UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

MESTRADO EM DIREITOS HUMANOS

A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA CONSTRUÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS: UMA CRÍTICA AO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

ROMULO CRUZ BRITTO LYRA

2018

ROMULO CRUZ BRITTO LYRA

A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA CONSTRUÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS: UMA CRÍTICA AO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Paraíba como pré-requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em 14/12/2018

Banca Examinadora

Profa. Dra. Lorena de Melo Freitas
Orientadora (PPGCJ-UFPB)

Prof. Dr. Enoque Feitosa Sobreira Filho
PPGCJ-UFPB

Prof. Dr. Jonábio Barbosa dos Santos
UFPB

Prof. Dr. Mamede Said Maia Filho
UNB

Catalogação na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

L992l Lyra, Romulo Cruz Britto.
A legitimidade democrática da construção dos precedentes judiciais : uma crítica ao incidente de resolução de demandas repetitivas / Romulo Cruz Britto Lyra. - João Pessoa, 2018.
113 f.

Orientação: Lorena de Melo Freitas.
Dissertação (Mestrado) - UFPB/CCJ.

1. Precedentes judiciais. 2. Poder político - Legitimidade. 3. Demandas repetitivas - Resolução. 4. Estado Democrático de Direito. I. Freitas, Lorena de Melo. II. Título.

UFPB/BC CDU 340.142(043)

Elaborado por Larissa Silva Oliveira de Mesquita - CRB-15/746

RESUMO

O presente trabalho objetiva estudar o conceito de legitimidade do poder político tendo como parâmetro as bases do Estado Democrático de Direito. Para tanto, debruça-se sobre as teorias de Luigi Ferrajoli, Jürgen Habermas e Hannah Arendt, cujos fundamentos exigem que o poder legítimo seja fruto da valorização da intersubjetividade, da comunicação entre os cidadãos e da necessária afirmação dos direitos humanos/fundamentais, ainda que contra a vontade majoritária. Fixadas essas premissas, passamos à reflexão da legitimidade do exercício da jurisdição, momento em que apresentamos as teorias textualistas, substancialistas e procedimentalistas. As últimas, mais consentâneas com o Estado Democrático de Direito, influenciaram sobremaneira o atual CPC, em especial aquelas desenvolvidas por Fazzalari e Habermas. Os princípios do contraditório efetivo e o da cooperação (ou modelo cooperativo de processo) decorrem em grande parte do influxo do pensamento desses dois teóricos e servem de baliza para o exercício da jurisdição à luz de uma legitimidade democrática. Em seguida, discorremos acerca da inserção de um sistema de precedentes judiciais no Brasil com o atual CPC, como consolidação de uma crescente valorização das decisões judiciais e tentativa de solução da morosidade na entrega da prestação jurisdicional. Investigamos as peculiaridades que cercam o instituto no seio de um sistema que mescla um regime de origem romano-germânica com mecanismos típicos da *common law*. Após esse estudo, nos detemos no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), mecanismo destinado à formação de precedentes judiciais a partir da solução uniforme de demandas isomórficas. Verificamos que se trata de instituto inspirado no ordenamento alemão (*Musterverfahren*) e Inglês (*Group Litigation Order*). Contudo, alguns aspectos do IRDR conduzem à formação do precedente judicial de maneira solipsista, desvinculada, portanto, da referida valorização da intersubjetividade, são eles: a imposição do precedente judicial aos litigantes que não participaram da sua formação e a restrição ao rol de legitimados para a superação do precedente. Com base em estudos da doutrina nacional, em especial, verificamos a necessidade de realização do controle da representatividade dos legitimados para a instauração do IRDR. Ademais, a participação de todos os legitimados à propositura do IRDR para a modificação dos precedentes nele construídos é medida que se impõe, sobretudo tendo como base a ideia de cidadão autolegislador habermasiano. Conclui-se, assim, que, como entendem os garantistas, todas as faces do poder político devem legitimar-se a cada ato praticado, sempre mediante pressupostos de comunicação entre os cidadãos e valorização dos direitos humanos/fundamentais.

Palavras-chave: Legitimidade Democrática, Precedentes Judiciais, IRDR.

ABSTRACT

This thesis aims to study the concept of legitimacy of political power based on the bases of the Democratic Rule of Law. It focuses on the theories of Luigi Ferrajoli, Jürgen Habermas and Hannah Arendt, whose foundations demand that legitimate power be derived from the valorization of intersubjectivity, communication between citizens and the necessary affirmation of human/fundamental rights, even if against majority. After these premises, we proceed to the reflection of the legitimacy of the exercise of jurisdiction, moment where we present the textualist, substancialist and proceduralist theories. The proceduralist theories, more adequate in the Democratic Rule of Law, had influenced the current Code of Civil Procedure, especially those developed by Fazzalari and Habermas. The principles of the effective contradictory and cooperation (or cooperative model of process) came from these two theorists and serve as an element of legitimation. Then, we discuss the creation, with CPC, of a system of precedents in Brazil, as a valuation of judicial decisions and an attempt to solve slowness of judicial activity. We investigate the singularities that surround the institute in a system that mixes a Roman- Germanic origin with typical common law mechanism. After this, we talk about the Incident of Resolution of Repetitive Claims (IRDR), a mechanism destined to form judicial precedents from the uniform solution of isomorphic demands. This institute is inspired by the German Law (Musterverfahren) and English Law (Group Litigation Order). However, some aspects of the IRDR are solipsistics, disconnected from the aforementioned valuation of intersubjectivity, here are them: the imposition of judicial precedent to absent litigants and the restriction to overrule the precedent. Based on the national doctrine, mainly, we verified the need to control the representation. In addition, the participation of all those initially legitimated to the overruling of the precedents is necessary, especially when we consider the idea of Habermasian self-legislator citizen. In the end, we concluded that every facet of political power must legitimize itself in every act always through presuppositions of communication between citizens and the valorization of human/fundamental rights.

Keywords: Democratic Legitimacy, Judicial Precedents, IRDR.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 4

1 CAPÍTULO 1 - A LEGITIMIDADE DO EXERCÍCIO DO PODER POLÍTICO E DA JURISDIÇÃO 6

1.1 LEGITIMIDADE, LEGITIMAÇÃO E LEGALIDADE 7

1.2 A LEGITIMIDADE DO PODER POLÍTICO NO PENSAMENTO DE JÜRGEN HABERMAS 14

1.3 A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO 17

1.3.1 CORRENTES TEXTUALISTAS 20

1.3.2 CORRENTES SUBSTANCIALISTAS 23

1.3.3 CORRENTES PROCEDIMENTALISTAS 25

1.3.3.1 O PROCEDIMENTALISMO EM FAZZALARI E LUHMANN 26

1.3.3.2 O PROCEDIMENTALISMO EM HABERMAS 28

1.3.4 NEOPROCESSUALISMO, PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO EFETIVO E DA COOPERAÇÃO: A INTERSUBJETIVIDADE COMO ELEMENTO DE LEGITIMAÇÃO DA JURISDIÇÃO 32

2 CAPÍTULO 2 - O SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL: ORIGENS, MECANISMOS DE FORMAÇÃO, CONCEITOS, VANTAGENS E CONTRADIÇÕES 38

2.1 DA INSERÇÃO PROGRESSIVA DE UM MODELO PRECEDENTALISTA NO BRASIL: DA VINCULATIVIDADE DO CONTROLE CONCENTRADO AOS PRECEDENTES VINCULANTES DO ART. 927 DO CPC 38

2.2 OS PRECEDENTES JUDICIAIS À BRASILEIRA: IDIOSSINCRASIAS E CONTRADIÇÕES DO SISTEMA PÁTRIO 46

2.2.1 ENTRE OS MODELOS DA "CIVIL LAW" E "COMMON LAW", UMA SIMBIOSE SISTÊMICA 47

2.2.2 OS MATIZES DO SISTEMA PRECEDENTALISTA PÁTRIO SOB A ÓTICA DO ART. 926 DO CPC 56

2.2.3 DA DINÂMICA PRECEDENTALISTA A PARTIR DAS TERMINOLOGIAS DE INSTITUTOS PRÓPRIOS 60

3 CAPÍTULO 3 – O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS 67

3.1 DA TUTELA COLETIVA DE DIREITOS À TUTELA DOS CASOS REPETITIVOS 67

3.1.1 UM RECORTE DA EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA: O

MUSTERVERFAHREN ALEMÃO E O *GROUP LITIGATION ORDER* INGLÊS... 73

3.1.1.1 O PROCEDIMENTO-MODELO ALEMÃO 74

3.1.1.2 O GROUP LITIGATION ORDER 78

3.1.2 ASPECTOS GERAIS DO IRDR 79

3.2 DO DÉFICIT DEMOCRÁTICO NA CONSTRUÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL NO IRDR 87

3.2.1 DA IMPOSIÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL AOS LITIGANTES QUE NÃO PARTICIPARAM DA SUA FORMAÇÃO 89

3.2.2 DA RESTRIÇÃO AO ROL DE LEGITIMADOS PARA A SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL 94

CONCLUSÃO.....96

REFERÊNCIAS 102

INTRODUÇÃO

Essa dissertação, intitulada *A Legitimidade Democrática da Construção dos Precedentes Judiciais: Uma Crítica ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*, busca investigar os marcos filosóficos acerca do exercício legítimo do poder político (nela inserida a jurisdição) e da criação do direito para aplica-los ao procedimento de formação de precedentes judiciais no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

A pesquisa tem por referencial teórico o diálogo entre o garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli, a Teoria do Discurso e do Agir Comunicativo de Jürgen Habermas; o conceito de processo de Elio Fazzalari; e a teoria legitimadora do poder político desenvolvida por Hannah Arendt, que valoriza, à semelhança de Habermas, a intersubjetividade.

O trabalho divide-se em cinco partes, a saber:

1) A presente introdução, em que apresentamos um panorama geral desta produção;

2) O capítulo primeiro, que investiga as correntes filosóficas que justificam a legitimidade do exercício do poder político, da jurisdição e da criação do direito;

3) O capítulo segundo, que traz as bases históricas, teóricas e metodológicas do sistema brasileiro de precedentes judiciais, nele inserido o IRDR;

4) O capítulo terceiro, que explicitará as principais normas que cercam o procedimento do IRDR, elucidando a sua origem como instituto jurídico integrante do microssistema de tutela das demandas repetitivas, destinado a dar adequado tratamento às demandas isomórficas. Ao cabo do terceiro capítulo, deixamos certo dois aspectos do incidente que violam pressupostos de ordem democrática fixados no primeiro capítulo, são eles:

- A carência de contraditório aos litigantes que, embora não tenham participado da formação do precedente judicial, serão por ele atingidos;

- A restrição legal na legitimação para o pedido de revisão da tese jurídica firmada no IRDR.

5) A conclusão articula toda a fundamentação da argumentação exposta no trabalho e aponta, à luz do capítulo primeiro, para os elementos necessários à obtenção de precedentes judiciais legítimos no seio do IRDR.

No que toca ao método, o presente trabalho, quanto aos objetivos, pode classificado como de natureza *descritiva* e *explicativa*, pois, além de descrever os fatos e fenômenos que cercam a construção do precedente judicial no âmbito do IRDR, apontando, sobretudo, as críticas que se lançam sobre o fenômeno à luz do neoprocessualismo, busca identificar as razões de criação de um sistema precedentalista fundado em aspectos quantitativos, e não qualitativos, como é concebido historicamente.

Para tanto, foi necessária a realização de *pesquisa bibliográfica*, momento em que se engendrou uma análise crítica e comparativa devidamente cuidadosa nos textos legais e na doutrina pátria e estrangeira (em países da *common law* e *civil law*) existente acerca dos temas aqui pesquisados; *pesquisa documental* em fontes de segunda mão (pesquisas, decisões judiciais, súmulas e orientações jurisprudenciais) acerca da aplicação de precedentes no ordenamento brasileiro e *pesquisa eletrônica* em livros, periódicos, entre outros, disponibilizados em endereços eletrônicos.

A análise dos dados ocorreu de maneira *qualitativa*, mediante *análise de conteúdo*, sobretudo na modalidade de *análise temática*. Por fim, utilizou do enfoque hipotético-dedutivo de Popper, valendo-se do levantamento de hipóteses e do teste das suas teorias a fim de fossem montadas conjecturas abertas à investigação.

1 CAPÍTULO 1 - A LEGITIMIDADE DO EXERCÍCIO DO PODER POLÍTICO E DA JURISDIÇÃO

As reflexões acerca da legitimidade do poder político guardam extrema relevância para a compreensão da subsistência das instituições estatais, sendo sempre (re)lembrada quando dos momentos de ruptura das bases em que se assentam o poder (revoluções, golpes de estado, entre outros).

No entanto, é consenso que as acepções acerca do exercício legítimo do poder político variam de acordo com a ideologia dominante de cada época. Assim, pode-se suscintamente definir legitimidade como *o aspecto de fundo do poder*[1], em que se questiona os elementos que o justificam, assim como os valores em que está fundamentado.

Norberto Bobbio define a questão como o estudo das

> [...] razões pelas quais se obedece aos comandos de quem detém um certo tipo de poder ou como determinação dos casos em que se deve obedecer e dos casos em que é lícita a desobediência ou a obediência passiva.[2]

Max Weber[3], a seu turno, em sua "teoria dominante do poder"[4] afirma que a legitimidade diz respeito aos fundamentos da obediência e da dominação.

No tópico que segue, trataremos do fenômeno sobre a ótica de vários pensadores, sempre em busca de um fundamento de legitimidade que não se resuma a aspectos de ordem puramente formal (fundados, tão somente, no exercício da soberania popular), mas, sobretudo, na afirmação dos direitos fundamentais e no exercício da intersubjetividade entre os cidadãos.

---

[1] BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**, Malheiros. São Paulo, 1997, p. 150.

[2] BOBBIO, Norberto/BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na Filosofia Política Modema**. S. Paulo: Brasiliense, 1987, p. 87

[3] WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. v. 1. Brasília: UnB, 1999.

[4] Ibidem.

1.1 LEGITIMIDADE, LEGITIMAÇÃO E LEGALIDADE

A ruptura com o chamado "antigo regime", ou modelo absolutista, conduziu a sociedade à compreensão de uma nova modalidade de organização estatal. Diz-se que, a partir de então, o Estado Moderno passa a ser concebido como "Estado de Direito", em que o poder, outrora fundado na identidade entre o Estado e o soberano, passa a ser limitado pela lei. Ademais, os indivíduos assumem a condição de titulares de garantias que os resguardam em relação a essa mesma estrutura estatal e que lhes confere liberdade e igualdade, inicialmente formal[5].

Tem-se, assim, o "Estado Liberal de Direito", cujas bases implicam, essencialmente, a limitação da ação estatal e a monopolização da produção do direito, acompanhado da ideia de um ordenamento jurídico completo, isento de lacunas, ao qual se devia obediência irrestrita – o chamado *dogma da onipotência do legislador*[6].

Nessa esteira, a lei, em seu sentido estrito, assume posição de destacada importância entre as fontes do direito e *a legitimidade do poder político é confundida com a própria legalidade*. O sistema passa, assim, a buscar uma autorreferência, abandonando aspectos justificadores de ordem externa.

Fala-se, assim, em um processo de *legitimação*[7], já que qualquer norma oriunda da estrutura estatal, independentemente de seu conteúdo material, seria tida por legítima em razão de aspectos formais ligados à sua gênese.

Ferrajoli, parafraseando Luhmann, utiliza a expressão "sistema autopoiético" para qualificar os regimes que dispensam elementos externos para justificar a sua eficácia. Nesses sistemas, o Estado torna-se um fim em si mesmo, ao contrário dos "sistemas heteropoiéticos", que colocam os interesses do homem como o grande mote da estrutura

[5] STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 102

[6] "[...] o dogma da onipotência do legislador, de fato, implica que o juiz deve sempre encontrar a resposta para todos os problemas jurídicos no interior da própria lei, vista que nela estão contidos aqueles princípios que, através da interpretação, permitem individualizar uma disciplina jurídica para cada caso. 0 dogma da onipotência do legislador implica, portanto, um outro dogma estreitamente ligado ao primeiro, o da completitude do ordenamento jurídico." Cf. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Ícone, 2006. p. 74.

[7] HSIAO, Marcelo et al. **Hannah Arendt-entre o passado e o futuro da política e do direito**: autoridade, legitimidade, violência e poder. 2007.

estatal[8].

Como dito, Max Weber[9], em sua "teoria dominante do poder"[10] afirma que a categoria da legitimidade diz respeito aos fundamentos da obediência e da dominação; essa manifestada por intermédio de três formas: a carismática, a tradicional e a legal.

Em resumo, o poder carismático baseia-se na lealdade dos seguidores, no reconhecimento que se lança sobre líderes tido como heroicos. Na grande maioria das vezes, está acompanhada de aspectos autoritários:

> [...] os líderes "naturais", em situações de dificuldades psíquicas, físicas, econômicas, éticas, religiosas e políticas, não eram pessoas que ocupavam um cargo público, nem que exerciam determinada "profissão" especializada e remunerada, no sentido atual da palavra, mas portadores de dons físicos e espirituais específicos, considerados sobrenaturais (no sentido de não serem acessíveis a todo mundo).[11]

Em seu aspecto tradicional, segundo ainda o autor, a legitimidade estaria calcada no exercício da autoridade e no respeito que seriam creditados ao governante.

Porém, a legitimidade legal, aspecto que se relaciona com o pensamento liberal e se tornou predominante no Estado moderno, fundamenta-se na regulamentação do poder, guardando estreita relação com o racionalismo. A autoridade do governante estaria arrimada, assim, em normas oriundas de um procedimento aceito, não podendo extrair seu fundamento de aspectos morais. Nessa modalidade, segundo o autor, não se obedece a pessoa, mas a regra posta.

---

[8] "Para las doctrinas auto-poyéticas, el estado es un fin y encarna valores ético políticos de carácter supra-social y supra-individual a cuya conservación y reforzamiento han de instrumentalizarse el derecho y los derechos. para las doctrinas hétero-poyéticas, por el contrario, el estado es un medio legitimado únicamente por el fin de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, y políticamente ilegítimo si no los garantiza o, más aun, si el mismo los viola.". Tradução livre: "Para as doutrinas autopoiéticas, o estado é um fim em si mesmo e encarna valores ético políticos de caráter suprassociais e supra-individuais a cuja conservação e reforço hão de instrumentalizar-se pelos direitos. Para as doutrinas heteropiéticas, ao contrário, o estado é um meio legitimado para garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, sendo politicamente ilegítimo se não os garante, ou se ele mesmo os viola." Cf. FERRAJOLI, Luigi; BOBBIO, Norberto. Derecho y razón: teoría del garantismo penal. Trotta,, 1998. p. 881

[9] WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. v. 1. Brasília: UnB, 1999.

[10] Ibidem.

[11] Idem. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Vol.2. Brasília: UnB, 2004.p. 323.

O autor ainda sugere, em sua obra "Ciência e Política: duas vocações", que, além dos motivos apontados como justificadores da obediência dos cidadãos e, portanto, fundamentos da legitimidade do poder político, é possível identificar duas outras razões relacionadas a interesses de ordem pessoal: a retribuição material e o prestígio social:

> De uma parte, a homenagem dos vassalos, a prebenda dos dignitários, os vencimentos dos atuais servidores públicos e, de outra parte, a honra do cavaleiro, os privilégios das ordens e a dignidade do servidor constituem a recompensa esperada; e o temor de perder o conjunto dessas vantagens é a razão decisiva da solidariedade que liga o estado-maior administrativo aos detentores do poder[12].

Locke, considerado um dos principais teóricos do liberalismo e uma das principais influências sobre Montesquieu e sobre a Revolução Gloriosa de 1688/1699, defende em seu "Segundo Tratado sobre o Governo Civil" uma divisão do poder político entre as funções legislativas e executivas, cenário em que as primeiras assumiriam uma posição de proeminência em face das últimas[13]. A atividade judicante, assim, não constituiria uma terceira modalidade de poder, estando, na verdade, inserida nas funções executivas, cujas bases estariam firmadas no assentimento do povo aos governantes.

Defende, portanto, um fundamento de legitimidade baseado na concordância da população (soberania popular). Caso, ademais, o próprio governo excedesse o pacto outrora estabelecido, instituindo uma modalidade de governo tirânico, os cidadãos poderiam exercer seu direito natural à rebelião e depor aquele que estivesse usurpando o poder:

> [...] Fica evidente então que, se alguém abala um poder ao qual foi submetido pela força e não pelo direito, esta ação recebe o nome de rebelião, mas não constitui um pecado diante de Deus, que, ao contrário, a aprova e autoriza, sem dar qualquer importância aos acordos e aos pactos que intervêm, uma vez que

[12] WEBER, Max. **Ciência e política: duas vocações**. Editora Cultrix, 2004, p. 40

[13] "147. Estes dois poderes, executivo e federativo, embora sejam realmente distintos em si, o primeiro compreendendo a execução das leis internas da sociedade sobre todos aqueles que dela fazem parte, e o segundo implicando na administração da segurança e do interesse do público externo, com todos aqueles que podem lhe trazer benefícios ou prejuízos, estão quase sempre unidos. E ainda que este poder federativo, faça ele uma boa ou má administração, apresente uma importância muito grande para a comunidade civil, ele se curva com muito menos facilidade à direção de leis preexistentes, permanentes e positivas; por isso é necessário que ele seja deixado a cargo da prudência e da sabedoria daqueles que o detêm e que devem exercê-lo visando o bem público. As leis que dizem respeito aos súditos entre eles, uma vez destinadas a reger seus atos, é melhor que os precedam. Mas a atitude adotada diante dos estrangeiros depende em grande parte de seus atos e da flutuação de seus projetos e interesses; portanto, devem ser deixados em grande parte à prudência daqueles a quem foi confiado este poder, a fim de que eles o exerçam com o melhor de sua habilidade para o benefício da comunidade civil" LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. LeBooks Editora, 2018, p. 75

> foram extorquidos pela força. Para qualquer um que tenha lido atentamente a história de Acaz e Ezequias, parece muito provável que os assírios tenham vencido Acaz e o deposto, tenham feito de Ezequias rei durante a vida de seu pai, e que Ezequias, em virtude de um acordo, durante todo esse tempo tenha-lhe prestado homenagem e pago tributo[14].

O Estado de Direito trouxe o conceito moderno de regime democrático[15], alicerçado na proeminência da lei e no paradigma da soberania popular. Em outras palavras, a lei, *tão somente por representar a vontade geral, encerraria a única fonte legítima do direito.*

Diga-se de passagem, que a compreensão acerca do fenômeno democrático da época guarda íntimas relações com as teorias contratualistas do poder, inicialmente pensadas por Thomas Hobbes[16] e Rousseau[17] e recentemente revisitadas por vários doutrinadores, entre eles Norberto Bobbio[18] e John Rawls[19]. Afirma-se, inclusive, que cada modelo de democracia está alicerçado em uma concepção de contratualismo específico, devendo ser entendido, então, como uma espécie de abstração doutrinária[20].

---

[14] Idem, p. 89.

[15] Concebido, portanto, no final do século XVIII, nos Estados Unidos, e no final do século XIX no continente europeu, a concepção clássica de democracia congrega, segundo Darcy Azambuja, alguns traços característicos: a apropriação do poder político pelo povo (soberania popular); a divisão dos poderes; a limitação do poder político e a previsão de direitos aos cidadãos, inicialmente individuais cf AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. Globo Livros, 2008, p. 219

[16] Para Hobbes, a teoria do contrato social manifesta-se na transferência dos poderes dos súditos para o Soberano, o que ocorre de maneira individual. O Leviatã é concebido como o "exercício racional do direito de contratar" que intervém para evitar o receio entre os homens, já que, segundo o autor, o "homem é o lobo do homem" . Portanto, a legitimidade política do Leviatã origina-se da sua capacidade de proporcionar segurança aos seus súditos. Cf HOBBES, Thomas. **Do cidadão**. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 03.

[17] Rousseau, ao contrário de Hobbes, via a virtude do homem em um estado natural e idealizado, momento em que não estaria exposto ao convívio em sociedade. Esta, segundo o autor, corromperia o indivíduo. Diante dos malefícios que consistem em conviver em grupo, nasceria o imperativo de existência de uma força externa hábil a proporcionar a convivência social harmônica, cuja legitimidade estaria no assentimento tácito dos indivíduos e na dominação plena da maioria sobre a minoria. cf ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social e discurso sobre a economia política**. Tradução de Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. São Paulo: Hemus.

[18] Norberto Bobbio, encarando as teorias contratualistas segundo as forças de poder vigentes, enxerga o contrato social por intermédio das relações de dominação, influência e interesses que se desenvolvem no jogo político. Cf BOBBIO, Norberto; NOGUEIRA, Marco Aurélio. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

[19] Denominando a sua teoria de liberalismo político, John Rawls inova sobremaneira as teorias contratualistas, reposicionando o foco das discussões em questões de ordem moral, em especial no problema da justiça. cf ARAÚJO, Cicero. Legitimidade, justiça e democracia: o novo contratualismo de Rawls. **Lua nova**, n. 57, 2002.

