursais, que poderão *exercer juízo de retratação* ou declará-los prejudicados, se veicularem *tese não acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça*. Pela primeira vez, uma decisão sofreria a vinculação (projeção de eficácia dos limites subjetivos da sentença) de uma segunda decisão tomada em autos diversos.

No ano de 2003, a fim de conferir maior aplicabilidade a lei 10.259 de 2001, o Supremo Tribunal Federal expediu regras alterando o seu regimento interno, consolidando formalmente o modelo de julgamento dos recursos extraordinários repetitivos oriundos dos Juizados Especiais Federais⁵⁷, o Ministro Sepúlveda Pertence, logo seguindo pelo Professor Barbosa Moreira, cunhou a expressão “julgamento por amostragem”, que em seguida seria amplamente acatada pela doutrina. (THEODORO JUNIOR, 2016, página 1122).

Em 2004 foi introduzido no ordenamento jurídico pátrio a Reforma do Judiciário. Tratou-se da promulgação da Emenda Constitucional n° 45 que contribuiu, dentre outras técnicas, para a celeridade processual estabelecendo a segurança jurídica das relações.

Criou-se a súmula vinculante.⁵⁸ Este vetor principiológico corresponde, nada mais, do que um instituto processual capaz de racionalizar os julgamentos em massa, “prestigiando o princípio da isonomia, já que a lei deve ter aplicação e interpretação uniformes” (LENZA, 2015, página 946).

O fato dos juízes e tribunais *poderem* decidir de maneira divergente acarreta certo risco de instabilidade da jurisprudência.⁵⁹

⁵⁷ A Emenda Regimental número 12, de 2003, acrescentou ao art. 321 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal o §5º, *in verbis*:

Art. 321, §5º Ao recurso extraordinário interposto no âmbito dos Juizados Especiais Federais, instituídos pela Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001, aplicam-se as seguintes regras:

[...]

VI - eventuais recursos extraordinários que versem **idêntica controvérsia** constitucional, recebidos subsequentemente em quaisquer Turmas Recursais ou de Uniformização, **ficarão sobrestados**, aguardando-se o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal; (Revogado pela Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007).

VII – publicado o acórdão respectivo, em lugar especificamente destacado no Diário da Justiça da União, os recursos referidos no inciso anterior serão apreciados pelas Turmas Recursais ou de Uniformização, que poderão exercer o juízo de retratação ou declará-los prejudicados, se cuidarem de tese não acolhida pelo Supremo Tribunal Federal; (Revogado pela Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007)

VIII – o acórdão que julgar o recurso extraordinário conterà, se for o caso, súmula sobre a questão constitucional controvertida, e dele será enviada cópia ao Superior Tribunal de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais, para comunicação a todos os Juizados Especiais Federais e às Turmas Recursais e de Uniformização. (Revogado pela Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007).

⁵⁸ Constituição Federal, Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar **súmula** que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá **efeito vinculante** em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Grifo nosso).

⁵⁹ Trata-se do princípio infraconstitucional da persuasão racional (ou livre convencimento motivado) consagrado no texto do Atual CPC, art. 371 (CPC/73, Art. 131), *in verbis*: *O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento*. Significa dizer que cumpre ao juiz formar o seu convencimento e decidir *livremente*, examinando as provas. Na verdade, este princípio revela o sistema de valoração das provas. A análise e o valor que será atribuído as provas produzidas na demanda é que se revestem de caráter subjetivo: uma prova não tem peso

O estudo da súmula vinculante encontra balizes nos dois grandes modelos de direitos do mundo contemporâneo: a *common law* – formada pelo sistema de precedente judicial anglo-saxão (Inglaterra); e a *civil law*–modelo de direito codificado (no Brasil, por exemplo).

Estes sistemas influenciaram a criação da súmula vinculante. No direito inglês prepondera o *stare decisis*: mantenha-se a decisão e não se altere o que foi decidido. Neste caso, a *ratio decidendi* de um alto tribunal caracteriza-se, em princípio, obrigatória pra os tribunais inferiores estabelecendo a vinculação do precedente, devendo a estrutura inferior do Poder Judiciário julgar conforme o decidido no caso pelo órgão hierarquicamente superior.

Já em países romanísticos que consagram o modelo de direito da *civil law*, próprio dos povos do continente europeu e que passou para o Brasil, as decisões judiciais com vinculação geral e de força de lei também guardam raízes como no caso, por exemplo do art. 282, n.1, da Constituição de Portugal (CANOTILHO, 2003).

No mesmo sentido, a sumula vinculante encontra antecedentes na Alemanha cuja vinculação das decisões do tribunal decorre da Lei Fundamental, no sistema de controle abstrato de constitucionalidade, conforme leciona Gilmar Ferreira Mendes ao citar o § 31, números 1 e 2 da Lei do *Bundesverfassungsgericht* (MENDES, 2005).

Até então, vigorava no sistema jurídico brasileiro o instituto da súmula persuasiva ou processual que foi introduzida por obra do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Victor Nunes Leal cuja instituição se deu por meio de Emenda Regimental em 28.03.1963 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

A jurisprudência sumular não possui caráter obrigatório para os outros tribunais e juízes, mas, funciona como instrumento de autodisciplina e simplificação dos trabalhos na Corte cujo resultado não seria, talvez, alcançável por outro meio. Atende, dentre outros requisitos, a abreviação de julgamentos de casos que se repetem e exterminam as protelações deliberadas (LENZA, 2015, página 949).⁶⁰

Essas diretrizes aplicam-se também a súmula vinculante que foi regulamentada pela Lei 11.417, de 19 de dezembro de 2006.

maior que outra. Caberá ao juiz, com base no seu juízo cognitivo, e não a lei, apreciar qual terá preponderância ou não. Este princípio está relacionado com o princípio da fundamentação das decisões judiciais estabelecido no art. 93 inciso X da Constituição Federal.

⁶⁰ Sobre a Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, Pedro Lenza citou em sua obra os relatos do Ministro Victor Nunes Leal, proferidos em Palestra na cidade de Belo Horizonte em 12 de agosto de 1964.

Além disso, a Emenda Constitucional n° 45 de 2004 acrescentou também o § 3° ao art. 102 da Constituição Federal, criando o instituto processual da repercussão geral.

Trata-se de um requisito de admissibilidade do recurso extraordinário que, além de conferir resgate da feição deste instituto processual como elemento de uniformização, atribuiu ao STF o poder de selecionar os casos que deve julgar (MARINONI; MITIDIERO e SARLET, página 997).

De todo modo, não obstante o mecanismo ter a função de “filragem recursal”, o instituto da repercussão geral não deixa de ser uma técnica processual para dirimir conflito em massa, suscetível de dar lugar a múltiplos recursos a respeito da mesma controvérsia jurídica, além de “reprimir a remessa ao STF de feitos com fundamentos em idêntica controvérsia, desde que sua interposição se dê numa multiplicidade de recursos.” (DANTAS, 2015, página 67).

Tanto o instituto da Súmula vinculante, como a repercussão geral, ambos criados em 2004 com a promulgação da Emenda Constitucional n° 45, até então, pendiam de regulamentação normativa para a sua aplicabilidade.

Em 2006, o Código de Processo Civil vigente na época (CPC/1973) foi inovado buscando a racionalização do julgamento de casos repetitivos. A lei 11.277, de 07 de fevereiro de 2006, estatuiu o art. 285-A⁶¹ que versou sobre a possibilidade de rejeição liminar do pedido.

A autorização concedida ao juiz nesse dispositivo foi inédita posto que nesta hipótese, o magistrado examinaria o pedido de plano julgando o mérito sem que o réu tenha sido citado. Vale dizer que uma situação que autorizava o juiz a proferir julgamento de mérito *ab initio* era nos casos de prescrição e decadência.

⁶¹ CPC/73, Art. 285-A. 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. (Grifo nosso). No Atual CPC/15, o instituto está previsto no art. 332 e incisos, de forma mais ampla em capítulo próprio (Parte Especial: Livro I, Título I - Do Processo de Conhecimento e do Cumprimento de sentença, Capítulo III - Da Improcedência Liminar do Pedido), a saber:

CPC, Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

Importante observar que o legislador se valeu dos seguintes requisitos paradigmáticos: que a *matéria controvertida seja exclusivamente de direito* e que no mesmo juízo já tenham sido proferidas sentenças de total improcedência em *casos idênticos*.

Se de um lado o legislador buscou garantir a efetividade do processo, de outro reconheceu-se que “o art. 285-A deixou de considerar a força que se pretendia atribuir a jurisprudência dos tribunais superiores”, já que o pronunciamento de primeiro grau (no caso, a sentença) era dotado da mesma autoridade que as decisões tomadas nas instâncias superiores. (DANTAS, 2015, página 60 e 61).

Essa regra sofreu críticas consistentes tanto na academia, como a própria Ordem dos Advogados do Brasil que, por seu Conselho Federal veiculou Ação Direta de Inconstitucionalidade por meio do seu Conselho Federal.⁶²

Os principais argumentos perpetrados no cenário jurídico em face do dispositivo criado eram no sentido da existência de um a sentença vinculante, impeditiva do curso do processo em primeiro grau e, em decorrência, haveria ofensa aos princípios constitucionais do direito de ação, isonomia, segurança jurídica, ao contraditório e ao devido processo legal.

Para a doutrina, a hipótese em comento se encaixava numa excepcional forma de julgamento antecipado da lide, embora parte da doutrina entendia que a questão compactuava com a rejeição liminar da petição inicial por impossibilidade do pedido. (DANTAS, 2015).⁶³

De todo modo, é de se concordar que o Poder Judiciário é uno e sistemático e, de fato, deve haver harmonia entre o entendimento dos juízes com a jurisprudência do tribunal ao qual está vinculado.

Assim, seria um tanto quanto incongruente sustentar a ideia de que “a regra pudesse autorizar o juiz a aplicar liminarmente o seu entendimento paradigmático, mesmo em desconformidade com a jurisprudência.” (DANTAS, 2015, página 62).

A aplicação do dispositivo em comento deve estar em consonância com os precedentes dos tribunais superiores, racionalizando assim o julgamento de demandas em massa, além de convergir com o princípio da isonomia.

⁶² Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 3.695.

⁶³ Nesse sentido: José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*. Ed. 2009, página 110.

Esta posição encontrou guarida no Superior Tribunal de Justiça.⁶⁴ Assim, pode-se observar que a Corte agregou como requisito para a aplicação do art. 285-A, a necessidade de dupla conformidade entre a jurisprudência do tribunal local e a dos tribunais superiores para que o juízo de primeiro grau assenta-se a regra do dispositivo.

É coerente a posição na medida em que visa racionalizar o julgamento de casos repetitivos e como observa a doutrina, foi a partir desta lei que surgiu pela primeira vez um debate sério sobre o que deveria ser entendido por “casos idênticos”.

No mesmo ano de 2006 o instituto da repercussão geral foi regulamentado e revelou-se, conforme citado, como verdadeira instituto processual para o julgamento de lides em massa, pois estendeu a mesma técnica para todos os extraordinários repetitivos.