[20] DE LIMA PANIZA, Alexandre. Democracia e contratualismo nas concepções de Hobbes e Rousseau:

A submissão do Estado aos limites do direito e a substituição da vontade do soberano pela vontade do povo parecia satisfazer as pretensões imediatas daquele momento histórico revolucionário.

Percebendo a fragilidade e os riscos dessa pretensa "neutralidade axiológica", que impede os juristas de questionar o conteúdo de fundo da lei, surgem outras correntes filosóficas, tais como a "Escola da Jurisprudência dos Conceitos"[21].

Hannah Arendt alerta que a dissociação do conceito de legitimidade de aspectos valorativos é típica de regimes totalitários. A autora compara essa estrutura à de uma cebola[22]. Por intermédio dessa metáfora, Arendt disserta que as camadas de poder estabelecem a ilusão de "mundo exterior normal" para as faixas exteriores, ocultando a face de "extremismo radical" que está em contato com o líder, posicionado ao centro.

A autora revela que os regimes totalitários justificam o poder do Estado na obediência às decisões de um líder, portanto, dissociada de qualquer elemento de legitimidade externo. Defende, assim, que a autoridade deve ser fruto do assentimento pelos cidadãos. À semelhança de Habermas, como veremos, advoga que a legitimidade do poder político é alcançada pelo discurso, pelos acordos intersubjetivos, que protegem o espaço público. Nesse sentido, afirma:

> O poder não necessita de justificação, sendo inerente à própria existência de comunidades políticas; o que realmente necessita é legitimidade. O comum emprego destas duas palavras como sinônimos é tão enganoso e confuso quanto a comum identificação entre obediência e apoio. O poder brota onde quer que as pessoas se unam e atuem de comum acordo, mas obtém sua legitimidade mas do ato inicial de unir-se do que de outras opções que se possam seguir. A legitimidade quando desafiada fundamenta-se a si própria num apelo ao passado, enquanto a justificação se relaciona com um fim que

---

uma abordagem histórica. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 3, n. 1, p. 249-267, 2004.

[21] Sobre a Escola da Jurisprudência dos Conceitos: "no contexto da jurisprudência dos conceitos, a característica fundamental do pensamento dogmático foi seu caráter construtivo. Essa construção diz com a elaboração de conceitos abstratos que não se limitam apenas e tão-somente aos conteúdos expressos no direito positivado. Ele parte da análise dos elementos presentes no direito posto para, a partir daí, abstrair seus princípios fundamentais, que possibilitam a solução de questões aparentemente não abarcadas pelos direito positivado. Em outras palavras, a construção combina com a elaboração daqueles conceitos que não se acham imediata e intuitivamente na lei, cuja explicitação permite encarar com autenticidade os casos da vida jurídica que não estão claramente previstos na norma". SOARES, Guilherme. Elementos para a caracterização tridimensional da dogmática jurídica: o modelo Dreier-Alexy. **Seqüência: estudos jurídicos e políticos**, v. 22, n. 43, p. 69-88, 2001, p.77

[22] ARENDT, Hannah. **"Entre o passado e o futuro".** 2ª Edição Editora Perspectiva, São Paulo, 1972.

> existe no futuro. A violência pode ser justificada mas nunca será legitima.[23]

O parâmetro de legitimação, destarte, deve ser transposto para os consensos sociais, fundados no conjunto de padrões, crenças e convicções acolhidos pela comunidade[24].

Atualmente, considera-se que a ideologia democrática que justifica e fundamenta o Estado contemporâneo está centrada no conceito de *Estado Democrático de Direito*, cuja essência guardaria um

> [...] conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade, apropriando-se do caráter incerto da democracia para veicular uma perspectiva de futuro voltada à produção de uma nova sociedade, onde a questão da democracia contém e implica, necessariamente a solução do problema das condições materiais de existência[25].

Nesse sentido, *não se pode mais reduzir o parâmetro da legitimidade do direito à gênese qualificada da lei*. Tomando como parâmetro o conceito de constituição compromissória[26], faz-se necessária a concretização de uma gama de direitos fundamentais aos mais variados segmentos sociais. A presunção absoluta de legitimidade da norma legal deve ser relativizada pela análise conjunta dos valores aos quais presta reverência.

---

[23] ARENDT, Hannah. **Da Violência**. Ed. Universidade de Brasília, 1985. Trad. Maria Cláudia Drummond Trindade, p. 129

[24] HSIAO, Marcelo et al. **Hannah Arendt-entre o passado e o futuro da política e do direito: autoridade, legitimidade, violência e poder**. 2007.

[25] STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 97.

[26] "Mas o caráter dirigente e substantivo da Constituição não deve obscurecer uma outra característica sua importante: trata-se de uma Constituição compromissória. Isto quer dizer que ela não representa a cristalização normativa de alguma específica corrente ideológica ou cosmovisão. Pelo contrário, cuida-se de uma Constituição pluralista, que resultou do compromisso possível entre a ampla variedade de forças políticas e de interesses que se fizeram representar na Assembleia Constituinte de 1987/88, o que de certa forma explica a heterogeneidade dos valores e princípios acolhidos no texto magno: solidariedade social e livre iniciativa, liberdade de imprensa e privacidade, laicidade estatal e *invocatio Dei* no preâmbulo, etc." SARMENTO, Daniel. Ubiqüidade constitucional: os dois lados da moeda. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de & SARMENTO, Daniel (coords**.). A Constitucionalização do Direito**: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 113-148, 2007, p.126

Há de se agregar ao critério majoritário o necessário exercício de uma comunicação intersubjetiva que resguarde, em última análise, a dignidade da pessoa humana.

Os direitos fundamentais insculpidos na constituição servem, portanto, como limite à legitimação puramente majoritária da norma.

Ferrajoli, em sua teoria garantista[27] apresenta uma classificação do fenômeno democrático segundo duas perspectivas: formal e material.

A democracia formal diria respeito à nomogênese, à forma como as fontes do direito se inserem no ordenamento e adquirem coercibilidade – sendo, nesse aspecto, necessária a presença do elemento majoritário. A democracia substancial, a seu turno, relacionar-se-ia com *o que não cabe à maioria deliberar*. Destarte, vincula-se à garantia dos direitos fundamentais e aos valores superiores constitucionais.

Às modalidades de democracia estão associadas perspectivas correlatas do princípio da legalidade e de critérios de legitimação. Desta feita, a legalidade em sentido amplo, ou critério de validade e legitimidade formal, implica que o poder está subordinado a leis gerais e abstratas. A legalidade em sentido estrito, ou critério de validade e legitimidade substancial, diz respeito à convergência, de todos os poderes do estado, na promoção dos direitos fundamentais de todos os cidadãos.

[27] A teoria do garantismo no pensamento de Ferrajoli comporta sentidos múltiplos. Pode se referir ao estado de direito e seus níveis de deslegitimação; à teoria do direito e da crítica jurídica, assim como à filosofia do direito e à crítica da política: "Estas tres acepciones de "garantismo", de las que hasta aquí he proporcionado una connotación solamente penal, lienen a mi juicio un alcance teórico y filosófico general que merece ser explicado. Delinean, efectivamente, los elementos de una teoria general del garantismo [...] Estos elementos no valen sólo en el derecho penal, sino también en otros sectores del ordenamiento. Por consiguiente, es también posible elaborar para ellos, con referencia a otros derechos fundamentales y a otras técnicas o critérios de legitimación, modelos de justicia y modelos garantistas de legalidad de derecho civil, admirustrativo, constitucional, internacional, laboral- estructuralmente análogos al penal aquí elaborado. Y también para ellos las aludidas categorías, en las que se expresa el planteamiento garantista, representan instrumentos esenciales para el análisis científico y para la crítica interna y externa de las antinomias y de las lagunas -jurídicas y políticas que permiten poder de manifiesto." Tradução Livre: "Estas três acepções de "garantismo" que até agora teve uma conotação apenas penal, tem um alcance teórico e filosófico geral que merece ser explicado. Delineiam, efetivamente, os elementos de uma teoria feral do garantismo [...] Esses elementos não valem somente para o direito penal, senão também em outros setores do ordenamento. Or conseguinte, é igualmente possível elaborar para eles, com referência a outros direitos fundamentais e outras técnicas e critérios de legitimação, modelos de justiça e modelos garantisas de legalidade de direito civil, administrativo, constitucional, internacional, laboral – analogicamente ao viés penal aqui elaborado. Para essas categorias, em que se expressa o pensamento garantista, há a representação de elementos essenciais para a análise científica e para a crítica interna e externa das antinomias e das lacunas jurídicas e políticas que permitem o poder de manifestação". (FERRAJOLI, Luigi; BOBBIO , Norberto. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Trotta,, 1998. p.854)

O autor alerta para o fato de que ambos os critérios devem ser satisfeitos, sob pena da ocorrência de graves desequilíbrios institucionais:

> [...] las fuentes de legitimación de la jurisdicción, extendidas en el apartado a todos los poderes del estado, son dos: una formal y otra sustancial. La legitimación formal es la que viene asegurada por el principio de legalidad y de sujeción del juez a la ley. La legitimación sustancial es la que recibe la función judicial de su capacidad de tutela o garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Ninguna de estas dos fuentes puede ser sacrificada sin graves desequilibrios institucionales y sin peligros para la salvaguardia del papel de la jurisdicción. Y por otra parte, la segunda fuente jamás puede ser satisfecha si falta completamente la primera.[28]

Trataremos, a seguir e em tópico apartado, acerca da teoria habermasiana de legitimidade do poder político, tendo em vista a importância dessa visão para a compreensão de diversas normas que, atualmente, constam em nosso ordenamento jurídico.

1.2 A LEGITIMIDADE DO PODER POLÍTICO NO PENSAMENTO DE JÜRGEN HABERMAS

Habermas, ao refletir a questão da legitimidade do poder político, propõe a aproximação dos valores que compõem uma sociedade plural.

Para tanto, utilizando a sua teoria da ação comunicativa[29], advoga pela necessidade de estabelecimento de procedimentos que objetivem a sedimentação de um propósito democrático.

Segundo o autor, o direito assume um papel decisivo na preservação de uma

[28] FERRAJOLI, Luigi; BOBBIO, Norberto. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Trotta,, 1998. p. 918 – Tradução livre: "As fontes de legitimação da jurisdição, extendidas a todos os poderes do estado, são duas: uma formal e outra substancial. A legitimação substancial é a que recebe a função de tutelar os direitos fundamentais dos cidadãos. Nenhuma dessas duas fontes pode ser sacrificada sem graves desequilíbrios institucionais e sem perigos para a salvaguarda do papel da jurisdição. Por outra parte, a segunda fonte jamais pode ser satisfeita se lhe falta completamente a primeira"

[29] "O conceito do agir comunicativo atribui às forças ilocucionárias da linguagem orientada ao entendimento a função importante da coordenação da ação. Por este motivo, procuro lembrar, em primeiro lugar, como a compreensão clássica da relação entre facticidade e validade, delineada na tradição platônica, se modifica quando a linguagem passa a ser considerada como um médium universal de incorporação da razão (Seção I). A tensão entre facticidade e validade, que se introduz no próprio modo de coordenação da ação, coloca exigências elevadas para a manutenção de ordens sociais. O mundo da vida, as instituições que surgem naturalmente e o direito têm que amortizar as instabilidades de um tipo de socialização que se realiza através das tomadas de posição- em termos de sim/não - com relação a pretensões de validade criticáveis (Seção II)." HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: Entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. (Vol. 1), p. 25-26

sociedade pluralista, configurando um elemento intermediário entre o sistema e o mundo da vida[30]. Nesse aspecto, o estabelecimento de normas jurídicas acompanha a humanidade de há muito. Podemos afirmar que, em relação à sociedade moderna, o modo de positivação das normas jurídicas é concebido na institucionalização do Estado-Nação, e remanesce, *mutatis mutandis*, no atual Estado Democrático de Direito[31].

De toda sorte, Habermas entende que, embora necessário, *as normas jurídicas não encontram a sua fonte exclusiva de legitimação no procedimento que as institui*. Os procedimentos devem ser, assim, justificados[32].

O pensador enxerga o direito como um elemento, ao lado da moral, capaz de instrumentalizar a defesa dessas prerrogativas[33]. Isso, segundo o autor, em razão da moral não poder ser avaliada mediante critérios objetivos e guardar consigo algumas fragilidades, entre elas cognitiva e motivacional[34].

Sobre essa relação entre direito e moral, Habermas assim vaticina:

> Um olhar lançado sobre o movimento dos operários na Europa e sobre as lutas de classes no século XIX ensina que as ordens políticas que mais se aproximavam dos modelos de um poder racionalizado em termos do direito formal não eram tidas como legítimas - a não ser pelas camadas mais privilegiadas da sociedade e por seus ideólogos liberais. A luz de uma crítica liberal e de uma avaliação mais detida, a legitimidade do direito formal burguês não resulta das caraterísticas "racionais" fornecidas e sim, quando muito, de implicações morais, que podem ser inferidas dessas caraterísticas com o auxílio de outras proposições empíricas que traduzem a estrutura e a função da ordem econômica[35]

Como adiantado, Habermas propõe a elaboração de um procedimento que

[30] O conceito de mundo da vida guarda raízes no filósofo Edmund Husserl e pode ser suscintamente definido como o mundo histórico-cultural, do cotidiano, dos usos e costumes.

[31] SOUSA, Francisco Pereira de. **O Discurso Habermasiano de Legitimação do Direito e da Política**. Brasília: Kiron, 2011, p. 48

[32] HOMMERDING, Adalberto Narciso; MOTTA, Francisco José Borges. Direito e legitimidade em Jürgen Habermas/Law and legitimacy in Jürgen Habermas' work: contributions to the construction of a democratic judicial process. REVISTA QUAESTIO IURIS, v. 10, n. 3, p. 1537-1555, 2017.

[33] SOUSA, Francisco Pereira de. **O Discurso Habermasiano de Legitimação do Direito e da Política**. Brasília: Kiron, 2011, p. 56

[34] Idem, p. 56

[35] HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: Entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. (Vol. 2). p. 198.

explique a formação do direito, fundado na moral.[36]

Nesse cenário, assume destaque a Teoria do Discurso habermasiana. Nesta, o direito é concebido como oriundo do consenso e da tensão que existe entre facticidade e validade[37].

Francisco Pereira de Sousa nos ensina que Habermas entende que a razão prática, fundada no direito natural, é substituída pela razão comunicativa, instrumento para a criação de interações entre os sujeitos[38]. O direito, assim, instrumentaliza a convivência humana, já que normatiza a as condições de diálogo da sociedade, proporcionando o consenso, o entendimento, a intersubjetividade[39].

Conforme Habermas, a maior contradição do positivismo, ao considerar o princípio da soberania como o principal elemento de legitimação da ordem jurídica, consiste no desprezo da intersubjetividade como fator igualmente importante dessa avaliação.

Assim como Ferrajoli, Habermas entende que o direito deve ser justificado não apenas pela ideia de soberania, mas também pela afirmação dos direitos humanos. Contudo afirma que o atendimento simultâneo a essas duas condições somente é possível em um ambiente onde predomina a comunicação, a intersubjetividade; que deve ser institucionalizada pelo ordenamento jurídico.[40]

Outrossim, no seio do princípio do discurso, os cidadãos são enxergados como autores de sua ordem jurídica, socialmente autônomos, autolegisladores, portanto[41]. Habermas partirá do pressuposto de que a comunicação dos cidadãos há de ser livre,

---

[36] Ibidem.

[37] SOUSA, Francisco Pereira de. **O Discurso Habermasiano de Legitimação do Direito e da Política**. Brasília: Kiron, 2011., p. 64

[38] Idem, p. 65

[39] Ibidem, p. 66

[40] HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: Entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. (Vol. 1) p. 138

[41] Nesse sentido, o próprio autor: "Na linha da teoria do discurso, o princípio da soberania do povo significa que todo o poder político é deduzido do poder comunicativo dos cidadãos. O exercício do poder político orienta-se e se legitima pelas leis que os cidadãos criam para si mesmos numa formação da opinião e da vontade estruturada discursivamente.[...]" Ibidem, p. 213

isenta de mecanismos de coação. Apenas sob essas condições, a intersubjetividade *legitima a lei*.

O Estado, nesse cenário, deve garantir as condições de exercício dessa autonomia, desse entendimento livremente estabelecido entre os cidadãos. O Estado Democrático de Direito, assim, *afirma-se por intermédio dos direitos fundamentais frutos dessa deliberação discursiva*.

Ao firmar o princípio do discurso, o consenso e a comunicação como elementos de legitimação do direito, Habermas *defende que o poder comunicativo deve se manifestar através da figura do Estado*[42].

A ausência do poder comunicativo implica a constituição de um poder tirânico, que elimina da esfera pública a intersubjetividade. Em última instância, Habermas defende a desobediência civil como mecanismo de conservação do Estado de Direito e de superação de momentos de crise[43].

1.3 A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO

Entendemos com os garantistas que todas as faces de exercício do poder político (executivo, legislativo e judiciário) estão submetidos a uma aferição de legitimidade a posteriori[44]. Não acreditamos na legitimação absoluta, tomada como pressuposto inabalável.

As fontes de legitimação de todo o poder, conforme visto acima, subdividem-se em duas: formais e substanciais. As fontes formais dizem respeito ao princípio da legalidade, à formação da lei mediante processos legislativos em que se garanta a vontade da maioria. As fontes substanciais, a seu turno, guardam relação com a tutela dos direitos fundamentais de todos os cidadãos. Como visto, ambas as fontes devem coexistir no exercício de qualquer função estatal.

Igualmente, observamos que Habermas, ao refletir sobre a legitimidade da

[42] SOUSA, Francisco Pereira de. O Discurso Habermasiano de Legitimação do Direito e da Política. Brasília: Kiron, 2011, p. 82

[43] Idem, p. 103

[44] CADEMARTORI, Sérgio. Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista. 1997.

construção do direito, busca uma reformulação daquilo que podemos analogicamente conceber como *âmbitos formal e substancial de legitimidade*.

Formalmente, o autor aponta a necessidade de que o direito seja construído conforme o princípio do discurso e por intermédio de uma razão comunicativa, em que todos tenham a capacidade de construir a norma a ser positivada. Substancialmente, encara o direito como ancorado na moral, fruto de um consenso que seja construído em um ambiente guiado pelos direitos humanos.

Contudo, levando em consideração tão-somente o aspecto formal de legitimidade acima exposto, encarado como estrita legalidade, muitos afirmam que o *"juiz possui uma deficiência de legitimidade de origem*"[45], sobretudo em razão de sua configuração não-majoritária e não-representativa.

Porém, reafirme-se: todos os poderes necessitam legitimar-se a cada ato praticado.

A ideia de que os magistrados seriam meros aplicadores da lei, como corolário do princípio da separação dos poderes, funda-se em uma concepção puramente formal de legitimidade, além de carregar consigo razões de origem fundamentalmente histórica. Isso resta sobretudo evidenciado quando comparamos a evolução do referido princípio na *common law*, de um lado, e na *civil law*, de outro, como veremos adiante.

Em outras palavras, o contexto social e político particular de surgimento e afirmação dos sistemas mencionados condicionou a compreensão dispare dos limites da atividade judicante. Todavia, sobretudo no caso dos países da *civil law*, o afastamento radical dos juízes do exercício da função hermenêutica (sob o manto da pretensa neutralidade), logo se revelou artificial e incompatível com a realidade fática.

O papel do juiz da *civil law*, após o neoconstitucionalismo, aproxima-se sobremaneira da atividade judicante na *common law*, em que se reconhece a inevitável capacidade do magistrado de interpretar a lei e conformá-la ao caso concreto, criando o direito. Essa constatação começa a ser incorporada ao direito brasileiro como uma natural

[45] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **NOVO CURSO DE PROCESSO CIVIL:** Volume 1 Teoria do Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 466

decorrência do assentimento da força vinculante da Constituição, ainda que, formalmente, antes do CPC de 2015, não se tenha constatado esse autorizativo de forma expressa na doutrina.

O atual CPC assume uma importância singular ao dotar de força normativa a atividade judicante, sem receios de violação ao princípio da separação dos poderes e em consonância com o que enuncia desde o seu artigo 1º: dar plena efetividade às normas fundamentais da CRFB.

Obviamente, o exercício desse mister há de obedecer a uma série de requisitos a fim de alcançar, entre outros, legitimidade democrática. Sendo o paradigma atual o Estado Democrático de Direito, o qual exige a participação popular como fator de legitimação das providências estatais, não poderá o juiz atuar de maneira solipsista, mas proporcionar a maior participação popular possível na construção do provimento judicial.

Conforme Lênio Streck:

> [...] o ato interpretativo não é produto nem da objetividade plenipotenciária do texto e tampouco de uma atitude solipsista do intérprete: o paradigma do Estado Democrático de Direito está assentado na intersubjetividade[46].

Não obstante, algumas teorias objetivam legitimar o exercício da função jurisdicional. Isto, em especial, quando magistrados assumem posições consentâneas com os ditames do denominado ativismo judicial[47], ou mesmo quando se está diante do controle de constitucionalidade de uma lei.

Nesses momentos emblemáticos em que o ramo jurisdicional, ao desempenhar o seu papel no sistema de controle recíproco, limita o campo de atuação dos demais poderes

[46] STRECK, Lênio. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.4. ed São Paulo: Saraiva, 2012, p. 264

[47] Adota-se, nesse trabalho, o conceito de ativismo como: "A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário;

(ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas." BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Anuario iberoamericano de justicia constitucional**, n. 13, p. 17-32, 2009, p. 22

constituídos, evoca-se seu aspecto não-majoritário para questionar a validade das suas decisões.

Passamos a analisar as teorias que buscam legitimar a atividade jurisdicional, seja em razão de um critério puramente formal, seja em face de uma perspectiva puramente substancial, ou unindo os parâmetros referidos. Nossa análise baseia-se na classificação proposta por Luís Guilherme Marinoni, em seu Novo Curso de Processo Civil, primeiro volume.

Das correntes textualistas, profundamente conectadas ao paradigma clássico do princípio da separação dos poderes, passando pelas correntes substancialistas, vinculadas à essência dos direitos fundamentais, chegamos às correntes procedimentalistas, a nosso ver, mais consentâneas com o atual modelo de Estado.

1.3.1 CORRENTES TEXTUALISTAS

As correntes textualistas fundamentam-se na premissa de que a legitimidade da decisão judicial reside na aplicação literal das normas produzidas pelo poder legislativo; aquilo que os hermeneutas denominam de *interpretação gramatical*[48] da lei.

O risco de intervenção subjetiva dos magistrados na aplicação do direito importaria, assim, em fator de deslegitimação democrática da decisão. Nesse sentido, Antonin Scalia, juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos e um dos principais expoentes da teoria em comento:

> The philosophy of interpretation I have described above is known as textualism. In some sophisticated circles, it is considered simpleminded – 'wooden', 'unimaginative', 'pedestrian'. It is none of that. To be a textualist in good standing, one need not to be dull to perceive the broader social purposes that a statute is designed, or could be designed, to serve; or too hidebound to realize that new times require new laws. One need only hold the belief that judges have no authority to pursue those broader purposes or write those new

[48] "A interpretação gramatical foi expressivamente utilizada, como denotada importância e de forma exclusiva, na fase áurea da escola da exegese, considerando que em tal época era relevante apenas buscar- se o que o legislador houvera escrito, pois tal era entendido a vontade da lei, fundida à própria vontade do legislador. A importância atual da interpretação gramatical repousa no fato de ser exatamente o ponto de partida para a utilização dos outros meios [...]." (FRIEDE, Reis. **Ciência do Direito, Norma, Interpretação e Hermenêutica Jurídica.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. P. 141-142)

laws.[49]

Seus defensores chegam ao ponto de afirmar que o texto constitucional assumiria as funções de um dicionário, fornecendo *pontos de referência* ao passo em que ilustra a forma de utilização de uma palavra.

Observa-se que as teorias textualistas retiram, *a priori*, qualquer legitimação intrínseca no exercício da jurisdição. A pretensa neutralidade dos magistrados, como se esses devessem resguardar-se à mera replicação mecânica do quanto decidido no parlamento em um juízo puramente silogístico, busca atribuir ao poder judiciário uma qualidade que, segundos seus defensores, só seria aferível nos órgãos de matiz majoritária.

O textualismo ainda alimenta uma expectativa sobremaneira ilusória sobre a conduta dos juízes. É inegável que a atividade judicante compreende escolhas valorativas diuturnas, as quais não podem ser racionalmente concebidas como passíveis de realização em completa desconsideração ao conjunto de crenças e ideologias prévias dos seus agentes[50].