Isto porque o exame da repercussão geral, regulamentada nos termos da lei 11.418 de 19 de dezembro de 2006 que acrescentou os art. 543-A e 543-B ao CPC/73, “dar-se-á por amostragem.” (MARINONI, MITIDIERO, 2012, página 69)

Vale dizer: os Tribunais de origem selecionarão um ou mais recursos representativos da controvérsia⁶⁵ que serão levados a efeito pela Presidência determinando-se o sobrestamento (paralisação) dos recursos não selecionados até a ulterior manifestação do STF a respeito ou não da repercussão geral.

Tendo sido reconhecido o expediente salutar da questão debatida e julgado o mérito recursal, os recursos paralisados nos tribunais de origem serão por eles apreciados imediatamente, bem como pelas Turmas Recursais de Uniformização ou pelas Turmas Recursais, podendo retratar-se de suas decisões a fim de adequarem-se ao novo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal.⁶⁶

O que se nota é um verdadeiro microsistema de julgamento de casos repetitivos, além da clara vinculação do efeito da decisão.

⁶⁴ Recurso Especial – Resp 1.109.398/MS, 4ª Turma, relator Ministro Luís Felipe Salomão, publicado em 01.08.2011. Neste julgado, a Corte deixou clara a noção de alinhamento judicial entre o juízo sentenciante e o entendimento cristalizado nas instâncias superiores, sobretudo junto ao STJ e STF. No mesmo sentido, mais recente, o REsp 1.225.227/MS, relatora Ministra Nancy Andrichi, publicado em 12.06.2013.

⁶⁵ CPC/73, Art. 543-B, §1º - Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte. Corresponde, no Atual CPC/15, ao §1º do art. 1036.

⁶⁶ CPC/73, Art. 543-B, §3º - Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se. Corresponde, no Atual CPC/15, ao art. 1039, *caput*.

É oportuna, nesta passagem, a lição de Luiz Guilherme Marinoni sobre o tema:

Esses mecanismos processuais visam a compatibilizar as decisões jurisdicionais, uniformizando-as, concretizando, dessa ordem, o valor constitucional da igualdade no formalismo processual. Acabam por velar, nesse azo, pela unidade do Direito no Estado Constitucional brasileiro, sobre racionalizar a atividade judiciária, importando em notável economia de atos processuais. Além disso, têm por desiderato racionalizar a atividade judiciária, impedindo que recursos em confronto com a orientação dos Tribunais Superiores tenham seguimento, ocupando inutilmente a estrutura judiciária. É nessa mesma quadra que se insere, em determinada perspectiva, o instrumento da repercussão geral no direito brasileiro. Trata-se de salutar expediente que, ao mesmo tempo, visa a concretizar o valor da igualdade e patrocinar sensível economia processual, racionalizando a atividade judicial [...]. (MARINONI, MITIDIERO, 2012, páginas 23 e 24).

Por fim, no ano de 2008 e acolhendo regra semelhante à adotada para disciplinar a repercussão geral, o legislador introduziu no CPC/73 o art. 543-C pela Lei 11.672 de 2008 estabelecendo procedimento idêntico quanto a sua essência, para a apreciação de recursos especiais repetitivos pelo STJ.

O que diferem as regras para o julgamento de lides repetitivas no STF como no STJ são, além da competência das matérias neles inseridas, as particularidades administrativas de cada tribunal.

De todo modo, estas regras buscam racionalizar o processamento de recursos repetitivos nas Cortes Supremas e, principalmente, homogeneizar as decisões, proporcionando, para situações iguais, igual solução.

2.2. Julgamento por amostragem – microsistema de gestão e julgamento para a solução dos casos repetitivos: o modelo adotado e a sua dupla função

Antes mesmo de examinar os institutos da técnica de julgamento por amostragem, é preciso definir que a doutrina aponta nos sistemas que regulam julgamento de casos repetitivos: o da *causa-piloto* e o da *causa modelo*.

No sistema da *causa-piloto* (*Testprozess*), de origem austríaca, o órgão jurisdicional escolhe uma causa a ser julgada com a consequente fixação da tese a ser seguida nos demais casos. (DIDIER JUNIOR; CUNHA, 2016).

Já o mecanismo da *causa-modelo* consiste numa técnica alemã de tutela pluri-individual instituída em 2005 pela *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz* (KapMuG). Trata-se de um procedimento padrão (específico) criado para gerir as ações indenizatórias oriundas de danos no mercado de capitais segundo o qual é determinada ação individual será julgada cuja “resolução será projetada nos limites das questões comuns de fato e de direito existentes em outras demandas individuais.” (DANTAS, 2015, página 97).

Neste sistema, instaura-se um incidente apenas para fixar a tese a ser seguida, não havendo a escolha de uma causa a ser julgada (DIDIER JUNIOR; CUNHA, 2016, página 593).

O modelo adotado no direito brasileiro é o sistema da *causa-piloto*. Isto porque os recursos especial e extraordinário repetitivos são processados e julgados por meio da técnica que permite ao Tribunal Superior concentrar o julgamento de vários recursos especiais (multiplicidade) que tenham fundamento em idêntica questão de direito, por meio da seleção feita de alguns recursos para exame e julgamento.

A técnica de julgamento por amostragem, à primeira vista, corresponde a um modelo de julgamento visando a prolação de uma única decisão frente a concentração de recursos (MARINONI, 2013).

Vale dizer que no CPC/73 a matéria era disciplinada de forma distinta para os o julgamento dos recursos repetitivos no STJ (CPC/73, art. 543-C) e no STF (CPC/73, art. 543-B). Na novel legis, o procedimento para o julgamento de Recursos Repetitivos – tanto o Extraordinário, no STF, como o Especial, no STJ, foi unificado.⁶⁷

Permite ao Tribunal Superior concentrar o julgamento de vários recursos especiais (multiplicidade) que tenham fundamento em idêntica questão de direito. Neste caso, o Tribunal de origem (Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal) por meio do seu Presidente ou Vice-Presidente podem admitir e encaminhar ao STJ os principais recursos

⁶⁷ CPC/15, Art. 1.036. Sempre que houver *multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais* com fundamento em *idêntica questão de direito*, haverá *afetação para julgamento* de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça. (Grifo nosso).

representativos da controvérsia (dois ou mais), suspendendo os demais recursos especiais, hipótese em que o relator no STJ, submeterá o feito a ulterior julgamento na Seção ou Corte Especial, conforme o caso.

Os recursos afetados para análise devem ser julgados no prazo de um ano tendo preferência sobre os demais, exceto o habeas corpus (CPC, art. 1037, §4º). Uma vez julgados os recursos paradigmas (representativos da controvérsia), “decidem-se as *causas-piloto* e, ao mesmo tempo fixa-se a tese a ser aplicada a todos os demais processos que ficaram sobrestados.” (DIDIER JUNIOR; CUNHA, 2016, página 594).

Quanto aos objetivos dos recursos repetitivos é conferir tratamento prioritário, adequado e racional as questões repetitivas, significando dizer que o instituto revela verdadeiro *microssistema de gestão e julgamento* de modo a gerir e decidir os casos repetitivos.

Mas não é só isso. Com efeito, o regime específico de tratamento processual conferido pelo Atual CPC fundou-se na política de valorização da jurisprudência como instrumento comprometido com a segurança jurídica, além do tratamento igual a todos perante a lei.

Isto porque o instituto não deve ser visto como mera técnica buscando reduzir o significativo volume de recursos que se acumulam nos Tribunais. Na verdade, a técnica consiste “num grande sistema processual voltado, precipuamente, para uniformizar e tornar previsível a interpretação e aplicação da lei, com vistas a segurança jurídica, que por sua vez pressupõe previsibilidade e repugna a instabilidade da ordem normativa.” (THEODORO JUNIOR, 2016, página 1122).

No mesmo sentido, Fredie Didier afirma que:

[...] *os recursos repetitivos também se destinam a formar precedentes obrigatórios*, que vinculam o próprio tribunal, seus órgãos e os juízos a ele subordinados. Eles integram o microssistema de gestão e julgamento de casos repetitivos (CPC, art. 928) e pertencem ao microssistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios. (DIDIER JUNIOR; CUNHA, 2016, página 590). (Grifo nosso)

Nota-se a lição doutrinária com base, por exemplo nos art. 926 a 928 que prestigiam a jurisprudência como fonte do direito, contemplando a segurança jurídica e a isonomia.

Quer isso dizer que o julgamento de casos repetitivos tem dupla função: servem para gerir e julgar casos repetitivos, conforme art. 1039 do CPC e, também, para formar precedentes obrigatórios, consagrada no art. 1040 incisos I e III.

Essa dupla função do microsistema de julgamento é verificada também noutro instituto previsto no CPC: o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR.

As generalidades sobre a técnica de julgamento por amostragem se expandem também a todos os tribunais, autorizando o manejo do IRDR que, em alguns casos prescinde até mesmo da existência de recursos.

No CPC, considera-se julgamento de casos repetitivos tanto a decisão proferida em recursos especial e extraordinário repetitivos, como no IRDR (CPC, art. 928).

Trata-se de um procedimento de competência das Cortes de Justiça – TJ ou TRF que permite fixar tese de direito para vincular o julgamento de numerosas demandas envolvendo a mesma questão, para que não sejam julgados separadamente, podendo colocar em risco a isonomia e a segurança jurídica. O procedimento está previsto no art. 976 do Novo CPC.

A dupla função – julgamento de casos repetitivos e formação de precedentes se verifica no art. 985 do CPC.⁶⁸

Conforme ensina Humberto Theodoro Junior, a diferença mais significativa ente a técnica dos recurso extraordinário e especial repetitivos e a do IRDR reside No seguinte aspecto: “a circunstância de que o STF e o STJ quando fixam a tese padrão, o fazem julgando os casos selecionados; enquanto os tribunais locais, apenas apreciam a tese de direito que os juízes subordinados haverão de aplicar nas sentenças das diversas causas repetitivas (art. 985, I).” (THEODORO JUNIOR, 2016, pagina 1127 e 1128).

O microsistema de gestão e julgamento de casos repetitivos integra, como se vê, dois grandes procedimentos: a gestão de recursos repetitivos e a formação concentrada dos

⁶⁸ CPC, 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.

precedentes, comportando, assim, uma regulação híbrida. (DIDIER JUNIOR; CUNHA, 2016, página 599).

2.3. Representatividade argumentativa – os parâmetros quantitativos e qualitativos que incidem na escolha dos recursos paradigmas: a precisa identificação da matéria em comum e a compreensão adequada da questão de direito

Os instrumentos que integram o microsistema de julgamento de recursos repetitivos comportam um núcleo de normas a serem observadas.

Inicialmente, ressalta-se que o procedimento enfatiza a necessidade de delimitação do fundamento a ser discutido e decidido. Trata-se das regras contidas nos art. 1036, caput e 1037, inciso I do Novo Código de Processo Civil - CPC.⁶⁹

A *primeira peculiaridade* que envolve o tema recurso repetitivo reside no fato de que o tribunal deverá indicar uma questão que seja comum a inúmeros recursos. Afinal, são múltiplos recursos que abordam a mesma questão e que deve ser identificada com precisão pelo relator, nos termos do inc. I do art. 1037 do CPC.

Essa questão incidente e precisamente identificada nada mais corresponde que a *tese firmada* pela Corte e que depende a solução do recurso.⁷⁰

Caso na eventualidade de existirem duas questões a serem submetidas a julgamento, “a conclusão é a de que elas devam ser decididas em separado.” (MARINONI, 2015, página124).⁷¹

Assim, é possível que num recurso haja duas questões delimitadas para a decisão e o colegiado pode decidir uma em favor do recorrente e outra em favor do recorrido.

⁶⁹ CPC, Art. 1.037. Selecionados os recursos, o relator, no tribunal superior, constatando a presença do pressuposto do caput do art. 1.036, proferirá decisão de afetação, na qual:
I - identificará com precisão a questão a ser submetida a julgamento; (Grifo nosso).

⁷⁰ CPC, Art. 1039. Decididos os recursos afetados, os órgãos colegiados declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a *tese firmada*. (Grifo nosso)

⁷¹ O exemplo dado pelo autor corresponde a interposição de múltiplos recursos por servidores públicos atacando decisões do tribunal que reconhecem a prescrição de execuções individuais decorrentes de sentença condenatória em ação coletiva movida pelo Sindicato. Nos vários recursos especiais, haveriam duas questões em comum: a hipótese da causa interruptiva da prescrição diante da necessidade de liquidez da sentença e a questão de que o suposto ente público, por exemplo uma Universidade, praticara ato incompatível com a prescrição já que omitiu a comunicação do Sindicato de não ajuizarem as demandas individuais.

É de se notar que eventual seleção de recursos tidos por representativos, mas, que na verdade não corroboram toda argumentação possível, ou seja, a seleção mal feita pode acarretar a um juízo de admissibilidade superficial reduzindo, assim, o cunho potencial da decisão de modo a influenciar no contraditório do incidente e repercutindo na própria atuação das partes, dos interessados e dos *amicus curiae*. (DIDIER JUNIOR; CUNHA, 2016, página 615).

Outro aspecto reside no fato de que a parte não dispõe do direito de ver sua causa selecionada.

Nesse sentido: “Inexiste direito da parte à escolha de seu recurso para a remessa [...]. O ato de seleção procedido pelo Tribunal de origem, de conseguinte, não desafia qualquer recurso.” (MARINONI, MITIDIERO, 2012, página 70).

Uma vez examinados os pontos em comuns aos múltiplos recursos que chegam ao tribunal, mister far-se-á necessário analisar a existência dos parâmetros que culminarão na escolha dos feitos que subirão ao STJ para ulterior julgamento e pôr fim a solução dos casos repetitivos, qual seja, os parâmetros quantitativo e o qualitativo.

Quanto ao primeiro, o Tribunal não pode selecionar um único processo, mas, dois ou mais. A razão é uma: para a questão controvertida estar plausivelmente representada, mister far-se-á necessário que nestes recursos há concentração de toda a extensão de argumentos deduzidos pelas partes e tenham sido invocados pelo tribunal em diversos recursos e acórdãos. Eventuais fundamentos importantes para a solução da questão, dessa maneira, não passariam despercebidos.

A Corte deve se resguardar de que acerca de todos os fundamentos e perspectivas de análise que possam influenciar a resolução da questão. A representatividade está na ótima exposição abordando todos os aspectos argumentativos possíveis.

Daí a razão de, a rigor, serem selecionados dois ou mais recursos, pois acaso um único recurso não contemple toda argumentação possível, os demais, certamente, deverão abordar outras razões argumentativas que, conjugadas, possam “alcançar um panorama que represente de maneira adequada a questão a ser debatida.” (MARINONI, MITIDIERO, 2012, página 70).

⁷² Este é o critério quantitativo.

⁷² Embora referida obra faça alusão a repercussão geral no recurso extraordinário, tendo em vista o fenômeno envolve processos com idêntica controvérsia, entendemos que deva ser levado em conta as mesmas lições ao

Já o parâmetro qualitativo consiste na escolha do processo que contenha argumentação abrangente, nos termos do art. 1046, §6º do CPC.⁷³

Há de se notar que a expressão argumentação abrangente é ampla e vaga. Nesta linha, são precisas as lições de Fredie Didier:

[...] Assim, deve ser selecionado um caso que contenha a maior quantidade de argumentos possíveis que viabilizem ampla discussão sobre o tema, com amplitude do contraditório e pluralidade de ideias[...]. O que se leva em conta é o processo que contenha a maior quantidade de argumentos, em que haja a maior qualidade na argumentação, com clareza, logicidade e concisão, e que apresente contra argumentação também de boa qualidade [...]. (DIDIER JUNIOR; CUNHA, 2016, páginas 615 e 616)

Na verdade, o que se verifica é que a cognição da expressão *recursos representativos* prevista no §6º do art. 1036 do CPC, exige uma *representatividade argumentativa*⁷⁴

Tome nota: uma questão relevante e que merece abordagem diz respeito a competência do órgão jurisdicional para selecionar os recursos que subirão ao STJ para ulterior julgamento.

Tanto no CPC/73 como no Atual CPC/15, em regra, cabe ao Tribunal *a quo* (TJ ou TRF) por meio do respectivos Presidente ou vice-presidentes selecionarem os processos repetitivos que serão submetidos ao microssistema de julgamento.

A escolha também poderá ser realizada pelo Ministro Relator que poderá suscitar o incidente e escolher recursos repetitivos, mesmo que o Tribunal de origem não fez alusão as lides repetitivas.⁷⁵

instituto do microssistema de julgamento de recursos repetitivos, já que também cuidam de idêntica questão controvertida.

⁷³ CPC, Art. 1036, §6º, *in verbis*: Somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida.

⁷⁴ A expressão foi utilizada por Sofia Temer na sua Dissertação de Mestrado Incidente de resolução de demandas repetitivas – tentativa de sistematização. Universidade do Rio de Janeiro em 2015. (DIDIER JUNIOR; CUNHA, 2016, página 616).

Luiz Guilherme Marinoni defende a corrente pela inconstitucionalidade do dispositivo na medida em que o Tribunal de origem estaria exercendo atribuição cuja competência seria do Tribunal Superior.

Isto porque a questão de direito em jogo e que será resolvida pela Corte Suprema, deve também ser por ela identificada, pois se cabe ao STJ ou até mesmo ao STF expressar o sentido do direito federal infra e constitucional, respectivamente, “incumbe a Corte Suprema, e apenas ela, definir se uma questão de direito deva ser resolvida na ordem jurídica.

Nesse sentido, leciona o referido autor:

O objetivo de garantir a coerência do direito a igualdade está presente quando se tem em conta que o recurso repetitivo almeja evitar que os recursos especiais recebam decisões diferentes. Aliás, a uma Corte de Justiça ou de Apelação não se deveria outorgar atribuição para identificar questão de direito que desde logo deve ser resolvida para se evitar decisões desiguais para casos iguais. Isso só pode caber a própria Corte que tem função de expressar o sentido do direito. Incumbe á Corte Suprema, e apenas a ela, a definição de se uma questão de direito deve ser imediatamente resolvida em nome da coerência da ordem jurídica e da isonomia. Os Tribunais de Justiça e Regionais Federais nada tem a ver com o momento adequado a elaboração de precedentes ou com a definição do sentido do direito federal. A estes Tribunais cabe apenas resolver os conflitos. Portanto, ao se dar aos tribunais de apelação atribuição para identificar recursos especiais a que podem dar origem a via do recurso repetitivo comete-se heresia, inconstitucionalidade que é corrigida mediante a interpretação de que o relator do recurso especial no STJ é aquele que realmente decide sobre a deflagração do repetitivo. Por consequência, também dotada de equívoco é a regra que dá ao tribunal ordinário atribuição para suspender o curso dos recursos especiais, Há aí algo que beira o curioso, pois um tribunal cuja função é resolver conflitos não pode tratar de recurso voltado a definição do sentido do direito federal infraconstitucional. (MARINONI, 2013, página 228).

⁷⁵ CPC, art. 1036, §4º, *in verbis*: A escolha feita pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal não vinculará o relator no tribunal superior, que poderá selecionar outros recursos representativos da controvérsia.

Embora respeitável a posição citada pelo presente autor, o que se nota é que eventual entendimento não vigora na ordem jurídica, até porque se assim fosse, talvez, eventual controle abstrato de constitucionalidade sobre o tema já teria, ao menos, provocado o STF sobre a questão, fato este que, em tese, não ocorreu.

A *segunda peculiaridade* do tema consiste na compreensão da adequada *questão de direito* cuja premissa é fundamental não apenas ao Recurso Especial, como também do Recurso Extraordinário dirigido ao STF já que ambas ferramentas processuais, na verdade, tratam-se de recursos excepcionais pois dirigidos as Cortes Supremas – STJ e STF e contém singularidades diversas em relação aos demais recursos ordinários previstos para as Cortes de Justiça – TJ ou TRF.

Isso porque as hipóteses Constitucionais de cabimento dos recursos excepcionais – tanto o Recurso Extraordinário⁷⁶ como o Especial⁷⁷ – são restritas, ou seja, de fundamentação vinculada e para que sejam admitidos nas Cortes Supremas devem estar fundados nas hipóteses previstas na Constituição.

Conforme visto no capítulo I desta pesquisa, mais precisamente nos itens 1.1 e 1.2, o STJ e o STF exercem a função de tribunal de cassação, mas não a de tribunais de terceira ou quarta instância, na medida em que a essência das Cortes Supremas corresponde a controlar a higidez do acórdão.

Nesse sentido, são precisas as lições de Nelson Nery Junior:

“[...] o que não estiver na decisão recorrida, não pode ser sindicado pelo tribunal superior, ainda que seja matéria de ordem pública, pois esse exame, pela primeira vez, sem decisão anterior do tribunal a quo, não está autorizado pela CF 102 III (RE) nem pela CF 105 III (REsp). Ao exercer a função de tribunal de cassação, STF, STJ e TST só poderão analisar questões de direito que tiverem sido efetivamente decididas pelo órgão jurisdicional inferior, protegendo a CF, o respeito à lei federal e uniformizando o entendimento da lei federal no país, *sendo-lhes vedado o simples reexame*

⁷⁶ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância [...]

⁷⁷ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios [...].

de prova. (ANDRADE NERY; NERY JUNIOR, 2015, página 2153). (Grifo nosso).

Significa dizer que, ao contrário dos outros recursos, cujos recorrentes podem alegar todo tipo de questão, isto é, com fundamentação livre, os recursos excepcionais ficam adstritos ao reexame da matéria jurídica.