Não se faz referência, aqui, ao proceder de magistrados que, ignorando seus papeis de órgãos estatais, fazem uso privado de suas posições; mas ao natural iter hermenêutico que se reproduz no ato de julgar. Essa constatação se revela de maneira ainda mais evidente quando se constata que o próprio legislador faz inserir no ordenamento jurídico

[49] SCALIA, Antonin. **A matter of interpretation: federal courts and the law**. New Jersey: Princeton University Press. p. 23 – Tradução Livre: " A filosofia da interpretação que eu descrevi acima é conhecida como textualismo. Em alguns círculos sofisticados é considerada simplória, mas não é nada disso. Para ser um bom textualista, é necessário não ser ingênuo para perceber o propósito social amplo pelo qual um ordenamento legal é elaborado, ou pode ser elaborado, para servir; ou apegado ao passado para perceber que novos tempos requerem novas leis. É preciso acreditar que os juízes não possuem autoridade para perseguir esses propósitos amplos ou escrever novas leis "

[50] "[...] toda ação humana está orientada a um fim, que implica toda uma filosofia consciente ou inconscientemente adotada. Se alguém tem tal ou qual filosofia, esta assinala a ele e a suas ações tal ou qual fim último, e vice-versa. Este fim último, resultante tanto da filosofia do ente como da filosofia do homem, do indivíduo humano e da sociedade humana, determina, por sua vez, de um lado a política, de outro o princípio supremo da interpretação jurídica - o qual, como o próprio direito, ou está subordinado à política (solução que nem sempre é a melhor), ou a subordina (o que sucede raramente). O fato é que todas as decisões jurídicas, porque jurídicas, são políticas. Negá-lo equivaleria à entronização do lema "fiat justitia pereat mundus" - o que dispensa qualquer comentário." (GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.p. 212.)

normas de alto grau de abstração[51], como os princípios jurídicos.

A teoria em comento ainda peca por arrastar, até a atualidade, as desconfianças que eram lançadas sobre os magistrados com o surgimento do Estado Burguês ou Estado de Direito. Contudo, como visto, a compreensão dos papeis do Estado evolui. Nada mais coerente que, com eles, evoluam as clássicas feições dos poderes constituídos.

Nessa toada, o poder judiciário, encarado nos quadros de um Estado Social ou, mesmo, na atual concepção do Estado Democrático de Direito, é chamado a solucionar e se posicionar de maneira distinta da originalmente pensada por Montesquieu. Assim, Tércio Sampaio:

> Em suma, com base cm condições sociopolíticas do século XIX, sustentou-se por muito tempo a neutralização política do Judiciário como consequência do princípio da divisão dos poderes. A transformação dessas condições com o advento da sociedade tecnológica e do estado social, parece desenvolver exigências no sentido de uma *desneutralização*, posto que o juiz é chamado a exercer uma função socioterapêutica, liberando-se do apertado condicionamento da estrita legalidade e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva que ela impõe, obrigando-se a uma responsabilidade prospectiva, preocupada com a consecução de finalidades políticas das quais ele não mais se exime em nome do princípio da legalidade (*dura lex sed lex*).[52]

Por fim, ao atribuir à modalidade gramatical de interpretação a prevalência dentre as formas de exercício da atividade hermenêutica, os textualistas caem, mais uma vez, em contradição, já que a própria compreensão acerca do que seria a correta interpretação literal da norma é passível de debate.

No tópico seguinte, traremos as denominadas correntes substancialistas de legitimidade da decisão, firmadas no conteúdo da decisão como critério de validade democrática do comando judicial.

---

[51] "[...] no caso dos princípios o grau de abstração é maior relativamente à norma de comportamento a ser determinada, já que eles não se vinculam abstratamente a uma situação específica.[...]" (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 4.ed. rev. 2.tir. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 40)

[52] JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. **O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?**. **Revista Usp**, n. 21, p. 12-21, 1994, p. 19

1.3.2 CORRENTES SUBSTANCIALISTAS

As ditas correntes substancialistas, conforme adiantado em tópico anterior, objetivam conferir legitimidade às decisões judiciais, valendo-se do próprio conteúdo decisional. Aspectos de forma ficariam relegados, assim, a um segundo plano, já que a materialização dos direitos fundamentais, acompanhadas de argumentação exaustiva e persuasiva por parte dos juízes, seriam capazes de legitimar, *de per si*, o exercício da jurisdição.

A teoria em comento relaciona-se intimamente com o chamado "neoconstitucionalismo", movimento característico da segunda metade do século XX que, em síntese, reposiciona as Constituições e os direitos fundamentais para o centro do ordenamento, provocando mudanças paradigmáticas na teoria da norma, das fontes do direito e da hermenêutica constitucional. Nesse sentido, Daniel Sarmento:

> [...] Neste quadro, não é tarefa singela definir o neoconstitucionalismo, talvez porque, como já revela o bem escolhido título da obra organizada por Carbonell, não exista um único neoconstitucionalismo, que corresponda a uma concepção teórica clara e coesa, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que justifica que sejam agrupadas sob um mesmo rótulo, mas compromete a possibilidade de uma conceituação mais precisa.[53]

Barroso[54], um dos precursores da teoria no Brasil, define o neoconstitucionalismo a partir de "marcos fundamentais": histórico, teórico e filosófico.

Em apertada síntese, o marco histórico coincidiria com a formação do Estado Constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX. O marco filosófico estaria identificado no pós-positivismo, na importância dos direitos fundamentais e na harmonização entre o direito e a ética. O marco teórico, a seu turno, englobaria o conjunto de mudanças que abarcam a Teoria da Força Normativa da Constituição[55], a jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova metodologia

[53] SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris**, p. 113-146, 2009, p. 114.

[54] BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito : o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista da Escola Nacional da Magistratura,** Brasília, v. 1, n. 2, p.26- 72, out. 2006

[55] HESSE, Konrad; HECK, Luís Afonso. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. SA Fabris Editor, 1998.

própria de interpretação constitucional[56].

O impacto dessa transformação, que conferiu ao texto constitucional um papel hierárquica e axiologicamente superior na ordem jurídica, fundada no conceito de dignidade da pessoa humana como norma de eficácia irradiante[57] conduziu a uma reformulação completa da teoria da norma.

Nesse sentido, os princípios passam a assumir a natureza jurídica de verdadeiras normas, ao lado das clássicas regras. Segundo Dworkin e Alexy, apresentariam uma dimensão de peso (*dimension of weight*), e seriam satisfeitos mediante graus de possibilidades normativas e fáticas[58].

É nesse aspecto que a teoria substancialista da legitimidade da decisão judicial é chamada a atuar. Os juízes, ao se valerem da normatividade dos princípios jurídicos, necessitam, em primeiro plano e dado o seu caráter abstrato, delimitar o alcance hermenêutico da proposição.

A indeterminação semântica dos princípios conduz a uma forma de fundamentação diversa da tradicionalmente aceita na aplicação das regras jurídicas, objeto de simples subsunção. O manejo dessa espécie normativa traz consigo discussões que envolvem aspectos fáticos e jurídicos e impõe o dever de melhor satisfação de seu alcance impositivo.

Essa característica de máxima satisfação conduz a situações frequentes de conflitos entre princípios. Nesse aspecto, e diante de um caso concreto, o poder judiciário é constantemente chamado a se posicionar e determinar a chamada "lei de colisão" ou "regra de precedência condicionada", valendo-se da máxima da proporcionalidade e, em especial, da sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito.

Essa atividade do magistrado importaria em um inevitável juízo hierarquizante

[56] FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

[57] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Livraria do Advogado Editora, 2012.

[58] ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4.ed. rev. 2.tir. São Paulo: Malheiros, 2005., p. 29

desses valores constitucionalmente abrigados; conduta que, para adquirir legitimidade, deveria sempre estar acompanhada de uma fundamentação racional.

Em sua Teoria da Argumentação Judicial, Alexy estabelece a chamada "pretensão de correção"[59] como o aspecto do discurso que vincula o direito à moral e, em situações que versem sobre a aplicação de direitos fundamentais, dotaria as decisões de legitimidade. Isso, segundo o autor, porque em situações tais o ordenamento jurídico haveria alcançado o seu limite[60].

A escolha valorativa do magistrado no caso concreto, segundo Alexy, seria tida como como correta, ou aceita, segundo a denominada pretensão de fundamentabilidade, consistente na capacidade do julgador de apontar as razões das suas ações. Assim, *traz a fundamentação como aspecto legitimador da decisão judicial*.

Argumenta o autor que esse caminho se assemelha àquele utilizado para a produção das normas jurídicas pelo poder legislativo, o que serviria como reforço à democratização do comando a ser expedido pelo poder judiciário.

As críticas que se lançam às teorias substantivas centram-se na possibilidade de exercício, por parte dos magistrados, de opções valorativas em relação aos direitos fundamentais, mormente nos casos de colisões entre prerrogativas igual e constitucionalmente protegidas.

No tópico a seguir, traremos as teorias que fundamentam a legitimidade das decisões nos procedimentos judiciais previamente estabelecidos, definidas as diferenças marcantes entre as concepções de cada doutrinador.

1.3.3 CORRENTES PROCEDIMENTALISTAS

As correntes procedimentalistas, em suma, estabelecem como referencial de legitimidade das decisões judiciais a obediência às normas que ditam o procedimento

[59] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2008. Tradução de Virgílio Afonso da Silva.

[60] ALEXY, Robert. **Direito, Razão, Discurso:** Estudos para a Filosofia do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

judicial, deslocando o foco da figura do magistrado[61] para as regras que orientam o desenvolvimento do processo. Contudo, a sua compreensão não se revela de forma unívoca.

De fato, fala-se em *correntes procedimentalistas*[62], uma vez que há os que entendem que o respeito ao iter procedimental aprovado pelo poder majoritário seria capaz, isoladamente, de democratizar os comandos exarados pelo julgador. Há outros, ademais, que exigem a convergência de elementos diversos no desenrolar do procedimento judicial. O simples acatamento dos comandos legais não seria capaz de produzir uma sentença democrática, por assim dizer.

Nesse sentido, três doutrinadores podem ser apontados como expoentes de concepções procedimentalistas distintas, são eles: Elio Fazzalari, Niklas Luhmann e Jürgen Habermas[63].

1.3.3.1 O PROCEDIMENTALISMO EM FAZZALARI E LUHMANN

Elio Fazzalari e Niklas Luhmann guardam entre si a semelhança de atribuírem à validade do rito procedimental a virtude de legitimar o exercício da atividade jurisdicional, como visto. Contudo, suas teorias diferem no que toca ao elemento procedimental capaz de conferir a multicitada legitimidade democrática à decisão judicial.

Fazzalari centra sua perspectiva no exercício do contraditório por todos aqueles que podem ser atingidos pelos efeitos da decisão judicial[64]. Trata-se, assim, de uma concepção dialética e democrática do fenômeno, diferenciando-se das concepções

[61] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **NOVO CURSO DE PROCESSO CIVIL:** Volume 1 Teoria do Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 467.

[62] Idem
[63] Ibidem.

[64] Nesse sentido, Aroldo Plínio Gonçalves: "O contraditório não é apenas a participação dos sujeitos do processo. Sujeitos do processo são o juiz, seus auxiliares, o Ministério Público, quando a lei o exige, e as partes (autor, réu, intervenientes). O contraditório é a garantia de participação, em simétrica paridade, das partes, daqueles que são os 'interessados', ou seja, aqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que ele vier a impor" (GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Aide Editora, p. 120).

instrumentalistas de Liebman e Chiovenda, baseadas em Oscar von Bülow, sobretudo no que tange à existência de uma relação jurídica processual[65].

Contrapondo-se aos referidos doutrinadores, Fazzalari define processo como *procedimento em contraditório*[66].

Havendo, portanto, participação dos destinatários do comando judicial, com capacidade de informação e reação, estaríamos diante de um processo.

A legitimidade da atuação do julgador, nessa toada, adviria dessa conduta aberta à participação, ao exercício do contraditório. Fala-se em "legitimação à providência jurisdicional"[67] do magistrado como resultado do exercício escorreito da jurisdição, o que somente apareceria ao término do iter procedimental. Nesse contexto, às partes restaria atribuída uma espécie de legitimidade passiva.

A teoria de Fazzalari, ademais, afasta-se das concepções substancialistas por uma circunstância organizacional do sistema jurídico italiano. O autor não considera a efetivação dos direitos fundamentais e o próprio controle de constitucionalidade das leis pelos juízes ordinários. Os juízes italianos ordinários têm competência, apenas, "para provocar a manifestação do Tribunal Constitucional quando, numa causa civil, penal ou administrativa, surge, geralmente como prejudicial, a questão da constitucionalidade da lei a aplicar [...]"[68].

Nesse cenário Luhmann vai além, afastando-se por completo das ditas teorias substancialistas. O referido autor dispensa, para a aceitação da autoridade das decisões judiciais, uma adequação do seu conteúdo com os direitos fundamentais. Fala-se, assim,

---

[65] Ainda Aroldo Plínio Gonçalves: "inexistindo vínculo entre sujeitos, pelo qual atos possam ser exigidos, pelo qual condutas possam ser impostas entre partes e o juiz, não há como aplicar ao processo a figura da relação jurídica que, construída no século passado, fruto do individualismo jurídico, já não encontra terreno propício para continuar vicejando no Direito" (Ibidem p. 100)

[66] FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual.** São Paulo: Bookseller, 2006. Tradução de Elaine Nassif.

[67] DE CARVALHO, NEWTON TEIXEIRA. Direito Processual Civil Brasileiro a partir de Liebman e após Fazzalari. **Cadernos da Ejef**,

[68] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **NOVO CURSO DE PROCESSO CIVIL:** Volume 1 Teoria do Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 468

em uma verdadeira "imunização"[69] da decisão em prol da obediência ao caminho procedimental legalmente estabelecido.

A concepção do autor deriva diretamente de sua *Teoria Sistêmica da Sociedade*, em que concebe os sistemas sociais, entre eles o direito, como *autopoiéticos*, ou seja, capazes de produzirem sua própria organização e os elementos dos quais são compostos. Defende o conceito de fechamento operacional (o sistema não se pode condicionar pelo ambiente), donde extraímos a definição de autorreferência; e justifica a comunicabilidade entre os sistemas apenas como forma de sua sobrevivência, o que ele chama de "abertura cognitiva" (ou heterorreferência).

As decisões judiciais, assim, como produto de um sistema social autorreferenciado, não encontrariam nos elementos externos ao subsistema jurídico sua justificativa legitimadora[70]. Seria o procedimento, e apenas ele, o parâmetro de verificação do grau de legitimação do comando jurídico.

Por não atribuir ao procedimento a finalidade de produzir decisões justas, a concepção de Luhmann é alvo de críticas por boa parte da doutrina, além de ser considerada incompatível com as exigências de um Estado Democrático de Direito.

No tópico a seguir, traremos as concepções de Jürgen Habermas acerca da legitimação das decisões judiciais.

1.3.3.2 O PROCEDIMENTALISMO EM HABERMAS

Conforme vimos, Habermas entende que o direito assume um papel decisivo na preservação de uma sociedade que dá voz à sua diversidade, configurando um elemento intermediário entre o sistema e o mundo da vida.

Em sua obra "Direito e Democracia", o autor passa a conceber o direito ao lado da moral, compreendendo-o como responsável pela positivação das condutas morais e, com

[69] CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. A Coerência do Sistema Jurídico em Luhmann: uma proposta ao fechamento operacional e à abertura cognitiva da decisão judicial. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, v. 32, n. 62, p. 323-359, 2011.

[70] LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Universidade de Brasília, 1980.

isso, instrumentalizando a defesa dessas prerrogativas[71].

Habermas utiliza a sua teoria da ação comunicativa[72], ressaltando a necessidade de estabelecimento de procedimentos para a formação do direito legítimo, o que envolve a efetivação do poder comunicativo. *A necessária participação integral dos cidadãos no processo de criação do direito impõe que seja aberta a possibilidade de manifestação e influência de toda a esfera pública*.

Desta feita, *as normas jurídicas não encontram a sua fonte exclusiva de legitimação no procedimento que as institui*. Os procedimentos devem, assim, ser justificados[73].

O autor ainda põe em destaque a sua Teoria do Discurso[74], a qual compreende o fenômeno jurídico como fruto do consenso e da tensão que existe entre facticidade e validade[75].

Habermas defende que o direito e, em especial, os direitos fundamentais, sejam construídos por cidadãos autônomos, livres e iguais, em um processo de autolegislação. Observa-se, assim, um processo circular: os próprios cidadãos, dotados de autonomia, criam um direito que lhes asseguram liberdade de manifestação, segundo os ditames do

---

[71] SOUSA, Francisco Pereira de. O Discurso Habermasiano de Legitimação do Direito e da Política. Brasília: Kiron, 2011, p. 56

[72] "Hablo, en cambio, de acciones comunicativas cuando los planes de acción de los actores implicados no se coordinan através de un cálculo egocéntrico de resultados, sino mediante actos de entendimiento. En la acción comunicativa los participantes no se orientan primariamente al propio éxito; antes persiguen sus fines individuales bajo la condición de que sus respectivos planes de acción puedan armonizarse entre sí sobre la base de una definición compartida de la situación. De ahí que la negociación de definiciones de la situación sea un componente esencial de la tarea interpretativa que la acción comunicativa requiere" HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa.** Buenos Aires: Taurus, 1992. (Vol. 1), p. 367 – Tradução Livre: "Em vez disso, falo de ações comunicativas quando os planos de ação dos atores envolvidos não são coordenados por meio de um cálculo egocêntrico de resultados, mas por meio de atos de compreensão. Na ação comunicativa, os participantes não se concentram principalmente em seu próprio sucesso; antes de perseguir seus objetivos individuais com a condição de que seus respectivos planos de ação possam ser harmonizados entre si com base em uma definição compartilhada da situação. Assim, a negociação das definições da situação é um componente essencial da tarefa interpretativa que a ação comunicativa requer"

[73] HOMMERDING, Adalberto Narciso; MOTTA, Francisco José Borges. Direito e legitimidade em Jürgen Habermas/Law and legitimacy in Jürgen Habermas' work: contributions to the construction of a democratic judicial process. REVISTA QUAESTIO IURIS, v. 10, n. 3, p. 1537-1555, 2017.

[74] "São válidas as normas de ação ás quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento [...]" HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia:** Entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. (Vol. 1), p. 142

[75] SOUSA, Francisco Pereira de. O Discurso Habermasiano de Legitimação do Direito e da Política. Brasília: Kiron, 2011., p. 64

agir comunicativo.

Mencione-se que esse processo de autolegislação não está restrito às modalidades diretas do fenômeno democrático (plebiscito e referendo). O que se exige é a maior participação popular na formação da decisão, identificada, por exemplo, no conjunto de pessoas que compõe a sociedade civil e que influencia e dialoga com os centros de poder, mediante o exercício do agir comunicativo. No âmbito jurisdicional, conforme veremos, a autolegislação relaciona-se com o princípio do contraditório efetivo e com o modelo cooperativo de processo.

O autor partirá do pressuposto de que a comunicação dos cidadãos há de ser livre, isenta de mecanismos de coação. Apenas sob essas condições, a multiplicidade de opiniões, exercidas discursivamente na esfera pública[76], e mediante procedimentos democráticos, *legitima a lei*.

Conclui o autor que somente se pode conceber um direito legítimo em uma Democracia, já que seria esse o sistema que mais favoreceria a manifestação livre do debate. Nesse espeque, chega a afirmar: "[...] o princípio do direito não constitui um membro intermediário entre princípio moral e princípio da democracia, e sim, o verso da medalha do próprio princípio da democracia."[77]

A concepção procedimentalista de Habermas acerca da legitimidade do exercício da jurisdição relaciona-se com todos os conceitos brevemente expostos acima. Argumenta o autor que, em um Estado Democrático de Direito, a constituição não pode mais ser compreendida como um mero instrumento de regulação das relações entre Estado e cidadãos nem, tampouco, uma ordem que disciplina a sociedade. A constituição, destarte:

---

[76] "A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões', nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos. Do mesmo modo que o mundo da vida tomado globalmente, a esfera pública se reproduz através do agir comunicativo, implicando apenas o domínio de uma linguagem natural; ela está em sintonia com a compreensibilidade geral da prática comunicativa cotidiana" HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: Entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. (Vol. 2). p 92

[77] HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia:** Entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. (Vol. 1), p. 128

> [...]determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida (o que significa: mais corretas por serem eqüitativas). **Somente as condições processuais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do direito.**[78] (grifos nossos)

A Lei Fundamental assumiria o papel de prever procedimentos que proporcionariam aos cidadãos, exercitando os seus papeis de *autolegisladores*, a capacidade de criar legitimamente o direito.[79]

Partindo da premissa de que a legitimidade do direito estaria ancorada na deliberação democrática e discursiva dos cidadãos, Habermas defende a existência de limites à atuação jurisdicional.

O exercício da jurisdição, compreendido pelo autor como produtores de "discursos de aplicação"[80], não tem o condão de substituir os discursos políticos, os quais devem ser formados mediante a participação daqueles que serão atingidos pelos referidos discursos de aplicação.

Nota-se aqui a aplicação prática da já referido *agir comunicativo*, quando o autor atribui aos tribunais, como instituições do Estado, a tarefa de favorecer a comunicação entre os cidadãos e promover a sua emancipação.

Toma corpo, igualmente, o referido princípio do discurso, por intermédio do qual não haveria exercício legítimo da jurisdição sem a manifestação daqueles que são por ela diretamente atingidos. Dessa constatação decorrem conceitos como o *policentrismo* e a *comparticipação processual*[81], a implicar uma interdependência entre os sujeitos

[78] Ibidem, p. 326

[79] HOMMERDING, Adalberto Narciso; MOTTA, Francisco José Borges. Direito e legitimidade em Jürgen Habermas/Law and legitimacy in Jürgen Habermas' work: contributions to the construction of a democratic judicial process. **REVISTA QUAESTIO IURIS**, v. 10, n. 3, p. 1537-1555, 2017

[80] Idem.

[81] Nesse sentido, Dierle Nunes: "Ao se fazer uma releitura da teoria do processo a partir da teoria habermasiana vislumbra-se que o processo estruturado em perspectiva comparticipativa e policêntrica, ancorado nos princípios processuais constitucionais, impõe um espaço público no qual se apresentam as condições comunicativas para que todos os envolvidos, assumindo a responsabilidade de seu papel, participem na formação de provimentos legítimos que permitirá a clarificação discursiva das questões fáticas e jurídicas." (NUNES, Dierle José Coelho. **Comparticipação e Policentrismo:** Horizontes para a democratização processual civil. 2008. 217 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008, p.160)

processuais, e não mais posições de sujeição frente ao Estado-juiz.

As concepções de Habermas têm guiado a reformulação da Teoria Geral do Processo no Brasil, em especial quando se constata (sobretudo diante da comparação entre a evolução da ciência do processo e a evolução dos modelos de Estado) que o Estado Liberal impedia a participação das partes na construção do provimento jurisdicional e o Estado Social favorece o protagonismo judiciário.

O processo, portanto, situado na concepção habermasiana de legitimidade do direito, deixa de servir à jurisdição (como defende as correntes instrumentalistas, capitaneadas, entre outros, por Büllow, Liebman e Cândido Rangel Dinamarco), *para servir à democracia*.

1.3.4 NEOPROCESSUALISMO, PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO EFETIVO E DA COOPERAÇÃO: A INTERSUBJETIVIDADE COMO ELEMENTO DE LEGITIMAÇÃO DA JURISDIÇÃO

Podemos enxergar no atual CPC pelo menos dois importantes princípios que possuem relação direta com as ideias habermasianas e fazzalarianas de legitimidade da jurisdição pelo exercício da intersubjetividade: os princípios do contraditório efetivo e da cooperação.

A concepção instrumental da ciência processual, não obstante os méritos que logrou ao defender a ideia do processo como meio de concreção do direito material, e, portanto, não como fim em si mesma (mitigando o excessivo formalismo que impregnava os ritos procedimentais), atribui ao magistrado, e tão somente a ele, a tarefa de conduzir e pôr fim à relação processual.

Cândido Rangel Dinamarco foi o grande responsável pela disseminação da visão instrumental, agregando à concepção o imperativo de materialização dos chamados *escopos da jurisdição*; objetivos últimos do processo:

> [...]Todo instrumento, como tal, é meio; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos fins a que se destina. O raciocínio teleológico há de incluir então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos propósitos norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o

utilizam.[...][82]

A fase instrumental do processo firma-se no conceito de relação jurídica processual e, com isso, na existência de direitos e sujeições entre os atores processuais: autor, réu e juiz. Todavia, o conceito de relação jurídica processual é fruto de um individualismo jurídico, não podendo ser defendida no seio de um Estado Democrático de Direito. Atualmente, não há como se advogar pela existência do direito de imposição a quaisquer das partes da realização de quaisquer condutas[83].