A problemática sobre o tema reside nos argumentos da tamanha dificuldade existente para identificar e tecer distinção entre questões de fato das questões de direito. (DANTAS; WAMBIER, 2016).

Nesse sentido:

Um dos motivos por que se têm os recursos extraordinário e especial como pertencentes a classe dos excepcionais reside em que o espectro de sua cognição não é amplo, ilimitado, como nos recursos comuns (*máxime* a apelação), mas, ao invés, é restrito aos lindes da matéria jurídica. Assim, eles não se prestam para o reexame da matéria de fato, presumindo-se ter esta sido dirimida pelas instâncias ordinárias, quando procederem a subsunção do fato a norma de regência. Se ainda nesse ponto fossem cabíveis o extraordinário e o especial, teríamos o STF e o STJ convertidos em novas instâncias ordinárias, e teríamos despojado aqueles recursos de sua característica de excepcionalidade, vocacionados que são a preservação do império do direito federal, constitucional ou comum. Ocorre que *nem sempre é fácil traçar as fronteiras entre o que é matéria de fato e matéria jurídica*. (MANCUSO, 2010, página 143).

A doutrina faz alusão ao jurista italiano *Giuseppe Chiovenda* que estabeleceu certo critério de aferição entre questão de fato – que consiste na análise em verificar a presença de circunstâncias que corroboram a existência de certo tempo num dado tempo e lugar, ao passo que a questão de direito significa assegurar-se de que a lei, a que o autor se refere, existe como abstrata e contenha disposição aplicável àquele fato individual. (DANTAS; WAMBIER, 2016).

Assim, por exemplo, fundado nesta premissa, em matéria cível, o STF ter inadmitido o Recurso Extraordinário que buscava analisar a existência ou não de simulação na venda de ascendente para descendente⁷⁸. Ou ainda, a análise de provas nos autos visando anular nota promissória eivada de vício – no caso, simulação fraudulenta.⁷⁹

Aliás, cumpre esclarecer que este entendimento já se encontra consolidado por meio das súmula 279 do Supremo Tribunal Federal⁸⁰, e súmula 7 do STJ.⁸¹

Ressalta-se, portanto: o que se proíbe nos recursos excepcionais é o reexame de provas dos fatos discutidos com o intuito de “corrigir eventual injustiça da decisão, decorrente da má apreciação dos fatos e das provas.” (GONÇALVES, 2011, páginas 522 e 523).

Reforçando o critério de *Chiovenda*, agora na seara penal, a matéria de fato consiste em analisar, para fins de aplicação da pena, por exemplo, determinada questão envolvendo a qualificadora do crime de homicídio por motivo fútil (art. 121, §2º inciso II do Código Penal - CP) e o estado de embriaguez (CP, art. 28 inciso II). Trata-se de caso insuscetível de análise por meio do recurso extraordinário.⁸²

A matéria de fato, em suma, consiste na hipótese de levar a Corte a reexaminar as provas do processo. O que se deve levar em conta são as questões que envolvem eventual conflito entre a decisão judicial e o texto normativo. Isto sim versa sobre a autêntica questão de direito (MANCUSO, 2010, página 144).

Embora referenciamos exemplos de matéria de fato no âmbito do Supremo Tribunal Federal por meio do Recurso Extraordinário, essa exegese aplica-se ao Recurso Especial cuja finalidade, como já vista nesta pesquisa, é preservar o direito federal infraconstitucional.

Desse modo, eventual recurso que viera à baila para discutir eventual índice de correção monetária num dado contrato, em caso concreto, corresponde analisar a essência do

⁷⁸ RE 51.438, Relator Ministro Gonçalves de Oliveira, RF 209/86.

⁷⁹ RE 37.722, Relator Ministro Barros Monteiro, RF 202/137

⁸⁰ Súmula 279 do STF, *in verbis*: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

⁸¹ Súmula 7 do STJ, *in verbis*: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

⁸² RE 63.226, Relator Ministro Eloy da Rocha, RTJ 46/666.

contrato propriamente dito (sua interpretação), o que é vedado pelo STJ, inclusive orientação esta já sumulada pela Corte.⁸³

Logo, se para decidir a causa, o STJ deva incursionar pelo campo fático probatório dos autos, isto é, se implicar profundo exame de todo o quadro probatório produzido nos autos, torna-se inviável aferir a questão manejada por recurso Especial, já que, em tese, reputam-se questões de fato.⁸⁴

Mas, apesar do critério apresentado pelo jurista italiano, cumpre esclarecer que a distinção entre questão de fato e questão de direito não é trabalho fácil. Isto porque, no plano fático, as decisões judiciais funcionam como subsunção entre o mundo dos fatos e o das normas.

Assim, o fenômeno jurídico acontece envolto do fato e do direito. Todavia, afirma Teresa Arruda Alvim Wambier que pode-se falar em questões que sejam preponderantemente de fato e preponderantemente de direito.

Nesse sentido, surge outro critério apontado pela doutrinadora para dividir a questão jurídica em fática e jurídica. Do ponto de vista substancial dos recursos excepcionais, dada a sua essência e padrão de contexto, devem-se admitir graus de preponderância da questão jurídica em apreço.

Dessa maneira, se o foco de atenção do raciocínio do magistrado estiver situado em como deve ser entendido o texto normativo, por esta razão, poder-se-ia afirmar que a matéria verificada é nítida questão de direito, quase que exclusivamente jurídica. (DANTAS; WAMBIER 2016, página 348).

Isto porque os aspectos fáticos estariam superados, ou seja, que existiram e a sua maneira, mas agora, a atenção estaria voltada para a exata compreensão da regra de direito.

Por esta premissa, se eventual Recurso Especial demandar questão envolvendo alimentos (pensão alimentícia, por exemplo), buscando dirimir dúvida sobre qual o momento a serem pagos – se a partir da citação, da liminar ou da sentença – caso já esteja comprovada a paternidade do réu.

⁸³ Súmula 5 do STJ, *in verbis*: A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial.

⁸⁴ REsp 162032/RS, Relator Ministro Waldemar Zveiter, julgado em 26.10.1999

Neste caso, está claro que, embora a situação jurídica envolva fato/direito, quanto a questão fática nada há a ser esclarecido. A cognição do juiz residirá na questão de como a norma será aplicada. No caso em comento, o STJ editou a súmula 277.⁸⁵

Outro exemplo fundado neste critério é observado na discussão envolvendo o termo inicial de prescrição em eventual demanda de ação indenizatória contra o Estado, ocasião em que o STJ pronunciou-se como sendo a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade labora, mas não a data do acidente.⁸⁶

Também neste caso, a Corte editou a súmula 278.⁸⁷

Como se vê, o foco do raciocínio localiza-se numa questão preponderantemente jurídica na medida em que a análise do juiz reside na questão de como o texto jurídico a de ser aplicado, já que os fatos são inequívocos que existiram e, portanto, esta fase (questão de fato) foi superada. Por esta razão é que se afirma que, nestes casos, estar-se-á “diante de uma questão de direito”. (DANTAS; WAMBIER, 2016, página 351).

Ademais, reforça ainda a doutrina que a questão de saber qual o sentido normativo ou solução há de ser aplicado num determinado quadro fático reputa-se questão de direito.

Nesta esteira, verifica-se por exemplo em matéria penal, o entendimento consolidado na súmula 582 do STJ sobre a questão envolvendo se a mera inversão da posse do bem subtraído, no caso de roubo, se tratar-se-á de crime consumado ou tentado.

Na ocasião, entendeu a Corte que consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida à perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada.É o teor da súmula 582.

Mais uma vez, fundado no critério atual apresentado pela doutrina para estabelecer questões de fato e de direito, nota-se que, no caso sumulado, a análise pautou-se em saber qual o sentido e alcance que o texto normativo penal deve dar naquela determinada situação fática. Estamos diante de questão de direito, por excelência.

⁸⁵ Teor: Julgada procedente a investigação de paternidade, os alimentos são devidos a partir da citação.

⁸⁶ STJ, AgRg no REsp 931.896/ES, 2ª Turma, j. em 20.09.2007, Relator Ministro Humberto Martins.

⁸⁷ STJ, Súmula 278, *in verbis*: O termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral.

De todo modo, o que se pode extrair desta pesquisa sobre dividir as questões jurídicas em fáticas e de direito é que, em boa parte dos casos, talvez, a constatação da questão far-se-á no plano e dependerá das circunstâncias peculiares de cada caso.

Superada a pesquisa em relação as peculiaridades que comportam a seleção dos recursos tidos com a representatividade argumentativa (os parâmetros quantitativo e qualitativo), além da precisa identificação da matéria em comum e a compreensão adequada da questão de direito, concluiremos no tópico a seguir a análise de eventual problemática quanto a constitucionalidade deste microsistema.

CAPÍTULO III – A CONSTITUCIONALIDADE DO MICROSSISTEMA

3.1. Postulados constitucionais do processo – aspectos gerais e o reflexo do julgamento da ADC n. 1/DF (questão de ordem) para a análise constitucional do microssistema de gestão e julgamento de casos repetitivos

Na década de 90, logo nos primeiros anos após a promulgação da Constituição de 1988, foi introduzida em nosso ordenamento jurídico a chamada Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC por meio da Emenda Constitucional n. 3/1993.

Ela foi concebida no sentido de abreviar o tempo para a pronúncia do Supremo Tribunal Federal, sobretudo “resolver um problema concreto: a grande quantidade de processos na Justiça Federal.” (TEMER, 2012, página 54).

Com efeito, ressalta-se ainda que a função da ação declaratória de constitucionalidade é a “pacificação *imediata* a respeito de interpretação de constitucionalidade de norma jurídica de forma direta perante o Supremo Tribunal Federal”, em razão da relevância social, econômica ou política da matéria. (ASSUMPÇÃO NEVES, 2013, página 66).

Foi por esta razão que o art. 102, §3º previu os efeitos *erga omnes* e vinculante da decisão para os órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo nas esferas federal, estadual e municipal, vinculando tanto a administração pública direta como indireta.

O seu propósito é outorgar a norma a sua constitucionalidade, que já possui o condão da sua presunção, dirimindo nesse sentido arguições incidentais provocadas em múltiplos processos judiciais com previsão, inclusive de medida liminar determinando que juízes e Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo. (Lei 9.868/99, art. 21 *caput*).

A questão que merece destaque e ser trazida a lume consiste nos argumentos que ganharam repercussão jurídica na época que instituiu-se a referida ação de controle abstrato de constitucionalidade. “A associação de magistrados manifestaram veemente protesto.” (MENDES, 2012, página 465).

Um grupo renomado de juristas reunidos pela Ordem dos Advogados do Brasil e formado pelos professores Geraldo Ataliba, Sérgio Sérulo, Souto Maior Borges, dentre outros, vislumbraram a existência de uma série de inconstitucionalidades nesta ação, pois

alegavam que a Emenda Constitucional 3/1993 violava os princípios⁸⁸ constitucionais do devido processo legal (CF, art. 5º LIV), da ampla defesa, abrangendo contraditório (CF, art. 5º, LV), sobretudo o princípio que consagra a inafastabilidade do controle judicial, já que afastaria o direito de acesso do cidadão ao judiciário (CF, art. 5º, XXXV), além da violação ao duplo grau de jurisdição e da recorribilidade das decisões judiciais.⁸⁹

Por conta destas cogitáveis ofensas a tais direitos fundamentais, seria evidente a inconstitucionalidade da emenda já que tendia a abolir os referidos direitos fundamentais, o que é vedado pela Constituição nos termos do art. 60, §4º incisos III por serem cláusula pétrea.⁹⁰

A controvérsia assumiu tamanha relevância a ponto de a Associação dos Magistrados do Brasil – AMB ingressar com Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI no Supremo Tribunal Federal em face da Ação Declaratória de Constitucionalidade. Contudo, referida ADI foi extinta sem julgamento de mérito por entender a Suprema Corte que a AMB não possuía legitimidade para a propositura da ação constitucional.⁹¹

Todavia, pela repercussão do tema, o Ministro Moreira Alves em outro julgamento do STF, qual seja na sessão plenária do julgamento da ADC n. 1 do Distrito Federal e de sua relatoria, que discutia matéria de ordem tributária,⁹² anexou o pedido da Associação dos Magistrados Brasileiros aos autos da referida Ação Declaratória para ser julgado como Questão de Ordem.⁹³

O entendimento firmado pelo STF, por maioria dos votos, concluiu-se pela Constitucionalidade da Emenda 3/1993 que introduziu a ADC. Neste sentido, votaram os

⁸⁸ Humberto Ávila traz a lição quanto ao conceito de princípios. Com efeito, define o autor que “são deveres de otimização aplicáveis em vários graus segundo as possibilidades normativas e fáticas”. [...] “o conteúdo de um princípios como normas de conduta só pode ser determinado quando diante dos fatos.” (ÁVILA, 2005, p. 29)

⁸⁹ Artigo publicado em junho de 1993 pelos intitulados juristas em *A voz do advogado*, órgão oficial da OAB na seção do Distrito Federal.

⁹⁰ A doutrina conceitua esta vedação de “limitação circunstancial” imposta pela Constituição no tocante ao Poder Constituinte Originário Decorrente: o poder de reforma do texto constitucional.

⁹¹ Entendeu a Corte que a Associação dos Magistrados Brasileiros não teria legitimidade para discutir a violação de cláusula pétrea, atingindo direitos e garantias individuais, na medida em que tal matéria transcendia o exclusivo interesse dos julgadores de todo o País. (STRECK, 2013, página 862).

⁹² Tratava do tributo conhecido como Cofins.

⁹³ ADC 1 do Distrito Federal - Questão de Ordem. Relator Ministro Moreira Alves, julgada (Liminar e Mérito) em 16/6/1995.

Ministros Moreira Alves, Ilmar Galvão, Francisco Rezek, Néri Da Silveira, Octávio Gallotti, Paulo Brossard e Carlos Veloso.

A Ação Declaratória constitui “outra via para o controle abstrato de constitucionalidade” e, por esta razão, mantém harmonia com os princípios constitucionais invocados. (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2015, página 1112).

Embora a controvérsia que assentou-se sobre a (in)constitucionalidade da Ação Declaratória foi resolvida pelo STF com o fundamento de que a ação reveste-se de peculiar característica do processo constitucional e, por esta razão não incide a observância de alguns princípios constitucionais – como o contraditório e duplo grau de jurisdição por exemplo⁹⁴, de todo modo, é possível conectar esta jurisprudência com o microsistema de gestão e julgamento dos processos repetitivos no STJ para a solução de eventual polêmica no cenário jurídico que possa surgir quanto a (in)constitucionalidade deste modelo de julgamento por amostragem.

Isto porque uma das características previstas no processamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade consiste no incidente para suspender os processos (paralisar o andamento) que versam sobre a idêntica matéria constitucional em discussão nos tribunais locais e regionais, até provier a decisão definitiva do STF. Este rito especial está previsto no caso de concessão de Medida Liminar (art. 21 da Lei 9.868/99).⁹⁵

Esta mesma característica é estabelecida ao microsistema de gestão e julgamento para a solução dos casos repetitivos no STJ. Ou seja, os processos em curso perante os Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais que tratam sobre questão idêntica de direito ficarão paralisados aguardando a decisão definitiva do STJ para dar solução aos casos repetitivos (CPC, Art. 1036, §1º).⁹⁶

⁹⁴ Justamente pelo fato de que o controle concentrado de constitucionalidade não comporta lide processual; não há caso concreto, tampouco interesses de direitos subjetivos entre autor e réu. Entendeu o STF, por isso, que no processo de controle constitucional abstrato de normas, em virtude da ausência destes interesses subjetivos, neste campo peculiar, não há partes já que o processo tem natureza objetiva. Logo, diante da ausência de litígio entre autor e réu, não há contraditório ou ampla defesa (ADC 1/DF – Questão de Ordem, Relator Ministro Moreira Alves, julgada (Liminar e Mérito) em 16/06/1995.

⁹⁵ **Lei 9.868/99. Art. 21.** O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de **medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade**, consistente na determinação de que os **juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo.** (Grifo nosso).

⁹⁶ **CPC, Art. 1036 § 1º.** O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, **determinando a suspensão do**

Por esta razão, dada a semelhança dos institutos embora consubstanciados em sistemas processuais completamente distintos (jurisdição constitucional e contenciosa), é possível estabelecer o condão da jurisprudência que apreciou a ADC 1/DF⁹⁷ e, nesse particular sentido, trazer à baila as lições do Ministro Moreira Alves no exame da questão de ordem por ele suscitada e julgada no Plenário.

Em seu voto o Ministro suscitou a polêmica discussão envolvendo as cogitáveis ofensas pela ADC aos princípios constitucionais do processo, quais sejam o do devido processo legal (CF, art. 5º LIV), da ampla defesa e contraditório (CF, art. 5º, LV), o do acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV), além do duplo grau de jurisdição.

Dessa maneira, pela circunstância de estarem alocados e aplicáveis “em todas as searas do Direito Processual”, inclusive o processo civil, evidente que as mesmas lições aplicadas ao caso também corroboram o microsistema de gestão e julgamento dos processos repetitivos no STJ, caso pare eventual discussão jurídica acerca da inconstitucionalidade deste instituto. (NERY JUNIOR, 2016, página 127).

Nesse sentido, a seguir, passaremos a análise restrita da técnica de julgamento sob a ótica dos mais importantes princípios constitucionais do processo e será demonstrado a perfeita adequação do instituto com os Direitos Fundamentais.

3.2. Gestão e julgamento de casos repetitivos – primeira função do julgamento por amostragem: a consonância do postulado com os princípios constitucionais do acesso à justiça, celeridade e duração razoável do processo e o princípio da eficiência

Em linhas gerais, cumpre esclarecer que a técnica de julgamento por amostragem para a solução de casos repetitivos, criada pela lei 11.672 em 2008 incluindo o art. 543-C no antigo CPC, foi mantida e, acima de tudo, ampliados os dispositivos que a regulamentam o no Novo Diploma (CPC, art. 1036 ao 1041).

Isto reforça, por si só, a sua constitucionalidade na medida em que havendo discussão com tamanha relevância, fatalmente o procedimento se manteria.

trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso. (Grifo nosso).

⁹⁷ADC 1 do Distrito Federal - Questão de Ordem. Relator Ministro Moreira Alves, julgada (Liminar e Mérito) em 16/6/1995.

Conforme visto, os objetivos dos recursos repetitivos é conferir tratamento prioritário, adequado e racional as questões repetitivas. Daí a razão do instituto revelar-se como verdadeiro *microssistema de gestão e julgamento* gerindo e decidindo os casos repetitivos.

Soma-se a isso o fato de que o regime específico de tratamento processual conferido pelo Atual CPC fundou-se na política de valorização da jurisprudência como instrumento comprometido com a segurança jurídica, além do tratamento igual a todos perante a lei.

O microssistema de gestão e julgamento de casos repetitivos integra, como se vê, dois grandes procedimentos: a gestão de recursos repetitivos (CPC, Art. 1039) e a formação concentrada dos precedentes (CPC, art. 1040, incisos I e III), comportando, assim, uma regulação híbrida. (DIDIER JUNIOR; CUNHA, 2016, página 599).

José Miguel Garcia Medida afirma, em referência a doutrina de *Peter Häberle*, dentre outros, que o direito processual ganhou dimensão de Direito Fundamental. Nesse sentido, são precisas as lições de que o processo deve oferecer instrumentos de proteção e realização dos direitos dos indivíduos.” (MEDINA, 2015, páginas 31 e 32).

Daí vale ressaltar que o Direito Fundamental de acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV), como já decidiu a jurisprudência do STJ, consiste não apenas na oportunidade do cidadão socorrer-se ao judiciário para a solução de um conflito, mas, representa fundamentalmente “o direito daquele que está em juízo poder influir no convencimento do magistrado participando adequadamente do processo.”⁹⁸

O direito de ação, portanto, não consiste apenas com a apresentação de pedido de tutela jurisdicional pelo demandante. Esse ponto de vista, restrito, não contempla outras relações que surgem ao longo do processo. Ademais, visualiza o fenômeno apenas sob a perspectiva do autor.

O direito de ação “envolve um conjunto de situações subjetivas que condicionam, de um lado, o início da atividade jurisdicional e, de outro, representa o direito que tem a parte a *proteção* e realização do direito.” (MEDINA, 2015, página 18).

Por isso, a doutrina conceitua também o direito de ação (ou de acesso ao judiciário) como o direito a *proteção judicial efetiva* (MENDES, 2014). Manifesta-se como um todo e que se desenvolve ao longo do processo conferindo a parte o direito a participação ativa,

⁹⁸ REsp 1027797/MG, 3ª T., Julgado em 17.02.2011, Rel. Ministra Nancy Andrighi.

“exaurindo-se com a obtenção da tutela jurisdicional adequada ao direito.” (MEDINA, 2015, páginas 19 e 20).

Este princípio consagra, portanto, não só o direito do cidadão de ter acesso ao Poder Judiciário para a solução de litígio, como também o direito a obtenção de uma “tutela jurisdicional *adequada e efetiva*.” (MARINONI; MITIDIERO e SARLET, 2015, página 741).

Significa dizer que o acesso a jurisdição, proclamado na norma constitucional de garantia e cujo exercício se perfaz mediante a propositura de ação, impõe ao Estado o dever de prestar *tutela jurisdicional idônea* aos direitos, ou seja, ele é estudo sob a ótica teleológica.

Assim, o seu conceito se desloca do campo material para o resultado finalístico do processo. Em outras palavras, o direito de ação tornar-se-á meio para a obtenção de tutela adequada e efetiva.

O direito a tutela jurisdicional, portanto, “é analisado sob três perspectivas: do acesso à justiça, da *adequação* da tutela e da *efetividade* da tutela.” (MARINONI; MITIDIERO e SARLET, 2015, página 741).