O processo no Estado Constitucional não se destina, unicamente, ao exercício da jurisdição. Trata-se, assim, de mais um mecanismo de participação do cidadão nos rumos do Estado, atuando discursivamente na esfera pública como ser autônomo: autor e destinatário das normas estatais.

O princípio do contraditório nesse estágio da ciência processual é concebido pelo binômio: informação e reação. A garantia, assim, restringe-se a uma participação formal das partes no processo, sumamente absorvido pela garantia de bilateralidade da audiência. O juiz, nesse cenário, fica livre para fundamentar a decisão apenas em sua convicção. Nesse aspecto é que se define solipsismo judicial: o juiz se torna o único ator relevante na dinâmica do processo; a sentença, assim, se torna fruto da exegese que realiza de forma particular.

Todavia, sobretudo com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, podemos defender a vigência de um *modelo constitucional de processo*, também denominado de *formalismo-valorativo* ou, *neoprocessualismo*[84].

Atribui-se aos autores Italo Andolina e Giuseppe Vignera a condição de precursores dessa visão[85].

---

[82] DINAMARCO, Cândido R. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 181

[83] GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Aide Editora.

[84] DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: 1: introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**. Juspodivm, 2015.p. 45-46

[85] FIORATTO, Débora Carvalho; DE CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas. A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do estado democrático de direito. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 5, n. 5, 2010.

O novo paradigma põe em relevo a efetivação dos direitos fundamentais como objetivo maior da construção e da aplicação das normas processuais. Surge, destarte, a necessidade de reestruturação do procedimento, objetivando o rompimento dos vínculos de sujeição das partes para com o Estado-Juiz, concedendo-lhes, assim, o poder de influência na decisão.

Absorvendo o conceito fazzalariano de processo como procedimento em contraditório, em que se autoriza a participação das partes em igualdade de condições na construção da decisão, o atual CPC consagra a visão de contraditório efetivo[86]. Positivada na Constituição Federal em seu art. 5º, LV, o princípio do contraditório deve ser enxergado no Estado Democrático de Direito como garantia à participação e influência na formação da decisão, deixando as partes de integrar o processo como meros espectadores.

> Atualmente, porém, a doutrina tem identificado no direito ao contraditório muito mais do que simples bilateralidade da instância. Ao binômio conhecimento-reação tem-se oposto a ideia de cabal participação como núcleo-duro do direito ao contraditório. É lógico que o contraditório, no processo civil do Estado Constitucional, tem significado completamente diverso daquele que lhe era atribuído à época do direito liberal. Contraditório significa hoje conhecer e reagir, mas não só. Significa participar do processo e influir nos seus rumos. Isto é: direito de influência. Com essa nova dimensão, o direito ao contraditório deixou de ser algo cujos destinatários são tão somente as partes e começou a gravar igualmente o juiz. Daí a razão pela qual eloquentemente se observa que o juiz tem o dever não só de velar pelo contraditório entre as partes, mas fundamentalmente a ele também se submeter. O juiz encontra-se igualmente sujeito ao contraditório." (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 648)

O contraditório efetivo consubstancia uma verdadeira garantia processual dinâmica, categoria que, ao contrário das garantias estáticas, assegura a efetividade dos direitos fundamentais[87]. Ademais, o princípio guarda profunda relação com o princípio da vedação à decisão surpresa[88] (atualmente positivado nos arts. 9º e 10 do atual CPC[89]).

---

[86] 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.

[87] FIORATTO, Débora Carvalho; DE CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas. A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do estado democrático de direito. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 5, n. 5, 2010.

[88] O princípio "impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento ofcioso, impedindo que em "solitária onipotência" aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes". NUNES, Dierle et al.

Outrossim, o contraditório conecta-se ao princípio da fundamentação das decisões judiciais, previsto na Constituição Federal no art. 93, IX[90] e redimensionado no atual CPC[91]. O dever de fundamentação das decisões volta-se contra a utilização das convicções pessoais; da subjetividade dos juízes como elemento de motivação, impondo que a decisão seja justificada mediante argumentos jurídicos, ainda que essas categorias tenham um fundo moral (como, ademais, entende Habermas em relação ao direito legítimo).

O princípio da cooperação, positivado no art. 6º do atual CPC[92], integra o conjunto de normas principiológicas que derivam desse novo olhar conferido à ciência processual, à luz da exegese constitucional.

O modelo cooperativo de processo surge como uma alternativa aos tradicionais modelos adversariais e inquisitivos. No primeiro, os litigantes são postos em um ambiente de disputa, frente a um órgão jurisdicional cujas funções cingem-se, apenas, à atividade de julgar. No modelo inquisitorial, o julgador assume a condição de protagonista da arena processual.

Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, p. 679

[89] Art. 9º. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica: I - à tutela provisória de urgência; II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III; III - à decisão prevista no art. 701.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

[90] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

[91] O atual CPC absorve o regramento constitucional, especificando em rol exemplificativo, as situações que implicam situações em que não se pode reputar uma decisão como fundamentada: Art. 489. Omissis

§ 1o Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

[92] Art. 6o Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

De toda sorte, concordamos com Didier e Jolowicz, para quem "não há sistema totalmente dispositivo ou inquisitivo: os procedimentos são construídos a partir de várias combinações de elementos adversariais e inquisitoriais"[93].

O modelo cooperativo adequa-se com mais propriedade às bases de um Estado Democrático de Direito. Como já afirmado acima, a busca de legitimidade de todo o poder político e, em especial, da jurisdição, conduz a teoria geral do processo a abraçar conceitos como policentrismo e a comparticipação processual, implicando uma interdependência entre os sujeitos processuais, a valorização da intersubjetividade, e não mais posições de sujeição frente ao Estado-juiz.

Nesse sentido, o princípio da cooperação origina-se de uma releitura do princípio do contraditório, inserindo o diálogo processual como elemento de legitimação da decisão. O juiz coloca-se em posição de igualdade com as partes, afastando-se, apenas, no ato de julgar, tarefa que lhe cabe de forma indelegável.

Muito embora a positivação do princípio tenha ocorrido apenas no atual Código de Processo Civil, trata-se de cláusula geral há muito vigente no sistema processual brasileiro, expressa nos conceitos parcelares da boa-fé objetiva processual.

O CPC atual igualmente positivou essa face do modelo cooperativo como princípio da primazia da decisão de mérito[94], cujas expressões podem ser encontradas no art. 282, §2º[95], CPC; art. 317[96]; art. 488[97]; 932, §único[98], entre outros.

---

[93] DIDIER JR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: **Revista de processo**. 2011. p. 209

[94] "O direito fundamental de acesso à justiça, evidentemente presente no ordenamento jurídico brasileiro (por força do inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República), assegura, porém, o acesso aos resultados efetivos do processo, notadamente a resolução do mérito (nos procedimentos cognitivos, aí incluídos os recursos) e a satisfação prática do direito substancial (nos procedimentos executivos, inclusive naquele que no Brasil se convencionou chamar de cumprimento de sentença, e que nada mais é do que a execução de decisões judicias). Para dar efetividade a este direito fundamental, o Código de Processo Civil de 2015 fez constar do rol (não exaustivo)_ de normas fundamentais do processo civil o *princípio da primazia da resolução do mérito* [...]."CÂMARA, Alexandre Freitas. O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo código de processo civil. **Revista do TRF3**, ano XXVII, n. 128, 2016, p. 43

[95] § 2o Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

[96] Art. 317. Antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício.

Percebe-se que os princípios processuais que decorrem do neoprocessualismo, e que legitimam o exercício da jurisdição mediante aquilo que Habermas categoriza como princípio do discurso, interpenetram-se, não se podendo compreendê-los plenamente de maneira isolada.

Poderíamos firmar, aqui, uma analogia da relação interna entre os princípios processuais que integram o modelo constitucional de processo a um prisma com múltiplas faces: o prisma representa o princípio do discurso, as dimensões substanciais da democracia garantista, o agir comunicativo – todos conceitos que legitimam o exercício da jurisdição pela intersubjetividade. As faces seriam, portanto, os princípios processuais aos quais nos referimos de forma não exaustiva: proposições dependentes entre si e partes de uma compreensão superior do fenômeno processual.

No capítulo seguinte, trataremos do sistema de precedentes judiciais brasileiro, inovação do atual CPC e fruto de uma crescente valorização da jurisprudência como fonte do direito.

[97] Art. 488. Desde que possível, o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento nos termos do art. 485.

[98] Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.

2 CAPÍTULO 2 - O SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL: ORIGENS, MECANISMOS DE FORMAÇÃO, CONCEITOS, VANTAGENS E CONTRADIÇÕES.

Neste capítulo trataremos do sistema de formação de precedentes judiciais no Brasil, situando o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nesse cenário. Investigaremos as sucessivas modificações legislativas que provocaram uma aproximação do modelo jurídico pátrio com institutos clássicos da denominada *common law*, típica de países de origem anglo-saxônica, sobretudo com a vigência do atual Código de Processo Civil (Lei nº. 13.105/2015).

2.1 DA INSERÇÃO PROGRESSIVA DE UM MODELO PRECEDENTALISTA NO BRASIL: DA VINCULATIVIDADE DO CONTROLE CONCENTRADO AOS PRECEDENTES VINCULANTES DO ART. 927 DO CPC

A morosidade na entrega da prestação jurisdicional tem sido identificada como um dos principais problemas que envolvem a administração da justiça brasileira. Trata-se de elemento cujas consequências implicam a violação a uma série de direitos fundamentais, em especial o direito a uma *tutela jurisdicional adequada e efetiva*.

Entende-se que a referida prerrogativa fundamental congloba três aspectos: o direito ao acesso à justiça; à adequação da tutela e, por fim, à efetividade da prestação jurisdicional[99]. É, sobretudo, nesse último viés, que reside a exigência de que o processo tramite em uma razoável duração; princípio expressamente inserido na CF (art. 5º, LXXVIII) pela EC 45/04.

A razoável duração do processo, a seu turno, não implica puramente celeridade, mas está conectada à própria efetividade do direito material; à sua adequada entrega. Nesse sentido, Barbosa Moreira:

> Se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a

[99] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 776

qualquer preço.[100]

O princípio em destaque tem como destinatários, conforme Marinoni[101], o magistrado (com o dever de não praticar atos dilatórios não razoáveis); o legislador (com o dever de editar normas que prevejam procedimentos processuais céleres e puna os abusos processuais); o executivo (ao proporcionar condições orçamentárias para que poder judiciário desempenhe o seu dever a contento); e, por fim, todas as partes no processo, ante o dever de não incidirem em condutas que configurem assédio processual.

É importante assinalar que as causas da morosidade da entrega da prestação jurisdicional são múltiplas. Entre as razões mais evidentes, aponta-se a confluência de *três motivos principais*, como evidencia o Ministro Luís Fux[102].

Em primeiro plano, a formalidade excessiva do processo judicial, cujas origens remontam à desconfiança iluminista em relação aos magistrados do antigo regime (momento histórico em que vigorava o império da lei, a escola da exegese e os juízes eram vistos apenas como *la bouche de la loi*), entravam o natural fluxo processual e dificultam o processamento célere da demanda.

Além desse aspecto, a consolidação do chamado "estado do bem-estar social" provocou uma verdadeira explosão da litigiosidade, o que reposicionou o direito de ação como um dos mais básicos direitos humanos[103], destinado à efetivação de todas as

---

[100] MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. Revista de Processo , São Paulo, v. 102; p. 228-237, abr.-jun. 2001, p. 232

[101] MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental à duração razoável do processo. **Revista Jurídica**, n. 379, p. 12-13, 2009.

[102] O novo processo civil. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 80, n. 4, p. 264-290, out./dez. 2014.

[103] Neste sentido, CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**: Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 11-12: "Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganhado particular atenção na medida em que as reformas do welfare state têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos. De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir e não apenas proclamar os direitos de todos".

promessas estatais. Boaventura Santos assim explana:

> [...] A consolidação do Estado-providência significou a expansão dos direitos sociais e, através deles, a integração das classes trabalhadoras nos circuitos do consumo anteriormente fora do seu alcance. Esta integração, por sua vez, implicou que os conflitos emergentes dos novos direitos sociais fossem constitutivamente conflitos jurídicos cuja dirimição caberia em principio aos tribunais, litígios sobre a relação de trabalho, sobre a segurança social, sobre a habitação, sobre os bens de consumo duradouros, etc., etc. Acresce que a integração das classes trabalhadoras (operariado e nova pequena burguesia) nos circuitos do consumo foi acompanhada e em parte causada pela integração da mulher no mercado de trabalho, tornada possível pela expansão da acumulação que caracterizou este período. Em consequência, o aumento da pool de rendimentos familiares foi concomitante com mudanças radicais nos padrões do comportamento familiar (entre cônjuges e entre pais e filhos) e nas próprias estratégias patrimoniais, o que veio a constituir a base de uma acrescida conflitualidade familiar tornada socialmente mais visível e até mais aceite através das transformações do direito de família que entretanto se foram verificando. E esta foi mais uma causa do aumento dos litígios judiciais [...][104].

Esse cenário, segundo o autor, deu origem a uma verdadeira "crise da administração da justiça", caracterizada pela dificuldade do poder judiciário em lidar com um aporte volumoso de demandas.

Aponta-se, ainda, a previsão excessiva de recursos judiciais como fator que prolonga sobremaneira o curso processual, criando um verdadeiro *tempo patológico do processo*. Essa tradição de reanálise da decisão judicial remonta, igualmente, à desconfiança iluminista.

O atual Código de Processo Civil (Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015) surge com a principal missão de dar cumprimento ao mandamento constitucional em comento. Nesse sentido, o próprio presidente da comissão de juristas responsável pela elaboração do CPC/2015, Ministro Luís Fux: "A ideologia norteadora dos trabalhos da Comissão foi a de conferir maior celeridade à prestação da justiça."[105]

Guiado por esse escopo, o CPC/2015 aglutina ao seu texto as alterações sucessivamente implementadas no CPC *Buzaid*[106]durante 20 anos[107], trazendo, ademais,

[104] SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. **Revista Critica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 21, p.11-44, nov. 1986, p. 16.

[105] COMISSÃO DE JURISTAS. **Novo código de processo civil.** Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 07

[106] A nomenclatura diz respeito ao jurista Alfredo Buzaid, principal idealizador do CPC de 1973.

novos institutos. Entre os principais dispositivos destinados a concretizar o propósito de suplantar o estigma de lentidão dos processos judiciais, podemos mencionar o art. 927 do CPC[108], que enumera os chamados *precedentes judiciais vinculantes*.

A valorização do papel da jurisprudência como fonte do direito configura uma tendência verificada no ordenamento jurídico brasileiro há algum tempo[109]. Além de mecanismo de otimização da função jurisdicional (relacionando-se, assim, com o valor *eficiência*), a inserção de um sistema precedentalista busca a concretização de dois valores fundamentais: a *segurança jurídica* e a *isonomia*.

Nesse sentido, o Min. Luís Roberto Barroso em voto proferido na Reclamação nº. 4335/AC:

> [...] o respeito aos precedentes e à expansão do papel dos precedentes atende a três finalidades constitucionais importantes: a primeira é a segurança jurídica. Na medida em que os tribunais inferiores respeitem, de uma maneira geral, as decisões dos tribunais superiores, cria-se um direito mais previsível e, consequentemente, menos instável. E, hoje em dia, há um entendimento que se generaliza de que a norma não é apenas aquele relato abstrato que está no texto. As normas jurídicas são um produto da interação entre o enunciado normativo e a realidade. Portanto, o Direito é, em última análise, o que os

---

[107] "Ao longo dos últimos dez anos, vem sofrendo o Código de Processo Civil uma série de modificações, que de início visavam a simplificar, a desburocratizar o procedimento, eliminando formalidades inúteis, e a dissipar dúvidas suscitadas por textos obscuros, mas, pouco a pouco, assumiram iniludivelmente proporções mais vultosas. A faina reformadora, vale observar, não constitui singularidade de nosso país no panorama contemporâneo: por toda parte fervilham anseios de mudança, a refletir uma insatisfação difusa com o funcionamento da Justiça civil, e elaboram-se códigos novos ou alteram-se os existentes" (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Reformas processuais e poderes do juiz. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 22, p. 58-72, 2003.)

[108] Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

[109] Acerca da força do precedente e sobre o controle incidental de constitucionalidade nos EUA e no Brasil, ver: RODRIGUES, Alinson; FREITAS, Lorena. Neoconstitucionalismo e o efeito vinculante no controle incidental de constitucionalidade realizado pelo STF. In: Rubén Miranda Gonçalves; Fábio da Silva Veiga; Catarina Santos Botelho. (Org.). **O direito actual e as novas fronteiras jurídicas no limiar de uma nova era**. 1ed.Porto: Universidade Católica Editora, 2017, v. 1, p. 667-689.

> tribunais dizem que é. Além disso, essa disseminação do respeito aos precedentes atende o princípio da isonomia, na medida em que evita-se que pessoas em igual situação tenham desfechos diferentes para o seu caso, o que é, em alguma medida, sempre repugnante para o Direito. E, por fim, o respeito aos precedentes valoriza o princípio da eficiência, porque torna a prestação jurisdicional mais fácil, na medida em que o juiz ou os tribunais inferiores possam simplesmente justificar as suas decisões à luz de uma jurisprudência que já se formou. De modo que sou um defensor de longa data disso que eu costumava chamar de cultura de respeito aos precedentes, e que o Ministro chamou de efeito expansivo na sua decisão.136

A evolução do grau de importância da jurisprudência como fonte do direito brasileiro, nos termos, ainda, da lição do Ministro Luís Fux, pode ser subdividida em três fases: *atribuição de efeitos vinculantes às decisões exaradas no controle concentrado de constitucionalidade; valorização progressiva dos entendimentos jurisprudenciais no CPC/73 e o novo sistema de precedentes vinculantes do CPC/2015*[110].

No que concerne ao controle de constitucionalidade, há de se observar que o direito brasileiro admite a existência dos dois modelos jurisdicionais: o controle difuso e o concentrado, razão pela qual se compreende que nosso sistema seria tido como *misto*[111].

O controle difuso, ou americano, autoriza qualquer órgão jurisdicional a controlar a constitucionalidade de uma norma no caso concreto, afastando-a, caso entenda que há uma incompatibilidade formal ou material com a CF. Por se tratar de uma questão prejudicial, decidida incidentalmente, o efeito da decisão é *ex tunc*, porém *inter partes*[112], em regra.

Já o controle concentrado, ou austríaco, confere a um órgão jurisdicional superior a atribuição de controlar a constitucionalidade das normas no seio de um *processo objetivo*, em que não se veicula interesses das partes, mas se discute a validade abstrata de uma norma. Por essa razão, produzem decisões com efeitos *ex tunc* e *erga omnes*,nos exatos termos das Leis nº. 9.868/99[113] (que regulamentou a ADI, a ADO e a ADC) e

---

[110] FUX, Luiz. O novo processo civil. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 80, n. 4, p. 264-290, out./dez. 2014.

[111] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2009.

[112] FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017

[113] Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

9.882[114] (que regulamentou a ADPF).

A criação das chamadas "Súmulas Vinculantes" também integra essa etapa evolutiva. Inseridas na Constituição Federal por intermédio da Emenda Constitucional 45/2004, o instituto atribui aos entendimentos consolidados do STF (respeitados alguns requisitos) a natureza de lei em sentido material[115], já que passam a ser necessariamente observadas no âmbito dos poderes judiciário e executivo, sob pena de cassação de decisões ou anulação de atos administrativos por parte da Suprema Corte.

Podemos afirmar que as Súmulas Vinculantes representam uma evolução no que tange ao grau de imperatividade[116] e coercibilidade[117] dos verbetes jurisprudenciais até então tidos como meramente *persuasivos*.

Importante mencionar que a edição de súmulas de jurisprudência iniciou-se em 1963, por iniciativa do Ministro do STF Victor Nunes Leal[118], tendência que foi seguida, posteriormente, por quase todos os órgãos jurisdicionais e administrativos de

---

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

[114] Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

§ 1o O presidente do Tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão osteriormente.

§ 2o Dentro do prazo de dez dias contado a partir do trânsito em julgado da decisão, sua parte dispositiva será publicada em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União.

§ 3o A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

[115] "Lei no sentido formal ou, abreviadamente, lei formal é expressão que designa um modo de produção de normas, como examinamos até agora. Lei no sentido material ou, sinteticamente, lei material designa seu conteúdo." JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. **Introdução Ao Estudo Do Direito:** Técnica, Decisão, Dominação. Editora Atlas SA, 2000,p. 228

[116] "Assim, uma norma tem imperatividade à medida que se lhe garante a possibilidade de impor um comportamento independentemente do concurso ou da colaboração do destinatário, portanto, a possibilidade de produzir efeitos imediatos, inclusive sem que a verificação de sua validade o impeça." *Idem*,p.183.

[117] "Pela palavra coercibilidade entendemos a possibilidade lógica da interferência da força no cumprimento de uma regra de direito". REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. Saraiva, 2013, p. 64.

[118] TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo . A Súmula e sua Evolução no Brasil. Revista de Trimestral de Jurisprudência dos Estados, São Paulo, v. 179, ano 24, p. 15-34, nov./dez. 2000.

composição colegiada.

A segunda etapa evolutiva da valorização da normatividade dos precedentes judiciais está identificada nas referidas alterações legislativas a que esteve submetido o CPC de 1973. Entre elas, o poder do relator para inadmitir, de forma monocrática, recursos que veiculassem pretensões contrárias à orientação de súmulas ou da jurisprudência consolidada dos tribunais superiores, assim como para autorizar o deferimento desses mesmos recursos, quando seu teor coincidisse com o entendimento desses tribunais.

O atual CPC absorveu todas essas mudanças historicamente plasmadas na codificação anterior, contudo, inaugura uma nova etapa, ampliando a relevância progressivamente concedida aos entendimentos jurisprudenciais.

Nesse sentido, prevê em seu art. 927 um rol de precedentes vinculantes, produzidos não apenas pelos órgãos judiciais superiores, mas também pelos tribunais de segundo grau.

Entre os precedentes previstos, dois consubstanciam institutos novos no direito processual pátrio: a Assunção de Competência e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

O primeiro está previsto no art. 947 do CPC e volta-se aos casos em que o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver *relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos*. Suscitado o incidente, o recurso será remetido ao órgão colegiado que o regimento indicar, vinculando todos os juízes e órgãos fracionários.

Já o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, ou, simplesmente, IRDR (como doravante o denominaremos), objetiva estabelecer um *julgamento abstrato das questões unicamente de direito* (art. 976, I, CPC) presentes nas demandas repetitivas, sem, entretanto, especificar a quantidade mínima de processos que configuraria a prescrita "repetição". Exige-se, apenas, que a controvérsia gere riscos de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (art. 976, II, CPC).

Ainda, o IRDR pode ser suscitado pelo próprio magistrado, pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública e por quaisquer das partes, sejam elas pessoas coletivas ou não (art. 977, I, II, III, CPC). O resultado desse processo adquire força vinculante perante os órgãos judiciários da circunscrição onde resolvido o incidente, inclusive sobre os juizados especiais.

Sua *ratio decidendi* deve ser observada nos julgamentos de todas as demandas, presentes e futuras, qualquer que seja o resultado do julgamento (art. 985, I, II, CPC). Nesse sentido, o IRDR somente pode ser proposto perante Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais do Trabalho (art. 8º, IN 39, TST) e Tribunais Regionais Federais (art. 977, caput, CPC).

Dotado de eficácia normativa, o precedente formado no bojo do IRDR dispõe da Reclamação como mecanismo destinado a preservar a sua autoridade, ainda que não esgotadas as instâncias ordinárias (restrição que é feita ao acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou àquele proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos).

Não obstante a existência de vozes autorizadas da doutrina no sentido de que as decisões que resultam do IRDR não consubstanciam precedente judicial, em razão da suposta ausência de orientação da sociedade e da solução de casos futuros[119], a natureza precedentalista do IRDR é evidente:

> A aplicação da tese jurídica aos casos repetitivos é questão que desperta o debate acerca da natureza da decisão proferida e dos efeitos dela decorrentes. Com efeito, a doutrina cogitou se se estaria diante de disciplina judiciária, de efeito vinculativo geral ou de extensão da coisa julgada, a partir das versões diferentes do instituto, alteradas durante a tramitação legislativa.
>
> A redação final do incidente, interpretada à luz do sistema processual adotado pelo Código, com a valorização dos precedentes, permite concluir que o instituto dispõe sobre a fixação de tese jurídica generalizável e abstrata, com força vinculante. Esse é o entendimento que decorre da interpretação conjunta dos arts. 927 a 930 [...][120]

[119] MARINONI, Luiz Guilherme. O "problema" do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos. In: **Revista de Processo**. 2015. p. 399-419., p. 401

[120] DE CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**| vol, v. 243, n. 2015, p. 283-331, 2015.