O *acesso à justiça* diz respeito a amplitude da prestação da tutela jurisdicional, ao momento em que pode ser proposta a ação e ao custo financeiro do processo.

Ademais, a tutela jurisdicional tem de ser *adequada*. Implica dizer que o processo tem de ser capaz de promover a realização do direito material, ou seja, o processo tornar-se um meio idôneo para se promover o fim desejado.

Conforme ensina Daniel Mitidiero, “a adequação da tutela revela a necessidade de análise do direito material posto em causa para se estruturar, a partir daí, um *processo dotado de técnicas processuais aderentes a situação levada a juízo*.” (MARINONI; MITIDIERO e SARLET, 2015, página 743).

Logo, o direito pretendido só pode ser alcançado quando o provimento jurisdicional for estruturado a tal nível que contenha procedimentos específicos e técnicas processuais adequadas (peculiares) para os diferentes níveis de situações que são levadas ao Judiciário, tais como a concessão de medidas urgentes (CPC, Art. 300 e seguintes).

Foi justamente o que ocorreu com a técnica de julgamento por amostragem criada em 2008 pela Lei 11.672 que incluiu o art. 543-C no antigo CPC/73 e que foi mantida e ampliada no Novo CPC/15 revestindo-se a magnitude de um verdadeiro microssistema de gestão e julgamento para a solução de casos repetitivos, na medida em que estrutura o processo com

técnicas aderentes a peculiar situação levada a juízo, ou seja os inúmeros casos processos envolvendo idênticas questões de direito.

Além disso, a tutela jurisdicional tem de ser *efetiva*. Isso corresponde ao resultado do processo. Mais precisamente, concerne a necessidade do órgão jurisdicional viabilizar as partes uma tutela específica para que obtenham o resultado prático e justo. Afinal, “onde há um direito existe igualmente direito a sua realização.” (MARINONI; MITIDIERO e SARLET, 2015, página 743).

As premissas que encapam o direito de acesso à justiça encobertam o microsistema de julgamento por amostragem, objeto da pesquisa, na medida em que o acesso à justiça foi garantido com a propositura da ação e posterior interposição recursal ao órgão jurisdicional superior.

O processo, agora, torna-se um verdadeiro instrumento (meio) idôneo capaz de promover a realização do direito material desejado (fim).

O fato de o recurso permanecer sobrestado no tribunal *a quo* não implica restrição deste direito fundamental, já que, a questão em análise será apreciada pelo Tribunal Superior, embora por meio de outros recursos selecionados, mas que contenham a maior quantidade e qualidade argumentativa, incluindo as razões e contrarrazões.

A previsão da peculiar microsistema de gestão e julgamento consiste, justamente, dentre outras razões, em promover a efetividade do processo garantindo o seu resultado prático.

Tal procedimento corrobora o conceito dado pela doutrina de tutela adequada e efetiva, já que o processo deve ser dotado técnicas processuais aderentes a situação levada a juízo para que assim as partes possam realizar o direito material pretendido.

Na verdade, a viabilidade conferida as partes, por meio do julgamento por amostragem, para que obtenham um resultado prático e efetivo da tutela jurisdicional corresponde a noção de processo justo.⁹⁹

⁹⁹ A doutrina salienta, de modo geral, que o ordenamento jurídico é corroborado por dois grupos de normas: o direito material e o direito processual. O direito material declina as condutas que serão adotadas pela população tais como permissão, proibição e obrigação. (FRANZÉ, 2011). Havendo a violação de um desses direitos é que nasce o outro grupo de normas, qual seja o direito processual. Com efeito, esta regra corresponde basicamente ao processo que servirá como meio para que o lesado obtenha os fins pretendidos. Contudo, neste cenário, o órgão jurisdicional não deve limitar-se a tão somente conferir o pronunciamento judicial, por si só, mas, conforme adverte a doutrina referenciando Miguel Teixeira de Sousa, a função Estatal deverá “outorgar a garantia de um processo justo” (FRANZÉ, 2011, página 20). Na tutela jurisdicional exige que haja justiça na decisão (processo

A justiça¹⁰⁰ representa a adequação e efetividade processual pois implica obter o resultado do processo da forma mais rápida possível.

Por esta razão, dada as características do princípio do direito de acesso à justiça ou direito a obtenção de uma tutela jurisdicional adequada e efetiva, cumpre esclarecer que este princípio, na verdade, repercute noutra norma, qual seja o princípio da celeridade e duração razoável do processo.

Com efeito, a função de gestão e julgamento cujo propósito é conferir tratamento adequado e racional a organização do Judiciário para que o demandante obtenha o provimento jurisdicional *adequado e efetivo*.

Se isto implica o resultado final do processo, evidente que, neste caso, merece destaque a afirmação de Nelson Nery Junior no sentido de que o princípio da celeridade e duração razoável do processo “trata-se de desdobramento do princípio do direito de ação (CF 5º XXXV), por ser garantidor do direito de obter-se a tutela jurisdicional adequada.” (NERY JUNIOR, 2026, página 358).

De sorte, a tutela jurisdicional consiste na estruturação e organização do Judiciário, nela inseridas as técnicas e mecanismos para otimizar a carga de trabalho tanto na justiça ordinária como nos tribunais. Os procedimentos adotados pelo legislador visam contribuir e abreviar a duração média do processo propiciando a tutela jurisdicional, ou seja, conferir um pronunciamento definitivo justo.

O princípio da celeridade e da razoável duração do processo corresponde em respeitar o tempo do processo garantindo a sua efetividade, e, de outro modo, tem a ver com a adoção de mecanismos que irão contribuir para abreviar a sua duração média.

Por isso a doutrina sustenta o seguinte entendimento: se de um lado condiciona que o acesso à justiça não pode ficar à mercê de empecilhos como o pagamento de taxas e custas

justo). Assim, por exemplo, de nada vale um tribunal julgar de modo equivocado um número expressivo de processos em um único dia, e, portanto, “não haverá tutela jurisdicional, já que as decisões são injustas.” (FRANZÉ, 2011, página 21). O processo justo, conforme lições da doutrina corrobora vários requisitos os quais destacam-se: a organização do Judiciário suficiente para permitir a aplicação correta da lei, a otimização do trabalho ao juízo (juiz e serventuários da justiça) por meio de investimento estatal, o acesso universal ao direito de ação, sem embaraços, a igualdade das partes e contraditório obtida pela imparcialidade do judiciário e meios para que sejam informadas dos atos processuais e possam reagir efetivamente e, principalmente, o prazo razoável de duração do processo além de procedimentos diferenciados adequados para que o Estado possa “entregar a tutela jurisdicional” protegendo o direito do jurisdicionado implicando na “realização de um processo justo” (FRANZÉ, 2011, páginas 21 e 22).

¹⁰⁰ No campo da filosofia, a Justiça corresponde a “um meio-termo.” (ARISTÓTELES, 1991).

processuais demasiadas, de outro modo e fundado nas lições do jurista italiano *Giuseppe Chiovenda*, “deve-se obter o máximo de resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível da atividade jurisdicional”, tal como ocorre, por exemplo no litisconsórcio, a cumulação de pedidos, etc. (MEDINA, 2015, página36).

Em outras palavras, é nítido que da celeridade e razoável duração do processo aflora o princípio da Eficiência que rege os atos da administração pública.

3.3. Formação concentrada de precedentes – segunda função do julgamento por amostragem: a consonância do postulado com os princípios da isonomia, da segurança jurídica e o da proteção da legítima confiança

O processo é regido pelo princípio da isonomia, previsto no art. 5º, caput e inciso I da Constituição Federal, devendo o juiz assegurar as partes igualdade de tratamento.

Consagrado na Revolução Francesa¹⁰¹, o princípio assegura, sob o aspecto processual, o tratamento igualitário para as partes. Significa dizer que os litigantes devem receber do juiz tratamento idêntico. (NERY JUNIOR, 2016, página 128).¹⁰²

O Novo CPC previu no art. 7º a paridade de tratamento. Ademais, “a preocupação com a uniformidade e estabilidade da jurisprudência é objeto de destaque - CPC, Art. 489 §1º, incisos V e VI, Art. 926 e 927 do CPC/2015.” (MEDINA, 2015, página 32).

¹⁰¹ O Iluminismo foi um movimento intelectual que se desenvolveu na Europa no Século XVIII e que exerceu influencia na concepção da política, sociedade, economia e religião. Essa revolução colocou fim ao antigo Regime Absolutista vivido à época, na França, com o Monarca *Luís XVI*. Naquela época, a sociedade francesa era constituída por três grupos que a caracterizavam em modelo medieval: o clero (formava o primeiro estado), a nobreza (segundo estado) e o restante da população (que constituíam o terceiro estado). A desigualdade era manifesta e acentuada. A título de exemplo, apenas a massa popular pagavam impostos. Além disso, o voto do terceiro estado (população) nas Assembleias Gerais com o rei tinha um peso menor em relação ao voto dos outros estados que, juntos, somavam a maioria dos interesses. Daí a razão, dentre outras, da Revolta popular que culminou na Revolução: a busca do direito à igualdade, sobretudo o direito de participação igualitária na vida política do Estado. (PAULA, 2012)

¹⁰² Isso não quer dizer que não possa haver discriminação. Evidente que, em certas situações, determinadas partes estarão no campo mais frágil da relação jurídica processual, como ocorre, por exemplo na discussão entre o consumidor e uma grande empresa. Neste caso, o Código de Defesa do Consumidor autoriza a inversão do ônus da prova (CDC, art. 4º I e 6º VIII). Além disso, situações que envolvem idoso, pessoas com deficiência, violência doméstica contra a mulher, nestes casos, dada a circunstância peculiar, a legislação processual confere tratamento diferenciado a eles, já que se encontram em situações diferentes. Verifica-se, portanto, que a lei faz distinção, em certos casos, justamente com o propósito de assegurar a estes pessoas “em aparente desvantagem processual” os mesmos direitos que os demais litigantes, reduzindo a aparente desigualdade e mantendo, assim, a igualdade real entre eles. Em outras palavras, eventual distinção consiste no propósito de manter as partes em “pé de igualdade” já que, aparentemente, estão em situação desigual. “Deve-se buscar na norma a razão da discriminação: se justa, o dispositivo é constitucional.” (NERY JUNIOR, 2016, página 128).

O microsistema processual para a solução de casos repetitivos, como visto, contém dois procedimentos: gerir e julgar as lides repetitivas e formar precedentes. (DIDIER, 2016).

Embora o instituto estimule e facilite os julgamentos conferindo celeridade e economia processual, desafogando o judiciário e organizando o aparato Estatal (aliás, esta é a concepção de processo justo), mas a razão principal consiste na harmonização dos julgados.

Com efeito, se fossem proferidas inúmeras decisões conflitantes entre si fundadas em idênticas questões de direito, fatalmente haveria risco para a sociedade e geraria insegurança jurídica, desestabilizando o judiciário na medida em que as decisões dos Tribunais Superiores de nada valeriam.

Além disso, conforme já destacamos em passagem anterior nesta pesquisa, a função de conferir a interpretação adequada da lei, zelando pela sua aplicação de maneira uniforme, atualmente, no Brasil, é desempenhada pelo STJ.

Inobservâncias nas Cortes de Justiça em relação a jurisprudência do Tribunal Superior, a nosso ver, acarretaria, inclusive, usurpação de função por parte dos Tribunais Estaduais e Regionais, pois estariam realizando a interpretação do direito federal *per si*.

Com isso, inúmeros Recursos Excepcionais seriam interpostos já que a eventual usurpação de poder consistiria em violação de disposições constitucionais atribuídas ao STJ no tocante a sua competência em matéria recursal (CF, art. 105 III).

Além disso, a constatação de decisões conflitantes e baseadas em idênticas questões de direito violariam também a Constituição Federal (Art. 5 *caput* e inciso I) como o próprio CPC em seu art. 7º, basicamente, reproduz o ditame constitucional garantindo “tratamento idêntico para questões idênticas.” Isto é isonomia.

Portanto, o microsistema processual de julgamento por amostragem buscou tanto a gestão e julgamento de casos repetitivos, como também garantir a igualdade real frente aos pronunciamentos judiciais envolvendo múltiplas lides com questões idênticas.

O instituto se reveste, logo, do princípio da isonomia diante do propósito de formação concentrada de precedentes, uniformizando a jurisprudência e, conseqüentemente, garantindo sua estabilidade.

Soma-se a isso o fato de que “o direito processual deve trazer segurança para as partes.”¹⁰³

A segurança jurídica, por seu turno, possui o condão de desdobrar-se em outro princípio, qual seja a proteção legítima da confiança que representa, fundamentalmente, um dos elementos basilares e constitutivos do estado de Direito e nos termos da lição portuguesa de José Joaquim Gomes Canotilho, “consiste na exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos.” (MEDINA, 2015, página 31).

Os postulados da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e da proteção da confiança são dotados de elevado conteúdo ético, social e jurídico e estes princípios, significativamente, “incidem sobre o comportamento de qualquer dos Poderes ou órgãos do Estado.”¹⁰⁴

A proteção a legítima confiança, por considerar-se desdobramento do princípio da segurança jurídica, deve nortear o caminho da atividade jurisdicional. Logo, ausentes a segurança, a estabilidade e a previsibilidade, o direito constitui-se, de certo modo, em fator de insegurança. (MEDINA, 2015).

Portanto, o microssistema de gestão e julgamento de casos repetitivos baseados nos assentos dos princípios da isonomia, segurança jurídica e proteção da legítima confiança reputa-se não apenas um instrumento que possibilita a realização dos anseios do cidadão, mas também atrai segurança dos direitos, com estabilidade dos entendimentos jurisprudenciais.

Nesse sentido, são precisas as lições contidas no acórdão do STJ: “A fase histórica do Poder Judiciário Nacional, visando a tranquilidade da sociedade brasileira, exige o desenvolvimento de uma doutrina Brasileira de *stare decisis et non quieta movere*, isto é, ficar como foi decidido e não mover o que está em repouso.”

Isso representa a função concentrada de formar os precedentes por meio da valorização jurisprudencial, especialmente prevista no procedimento do Julgamento por amostragem. (CPC, Art. 1040, I e III).

¹⁰³ STJ, REsp 799.965/RN, 3ª T., julgado em 07.10.2008, rel. Ministro Sidnei Beneti.

¹⁰⁴ STF, Mandado de Segurança n. 25.808/DF.

3.4. Julgamento por amostragem e sua correspondência com o Direito Fundamental ao processo justo – o respeito ao contraditório e a garantia do devido processo legal

Os princípios da *ampla defesa e o contraditório* que são direitos fundamentais distintos. A ampla defesa trata-se de um direito aludido ao polo passivo do processo e “constitui o direito a resistência no processo.” (MARINONI; MITIDIERO e SARLET, 2015, página 764).

É por isso que no processo civil o autor da demanda tem o ônus de declinar de forma pormenorizada as alegações de fatos que darão suporte ao seu pedido e a consequente imposição de obrigações jurídicas ao demandado. Trata-se da teoria da substanciação. Isto constitui condição adequada para que o réu possa compreender os motivos que levaram o autor a propor a demanda e, nesse sentido, elaborar de forma adequada a sua defesa.¹⁰⁵

Ademais, a ampla defesa, no direito processual, corresponde ao direito de ser ter acesso a todos os elementos probatórios e argumentos de que dispões o processo.

Já o direito ao contraditório, previsto conjuntamente com a ampla defesa (CF, Art. 5º, LV), em geral, corrobora a noção do direito atinente as partes de manifestação no processo, ou seja, uma simples bilateralidade.

É de se observar que “o contraditório constitui clara projeção do direito a participação que está na raiz de toda e qualquer administração democrática da Justiça Civil.” (ARENHART, MARINONI, MITIDIERO, 2015, páginas 179 e 180).

Contudo, há muito vem a doutrina constitucional enfatizando que o direito de defesa não se resume a simples noção de bilateralidade. Com efeito, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco fazem alusão a Pontes de Miranda que, na sua obra *Comentários a constituição federal de 1967 com a emenda n. 1 de 1969* (página 234), já defendia a ideia que o constituinte pretende assegurar é uma pretensão a tutela jurídica. (BRANCO; MENDES, 2014).

No direito comparado os autores reforçam a noção desta característica do contraditório, ou seja, a afirmação da corrente que o direito ao contraditório corresponde a pretensão a tutela jurídica e que nela estão inseridos os seguintes direitos:

¹⁰⁵ CPC, Art. 319. A petição inicial indicará:
III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;

“- direito à informação (*Rechtaufinformation*), que obriga o órgão julgador a informar as partes os atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;

- direito de manifestação (*RechtaufÄusserung*), que assegura a possibilidade de manifestação, oralmente ou por escrito, sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;

- direito de ver seus argumentos considerados (*RechtaufBerücksichtigung*), que exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimos (*Aufnahmefähigkeitund Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas.” (BRANCO; MENDES, 2014, página 452).

Atualmente, o contraditório significa além do binômio *conhecimento-reação*, que no plano processual consiste em conhecer e reagir, o direito também a participar do processo e *influir na decisão*.

Em outras palavras, “o princípio do contraditório é formado por três elementos: informação, reação e poder de influência. O juiz deve informar as partes dos atos praticados no processo, enquanto as partes podem reagir.” (ASSUMPÇÃO NEVES, 2015, página 1).

Com essa nova dimensão o contraditório passou a ter como destinatários não somente as partes (bilateralidade), como também o juiz. “Daí a razão do CPC consagrar no art. 7º o dever do juiz velar pelo contraditório entre as partes, mas fundamentalmente a ele se submeter.”¹⁰⁶ (ARENHART, MARINONI, MITIDIERO, 2015, página 180).

Feitas as considerações dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório trazendo-os no campo do microsistema de gestão e julgamento de casos repetitivos, vislumbra-se que o art. 1036 e seus parágrafos guardam perfeita harmonia com a norma constitucional.

Isto porque a técnica de julgamento por amostragem determina que não serão selecionados qualquer recurso, mas aqueles que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida, ou seja, a análise é ampla e sob todos os

¹⁰⁶ CPC, Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

ângulos possíveis que possam incidir sobre a questão, incluindo todos argumentos e contra-argumentos possíveis. (CPC, Art. 1036, §6º).

Ademais, o microssistema de gestão e julgamentos determina não só a escolha de um único recurso no Tribunal de origem, mas dois ou mais e que contenham a ampla representatividade argumentativa, ou seja, serão selecionados tantos quantos forem necessários. (CPC, Art. 1036, §1º).

Soma-se a isso o fato do Ministro Relator no Tribunal Superior poder escolher outros recursos paradigmas que também contenham representatividade nos argumentos, ampliando cada vez mais o juízo cognitivo sobre a questão a ser decidida. (CPC, Art. 1036, §4º).

Por fim, as partes tem o direito de se manifestarem quanto à escolha que culminou no sobrestamento dos demais de modo a, se quiserem, requerer a exclusão da decisão de sobrestamento e contra o indeferimento deste requerimento poderão interpor recurso de Agravo Interno (CPC, Art. 1036, §§ 2º e 3º).

Nesse sentido, observa-se que a tridimensionalidade do princípio do contraditório, quais sejam os direitos a informação, reação e influência na decisão está presente ao longo dos dispositivos do art. 1036 que contemplam ampla discussão e análise sobre o tema e possibilitam a parte o direito tempestivo de participar e influir nas decisões.

Quanto ao postulado constitucional do devido processo legal, ressalta-se a lição de Nelson Nery Junior por entender que este princípio constitucional fundamental do processo civil, cuja expressão é oriunda do direito inglês *due process of law*, é “a base sobre a qual todos os outros princípios e regras se sustentam.” (NERY JUNIOR, 2016, página 106).

Em linhas gerais, o princípio do *due process of law* caracteriza-se pelo trinômio vida, liberdade e propriedade. Nesse sentido, data vênua, valemo-nos da seguinte passagem no voto proferido pelo Ministro Moreira Alves, relator da ADC n. 1/DF que, em Questão de Ordem sobre eventual inconstitucionalidade da Ação Declaratória alegada na época, por ofensa a princípios constitucionais do processo, dentre eles o do devido processo legal, a saber:

“Como se sabe (veja-se a propósito o verbete “due process of law” de autoria do professor John Clarke Adams, e que se encontra no Novíssimo Digesto Italiano, Vol. VI, ps. 314/315, Turim, 1979) o sentido desse princípio tem variado na sua pátria de origem, por período aproximado de cem anos,

tutelava os direitos de liberdade contra procedimentos irregulares ou iníquos dos poderes executivo e Judiciário, especialmente no âmbito do processo penal; no final do século XIX a jurisprudência da Corte Suprema Americana estendeu a aplicação deste princípio para além do terreno processual, para tutelar as pessoas contra atos do Estado, inclusive mediante leis, que lesavam ou limitavam direito de propriedade pleno e exclusivo; e, neste século XX, essa mesma jurisprudência evoluiu para aplicar o princípio não só ao direito de propriedade, mas também dos direitos de liberdade dos indivíduos nas relações com o Estado.” (ADC 1/DF – questão de ordem, relator Ministro Moreira Alves, voto páginas 24 e 25, julgada em 16/06/1995).

Assim, em sentido amplo, “tudo o que disse respeito a tutela da vida, liberdade ou propriedade está sob a proteção da *due process clause*.” (NERY JUNIOR, 2016, página 108).

Em sentido processual, estrito, a expressão ganha outro significado abrangendo as repercussões e incidências no direito processual. E é nesse sentido unicamente processual que a doutrina brasileira tem enumerado as garantias fundamentais decorrente do devido processo legal, tais como o direito da igualdade das partes, o direito a um rápido e público julgamento, o respeito ao direito de defesa e ao procedimento contraditório.