Assim, observamos que o atual CPC, não obstante absorver em seu texto vários dos dispositivos inseridos na codificação anterior, representa um verdadeiro paradigma no que diz respeito à inauguração de uma cultura de valorização dos precedentes judiciais no Brasil.

Essa constatação conduz-nos à inevitável conclusão de que o nosso ordenamento jurídico, sobretudo em matéria processual, aproximou-se de maneira relevante da dinâmica há muito observada em países que se inserem na chamada *common law*, sistema que enxerga o direito como fruto, em grande parte, da construção jurisprudencial.

No tópico seguinte, trataremos dessa *simbiose sistêmica* que se observa no ordenamento processual brasileiro, consubstanciada na aproximação entre os conhecidos sistemas da *civil law* e da *common* law.

Buscaremos, outrossim, expor as diferenças essenciais que identificam e, em certo grau, expõem as nossas regras à existência de *contradições metodológicas*, frutos desse processo natural de adaptação normativa.

2.2 OS PRECEDENTES JUDICIAIS À BRASILEIRA: IDIOSSINCRASIAS E CONTRADIÇÕES DO SISTEMA PÁTRIO

Conforme adiantado, a evolução normativa, ideológica e metodológica experimentada pelo ordenamento jurídico processual brasileiro nas últimas décadas resultou na implantação de um sistema jurídico híbrido: historicamente vinculado aos ditames do sistema romano-germânico (*civil law*), porém em rota contínua de aproximação com as bases principiológicas da *common law*. Isso se deu, em grande parte, pela admissão de eficácia normativa aos precedentes judiciais, o que culminou no já referido art. 927 do CPC.

Entretanto, a fim de corroborar o que afirmamos acima, é imprescindível que tracemos, ainda que de forma sucinta, os elementos característicos dessas duas formas de compreensão do fenômeno jurídico, a fim de que possamos debater sobre a existência da mencionada *simbiose sistêmica*.

2.2.1 ENTRE OS MODELOS DA "CIVIL LAW" E "COMMON LAW", UMA SIMBIOSE SISTÊMICA

O denominado sistema romano-germânico tem na lei a sua principal fonte. A aplicação da norma jurídica, portanto, ocorre por intermédio de um método dedutivo, partindo de uma premissa genérica e abstrata para, amoldando-a ao caso específico, determinar a sua incidência no plano fático. As decisões judiciais, em regra, apenas vinculam as partes do processo, não possuindo o condão de condicionar a tomada de decisão[121] de outros juízes, funcionando, assim, como uma fonte secundária ou mediata do direito.

A origem do chamado *civil law* tem no *corpus juris civilis*[122] a sua expressão mais emblemática. Até a sua edição, o direito romano era construído conforme o exercício da jurisdição pretoriana. Com a codificação, a autoridade do direito passa a encontrar o seu fundamento no próprio soberano, e não mais na tradição.

Contudo, é a partir da Revolução Francesa e do surgimento dos chamados *dogmas da onipotência do legislador e da completude do ordenamento jurídico*[123], caracterizados pela indispensabilidade de observância estrita da lei, que o sistema romano-germânico se sedimenta e desenvolve as suas bases.

---

[121] Na lição de Lorena Freitas, acerca do enfoque do sistema jurídico na norma ou na decisão destaca-se a dicotomia teórica teorias normativistas *vs.*teorias da decisão. Aquelas concebem o direito a partir da norma, estas já percebem o mesmo objeto a partir da perspectiva da decisão, ou seja, não significa elidir de um todo a norma, apenas a referência primeira como fonte é a decisão através do qual a norma ganha dimensão real. Enquanto as teorias normativistas são referendadas como fundamento teórico do sistema do civil law, o sistema do common law encontra fulcro nas teorias com foco na decisão, dentre as quais se destaca o Realismo Jurídico Americano. Cf. FREITAS, Lorena. **O realismo jurídico como pragmatismo**: Acerca da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito. João Pessoa: Ed UFPB, 2015, p. 17.

[122] "A codificação, ordenada por Justiniano (483 a 565) e elaborada por uma comissão de juristas sob a coordenação do ministro Triboniano, compõe-se de quatro partes. A primeira, denominada Código, reúne a legislação existente a partir do reinado de Adriano (76 a 138). Em 532, a comissão entregou o Digesto ou Pandectas – coletânea de lições de grandes jurisconsultos. Seguiram-se as Institutas, formadas por uma apresentação didática dos princípios existentes no Código e no Digesto.[...] A última parte – Novelas – contém a legislação promulgada por Justiniano, à qual se acrescentaram as leis supervenientes." NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Forense, ed. 36, 2014. p.162)

[123] "[...] o dogma da onipotência do legislador, de fato, implica que o juiz deve sempre encontrar a resposta para todos os problemas jurídicos no interior da própria lei, vista que nela estão contidos aqueles princípios que, através da interpretação, permitem individualizar uma disciplina jurídica para cada caso. 0 dogma da onipotência do legislador implica, portanto, um outro dogma estreitamente ligado ao primeiro, o da completitude do ordenamento jurídico." BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Ícone, 2006. p. 74.

A *civil law*, portanto, alcança seu ápice com o desenvolvimento do Estado moderno e a "monopolização da produção jurídica por parte do Estado"[124], o chamado *positivismo jurídico*. O Juiz, então, passa a ser visto como órgão estatal subordinado ao legislativo.

Montesquieu[125] e Beccaria são tidos como os principais teóricos da concepção de proeminência da Lei e do Legislativo; o primeiro como fonte do direito, o segundo como o agente de sua produção. Beccaria, baseado na ideia de contrato social, ainda firma o clássico método silogístico-dedutivo de aplicação da lei como o instrumento legítimo da atividade judicante:

> [...] a autoridade de interpretar as leis penais não pode ser atribuída nem mesmo aos juízes criminais, pela simples razão de que eles não são legisladores. Os juízes não receberam as leis de nossos antepassados como tradição de família, nem como testamento, que só deixasse aos pósteros a missão de obedecer, mas recebem-nas da sociedade vivente ou do soberano que a representa, como legítimo depositário do atual resultado da vontade de todos. Não nas recebem como obrigações de antigo juramento, nulo, por ligar vontades não existentes, iníquo, por reduzir os homens do estado de sociedade ao estado de rebanho, mas como efeito de um juramento tácito ou expresso, que as vontades reunidas dos súditos vivos fizeram ao soberano, como vínculos necessários para frear e reger o fermento intestino dos interesses particulares. Esta é a física e real autoridade das leis. Quem será então o legítimo intérprete da lei? O soberano, isto é, o depositário das atuais vontades de todos, ou o juiz, cujo ofício é apenas o de examinar se determinado homem cometeu ou não ação contrária às leis?
>
> Em cada crime, o juiz deverá estruturar um silogismo perfeito; maior deve ser a lei geral; a menor, a ação, conforme ou não à lei: a consequência, a liberdade ou a pena. Quando o juiz for coagido, ou quiser formular somente dois silogismos, a porta à incerteza estará aberta.
>
> Nada é mais perigoso do que o axioma comum de que é necessário consultar o espírito da lei. Este é um dique aberto à torrente das opiniões. [...] Cada homem tem seu ponto de vista, e o mesmo homem, em épocas diferentes, pensa de modo diferente. O espírito da lei seria, então, o resultado da boa ou da má lógica de um juiz; de uma fácil ou difícil digestão; dependeria da violência de suas paixões, da fraqueza de quem sofre, das relações do juiz com a vítima e de todas as mínimas forças que alteram a aparências de cada objeto no espírito

[124] *Idem*, p. 27

[125] "Il pourrait arriver que la loi, qui est en même temps clairvoyante et aveugle, serait, en de certains cas, trop rigoureuse. Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur. C'est donc la partie du corps législatif, que nous venons de dire être, dans une autre occasion, um tribunal nécessaire, qui l'est encore dans celle-ci; c'est à son autorité suprême à modérer la loi em faveur de la loi même, en prononçant moins rigoureusement qu'elle". MONTESQUIEU, Charles de. 1748. **de l'esprit des lois**. Paris, Ernest Flammarion, Éditeur, 1995., p. 134 – Tradução livre: "Pode acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, seja, em alguns casos, rigorosa demais. Mas os juízes da nação são, como dissemos, apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; Seres inanimados que não podem moderar força ou rigor. É, portanto, o corpo legislativo, que acabamos de dizer, em outra ocasião, um tribunal necessário; é a sua autoridade suprema para moderar a lei em favor da própria lei, pronunciando-a de forma menos rigorosa"

indeciso do homem.[157][126]

Observa-se, assim, que essa vinculação absoluta aos ditames legislativos, base da *civil law*, guarda profunda relação, de um lado, com a assunção do poder pelo povo (o terceiro estado) e, de outro, com o caráter representativo do legislador. Sendo os juízes agentes do Estado de viés não representativo (e muitos oriundos do antigo regime), seu mister deveria restringir-se à aplicação estéril da lei; *pois somente a lei representaria de forma legítima a síntese da vontade popular*.

A vinculatividade do comando legal vem sofrendo, atualmente, uma relativização nos países que adotam o sistema romano-germânico. Entre os fatores que proporcionam essa flexibilização, podem ser mencionadas algumas técnicas de redação legislativa, como os *conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais*[127].

Como exemplo, a norma inserta no art. 422 do CC[128], que trata da boa-fé objetiva, exigindo do magistrado que, no caso concreto, integre a norma. Mencione-se, igualmente, o fenômeno do *neoconstitucionalismo* e seu marco filosófico, o *pós-positivismo*, como fatores que contribuem com a redução da vinculação à literalidade da lei na *common law*, constatação que aprofundaremos mais adiante.

De outra senda, o sistema de *common law*, predominante em nações de colonização anglo-saxônicas, assenta-se, fundamentalmente, na autoridade das decisões judiciais para, em um *raciocínio indutivo*, assumir eficácia normativa e condicionar a atividade judicante futura.

O exemplo mais emblemático é o da Inglaterra, onde o direito é tido como algo

---

[126] BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. 2005., p. 32-33

[127] Judith Martins-Costa, arrimada em Joseph Esser, assim define as cláusulas gerais: [...] norma especial à medida em que, por seu intermédio, um sistema jurídico fundado na tripartição dos poderes do Estado e no direito escrito permite ao juiz "a conformação à norma, à luz de princípios de valor não codificados, e com vinculação, controlada apenas pelos próprios tribunais, a critérios extralegais - mas em todo o caso convencionais - de vase e de densidade empírica variáveis. Nao são direito material posto pelo legislador, mas, simplesmente, *standing points* ou pontos de apoio para a formação judicial da norma no caso concreto" MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do Sistema Jurídico. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 28, n. 112, p.13-32, out. 1991

[128] Art. 422, CC: Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

contínuo, construído e isento de rupturas. A propósito, a origem da expressão *common law* remonta à observância dos *costumes* como fonte primária do direito. Com o passar do tempo e a cristalização dos entendimentos judiciais sobre certas situações, o paradigma migra para os precedentes judiciais.

A Inglaterra sofreu pouca influência do direito comum romano. Como afirmado acima, de um direito consuetudinário, o direito inglês passa a ser um direito de elaboração judiciária. Isso não quer dizer que não há no sistema inglês preceitos oriundos da atividade legislativa – a chamada *statue law*. Contudo, o dito direito estatutário estaria sempre submetido ao direito comum, sendo este, e não aquele, a baliza limitativa dos poderes da monarquia e do parlamento inglês[129].

Não obstante as investidas de Jaime I e Carlos I com o escopo de inverter essa lógica e, portanto, estabelecer como fundamento de validade do direito a própria autoridade do soberano (em uma clara aproximação com as bases da *civil law*), tal intento não prosperou, sobretudo após a célebre decisão do Juiz Sir Edward Coke no julgamento do caso *The College of Physicians v. Dr. Thomas Bonham*[130], em 1610, em que ficou

[129] MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. Revista da Faculdade de Direito UFPR, v. 49, 2009

[130] "No cabe la menor duda de que el Case of the College of Physicians, más comúnmente conocido como el Bonham´s Case, es el más famoso caso resuelto por el Chief Justice, e incluso el más conocido de los Reports de Coke71. Del caso existen dos informes, uno como es obvio del propio Coke, que presidió el juicio como Chief Justice del Common Pleas; el otro de Brownlow, quien como protonotario del tribunal se halló presente en las últimas etapas del caso. El litigio que se formalizó ante el tribunal presidido por Coke lo fue a través de uma acción "for false imprisonment" (por prisión ilegal) que presentó Thomas Bonham contra Henry Atkins, George Turner, Thomas Moundford y John Argent, doctores en medicina, y John Taylor y William Bowden, pequeños terratenientes, todos ellos miembros principales del "Royal College of Physicians" (Real Colegio de Médicos) de Londres. El tema de la litis se hallaba lejos de ser trascendente. Innecesario es decir que su enorme fama deriva del pasaje de la sentencia en el que tradicionalmente se ha entendido, por lo menos por amplios sectores de la doctrina científica, que Coke estableció la teoría de que el Derecho estatutario tiene que respetar unos principios superiores de Derecho y justicia, o lo que es igual, un fundamental law, por cuanto éste tiene un carácter vinculante frente a todos los poderes constituidos, incluido el Parlamento, y no haciéndolo así puede ser considerado nulo por los tribunales de common law". SEGADO, Francisco Fernández. Sir Edward Coke, El Bonham's Case y la Judicial Review. **Observatório da jurisdição constitucional**, n. 2, 2013. p. 190 – Tradução livre: "Não há menor dúvida de que o caso do "College of Physicioans", mais conhecido como o caso de Bonham, é o mais famoso caso resolvido por ele. Do caso existem dois informes, um, como óbvio, do próprio Coke, e outro de Brownlow, que se fez presente nas últimas etapas do caso. O litígio que se formalizou ante o tribunal presidido por Coke o foi por intermédio de uma ação de prisão ilegal em que constou Thomas Bonham contra Henry Atkins, George Turner, Thomas Moundford e John Argent, médicos, e John Taylor y William Bowden, pequenos latifundiários, todos membros do "Royal College of Physicinans" de Londres. O tema da disputa longe estava de ser transcendente. É desnecessário dizer que sua enorme fama deriva da passagem da sentença na qual COke teria estabelecido a teoria de que o Direito estatutário tem que respeitar os princípios superiores do Direito e da Justiça, ou de um direito fundamental, uma vez que este tem um caráter vinculante frente a todos os poderes constituídos, incluído o Parlamento, que , agindo em contrário, pode ser considerado nulo pelos tribunais da common law."

assentado que a *common law* teria o condão de controlar os atos do parlamento – decisão apontada como a responsável pela origem da atual concepção de *judicial review*.

Há quem afirme que a Revolução Gloriosa de 1688, com o estabelecimento do princípio da *supremacy of the parliament*, teria combalido as bases da *common law*, provocando um enfraquecimento do papel do judiciário na dinâmica de formação e aplicação do direito inglês. Marinoni nos informa que essa é a posição de Mauro Cappelletti.[131]

Entretanto, à semelhança do professor da UFPR, entendemos que a revolução não teve por finalidade submeter o juiz ao legislativo. Ao contrário do que ocorreu na Revolução Francesa, não se vislumbram quebras, mas uma *reafirmação da história e da tradição das instituições inglesas em face do arbítrio do soberano*.

É importante mencionar que, atualmente, observa-se uma verdadeira tendência mundial na aproximação dos dois sistemas, seja pelo aumento de importância assumida pela autoridade das leis em países da *common law*; seja pela admissão das decisões judiciais à categoria de fontes primárias ou imediatas do direito em sistemas *civil law*, caso do Brasil.

Na última situação, entretanto, a aproximação com as bases da *common law* guarda profunda relação com a confluência de, pelo menos, *dois fatores*. O *primeiro* diz respeito à constatação doutrinária de que *a atividade interpretativa e criativa é ínsita à função judicante e seu exercício não importa, a priori, violação ao dogma da separação dos poderes*.

Anote-se que a função dos magistrados, nos dois sistemas, é concebida de forma patentemente distinta: na *common law,* os juízes estão plenamente autorizados a interpretar a lei e construir o direito; o que não é aceitável em face da tradição romano-germânica, como entendida desde a Revolução Francesa.

Percebe-se, assim, que *o desenvolvimento do princípio da separação dos poderes*

[131] MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. Revista da Faculdade de Direito UFPR, v. 49, 2009.

está muito mais relacionado com condicionantes históricos do que com concepções puramente filosóficas. Essa constatação fica sobremaneira clara, principalmente a partir de uma análise comparativa da sua construção em países de *common law*, como a Inglaterra; e em países de tradição romano-germânica, como a França.

De acordo com o que fora adiantado acima, a adoção do princípio da *supremacy of the English parliament*, como fruto da Revolução Gloriosa, teve por objetivo conter o absolutismo mediante a afirmação do direito e da tradição inglesa[132]. Nesse sentido, o *Bill of Rights* impôs ao rei uma série de condições para o exercício do poder, submetendo-o à lei.

Conforme elucidado acima, a supremacia do parlamento na Inglaterra tinha como claro objetivo a contenção do poder do soberano. A Revolução Francesa tencionou substituir o poder absoluto do rei pelo poder absoluto da assembleia[133], inclusive em face do judiciário. Relembre-se que nesse momento histórico, os cargos judiciais eram objeto de compra e venda e passíveis de serem herdados; os juízes eram pagos pelos litigantes, integravam a aristocracia e com ela mantinham relações estreitas de dependência. As decisões, assim, eram tomadas sem qualquer isenção.

Essa realidade provocou o estabelecimento de uma divisão rígida entre as atribuições estatais e uma clara submissão do judiciário à autoridade do parlamento. A atividade de julgar não poderia ir além do texto escrito, chegando a ser descrita por Montesquieu como um poder nulo[134].

O próprio Montesquieu era oriundo de uma antiga família de magistrados. Em 1716, aos 27 anos, como nos relata Cappelletti, já se tinha "[...] tornado "Président à mortier" no "Parlement" de Bordeaux. Herdara o alto cargo judiciário, assim como o

[132] Idem

[133] Idem.

[134] Des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est en quelque façon nulle. Il n'en reste que deux; et comme elles ont besoin d'une puissance réglante pour les tempérer, la partie du corps législatif qui est composée de nobles est très propre à produire cet effet. L´esprit de la loius, p. 132 – Tradução livre: "Dos três poderes de que falamos, o de julgar é, de algum modo, nulo. Existem apenas dois sobrando; e como eles exigem um poder regulador para temperá-los, a parte do corpo legislativo que é composta de nobres é muito capaz de produzir esse efeito."

nome de Montesquieu, de seu falecido tio[...]"[135]. Porém, renuncia ao seu cargo e passa a denunciar o referido quadro.

No intento de limitar o ato de julgar à conduta silogística de aplicação da lei escrita, o legislador deveria elaborá-la da forma mais detalhada possível.

Havia, ademais, na França, a chamada Corte de Cassação (*Cour de Cassation*), órgão não jurisdicional responsável por controlar a intepretação dos magistrados, eliminando as decisões que não refletissem a real intenção do soberano legislador.

Vê-se, assim, que a ideia dos magistrados como meros aplicadores da lei, como decorrência do princípio da separação dos poderes, possui uma razão fundamentalmente histórica. Em outras palavras, o contexto social e político particular das nações acima referidas condicionou a compreensão dispare dos limites da atividade judicante.

Todavia, sobretudo no caso dos países da *civil law*, o afastamento radical dos juízes do exercício de uma função hermenêutica ampla (sob o manto da pretensa neutralidade), *logo se revelou artificial e incompatível com a realidade fática*.

Exemplo disso foi a própria alteração da natureza jurídica da referida Corte de Cassação francesa: de órgão não jurisdicional, passou a integrar o poder judiciário, abandonando a clássica função de eliminar decisões firmadas em exegese não autorizada, para assumir o mister de *estabelecer a correta interpretação da norma*[136].

Some-se a essa constatação a já referida inserção paulatina das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados nos corpos legislativos, motivada pela compreensão de que as normas não possuem o condão de serem completas, e que a função de interpretação e criação do direito pertence ao magistrado (atendidos alguns requisitos, sobretudo a necessidade de fundamentação e participação ampla das partes na formação do *decisum*).

---

[135] CAPELETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A Expansão e a Legitimidade da" Justiça Constitucional". **Revista da Faculdade de Direito**, v. 1, n. 20, 2001.p. 269

[136] MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. Revista da Faculdade de Direito UFPR, v. 49, 2009.

O segundo fator que provocou a aproximação entre os dois sistemas diz respeito ao redimensionamento do papel das Constituições, que passam a ser concebidas como detentoras de eficácia normativa, essência do fenômeno que ficou conhecido por *neoconstitucionalismo*.

Trata-se, como já referido, de um movimento característico da segunda metade do século XX que, em síntese, reposiciona as Constituições e os direitos fundamentais para o centro do ordenamento, provocando mudanças paradigmáticas na teoria da norma (atribuindo normatividade aos princípios), das fontes do direito e da hermenêutica constitucional.

A indeterminação semântica dos princípios conduz a uma forma de fundamentação diversa da tradicionalmente aceita na aplicação das regras jurídicas, objeto de simples subsunção. O manejo dessa espécie normativa impõe o dever de melhor satisfação de seu alcance impositivo.

Essa atividade do magistrado importaria em uma inevitável ponderação desses valores constitucionalmente abrigados; conduta que, para adquirir legitimidade, deveria sempre estar acompanhada de uma fundamentação racional.

Em síntese, a nova dimensão axiológica assumida pelo texto constitucional impôs uma releitura e uma ampliação das funções exercidas pelo poder judiciário, uma vez que incumbido da efetivação dos direitos fundamentais ali previstos.

O parâmetro de submissão deixa de ser a lei, para adequar-se à Constituição, importando em uma reconstrução do princípio da legalidade e do grau de importância do poder legislativo.

O papel do juiz da *civil law*, após o neoconstitucionalismo, aproxima-se sobremaneira da atividade judicante na *common law*, em que se reconhece a inevitável capacidade do magistrado de interpretar a lei e conformá-la ao caso concreto, criando o direito. Essa constatação começa a ser incorporada ao direito brasileiro como uma natural decorrência do assentimento da força vinculante da Constituição, ainda que, formalmente, antes do CPC de 2015, não se tenha constatado esse autorizativo de forma expressa na doutrina.

O atual CPC, portanto, assume uma importância singular ao dotar de força normativa a atividade judicante, sem receios de violação ao princípio da separação dos poderes e em consonância com o que enuncia desde o seu artigo 1º: dar plena efetividade às normas fundamentais da CRFB.

Obviamente, o exercício desse mister há de obedecer a uma série de requisitos a fim de alcançar, entre outros, legitimidade democrática, como adiantado no capítulo primeiro. O importante é compreender que o dogma da submissão do judiciário ao legislativo vem sendo superado pela inevitável constatação de que o ato de julgar não pode ser dissociado de uma atividade hermenêutico-valorativa; criativa, portanto.

Muitos defendem que a submissão do juiz de primeiro grau à observância do precedente judicial consubstanciaria uma violação à sua autonomia e liberdade de julgar. Marinoni[137], ademais, refuta a concepção apontando que há uma grande contradição entre aqueles que se voltam contra a vinculatividade dos precedentes judiciais: defendem, ao mesmo tempo, a valorização do duplo grau de jurisdição e recriminam a observância dos precedentes.

Segundo o autor, a própria existência de um duplo grau de jurisdição representaria uma mitigação ao poder dos magistrados de piso que não é contestada, mas, como visto, valorizada.

Na *common law*, as hipóteses de apelação aos órgãos *ad quem* são restritíssimas; permitidas, apenas, quando se verifica algum erro de direito. As decisões dos juízes de primeiro grau são, de fato, observadas e executadas. Nesse aspecto, a obediência à autoridade dos precedentes judiciais, antes de implicar violação à autonomia dos magistrados, representa um respeito aos deveres de estabilidade, integridade e coerência, expostos no art. 926 do CPC e esmiuçados no tópico seguinte. Nesse sentido, Marinoni:

> A idéia de submissão do juiz à lei tornou despiciendo o respeito aos precedentes, mas a admissão, não revelada às claras, de que o juiz pode negar a lei, além de ter criado um sistema de cassação das decisões judiciais, abriu oportunidade à mitificação do duplo grau. Todavia, a glorificação do duplo grau não foi capaz de permitir ver a contradição em se permitir ao juiz de primeiro grau contrariar as decisões dos tribunais superiores. Enquanto isso, no sistema em que não houve necessidade de limitar o poder do juiz, tornou-

[137] MARINONI, Luiz Guilherme. Os precedentes na dimensão da segurança jurídica. **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, ano, v. 14, 2010, p. 12

> se natural o respeito aos precedentes para se garantir a previsibilidade que se esperava obter, no civil law, mediante a submissão do juiz aos ditados do legislador. O direito estadunidense, além de respeitar precedentes, deu ao juiz de primeiro grau real poder para decidir as questões de fato, tornando o appeal cabível apenas diante de erros de direito. Assim, o common law incorpora, coerente com a sua própria tradição de confiança na magistratura, além do respeito aos precedentes, a valorização do juiz de primeiro grau. O ponto tem grande relevância: tem o valor de demonstrar, àqueles que pensam que o respeito aos precedentes minimiza a figura do juiz ordinário, que o poder do juiz não depende da circunstância dele estar livre para decidir, mas sim da circunstância dele fazer parte de um poder que se respeita, que é respeitado e que se faz respeitar.[138]

Delineados os aspectos mais relevantes entre os sistemas jurídicos da *civil law* e da *common law*, passamos a tratar dos contornos específicos do sistema precedentalista brasileiro, fruto do sincretismo sistêmico acima apontado.

2.2.2 OS MATIZES DO SISTEMA PRECEDENTALISTA PÁTRIO SOB A ÓTICA DO ART. 926 DO CPC

Conforme mencionado nos tópicos anteriores, não obstante as sucessivas alterações legislativas operadas no CPC Buzaid no sentido de ampliar a importância das decisões judiciais como fonte imediata do direito; *somente a partir da entrada em vigor do atual CPC é que podemos falar na adoção concreta de um sistema precedentalista no ordenamento jurídico brasileiro.*

Isso em face, sobretudo, do multicitado art. 927, que elenca os precedentes que gozam de eficácia normativa.

Contudo, a doutrina ainda aponta um outro dispositivo estrutural do sistema de precedentes brasileiro: trata-se do art. 926 do diploma processual. O dispositivo legal condensa uma série de diretrizes que merecem atenção e desenvolvimento por parte dos operadores e estudiosos do direito. Assim dispõe o *caput* da referida norma: *"Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente"*.

Fredie Didier[139] observa que o artigo referido enuncia deveres direcionados aos

[138] Idem, p. 14

[139] JUNIOR, Fredie Didier Souza. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. Revista da Faculdade Mineira de Direito, v. 18, n. 36, p. 114-132, 2015.

órgãos judiciais, mandamentos que podem ser resumidos em três grandes prescrições: *dever de uniformização de jurisprudência; dever de estabilidade e, por fim, dever de coerência e integridade*.

O primeiro diz respeito aos casos de divergência interna nos tribunais. Como solução para essa questão, a própria norma estipula que os citados órgãos judiciais devem editar súmulas, sintetizando a jurisprudência dominante, e que essas mesmas súmulas devem se ater "às circunstancias fáticas dos precedentes que motivaram a sua criação"[140].

Referida prescrição configura uma reação à forma com que os tribunais criaram muitos dos seus verbetes sumulares atualmente em vigor. Em pesquisa[141] realizada pelo Conselho Nacional de Justiça em 2015, sob a coordenação do professor da Faculdade de Direito da UFMG, Thomas da Rosa Bustamante, destinada a verificar a força normativa dos entendimentos jurisprudenciais aplicados nos órgãos judiciais pátrios até então, chegou-se à conclusão, entre outras, de que muitos dos verbetes *surgem em desacordo ao requisito da reiteração decisional, originando-se do julgamento de apenas duas ou três decisões*.

Ademais, constatou-se que muitas das súmulas do STJ e do STF não vêm acompanhadas dos debates que lhe deram origem, o que dificulta a aplicação das chamadas "técnicas de superação", como o *overruling* e o *distinguishing* (adiante explanados).

Verificou-se, ainda, que alguns entendimentos haviam sido *construídos com arrimo em normas revogadas* e, não obstante esse fato, *continuavam sendo plenamente aplicados pelas cortes respectivas*. Por fim, muitos verbetes acabavam por consagrar entendimentos mais amplos do que aqueles obtidos nos julgamentos que lhe deram ensejo.

Ao analisar esse panorama, a equipe pesquisadora revelou-se seriamente preocupada com a constatação de que, no cenário atual,

---

[140] Idem

[141] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de et al. **A força normativa do direito judicial:** uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

> [...] a súmula deixa de ser um mero enunciado descritivo que consolida uma interpretação já existente e construída **com a participação das partes interessadas e da sociedade**, para se tornar um dictum exclusivo do tribunal cada vez mais abstrato e com estrutura semelhante à dos atos legislativos em geral. (BUSTAMANTE et al., 2015, p. 142)

Nesse aspecto, uma crítica ao sistema de precedentes brasileiro, que pode ser creditada à simbiose entre *civil law* e *common law* acima referida: segundo parte da doutrina, a maneira como o atual CPC estabelece a construção dos precedentes aproxima-os de uma lógica legalista, nos moldes do positivismo clássico. Em outras palavras:

> O que outrora era creditado à lei, agora a crença deposita nas decisões dos Tribunais Superiores. O antigo juiz boca-fria-da-lei é substituído por um juiz-boca-fria-da-súmula ou ainda juiz-boca-fria-de-qualquer-provimento-vinculante-dos-tribunais-superiores. Qualquer um desses juízes incorre em equívocos hermenêutico e partilha a concepção de que é possível decidir os casos previamente em abstrato.[142]

Segundo aqueles que se contrapõem a essa lógica, o sistema de formação de precedentes judiciais revelar-se-ia contraditório e ultrapassado tendo em vista, sobretudo, os paradigmas do pós-positivismo.

O segundo dever relaciona-se com a estabilidade da jurisprudência. Referido mandamento importa a ideia de *inércia argumentativa*[143]: a superação de um precedente consolidado impõe o desenvolvimento de uma justificação qualificada, muito mais elaborada do que aquela utilizada para a sua manutenção.

O terceiro dever exposto no *caput* do art. 926 relaciona-se com as exigências de coerência e de integridade. Este mandamento deve ser analisado como resultado de uma conjugação desses dois imperativos, resultando no dever de que a jurisprudência seja, acima de tudo, *consistente*, ou seja, firmada em argumentação sólida[144].

A despeito disso, a doutrina aponta que a ideia de coerência pode ser compreendida

---

[142] ABBOUD, Georges. Do genuíno precedente do stare decisis ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, v. 2, n. 01, p. 62-69, 2016. p. 66

[143] JUNIOR, Fredie Didier Souza. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. Revista da Faculdade Mineira de Direito, v. 18, n. 36, p. 114-132, 2015.

[144] Idem.

em quatro dimensões: formal, substancial, interna e externa[145].

A coerência externa diz respeito à observância, por parte dos tribunais, de suas decisões anteriores, em uma valorização da formação histórica dos precedentes judiciais, criando um dever acessório de *autorreferência*[146]. Trata-se da figura dworkiniana do juiz como *romancista em cadeia*[147].

Outra crítica que se lança ao sistema precedentalista pátrio diz respeito à sua instituição positivada, imposta pelo legislador como algo pronto e acabado. Nesse aspecto, difere-se do sistema do *stare decisis*[148] oriundo de países da *common law*, como a Inglaterra, uma vez que tem sua formação calcada na afirmação histórica dos costumes do povo inglês, na prática judiciária

Para esses críticos, o sistema de precedentes judiciais no Brasil teria uma feição artificializada, sobretudo mediante a atuação dos estudiosos no assunto e materializada na atividade legislativa.

A coerência interna, a seu turno, conecta-se com o dever de fundamentação, direito fundamental previsto no art. 93, IX, da CF e positivado infraconstitucionalmente nos arts.

---

[145] Ibidem.

[146] Ibidem.

[147] A autorreferência diz respeito à figura do juiz como um romancista em cadeia, conforme idealizado por Ronald Dworkin: [...] but the contribution of judges is more direct, and the distinction between author and interpeter mora a matter of diferente aspects of the same process. We can fund an even more fruitful comparison between literature and law, therefore, by constricting an artificial genre of literature that we might call the chain novel. In this enterprise a group of novelists writs a novel seriatim; each novelist in the chain interprets the chapters he has been given in order to write a new chaper, which is then added to what the next novelist recives, and so on. Each has the job of writing his chapter so as to make the novel bneig constructed the best it can be, and the complexity of this task models the complexity of deciding a hard case under law as integrity.[..] – DWORKIN, Ronald**. Law's empire**. Harvard University Press, 1986, 229.

– Tradução livre: "mas a contribuição dos juízes é mais direta, e a distinção entre autor e intérprete é uma questão de aspectos diferentes do mesmo processo. Podemos perceber uma comparação ainda mais proveitosa entre literatura e direito, portanto, construindo um gênero artificial de literatura que poderíamos chamar de romance em cadeia. Nesse empreendimento, um grupo de romancistas cria uma série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então adicionado ao que o próximo romancista recolhe e assim por diante. Cada um tem o trabalho de escrever seu capítulo de modo a fazer com que a novela construa o melhor que pode ser, e a complexidade dessa tarefa modela a complexidade de decidir um caso difícil sob a lei como integridade"

[148] "stare decisis et non quieta movere, ou, deixe-se a decisão firmada e não altere-se as coisas que foram assim dispostas, ou, ainda, ficar com o que foi decidido e não mover o que está em repouso." PORTO, Sérgio Gilberto**. Sobre a common law, civil law e o precedente judicial.** Estudos de Direito Processual Civil em homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: RT, 2005, p. 8

11 e 489, §1º, CPC.

O dever de integridade exige que o órgão jurisdicional exerça o seu mister apartado de qualquer conduta que importe em decisionismo judicial, ou seja, em fundamentações arbitrárias; esteja conectado com a Constituição Federal; compreenda a natureza sistêmica do ordenamento jurídico e promova, na construção do precedente, todas as condições para a concreção do princípio do contraditório efetivo e sua dimensão como *direito de influência*.

Observa-se, nessas breves linhas, a importância do art. 926 do CPC para a compreensão do sistema precedentalista brasileiro, tanto em relação às peculiaridades que o expõem a críticas e contradições, quanto aos mandamentos que, a um só turno, moldam a sua feição e preveem diretrizes para o seu aperfeiçoamento.

No tópico seguinte, traremos alguns conceitos próprios à dinâmica dos precedentes judiciais, muitos deles estrangeirismos recentemente descobertos pela doutrina pátria, mas que já assumem importância destacada na compreensão do fenômeno e dos institutos que lhe dão funcionalidade.

2.2.3 DA DINÂMICA PRECEDENTALISTA A PARTIR DAS TERMINOLOGIAS DE INSTITUTOS PRÓPRIOS

O manejo com os precedentes judiciais exige do operador do direito o conhecimento de uma série de institutos já utilizados por ordenamentos ligados ao sistema da *common law*. Em razão disso, consubstanciam, em sua grande maioria, estrangeirismos oriundos da língua inglesa.

Em primeiro plano, revela-se necessário traçar algumas linhas sobre a própria definição de *precedente judicial*.

Segundo a doutrina majoritária, o termo identifica as decisões que podem servir de parâmetro para a atuação dos magistrados e dos próprios cidadãos[149]. Para que uma

[149] FOGAÇA, Mateus Vargas; FOGAÇA, Marcos Vargas. Sistema de precedentes judiciais obrigatórios e a flexibilidade do direito no novo código de processo civil. REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFMG, n. 67, p. 509-534, 2016.330

decisão assuma a capacidade de condicionar outras decisões, identificando-se, portanto, com a figura de um precedente judicial, aponta-se a necessidade de que repercuta para além do caso concreto em que formada.

Ademais, exige-se que a decisão tenha enfrentado questões de direito e, igualmente, que não se limite à invocação de precedentes pretéritos. Desta forma, atendidos os pressupostos acima delineados, não haveria óbice na obtenção de um precedente judicial mediante a emissão de uma decisão, apenas.

De outra banda, o conceito de *jurisprudência*, não obstante sua utilização como sinônimo de precedente judicial, encontra várias notas distintivas. A preponderante, todavia, relaciona-se com a *necessidade de reiteração decisional*, configurando um padrão em torno de um mesmo problema jurídico[150].

Nessa toada, liga-se ao aspecto *quantitativo*, enquanto que o conceito de precedente está sumamente conectado com uma feição *qualitativa*. Nesse sentido, Michele Taruffo:

> Vi è anzitutto una distinzione di carattere – per così dire – quantitativo. Quando si parla del precedente si fa solitamente riferimento ad una decisione relativa ad un caso particolare, mentre quando si parla della giurisprudenza si fa solitamente riferimento ad una pluralità, spesso assai ampia, di decisioni relative a vari e diversi casi concreti. La differenza non è solo di tipo semantico. Il fatto è che nei sistemi che si fondano tradizionalmente e tipicamente sul precedente, di solito la decisione che si assume come precedente è una sola; al più, poche decisioni successive vengono citate a sostegno del precedente. In questo modo, è facile identificare quale decisione davvero "fa precedente". Invece, nei sistemi – come il nostro – in cui si richiama la giurisprudenza, si fa riferimento solitamente a molte decisioni:[...][151]

A utilização dos precedentes exige que o operador do direito delimite a parcela da decisão que orientará a atuação dos órgãos judiciais e a conduta dos próprios cidadãos. Esse fragmento é denominado de *ratio decidendi* ou *holding* e compreende os

[150] Idem.

[151] TARUFFO, Michele. Precedente y jurisprudencia. Precedente. **Revista Jurídica**, p. 86-99, 2007, p. 4 – Tradução livre: "Primeiro de tudo, há uma distinção de caráter quantitativo, por assim dizer. Quando falamos sobre o anterior, geralmente nos referimos a uma decisão sobre um caso particular, enquanto que quando falamos de jurisprudência geralmente nos referimos a uma pluralidade, muitas vezes muito ampla, de decisões relativas a vários e diferentes casos concretos. A diferença não é apenas semântica. O fato é que, em sistemas tradicionalmente e tipicamente baseados no sistema anterior, geralmente a decisão que é assumida como precedente é apenas uma; no máximo, algumas decisões subseqüentes são citadas em apoio ao anterior. Desta forma, é fácil identificar qual decisão realmente "faz precedente". Pelo contrário, em sistemas - como o nosso - nos quais a jurisprudência é referida, geralmente nos referimos a muitas decisões"

fundamentos diretos da decisão: "o princípio ou regra indispensável à solução das questões de fato e de direito efetivamente suscitadas e decididas"[152].

Não há na doutrina univocidade quanto aos métodos de extração da *ratio decidendi*. Ressalta-se, ademais, o quão difícil é a sua identificação, porém apontam-se os dois mecanismos mais utilizados[153]. São eles: método fático-concreto, fundamentado nos fatos que deram origem ao julgamento do precedente, e o método abstrato normativo, em que a formulação do precedente já ocorre de forma abstrata, apta a ser aplicada em casos posteriores. De toda forma, *o equilíbrio na formulação de proposições* não excessivamente específicas ou abstratas configura o *grande desafio* na elaboração das *holdings*.

A investigação dos elementos que definem a tese a ser utilizada como precedente judicial provoca, naturalmente, uma alteração de foco na análise da decisão: deixa-se de conferir à parte dispositiva total atenção, para abarcar todos os elementos que, de fato, representam o cerne da convicção jurisdicional. Referida conduta contrasta com os conceitos do direito processual civil em um regime de *civil law*, que, tradicionalmente, atribui eficácia de coisa julgada material apenas ao dispositivo[154]:

> No civil law, ao contrário, cabendo aos tribunais apenas aplicar a lei, pouca importância se teria de dar à fundamentação, já que esta faria apenas a ligação entre os fatos e a norma legal voltada a regular a situação conflitiva. A fundamentação, assim, seria necessariamente breve e sucinta. Uma vez que a decisão deveria apenas dar atuação à lei, não haveria motivo para buscar na fundamentação o significado da decisão. A decisão que se limita a aplicar a lei não tem nada que possa interessar a outros, que não sejam os litigantes. É por este motivo que, no civil law, o que sempre preocupou, em termos de segurança jurídica, foi o dispositivo da sentença, que aplica a regra de direito, dando-lhe concretude. Não é por outra razão que, quando se pensa em segurança dos atos jurisdicionais, alude-se somente à coisa julgada e, especialmente, à sua função de tornar imutável e indiscutível a parte dispositiva da sentença[155].

[152] FOGAÇA, Mateus Vargas; FOGAÇA, Marcos Vargas. Sistema de precedentes judiciais obrigatórios e a flexibilidade do direito no novo código de processo civil. REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFMG, n. 67, p. 509-534, 2016.330

[153] MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão. In: Revista de Processo. São Paulo, Revista dos Tribunais. 2012. p. 351-357.

[154] Assim é que o art. 504 do CPC afirma: Art. 504. Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença.

[155] MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão. In: **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais. 2012. p.

Essa conduta tem sido baseada na teoria da *Eficácia Transcendente dos Motivos Determinantes*, suscitada pelo Ministro Gilmar Mendes na Reclamação 1.987[156].

Todavia, reaberta a discussão em torno da aplicação da teoria no direito brasileiro por intermédio da Reclamação 4.219, a tese passou a não encontrar mais guarida na suprema corte, o que necessitará de revisão, tendo em vista o novo regramento do atual CPC.

Em contraposição ao conceito de *ratio decidendi* ou *holding*, encontramos a definição de *obter dicta*. Trata-se de parcela da decisão que não integra o precedente judicial, seja porque seu conteúdo não guarda pertinência com a essência do caso concreto; seja porque configura tese não aprovada pela maioria do órgão colegiado emissor.

Referido conceito guarda profunda conexão com a característica da inércia da jurisdição e do princípio do contraditório, compreendido em sua feição substancial, conforme o atual CPC. Assim, um precedente somente pode ser concebido como tal se for resultado de uma questão livremente apresentada pelas partes e fruto do exercício de um contraditório efetivo.

351-357.

[156] Nesta Reclamação afirmou-se que a Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 10.ª Região, ao determinar o sequestro de verba do Distrito Federal para o pagamento de precatório, desrespeitou decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn 1.662. Esta ADIn, proposta pelo Governador do Estado de São Paulo, teve como objeto a IN 11/1997, do Tribunal Superior do Trabalho, que cuidou da uniformização dos "procedimentos para a expedição de precatórios e ofícios requisitórios referentes às condenações decorrentes de decisões trânsitas em julgado, contra a União Federal (administração direta), autarquias e fundações". A IN 11/1997-TST, em seus itens III e XII, equiparara à hipótese de preterição do direito de preferência a situação de não inclusão do débito no orçamento do ente devedor, assim como a de pagamento a menor, ou realizado fora do prazo, permitindo, nestas hipóteses, o sequestro de verba pública para o pagamento de dívidas judiciais trabalhistas. [...] A procedência da Reclamação apenas poderia se apoiar em desrespeito aos fundamentos ou às razões que o Supremo Tribunal Federal adotou para pronunciar a inconstitucionalidade. Portanto, na Reclamação restou em jogo decidir se os motivos determinantes da decisão de inconstitucionalidade ou a sua ratio decidendi teriam força obrigatória de modo a evidenciar que a decisão do TRT-10.ª Região teria desrespeitado a decisão proferida na ADIn. A Reclamação, após grande discussão entre os ministros, foi julgada procedente por maioria de votos. Na parte que interessa, a ementa do acórdão tem a seguinte redação: "Ausente a existência de preterição, que autorize o sequestro, revela-se evidente a violação ao conteúdo essencial do acórdão proferido na mencionada ação direta, que possui eficácia erga omnes e efeito vinculante. A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da Reclamação. Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e o desenvolvimento da ordem constitucional". *Idem*, p. 30

Como se observa, o raciocínio utilizado na aplicação dos precedentes judiciais é sumamente *analógico*, uma vez que se verifica, primacialmente, a semelhança entre os *aspectos fáticos essenciais* que originaram o precedente e a situação em que se busca aplica-lo. Quando, ademais, não se verifica a referida semelhança, abre-se a possibilidade de seu afastamento, ainda que, aparentemente, haja alguma identidade entre os fatos referidos.

A utilização dos precedentes relaciona-se, assim, com a modalidade de argumentação jurídica denominada *a pari* ou *a símile*. Como dito, utiliza a analogia e funda-se na máxima de que, se uma qualidade está presente em duas situações semelhantes, assim ocorrerá em outras situações.[157]

Não se busca, assim, uma *identidade absoluta* entre os pressupostos fáticos do precedente e da situação concreta posta à análise judicial. A simetria deve estar entre seus *elementos essenciais*, sem os quais se abre a possibilidade de afastamento do precedente e aplicação de outra norma, seja ela de origem jurisprudencial ou não.

A essa conduta de *afastamento episódico* do precedente dá-se o nome de *distinguishing*. O próprio CPC, em seu art. 489, §1º, VI[158], positiva o procedimento acima descrito, ao afirmar que não se reputará como não fundamentada a decisão que afasta a aplicação de um precedente judicial, demonstrando a distinção necessária com o caso concreto.

Fala-se em afastamento *episódico* já que, não obstante não se aplicarem ao caso concreto específico, os fundamentos do precedente continuarão vigentes, vinculando os casos posteriores que com ele guardarem pertinência.

Ademais, assim como as normas jurídicas emanadas do legislador, os precedentes judiciais estão sujeitos àquilo que Maria Helena Diniz denomina de *ancilosamento das*

[157] ADEODATO, João Maurício Leitão. Tópica, argumentação e Direito dogmaticamente organizado. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 10, n. 2, p. 128-137, 2018.P. 136

[158] Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 1o Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

estruturas jurídicas[159]. Verificado esse fenômeno, hão de ser utilizadas as chamadas técnicas de superação do precedente judicial: o *overruling* e o *overriding*.

Na verdade, a superação de um precedente judicial não se limita à sua suplantação pelo tempo. Eventual equívoco em sua formulação enseja a retirada posterior dos seus efeitos vinculantes, o que ocorre com a utilização da referida técnica do *overruling*. Daniel Mitidiero assim se manifesta em relação ao fenômeno:

> A superação total de um precedente (overruling) constitui a resposta judicial ao desgaste da sua congruência social e da sua consistência sistêmica ou a um evidente equívoco na sua solução. Quando o precedente carece de congruência e consistência ou é evidentemente equivocado, os princípios básicos que sustentam a regra do stare decisis – segurança jurídica, liberdade e igualdade – deixam de autorizar a sua replicabilidade (replicability), com o que deve ser superado, sob pena de estancar-se o processo de contínua evolução do direito. essa conjugação é tida pela doutrina como a norma básica para superação de precedente (basic overruling principle)[160].

Seus efeitos estão igualmente previstos no já referido art. 489, §1º, VI do CPC, quando há a utilização do termo "superação". Nesse espeque, o legislador exige que o juiz fundamente de maneira exaustiva a decisão quando invocar a não aplicabilidade de um verbete até então tido como vigente. Referida providência relaciona-se com o princípio da segurança jurídica, norma que justifica a própria adoção de um sistema precedentalista.

O *overruling* classifica-se, ainda, em *retrospective overruling*, quando se entende que o precedente não se aplicará a situações consolidadas durante a sua vigência, em uma espécie de eficácia *ex tunc*; e *prospective overruling*, quando admitida a sua aplicação aos

[159] A experiência jurídica é a vivência daquilo que uma comunidade qualifica de jurídico, em certo momento histórico e num determinado lugar. Por isso o conhecimento dessa experiência exige a revelação do sentido e valor dos fatos objetivos que a constituem, conforme os sistemas de referência, que são as categorias axiológicas, hauridas no homem mesmo e consagradas pela comunidade, em cada momento de suas respectivas histórias. O homem histórico, o eu real, apesar de não ser transcendental, é um a priori, porque é condição subjetiva de compreensão da experiência objetiva. O eu real "a priori" é a medida com que avaliam as coisas do mundo. O mundo do eu real é o mundo histórico, designado mundo da cultura ou dos valores, porque é o mundo das coisas adaptadas pelo homem aos interesses humanos. O direito objetivo é elaborado de conformidade a um sistema ético de referência especial. Pode ocorrer que o sistema de referência de uma sociedade evolua e se renove, e que o direito perdure e envelheça. Trata-se do ancilosamento das estruturas jurídicas. Hipótese em que a movimentação humana oficialmente exigida e proibida talvez não seja mais a movimentação que deve ser oficialmente exigida ou proibida. DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do Direito**: introdução à teoria geral do Direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica: norma jurídica e aplicação do Direito. Saraiva, 2008., p. 50

[160] MITIDIERO, Daniel Francisco. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2016., p. 196-120

casos verificados apenas durante a vigência do precedente (eficácia *ex nunc*). Fala-se, ademais, no *antecipatory overruling*, figura relacionada com o afastamento, por parte dos órgãos jurisdicionais inferiores, da aplicação de um precedente formado por uma corte superior, quando se antevê que essa mesma corte tende a superar o entendimento até então cristalizado[161].