Noutras palavras, em síntese, verifica-se que a *clausula procedural due process of law* corresponde a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo sua pretensão e defendendo-se de do modo mais amplo possível. (NERY JUNIOR, 2016).

Em linhas gerais, o microssistema de gestão e julgamento para a solução de casos repetitivos previsto no art. 1036 ao 1041 do CPC corrobora este princípio constitucional fundamental do processo civil já que visa, dentre outros, o direito a um rápido julgamento com a observância e respeito a defesa e contraditório, o que ocorre.

Com efeito, e legislação confere as partes o direito de manifestarem no processo, no tocante à escolha que culminou no sobrestamento dos demais de modo a, se quiserem, requerer a exclusão da decisão de sobrestamento e contra o indeferimento deste requerimento poderão interpor recurso de Agravo Interno (CPC, Art. 1036, §§ 2º e 3º).

Além disso, a técnica de julgamento por amostragem determina que não serão selecionados qualquer recurso, mas aqueles que contenham abrangente argumentação e

discussão a respeito da questão a ser decidida, ou seja, a análise é ampla e sob todos os ângulos possíveis que possam incidir sobre a questão, incluindo todos argumentos e contra-argumentos possíveis. (CPC, Art. 1036, §6º).

Nesse sentido, a estrita observância ao direito do contraditório. Os recursos paradigmas devem conter expressiva carga de argumentos e contra-argumentos conferindo a eles o valor de recursos representativos da controvérsia. Tanto é que a escolha consiste na seleção de dois ou mais que contenham a ampla representatividade argumentativa. (CPC, Art. 1036, §1º).

Além disso, esta escolha não vincula o Ministro Relator no Tribunal Superior que também poderá escolher outros recursos que contenham a mesma representatividade nos argumentos, ampliando cada vez mais o juízo cognitivo sobre a questão a ser decidida. (CPC, Art. 1036, §4º).

A decisão vinculante para os demais casos idênticos corrobora o princípio da isonomia e a tutela jurisdicional efetiva, garantindo assim a obtenção de um resultado justo e igual para todos sobre a idêntica questão. Por isso, o microssistema de gestão de julgamento de casos repetitivos se amolda ao devido processo legal.

CONCLUSÃO

O mecanismo processual estabelecidos em 2006, qual seja a Repercussão Geral que foi disciplinada em 2006 com o advento da lei 11.418/06, consiste na comprovada análise pelo STF da existência de questões relevantes do ponto de vista jurídico, político, econômico e social. Além disso, as questões devem ultrapassar os interesses subjetivos da causa.

Em outras palavras, como bem reporta a doutrina, tratou-se de medidas visando conferir proteção constitucional ao Supremo Tribunal evitando assim que a Colenda Corte fosse convertida em Tribunal Ordinário Recursal.

Com efeito, as providencias de cunho legislativo serviram de base para o STF pudesse barrar muitos recursos que afetavam tanto as partes envolvidas no processo, como também o próprio Tribunal que se mantinha envolvido a número expressivo de recursos lá tramitando. A Repercussão Geral serviu como verdadeiro “filtro constitucional” reduzindo significativamente a avalanche de processos que, até então, eram distribuídos.

No entanto, se de um lado o filtro estabelecido pela Lei 11.418/2006 resolveu, em tese, os problemas do STF, pelo menos em relação à redução da carga de trabalho frente ao excessivo número de processos, de outro modo, fenômeno similar ocorre no STJ na medida em que a quantidade de processos que a ele chegam é expressiva.

Assim, ao Tribunal Superior criado em 1988 e cuja função consiste na interpretação adequada da lei federal, além de uniformizar a jurisprudência em todo o País no tocante a matéria de sua competência (direito federal infraconstitucional), faltava-lhe, também um barreira semelhante à que o STF obteve após regulamentar a repercussão Geral.

O fato da jurisprudência “em tese” não possuir o condão de natureza vinculante para os órgãos jurisdicionais de primeira e segunda instância, inclusive por meio de suas súmulas, exceto as decisões constitucionalmente previstas como as tomadas em sede de controle concentrado de normas e as súmulas vinculantes do STF, faz com que haja aplicação conflituosa da lei e o papel constitucional do STJ de manter a integridade do direito federal e sua adequada interpretação estava “caindo por terra”.

Foi em meio a este cenário que surgiu a lei 11.672 em 2008, inspirada no mecanismo da repercussão geral como filtro recursal, e incluiu o art. 543-C no CPC/73 regulamentando assim o julgamento por amostragem no STJ.

Conquanto a primeira vista o instituto processual mostre-se como ferramenta semelhante capaz de propiciar a redução da carga de processos que chegavam ao Tribunal Superior, na verdade, a pesquisa acadêmica demonstrou que o julgamento por amostragem é algo superior a isso.

Em outras palavras, trata-se de um microssistema recursal de gestão e julgamento de processos para a solução de casos repetitivos. Mas não para aí. Com efeito, em 2015 foi publicada a lei 13.105 que instituiu o Novo Código de Processo Civil - NCPC e a *novel legis* buscou valorizar tanto a jurisprudência e manter a harmonia dos julgados.

Isto porque o NCPC traz disposições expressas que dão suporte à valorização dos precedentes judiciais (Art. 926; 988; 1040 incisos I e III) diante da atual legislação processual aquilo que consistia em mera ferramenta recursal capaz de reduzir o volume de recursos no STJ, na verdade ganhou nova concepção, qual seja a formação concentrada de precedentes.

Por isso é que se afirmou neste trabalho acadêmico que o julgamento por amostragem contém dupla função: gerir e julgar os recursos repetitivos e formar precedentes.

Por fim, o problema que se formulou no projeto de pesquisa no tocante a possível discussão em torno da inconstitucionalidade do instituto processual foi resolvida. Estabeleceu-se a correspondência do procedimento com os Direitos Fundamentais do Processo. Ressaltou-se o direito de acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV) que consiste não apenas na oportunidade do cidadão socorrer-se ao judiciário para a solução de um conflito, mas, representa fundamentalmente o direito daquele que está em juízo poder influir no convencimento do magistrado participando adequadamente do processo conforme aduziu o próprio STJ em seus julgados.

Este direito corresponde à proteção judicial efetiva. O Judiciário deve garantir a tutela jurisdicional adequada. Isto significa dizer em conferir celeridade processual, estabelecer igualdade as partes, inclusive às decisões judiciais e, além de tudo, dar a oportunidade das partes participarem tempestivamente e adequadamente no processo, conceitos estes que estão presentes no microssistema de gestão e julgamento culminando, assim, na sua compatibilidade a luz da Constituição.

Além de preservar o papel constitucional do STJ, o julgamento por amostragem contribui para um processo judicial mais célere e efetivo, na medida em visa formar precedentes e garantir a sua aplicabilidade uniforme em todo país, estabelecendo a harmonia dos julgados, além da segurança jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais - tradução por Virgílio Afonso da Silva**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- ALVES, José Carlos Moreira. Poder Judiciário. RT, ano 5, n. 18, 1997.
- ANDRADE, Adriano, Landolfo; MASSON, Cleber. **Interesses difusos e coletivos esquematizado**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Método, 2013.
- ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.
- ARISTÓTELES. **Ética a nicômaco**: tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornhein da versão inglesa de W. D. Ross. 4ª ed. São Paulo: Ed. Nova Cultural, 1991.
- ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. **Ações constitucionais**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2013.
- ÃVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição a aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.
- _____. **Teoria da segurança jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2014.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao código de processo civil**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2013.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Ed. Campus Grupo Elseiver, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2014.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014.
- CALAMANDREI, Piero. **La casación civil – volume 2**. Buenos Aires: Ed. Bibliográfica Argentina, 1945.

CAPELLETI, Mauro. **Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil.** Tradução do original italiano por Nelson Renato Palala Ribeiro de Campos. Revista de Processo, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, n.5, 1977.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Dicionário compacto do direito.** 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005.

DANTAS, Bruno; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro – de acordo com o CPC de 2015 e a lei 13.256/2016.** 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2016.

DANTAS, Bruno. **Teoria dos recursos repetitivos – tutela pluri-individual nos recursos dirigidos ao STF e ao STJ (art. 543-B e 543-C do CPC).** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

DAVID, René. **Os grandes sistemas o direito contemporâneo** – Trad. Por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2002.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso direito processual civil – Meios de impugnação as decisões judiciais e processo nos tribunais. Volume 3.** 13ª ed. reescrita de acordo com o Novo CPC. Salvador: Ed. Juspodivm 2016.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** São Paulo: Ed. Martins fontes, 2014.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação.** 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2010.

FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. **Teoria geral dos recursos revisitada.** Curitiba: Ed. Juruá, 2011.

GONÇALVES, Marcus Vinícius. **Direito Processual civil esquematizado.** 1ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; WATANAB, Kazuo (Coord.). **Participação e processo.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 19ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015.

MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. **O efeito vinculante das súmulas e enunciados.** Revista da faculdade de direito da UFMG, volume 4, n. 34, 1994.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 11ª ed. rev. atual. e ampl. de acordo com as leis 11.417/2006, 11.418/2006, 11.672/2008 e emendas regimentais do STF e do STJ. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Ações repetitivas e julgamento liminar**. Revista dos Tribunais. Vol. 858. Abr. 2007.

_____. **Julgamento nas cortes supremas – precedente e decisão do recurso diante do novo CPC**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Precedentes obrigatórios**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

_____; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

_____; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. ampl. incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015.

MARQUES, Luiz Guilherme. **O processo civil francês**. São Paulo: Ed. Letras Jurídicas, 2013.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado – com remissões e notas comparativas ao CPC/1973**. 2ª ed. e-book baseada na 3ª edição da obra código de processo civil comentado, reescrita de acordo com a lei 13.105, de 16.03.2015. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed., 24ª tiragem. São Paulo: Ed. Malheiros, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários a lei n. 9.868/99**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas – do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

MONTESQUIEU, *Charles de Secondat, Baron de*, 1689-1755. **Do espírito das leis - tradução Roberto Leal Ferreira**. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2010.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Comentários ao código de processo civil - Novo CPC – Lei 13.105/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na constituição federal**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo CPC - Código de processo civil Lei 13.105/2015. Inovações, alterações e supressões comentadas**. 2º ed. São Paulo: Método, 2015.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional – volume único**. 8ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Método, 2013.

PAULA, Gabriel de. **História – Brasil e Europa: séculos XVII e XVIII**. Módulo 5. Ed. FTD S.A., 2012.

_____. **História –A era das revoluções**. Módulo 6. Ed FTD S.A., 2012.

_____. **História – O século XIX**. Módulo 7. Ed FTD S.A., 2013.

_____. **História – Imperialismo e primeira república**. Módulo 8. Ed FTD S.A., 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1963.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 24ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil – volume III**. 47ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2016.

VICENTINO, Cláudio. **Projeto radix: história**. 3ª ed. São Paulo: Scipione, 2013.