O *overriding*, por sua vez, é majoritariamente compreendido como a superação parcial de um precedente, um *overruling* parcial[162]. Contudo, há quem entenda que a superação parcial é compreendida como *overturning*. Quando essa superação ocorre com a reescrita do precedente, fala-se em *overriding*; quando há uma transformação desse mesmo verbete, ter-se-ia uma *transformation*[163].

Esses, em síntese, os termos mais utilizados quando se estuda ou se aplica os precedentes judiciais.

No capítulo seguinte trataremos de maneira mais detalhada o IRDR, explicitando o seu procedimento; apresentando os institutos desenvolvidos em outros ordenamentos que inspiraram a criação dessa figura no CPC brasileiro e, sobretudo, as críticas que são lançadas ao instituto quanto à legitimidade de formação de precedentes judiciais.

[161] CALDAS, Igor Lúcio Dantas Araújo. **Dos precedentes judiciais às súmulas vinculantes: análise da verticalização do poder e do discurso judicial padronizado**. 2013. 203 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013.

[162] SARTURI, Claudia Adriele. A Teoria dos Precedentes Judiciais e o novo código de Processo civil BrAsileiro. Publicações da Escola da AGU, v. 9, n. 2, 2017..

[163] Idem.

3 CAPÍTULO 3 – O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

No presente tópico buscaremos desenvolver as regras que orientam o IRDR, identificando os institutos do direito estrangeiro que claramente o inspiraram, a fim de evidenciar os aspectos antidemocráticos do instituto, à luz das reflexões entabuladas no primeiro capítulo.

Tendo em vista que o IRDR objetiva a solução coletiva de demandas seriadas, traçaremos, a *priori*, uma comparação entre o sistema de tutela coletiva e o destinado à solução de demandas repetitivas a fim de encontrar as bases comuns às formas de tutela referidas e, assim, os mecanismos intercambiáveis de democratização processual.

3.1 DA TUTELA COLETIVA DE DIREITOS À TUTELA DOS CASOS REPETITIVOS

A tutela dos direitos coletivos *lato sensu* no Brasil passa, ainda que reflexamente, pelas conclusões do Congresso de Pavia de 1974, na Itália, em que foram discutidos de maneira pioneira os aspectos essenciais desses direitos. O evento referido contou com a colaboração de diversos processualistas italianos de escol, como Vigoriti, Denti, Proto Pisani e Trocker[164]. Contudo, os estudos de Mauro Cappelletti e Bryant Garth sobre as "ondas de acesso à justiça" proporcionaram uma visão mais científica da tutela transindividual.

Segundo os autores, o acesso qualificado à justiça passaria, necessariamente, pela superação de três grandes barreiras, necessárias à plena materialização da cidadania[165]. Nesse sentido,

> [...] Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso — a primeira "onda" desse movimento novo — foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses "difusos", especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro — e mais recente — é o que nos propomos a chamar

[164] CUNHA, Marcelo Garcia da. **Ações Coletivas.** Disponível em: <https://www.diritto.it/materiali/straniero/dir_brasiliano/cunha.html#_ftn1>. Acesso em: 10 ago. 2018.

[165] SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. **Revista USP**, 2014, março/abril/maio, 101: 55-66. p. 58

> simplesmente "enfoque de acesso a justiça" porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo.[166]

Fala-se em influência reflexa, uma vez que, ao contrário dos países europeus ou dos EUA, cuja razão central para o estudo do acesso à justiça reside na crise do Estado de bem-estar social[167], no Brasil, a origem do princípio decorreu da busca pela efetivação dos direitos sociais básicos.

Nesse sentido, desde os anos 70, vários movimentos sociais surgiam reivindicando " a criação do Estado democrático de direito e de uma cidadania ativa"[168], o que culminou na positivação do princípio do acesso à justiça em vários dispositivos da nossa Constituição Cidadã, entre eles: o art. 5º, XXXV; a previsão da assistência judiciária integral aos necessitados (art. 5º, LXXIV); a criação dos juizados especiais (art. 98); a qualificação da Defensoria Pública como instituição essencial à justiça (art. 134) e, sobretudo, a reestruturação do Ministério Público (inspirada na carta de Curitiba) como função igualmente essencial à justiça, compromissada com a efetivação dos direitos fundamentais (art. 127 e 129)[169].

Busca-se, assim, o acesso à ordem jurídica justa "não apenas como garantia de mero acesso aos órgãos do Poder Judiciário"[170], nas palavras de Watanabe, mas um acesso qualificado, um olhar dedicado e adequado do poder judiciário a solucionar a lide sociológica.

A segunda onda de acesso à justiça cappellettiana, portanto, evidencia a necessidade da tutela dos direitos coletivos amplamente considerados (difusos, coletivos *strictu sensu* e individuais homogêneos – art. 81, CDC), mormente no modelo de

---

[166] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**: Trad. Ellen Grancie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 19

[167] JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. **Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, vol. 9, nº 18, 1996., p. 390-391

[168] MOTTA, Luiz Eduardo. Acesso à justiça, cidadania e judicialização no Brasil. ***Achegas.net***, Nº 36. Disponível em: <http://www.achegas.net/numero/36/eduardo_36.pdf>

[169] Idem

[170] WATANABE, Kazuo. Política pública do poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 195, 2011b., p. 05

sociedade atual, dita sociedade de massas[171], em que os conflitos de interesses se multiplicam de maneira igualmente massificada.

A crise desse momento processual relaciona-se, entre outros, com a necessidade de inserção de mecanismos que permitam a reivindicação jurídica dessas prerrogativas. De fato, os direitos difusos, cujos titulares são pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (I, §único, art. 81, CDC), e os direitos coletivos, pertencentes a grupos de pessoas ligadas entre si por circunstâncias de fato (II, §único, art. 81, CDC), necessitam da atuação de entes legitimados para a defesa dessas prerrogativas, denominados de *partes ideológicas* ou *corpos intermediários*[172].

A questão dos direitos individuais homogêneos, prerrogativas essencialmente individuais, artificialmente tratadas como coletivas em decorrência de sua origem comum (III, §único, art. 81, CDC), é solucionada no plano da legitimação extraordinária (art. 18, CPC), encontrando correspondência desde o CPC Buzaid. Os interesses difusos e coletivos, de outra senda, dado à sua natureza *essencialmente coletiva*, não encontram na substituição processual a solução para a problemática da legitimação dos corpos intermediários.

A solução, conforme Nelson Nery Junior[173], é a atribuição de uma legitimação autônoma para a condução do processo, o que foi acolhido nas principais normas que disciplinam o processo coletivo atual: o art. 5º da Lei nº. 7.347/85 e o art. 82 do CDC.

Somam-se a esse argumento as exigências da economia e da celeridade processuais. É inegável que o tratamento molecularizado das demandas favorece a celeridade e a segurança jurídica, evitando a proliferação de decisões conflitantes.

Nesse sentido, o ordenamento processual necessita remodelar-se para ofertar procedimentos adequados e efetivos à solução desses conflitos de massa, adequando a tradicional visão individualista do processo civil ao tratamento coletivo das demandas e,

---

[171] GRINOVER, A. P. A ação civil púbica no STF. **Revista de Processo** nº 99. Jul/set de 2000. p. 01

[172] GRINOVER. Ada Pellegrini. A defesa do meio ambiente em juízo como conquista da cidadania. **Revista CEJ**, Brasília, n. 9, p. 95-99, set./dez. 1999

[173] NERY JR, Nelson. Condições da ação. **Revista de Processo** 64, São Paulo, 1991.

com isso, revisitando todos os seus institutos clássicos.

Atualmente, contamos com um conjunto de diplomas normativos que é denominado de *microssistema de processo coletivo*. Este, segundo a jurisprudência do STJ, seria composto pelas seguintes normas:

> A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei de ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microssistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar interpenetram-se e subsidiam-se [...][174]

Contudo, o núcleo do microssistema pode ser resumido a dois diplomas: o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078/90) e a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº. 7.347/85), "pois suas normas não só servem para franquear a comunicação direta entre seus institutos, como também irradiam aplicabilidade a todos os outros diplomas"[175].

Na busca pela sistematização das normas do processo coletivo, surgiram algumas propostas de codificação, entre elas o Código Modelo de Processo Coletivo para a Ibero-América e os Anteprojetos de Código Brasileiro de Processo Coletivo do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBPD) e o da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA).

Todas essas iniciativas originaram-se, portanto, da necessidade de adequação do modelo processual vigente ao necessário tratamento molecularizado dos conflitos de interesses, otimizando o papel do poder judiciário, das regras procedimentais; proporcionando a entrega de uma solução adequada e efetiva aos conflitos de massa. Assim é que a ciência do processo coletivo desenvolve um novo arcabouço principiológico para, a partir dele, redesenhar institutos da Teoria Geral do Processo.

Não obstante os avanços que podem ser creditados à superação do paradigma individualista do processo com a utilização progressiva de uma tutela coletiva de direitos,

---

[174] BRASIL. STJ. Resp nº. 510.150/MA, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 17.02.2004.

[175] AZEVEDO, Júlio Camargo de. O microssistema de processo coletivo brasileiro: uma análise feita à luz das tendências codificadoras. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, São Paulo, v. 2, p. 111-130, 2012.

a sua promoção, considerada isoladamente, não foi capaz de conter a multiplicação de ações individuais que veiculam as mais variadas pretensões.

Credita-se essa "falha" à ausência de uma previsão normativa que imponha um tratamento uniforme às questões decididas no plano das demandas coletivas. Exemplo dessa deficiência procedimental pode ser observado na atual redação do art. 16 da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº. 7.347/85).

O referido dispositivo foi objeto de alteração legislativa em 1997. A nova redação, segundo parcela expressiva da doutrina, trouxe uma impropriedade conceitual, confundindo os institutos jurídicos da competência e da coisa julgada. Atualmente, o referido artigo está redigido dessa forma:

> Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

A restrição da autoridade do comando sentencial não se justifica. O princípio da unidade da jurisdição confere a todos os órgãos do poder judiciário a capacidade de emitir uma decisão condicionada, apenas, pelas regras de competência (material, territorial, funcional). Se o objeto do processo supera a área territorial de competência do juízo, a extensão da coisa julgada lhe deve ser correspondente.

O dispositivo ainda implica violação *ao princípio da universalidade da tutela coletiva*, que impõe um acesso qualificado de um número cada vez maior de cidadãos ao poder judiciário. Por meio deste princípio "a tutela coletiva tem por fito atingir um número cada vez mais expressivo de pessoas e de situações jurídicas conflituosas"[176]./

Não obstante, tanto o STF[177] quando o STJ (ainda que de forma vacilante[178]) tem

[176] SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Processo Coletivo do Trabalho**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.p. 20

[177] "[...] SENTENÇA – EFICÁCIA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Em princípio naop se tem relevância jurídica suficiente à concessão de liminar no que, mediante o art. 3º da Medida Provisória nº. 1.570/97, a eficácia erga omnes da sentença na ação civil pública fica restrita aos limites da competência territorial do órgão prolator." BRASIL.STF. ADIN 1576.-1. Relator: Ministro Marco Aurélio

[178] O STJ ora emite decisões a favor da validade do dispositivo, ora contra, conforme se observa dos arestos a seguir transcritos: "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO

afirmado a constitucionalidade do preceito, validando o equívoco legislativo.

Aponta-se, ademais, outras contradições no procedimento da tutela coletiva. Segundo parte da doutrina, os mecanismos de legitimação extraordinária (na tutela dos direitos individuais homogêneos) afastariam os titulares do direito material, dos legitimados.

Diante desse quadro, o legislador brasileiro deu destacada importância no CPC de 2015 aos procedimentos destinados à resolução de *demandas repetitivas*. Além da sistemática dos recursos extraordinário e especial repetitivos, já previsto no CPC de 1973, inaugura-se o ordenamento processual com a previsão *do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*, claramente inspirado em institutos do direito alemão (*Musterverfahren*) e inglês (*Group Litigation Orde*r).

Na verdade, as normas que disciplinam o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas integram, à semelhança das regras procedimentais dos Recursos Especiais, dos Recursos de Revista e dos Recursos Extraordinários Repetitivos, o que os

---

CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMITES DA COISA JULGADA. COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO PROLATOR. ART. 16 DA LEI N. 7.347/85. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Malgrado seja notória a divergência doutrinária e jurisprudencial acerca do alcance da coisa julgada em ações civis públicas que tenham por objeto defesa dos direitos de consumidores, o STJ encerrou a celeuma, firmando entendimento de que a sentença na ação civil pública faz coisa julgada erga omnes nos limites da competência territorial do Tribunal - BRASIL. STJ. Agrg nos Eresp nº 253.589/SP. Relator: Ministro LUIZ FUX. Dje, 30 mar. 2009." " DIREITO PROCESSUAL. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, CPC). DIREITOS METAINDIVIDUAIS. AÇAO CIVIL PÚBLICA. APADECO X BANESTADO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. EXECUÇAO/LIQUIDAÇAO INDIVIDUAL. FORO COMPETENTE. ALCANCE OBJETIVO E SUBJETIVO DOS EFEITOS DA SENTENÇA COLETIVA. LIMITAÇAO TERRITORIAL. IMPROPRIEDADE. REVISAO JURISPRUDENCIAL. LIMITAÇAO AOS ASSOCIADOS. INVIABILIDADE. OFENSA À COISA JULGADA. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC:

1.1. A liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC). 1.2. A sentença genérica proferida na ação civil coletiva ajuizada pela Apadeco, que condenou o Banestado ao pagamento dos chamados expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança, dispôs que seus efeitos alcançariam todos os poupadores da instituição financeira do Estado do Paraná. Por isso descabe a alteração do seu alcance em sede de liquidação/execução individual, sob pena de vulneração da coisa julgada. Assim, não se aplica ao caso a limitação contida no art. 2º-A, caput , da Lei n. 9.494/97. 2. Ressalva de fundamentação do Ministro Teori Albino Zavascki. 3. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido."

processualistas denominam de *microssistema de solução de casos repetitivos*.[179]

Os procedimentos destinados à solução das questões repetitivas surgem, assim, para enfrentar a multiplicação desenfreada de ações individuais, dado o insucesso dos instrumentos da tutela coletiva nesse intento.

Vinculam-se, portanto, ao tratamento dos direitos individuais, *heterogêneos ou homogêneos*. Importante salientar que, quando destinados à formação dos precedentes judiciais envolvendo estes últimos, os procedimentos relacionados às demandas repetitivas atuam de maneira concomitante à tutela coletiva.

Não obstante a concorrência das duas modalidades de tutela no que tange aos direitos individuais homogêneos, ambas se destinam a objetivos diversos: a tutela dos casos repetitivos ao "combate" à multiplicidade de ações; a tutela coletiva, ao incremento ao acesso à justiça.

No tópico seguinte, realizaremos uma investigação acerca dos institutos oriundos do direito estrangeiro que inspiraram o IRDR, ressaltando a sua dinâmica procedimental, sua importância no cenário processual alienígena, bem como os traços que se assemelham, e, de outra senda, se diferenciam do instituto pátrio análogo.

3.1.1 UM RECORTE DA EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA: O *MUSTERVERFAHREN* ALEMÃO E O *GROUP LITIGATION ORDER* INGLÊS.

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas do direito brasileiro foi claramente inspirado em instituto jurídico análogo do direito alemão, o denominado "Procedimento-Modelo" ou *Musterverfahren*. Nesse sentido, a própria exposição de motivos do CPC:

> Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já

[179] Nesse sentido, o Enunciado n. 345 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, verbis: " O incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos formam um microssistema de solução de casos repetitivos, cujas normas de regência se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente". Cf. DIDIER JR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo Reis. **Enunciados do fórum permanente de processualistas civis**. Vitória, maio de, 2015. Nessa esteira, o próprio art. 928 do CPC enumera de forma expressa as hipóteses de julgamento de casos repetitivos.

> referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta.[180]

A doutrina ainda aponta outro mecanismo de resolução de demandas repetitivas do direito estrangeiro como fonte de inspiração do IRDR. Trata-se do *Group Litigation Order* do direito inglês.

No tópico seguinte, traçaremos as principais características desses dois mecanismos, evidenciando seus aspectos positivos e criticando suas incongruências; sempre os associando à dinâmica procedimental do IRDR.

3.1.1.1 O PROCEDIMENTO-MODELO ALEMÃO

Conforme evidenciado em linhas anteriores, os mecanismos de solução de conflitos de interesses envolvendo direitos coletivos (amplamente considerados), aproxima-se sobremaneira da razão de ser e dos métodos atribuídos aos instrumentos destinados à solução de demandas repetitivas.

Isso se deve, em grande parte, à interseção no espectro de tutela também já verificado. O tratamento uniforme das demandas envolvendo direitos individuais homogêneos aproxima esses dois universos, ao passo em que os identifica pela atribuição do exercício de uma função específica nesse tratamento homogêneo de questões diversas. No ordenamento alemão, assim como em países de origem germânica, como a Áustria e a Suíça, não há uma cultura de judicialização dos conflitos de massas. Esses Estados desenvolveram um sistema peculiar de solução dessa espécie de demandas, predominantemente administrativo, o que é creditado pela doutrina ao próprio fato de integrarem a sistemática da *civil law*:

> Com efeito, muitos destacam, p. ex., que a desconfiança com a legitimidade extraordinária na Alemanha impede ou retarda o desenvolvimento das ações coletivas. Por outro lado, alguns autores destacam que, nos países de origem germânica, como a Alemanha, Áustria e Suiça, a necessidade de instru mentos de tutela coletiva não é tão sensível porque muitas das questões são resolvidas administrativamente por órgãos fiscalizatórios governamentais, que têm, muito mais que os nossos, o bom hábito de cumprir e fazer cumprir

[180] FUX, Luiz. [Presidente da Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal 379/2009] [et al]. **Anteprojeto do novo Código de Processo Civil**. Disponível em: [www.senado.gov.br]. Acesso em: 08.07.2018. p.30.

as leis.[181]

A Alemanha, desde o ano de 1991, dispõe de um procedimento-modelo voltado para o âmbito administrativo que visa a resolver, coletivamente, demandas repetitivas. Porém, somente em 2005 foi editado um procedimento jurisdicional com intento semelhante: trata-se do *Musterverfahren*, instituto previsto na Lei de Introdução do Procedimento-Modelo para os investidores de capitais[182] (KapMuG).

Inicialmente, o procedimento foi criado para viger até 01/11/2010 e estar restrito às demandas vinculadas ao mercado de valores mobiliários. Contudo, em 2008, passou a ser previsto um procedimento análogo para o âmbito previdenciário. Além disso, houve a prorrogação da vigência do instituto; incialmente para 31/10/2012 e, posteriormente, até 01/11/2020[183].

O *Musterverfahren* consubstancia um mecanismo que, a reboque da tradição germânica, não se utiliza dos institutos da representação e substituição processual para a solução de demandas que veiculem pretensões coletivas.

O Procedimento-Modelo alemão destina-se a solucionar, coletivamente, aspectos comuns a várias demandas individuais, ditas *isomórficas[184]*. Importante salientar que o procedimento promove a resolução de aspectos específicos da demanda individual;

[181] CABRAL, Antônio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. 2007.p.130 repro 147

[182] Aponta a doutrina que a origem desse procedimento pode ser creditada ao chamado "Caso Telekom", em que a empresa Deutche Telekon, utilizando de elementos falsos em relação ao montante de seu capital, ofertou ações no mercado de capitais, o que, posteriormente, provocou uma queda nos valores das ações, gerando prejuízos aos acionistas da empresa referida (cf. CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Mecanismos de resolução de demandas repetitivas no direito estrangeiro: um estudo sobre o procedimento-modelo alemão e as ordens de litígios em grupo inglesas. In: Revista de Processo, p. 5.)

[183] "Em 2005, uma nova versão de Musterverfahren é criada na KapMuG (Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten – Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz ou Lei sobre o Procedimento-Modelo nos conflitos jurídicos do mercado de capital), com vigência temporária, inicialmente até outubro de 2010, mas que foi prorrogada, ato contínuo, até outubro de 2012 e, em seguida, para 01.11.2020. E, também, em 2008, nos moldes da primeira espécie de Musterverfahren e praticamente repetindo o texto do § 93a da Verwaltungsgerichtsordnung, o procedimento-modelo também é adotado no ramo jurisdicional alemão que cuida da assistência e previdência social (Sozialgerichtsgesetz)." DE CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. vol, v. 243, n. 2015, 2015.

[184] BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. O devido processo legal nas demandas repetitivas. 2012. 266p. 2012. Tese de Doutorado. Tese (Doutorado em Direito)–Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito. Salvador.

aspectos que têm o condão de serem solucionados coletivamente, não importando se se tratam de questões de fato ou de direito. Desta forma, não se volta à solução integral da demanda, mas apenas dos aspectos coletivamente relevantes.

O instituto submete-se à exigência de requerimento prévio de instauração, não podendo, assim, ser concebido de ofício pelo magistrado. O instituto ainda permite ampliação posterior do objeto da ação, desde que requerida pela parte e admitida pelo juízo.

Admitido pelo juízo de origem em decisão irrecorrível, esse torna público o requerimento, além de registrá-lo em um cadastro eletrônico gratuito gerido pelo Ministério da Justiça. Em seguida, o procedimento é encaminhado a um tribunal de hierarquia superior, órgão que, de fato, decidirá o mérito da demanda. No tribunal há a escolha de porta-vozes das partes envolvidas e potencialmente atingidas pela decisão, que se reportarão ao órgão em nome dos demais.

A escolha das partes principais deve ser pautada por alguns requisitos. Em primeiro plano, devem figurar nas demandas suspensas pela decisão de admissão do procedimento-modelo; deve ser, preferencialmente, indicado pelos demais litigantes e deve possuir representatividade para defender os interesses vindicados no procedimento- modelo. Não subsistindo quaisquer das qualidades verificadas pelo tribunal quando da escolha do representante, este poderá ser substituído.

Contudo, o procedimento admite a manifestação de quem quer que possa seja atingido pelo procedimento, por intermédio de um mecanismo denominado de *Beiladung*, instituto assemelhado às intervenções de terceiro do CPC[185]. Instaurado o Procedimento- Modelo, as ações que versem sobre a questão nele debatida deverão ser suspensas, momento em que todos os possíveis atingidos são, automaticamente, considerados *intervenientes (beigeladenen)*[186] .

A decisão exarada no âmbito do procedimento-modelo vincula os juízos de origem em que aguardam, suspensas, as ações que versam sobre a mesma questão submetida ao

[185] CABRAL, Antônio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. 2007.

[186] Idem

rito referido. Ademais, os intervenientes são atingidos, em sua inteireza, pelo quanto decidido, ainda que não tenham suscitado algumas questões que eventualmente constem no *decisum*.

A despeito de alguma divergência que há na doutrina acerca da natureza jurídica do grau de abrangência dos efeitos da decisão em relação aos intervenientes (se mero efeito vinculante; se decorrente da própria intervenção ou se oriundo da extensão da coisa julgada), prevalece na doutrina que a KapMuG lida com o instituto da coisa julgada, estendendo os seus efeitos às partes principais e aos intervenientes, dando novos contornos ao instituto[187].

A partir da ordem de suspensão dos processos individuais, as partes têm o prazo de 30 dias para requerer a desistência da demanda individual e, assim, não serem atingidas pelos efeitos da decisão a ser exarada no âmbito do *Musterverfahren*. Dessa forma, verifica-se que há a oferta de mecanismos de autoexclusão (*opt-out*)[188].

A despeito da norma exigir como requisito principal para a efetivação dos efeitos da coisa julgada a simples *litispendência individual*[189], a ampla possibilidade de participação das partes e a sua abrangência apenas às hipóteses em que já ajuizadas demandas demostram o viés democrático da sua formação.

No âmbito do procedimento-modelo alemão são consideradas partes, portanto, tanto os autores e os réus principais, quanto aqueles que figuram nas ações que podem ser atingidas pelos efeitos da decisão do procedimento.

O procedimento ainda prevê uma solução semelhante à disciplina da assistência no Brasil. Caso as partes principais tenham atuado no processo de forma deficiente, os interessados podem formular uma objeção à formação da coisa julgada no incidente[190].

---

[187] Idem

[188] ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório. In: Revista de processo. 2015. p. 221-242.

[189] CABRAL, Antônio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. 2007.

[190] Como se sabe, o art. 123 do CPC possibilita ao assistente a discussão da justiça da decisão quando for

O *Musterverfahren* ainda admite a sua solução mediante acordo entre as partes envolvidas. Aprovado o acordo pelo tribunal, os interessados podem efetivar o seu direito de *opt-out* em um mês[191].

A legitimidade recursal do procedimento-modelo alemão é ampla, abarcando todas as partes do processo. Caso as partes principais quedem-se inertes na apresentação da irresignação, os interessados poderão exercer a prerrogativa de recorrer da decisão, passando a figurar como parte principal aquela que primeiro interpuser a peça recursal. Ademais, interposto o recurso, as partes podem trazer novos argumentos no prazo de um mês[192].

3.1.1.2 O GROUP LITIGATION ORDER

O *Group Litigation Order (GLO)* trata-se de um procedimento que objetiva a resolução coletiva de demandas individuais que versem sobre aspectos comuns ou relacionados, em questões de fato ou de direito. Outrossim, somente tem lugar tendo não for possível a utilização dos instrumentos de tutela coletiva, como as *consolidated litigation* e as *representative actions*[193].

Na sistemática da GLO, ao identificar a capacidade de proliferação de demandas ditas isomórficas, o próprio tribunal, de ofício ou mediante requerimento, emite uma ordem de litígio em grupo, iniciando a resolução coletiva das demandas individuais. Ao contraário do *Musterverfahren*, o *Group Litigation Order* não exige a confluência de um número mínimo de ações[194].

Admitida a GLO, há de ser criado um cadastro onde serão registradas as demandas

---

impedido de produzir as provas suscetíveis de influir na sentença ou quando desconhecia a existência de alegações ou de provas das quais o assistido, por dolo ou culpa, não se valeu.

[191] CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Mecanismos de resolução de demandas repetitivas no direito estrangeiro: um estudo sobre o procedimento-modelo alemão e as ordens de litígios em grupo inglesas. In: **Revista de Processo**.

[192] Idem

[193] Ibidem

[194] Ibidem

que se submeterão à autoridade da decisão do incidente. Observa-se que a eficácia subjetiva da GLO está atrelada ao mecanismo de *opt-in*, ou seja, vinculam-se ao incidente aqueles que, voluntariamente, assim decidirem[195].

No que toca às custas, uma vantagem do *Group Litigation Order* consiste no fato de que essas são compartilhadas proporcionalmente pelos membros do grupo e limitadas às questões comuns[196].

Expostas as principais características dos dois mecanismos do direito estrangeiro que serviram como paradigma do IRDR brasileiro, passemos a analisa-lo de maneira pormenorizada, para que, assim, possamos refletir acerca da legitimidade da decisão judicial que fixa o precedente no seio do IRDR, tendo como parâmetro, sobretudo, as bases do Estado Democrático de Direito.

3.1.2 ASPECTOS GERAIS DO IRDR

As normas que disciplinam o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas integram, à semelhança das regras procedimentais dos Recursos Especiais, dos Recursos de Revista e dos Recursos Extraordinários Repetitivos, o que os processualistas denominam de *microssistema de solução de casos repetitivos*.[197]

A busca pela criação de mecanismos que objetivem a solução coletiva dessa multiplicidade de demandas individuais tem origem, entre outras, nos referidos conflitos de massa que identificam a atual sociedade.

A violação massiva de direitos gera, em consequência, uma litigiosidade igualmente massiva. Essa constatação vincula-se, como já adiantado no primeiro capítulo desse trabalho, à ampliação do acesso à justiça (compreendida nas três ondas

[195] Ibidem

[196] Ibidem

[197] Nesse sentido, o Enunciado n. 345 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, verbis: " O incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos formam um microssistema de solução de casos repetitivos, cujas normas de regência se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente". DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo Reis. **Enunciados do fórum permanente de processualistas civis**. Vitória, maio de, 2015. Nessa esteira, o próprio art. 928 do CPC enumera de forma expressa as hipóteses de julgamento de casos repetitivos Nessa esteira, o próprio art. 928 do CPC enumera de forma expressa as hipóteses de julgamento de casos repetitivos.

cappellettianas) e com o nascimento do Estado Social: prestacionista e garantidor de uma série de direitos aos indivíduos.

As demandas sujeitas aos mecanismos de solução de casos repetitivos são identificadas pelo epíteto *demandas isomórficas*. Mais do que uma expressão utilizada para indicar a necessária identidade entre alguns dos elementos da ação, a doutrina tem afirmado que se trata de uma nova categoria, ao lado dos direitos individuais heterogêneos e dos clássicos direitos coletivos lato sensu (difusos, coletivos e individuais homogêneos):

> A massificação e a padronização das relações jurídico-materiais provocaram sensível incremento em relação à quantidade de conflitos que delas surgem e que são vertidos ao Poder Judiciário. Estes fenômenos também alteraram o perfil das demandas, que passaram a ser isomórficas, estabelecendo uma terceira categoria de causas, ao lado das demandas individuais e das coletivas (class actions).[198]

Isomórficas, portanto, seriam as ações que, em tese, guardam identidade de causa de pedir e pedido, somando-se a esse aspecto a necessária repetição massiva. Admite a doutrina, ainda, que as demandas envolvam direitos puramente individuais ou coletivos[199], indistintamente.

Os atributos particulares dessa espécie de demandas exigem, por conseguinte, o estabelecimento de procedimentos específicos ensejadores de sua adequada e efetiva tutela. Nesse sentido, afirma a doutrina que os mecanismos de tutela coletiva, muito embora possam conviver harmoniosamente com o microssistema de solução de demandas repetitivas, não se mostram devidamente adaptados para oferecer respostas satisfatórias[200] às demandas isomórficas.

---

[198] BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. O devido processo legal nas demandas repetitivas. http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/antonio_adonias_aguiar_bastos.pdf

[199] "Basta tomarmos o exemplo em que cada conselho de classe (ex. OAB/BA, OAB/SP, CREA/BA, CREA/RJ, CRM/MG, CRM/RS etc.) propõe uma ação questionando se as sociedades simples de profissionais que integram a respectiva categoria estão obrigadas a recolher certo tributo (ex. COFINS). Elas possuem homogeneidade quanto à causa de pedir e quanto ao pedido. Por isso, estarão sujeitas ao regime dos processos repetitivos." BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. O devido processo legal nas demandas repetitivas. 2012. 266p. 2012. Tese de Doutorado. Tese (Doutorado em Direito)–Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito. Salvador., p. 26.

[200] DE CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. vol, v. 243, n. 2015, p. 283-331, 2015.

Observando essa condição, o ordenamento processual pátrio passou a prever, de forma paulatina, mecanismos diferenciados que objetivavam proporcionar um tratamento mais adequado às demandas repetitivas. Podem ser referenciados como integrantes desse caminho evolutivo de solução de demandas repetitivas os arts. 543-B e 543-C do CPC Buzaid, além da Lei 13.015/2014, que criaram os procedimentos dos recursos especial, extraordinário e de revista repetitivos; mecanismos que permaneceram na atual codificação.

Conforme adiantado, o atual CPC, além de inserir um sistema precedentalista no ordenamento jurídico processual brasileiro (no qual está inserido o IRDR por expressa previsão do art. 927), aproximando-o da sistemática da *common law*, instituiu o microssistema de tutela das demandas repetitivas em seu art. 928, passando a prever o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas como espécie integrante dessa categoria.

Nesse espeque, o IRDR, previsto do art. 976 a 987, configura uma técnica processual destinada à construção de uma decisão-modelo que promova a solução coletiva de demandas seriadas, sejam essas veiculadoras de direitos individuais ou coletivos.

Conforme a doutrina especializada, o IRDR configura um incidente processual que promove o julgamento abstrato de uma questão jurídica; possuindo, assim, natureza objetiva, como as ações do controle concentrado de constitucionalidade. Em razão desse fato é possível afirmar que se trata, apesar das controvérsias doutrinárias (como apontado acima) de mecanismo gerador de precedentes judiciais[201].

Os requisitos essenciais para a instauração do incidente estão expostos nos incisos do art. 976 do CPC. São eles: efetiva repetição de processos; controvérsia sobre questão de direito e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Em relação ao requisito de repetição de demandas é importante mencionar que a norma não estabelece um número mínimo de demandas para que reste configurada a dita "repetição" (ao contrário do mecanismo correspondente no direito alemão).

[201] DE CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. Revista de Processo| vol, v. 243, n. 2015, p. 283-331, 2015.

Parece-nos acertado o parâmetro estabelecido pelo Enunciado 87 do FPPC em relação à interpretação daquilo que a norma entende por repetição. Segundo o verbete, a análise não poderia se pautar tão somente pela quantidade de demandas em trâmite, mas, sobretudo, pelo "risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica", em uma interpretação sistemática entre os requisitos legais para a instauração do incidente.

Outrossim, o IRDR diferencia-se do *Musterverfahren* em razão da restrição efetuada pelo ordenamento processual em relação ao seu objeto de análise a questões de direito[202], excluindo, assim, a possibilidade de análise de questões fáticas. Contudo, ainda que se trate de matéria de direito, a análise dessa restaria vedada quando algum tribunal estivesse lidando com questão idêntica por intermédio do mecanismo de solução de algum recurso repetitivo, por exemplo. A referida vedação consta do §4º do art. 976 do diploma processual, sendo apontado pela doutrina como regra decorrente do dever de respeito mútuo às decisões tomadas entre os mecanismos que compõem o microssistema de tutela de demandas repetitivas.

Quanto à legitimidade para a instauração do incidente, assim dispõe o art. 977 do CPC:

> Art. 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal:
>
> I - pelo juiz ou relator, por ofício; II -
>
> pelas partes, por petição;
>
> III - pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.
>
> Parágrafo único. O ofício ou a petição será instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente.

O julgamento do IRDR compete ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal (art. 978, CPC). Sendo assim, os legitimados acima referidos deverão interpor o pedido de instauração do

[202] O Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), em seu enunciado nº. 88, defende a utilização ampla de matérias, não as restringindo, portanto, a aspectos de direito material, *verbis*: "Enunciado nº. 88. (art. 976; art. 928, parágrafo único) Não existe limitação de matérias de direito passíveis de gerar a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas e, por isso, não é admissível qualquer interpretação que, por tal fundamento, restrinja seu cabimento. (Grupo: Recursos Extraordinários e Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas)". DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo Reis. **Enunciados do fórum permanente de processualistas civis**. Vitória, maio de, 2015

incidente diretamente no órgão de segunda instância.

Interpretando o parágrafo único do art. 978, CPC, entendem alguns que o procedimento-modelo brasileiro somente poderia surgir a partir de casos julgados no próprio tribunal, ou seja, de demandas que estejam em grau recursal ou que integrem o conjunto de matérias de competência originária do tribunal. Nesse sentido, os enunciados 342 e 344 Fórum Permanente de Processualistas Civis:

> Enunciado 342: (art. 976) O incidente de resolução de demandas repetitivas aplica-se a recurso, a remessa necessária ou a qualquer causa de competência originária. (Grupo: Precedentes)[203]
>
> Enunciado 344. (art. 978, parágrafo único) A instauração do incidente pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal. (Grupo: Precedentes; redação revista no V FPPC-Vitória)[204]

Compreendemos que a razão de ser do IRDR conduz-nos à conclusão de que bastaria a multiplicidade de demandas já em primeiro grau de jurisdição para que seja possível a instauração do incidente. Aguardar o trâmite de uma ação em primeiro grau para, somente após eventual recurso junto ao tribunal competente, propor-se o IRDR, configura entrave injustificado.

A formação da decisão-modelo no IRDR deverá partir, portanto, de causas em trâmite no poder judiciário. Quando a legitimidade para iniciar o incidente for exercida pelas próprias partes, suas ações servirão como paradigma para a solução da questão de direito seriada. Quando, ademais, o procedimento tiver como autor na ação o Ministério Público ou a Defensoria; ou quando originado pelo magistrado, por ofício, surgirá a possibilidade de apresentação ao órgão julgador das demandas por eles escolhidas como as mais representativas da controvérsia.

Não se exclui, ademais, a possibilidade de o próprio órgão judicial competente para a solução do litígio selecionar as ações que, pela abrangência da fundamentação, sejam capazes de fornecer elementos mais sólidos para a formação da convicção,

---

[203] *Idem*

[204] *Ibidem*

especialmente quando interpostos mais de um pedido em relação à mesma questão[205].

Interposta a petição do incidente, esse será submetido à análise de admissão pelo órgão julgador, pautada pela verificação da existência dos requisitos expostos no art. 976.

Verificada a existência dos requisitos de admissibilidade do IRDR, haverá a determinação para que todas as ações que se submeterão à decisão-modelo sejam *suspensas*, aguardando o provimento final. Tendo em vista que a norma estabelece como prazo máximo de julgamento do procedimento modelo o período de 1 ano (art. 980, CPC), conclui-se que esse seria o prazo máximo da medida suspensiva.

Em havendo necessidade de concessão de alguma modalidade de tutela provisória (de urgência ou da evidência), a providência será requerida ao juízo onde tramita a ação suspensa, ou seja, no primeiro grau (art. 982, §2º, CPC)

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas tem eficácia na área de jurisdição do respectivo tribunal. Destarte, quando o procedimento tiver lugar nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais ou do Trabalho, a autoridade da decisão ficará restrita àquela localidade. A norma autoriza a suspensão nacional das demandas, requerida pelas partes, pelo MP e Defensoria Pública, ao STJ, STF ou TST (em interpretação extensiva).

No que concerne à possibilidade de instauração do IRDR diretamente nos tribunais superiores (STJ, STF, TST), a doutrina é dividida[206]. Quanto à possibilidade de origem junto ao STJ, foi adotado o entendimento de que o incidente se restringe aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais, exceto nos casos de competência recursal ordinária e de competência originária e desde que preenchidos os requisitos do art. 976

[205] Nesse sentido, o enunciado nº. 89 do FPPC: "(art. 976) Havendo apresentação de mais de um pedido de instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas perante o mesmo tribunal todos deverão ser apensados e processados conjuntamente; os que forem oferecidos posteriormente à decisão de admissão serão apensados e sobrestados, cabendo ao órgão julgador considerar as razões neles apresentadas. (Grupo: Recursos Extraordinários e Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas)" *Ibidem*

[206] Pela possibilidade, MEIRELES, Edilton. Do Incidente de resolução de demandas repetitivas no processo civil brasileiro. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Julgamento de Casos Repetitivos - vol. 10**. Salvador: Juspodivm, 2017. Cap. 3. p. 65-138.p. 71

do CPC [207].

O art. 979 do CPC, seguindo o sistema adotado tanto no procedimento-modelo alemão, quanto no *Group Litigation Order*, prevê a formação de um banco eletrônico de dados sobre as questões de direito submetidas ao incidente, em que figurará a *ratio decidendi* da decisão IRDR.

A previsão legal tem como principal objetivo a aplicação escorreita do precedente judicial aos casos em trâmite, assim como aos que sucederem a decisão-modelo, permitindo e facilitando a alegação de *distinguishing* ou *overruling* em outras demandas. Proferida a decisão no seio do IRDR, nascerá o direito aos recursos de embargos de declaração, e aos Recursos Especial e Extraordinário, conforme vaticina o art. 987, CPC[208]. Quanto à legitimidade recursal, embora silente a norma, entendemos que a ampla legitimação ativa possibilitará a formação democrática do precedente. Nesse sentido, além da legitimação genérica prevista no art. 996 do CPC[209] (partes, terceiro prejudicado

[207] AGRAVO INTERNO EM PETIÇÃO. RECLAMAÇÃO. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR). INSTITUTO AFETO À COMPETÊNCIA JURISDICIONAL DE TRIBUNAIS DE SEGUNDA INSTÂNCIA (ESTADUAIS OU REGIONAIS FEDERAIS). INSTAURAÇÃO DIRETA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. POSSIBILIDADE RESTRITA. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS (ART. 976 DO CPC). JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE NÃO ULTRAPASSADO. NÃO CABIMENTO DA INSTAURAÇÃO DO INSTITUTO. 1. O novo Código de Processo Civil instituiu microssistema para o julgamento de demandas repetitivas - nele incluído o IRDR, instituto, em regra, afeto à competência dos tribunais estaduais ou regionais federal -, a fim de assegurar o tratamento isonômico das questões comuns e, assim, conferir maior estabilidade à jurisprudência e efetividade e celeridade à prestação jurisdicional. 2. A instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas diretamente no Superior Tribunal de Justiça é cabível apenas nos casos de competência recursal ordinária e de competência originária e desde que preenchidos os requisitos do art. 976 do CPC. 3. Quando a reclamação não ultrapassa o juízo de admissibilidade, não cabe a instauração do incidente de demandas repetitivas no Superior Tribunal de Justiça. 4. Agravo interno desprovido (STJ - AgInt na Pet: 11838 MS 2016/0330305-6, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 07/08/2019, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 10/09/2019)

[208] "Nos termos do art. 256-H do RISTJ, os recursos especiais interpostos contra acórdão de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal que julgue o mérito do incidente de resolução de demandas repetitivas - IRDR "serão processados" nesta Corte conforme o procedimento estabelecido para o recurso indicado pelo tribunal de origem como representativo da controvérsia. Essa determinação regimental se justifica pela abrangência dos efeitos da decisão a ser proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do recurso especial interposto contra o julgamento do IRDR cuja tese será "aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito" (CPC/2015, § 2º do art. 987). Nesse sentido, as disposições do CPC/2015 e do RISTJ buscam dar ao acórdão proferido no recurso especial interposto em julgamento de mérito de IRDR os mesmos efeitos do acórdão em julgamento de recurso especial repetitivo, precedente qualificado nos termos do art. 121-A do RISTJ, c/c o art. 927 do CPC/2015. Dito de outra forma, para fins de "processamento" do recurso especial em julgamento de mérito do IRDR, necessariamente, deverá ser seguido o rito previsto para os recursos representativos de controvérsia." Acórdão, p. 8, RECURSO ESPECIAL Nº 1.729.593 - SP (2018/0057203-9)

[209] Art. 996. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, como parte ou como fiscal da ordem jurídica. Parágrafo único. Cumpre ao terceiro demonstrar a

e MP), adotamos o entendimento cristalizado no enunciado 94 do FPPC:

> Enunciado 94: (art. 982, § 4º; art. 987) A parte que tiver o seu processo suspenso nos termos do inciso I do art. 982 poderá interpor recurso especial ou extraordinário contra o acórdão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas. (Grupo: Recursos Extraordinários e Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas; redação revista no V FPPC-Vitória53)

O CPC prevê a possibilidade de revisão da tese jurídica adotada no IRDR, ou, como visto, o *overruling* e o *overriding*, conferindo essa competência ao mesmo tribunal que decidiu o incidente. Ademais, o código limita a legitimação para o pedido de revisão ao MP e à Defensoria Pública, autorizando, ainda, o próprio órgão jurisdicional a assim proceder de ofício. Desta feita, de acordo com a exegese legal, não restaria possibilidade aos autores do incidente de promover essa revisão.

Atualmente, vários já são os Incidentes ajuizados em todos os tribunais do Brasil[210]. Conforme referido acima, diverge-se acerca da possibilidade de ajuizamento do incidente junto aos tribunais superiores.

Delineados os principais aspectos procedimentais do IRDR, passamos a apresentar as críticas que a doutrina tem feito a esse novo instituto, sobretudo no que concerne a uma carência de legitimação democrática na formação do precedente judicial. Conforme observaremos, dada a eficácia normativa conferida pelo CPC aos precedentes judiciais;

---

possibilidade de a decisão sobre a relação jurídica submetida à apreciação judicial atingir direito de que se afirme titular ou que possa discutir em juízo como substituto processual.

[210] Exemplificativamente, segue julgamento de incidente junto ao TRT da 13ª Região (Paraíba): "INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO FORNECIDO PELA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. NATUREZA REMUNERATÓRIA (ACC 0063100-54.2008.5.13.0003 E IUJ nº 0000024-84.2016.5.13.0000). ESPECIFICAÇÃO DAS VERBAS PASSÍVEIS DE REFLEXOS. 1. Em face do reconhecimento da natureza salarial do auxílio-alimentação pago pela CAIXA ECONÔMICA FEDERAL aos seus empregados, nos termos das decisões proferidas na ACC 0063100-54.2008.5.13.0003 e IUJ nº 0000024-84.2016.5.13. 0000, o referido benefício deve repercutir nas seguintes parcelas, além de outras em que há previsão no sentido de o salário compor suas bases de cálculo, observado o conjunto normativo de cada época: VP ATSERV, VP-GIP, FÉRIAS + 1/3, ABONO PECUNIÁRIO DE FÉRIAS, EVENTUAL LICENÇA-PRÊMIO CONVERTIDA EM PECÚNIA, AUSÊNCIA PERMITIDA (APIP), 13º SALÁRIO, FGTS, INDENIZAÇÃO DE 40% DO FGTS (para aqueles que a receberam), ATS, VP-ATS, VP-GRATIFICAÇÃO SEM ATS, VP-GIP ATS e VP-GIP SEM SALÁRIO + FUNÇÃO. 2. As diferenças resultantes da repercussão do auxílio-alimentação sobre as VANTAGENS PESSOAIS (rubricas 007, 010, 049, 062 e 092) refletem nas seguintes parcelas: EVENTUAIS HORAS EXTRAS, 13º SALÁRIO, ABONO PECUNIÁRIO DE FÉRIAS, AUSÊNCIA PERMITIDA (APIP), FGTS e EVENTUAL LICENÇA-PRÊMIO CONVERTIDA EM PECÚNIA. 3. Não são devidos reflexos sobre: REPOUSO SEMANAL REMUNERADO e GRATIFICAÇÃO SEMESTRAL." BRASIL.TRT 13ª REGIÃO. Relator: Wolney Cordeiro.

eficácia que se assemelha aos preceitos emanados do poder legislativo, as teses adotadas no IRDR deveriam contar com a mais ampla participação popular, não obstante a releitura que deve ser realizada da clássica concepção do princípio da separação dos poderes.

3.2 DO DÉFICIT DEMOCRÁTICO NA CONSTRUÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL NO IRDR

Conforme assentado em passagens anteriores desse trabalho, a decisão exarada pelo tribunal competente (TJ, TRF ou TRT) no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas assume a clássica função de um precedente judicial, dentro de um sistema de *stare decisis*.

Corrente contrária, minoritária, entende não se tratar de hipótese de formação de precedente judicial. Segundo Marinoni,

> O incidente de resolução de demandas repetitivas se destina a regular casos que já surgiram ou podem surgir em face de determinado litígio. O sistema de precedentes, de outro lado, tem o objetivo de outorgar autoridade às *rationes decidendi* firmadas pelas Cortes Supremas. Diversos casos, marcados por diferenças razoáveis, podem ser resolvidos por um precedente que resolve uma questão de direito. Mas as decisões firmadas nos incidentes de resolução de demandas repetitivas não têm qualquer preocupação em orientar a sociedade ou a solução de casos futuros, porém objetivam regular uma questão litigiosa que está presente em vários casos pendentes. [...] Essa a distinção básica entre o sistema de precedentes das Cortes Supremas e o incidente destinado a dar solução a uma questão litigiosa de que podem provir múltiplos casos.[211][249]

Contudo, as normas estabelecidas pela atual codificação não deixam dúvidas quanto à natureza jurídica precedentalista apontada.

Em primeiro plano, a *ratio decidendi* extraída do julgamento restará prevista em um banco eletrônico de dados sobre as questões de direito (art. 979, CPC), aplicável não somente aos casos pendentes, mas os que surgirem[212]. Ademais, a vinculação é

[211] MARINONI, Luiz Guilherme. O "problema" do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos. In: **Revista de Processo**. 2015. p. 399-419.

[212] 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. § 1o Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação. § 2o Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

expressamente estendida a todos os órgãos da Administração Pública, quando envolver questão relativa à prestação de serviço público. Outrossim, caso haja violação do quanto previsto nos fundamentos da decisão, caberá a interposição de reclamação junto ao tribunal prolator do acórdão.

Ademais conforme assentado em passagem anterior:

> A aplicação da tese jurídica aos casos repetitivos é questão que desperta o debate acerca da natureza da decisão proferida e dos efeitos dela decorrentes. Com efeito, a doutrina cogitou se se estaria diante de disciplina judiciária, de efeito vinculativo geral ou de extensão da coisa julgada, a partir das versões diferentes do instituto, alteradas durante a tramitação legislativa.
>
> A redação final do incidente, interpretada à luz do sistema processual adotado pelo Código, com a valorização dos precedentes, permite concluir que o instituto dispõe sobre a fixação de tese jurídica generalizável e abstrata, com força vinculante. Esse é o entendimento que decorre da interpretação conjunta dos arts. 927 a 930 [...][213]

Firmada a premissa de que as decisões-produto do IRDR compõem o sistema precedentalista do atual CPC, cabe, aqui, apontar os dois aspectos procedimentais do IRDR que, segundo sustentaremos, violam pressupostos de natureza democrática.

Partiremos de algumas observações já realizadas pela doutrina nacional[214], acrescendo à crítica um olhar marcado pelas premissas já estabelecidas nesse trabalho.

O primeiro deles diz respeito à *carência de contraditório aos litigantes que, embora não tenham participado da formação do precedente judicial, serão por ele atingidos*. O segundo aspecto relaciona-se com a *restrição legal na legitimação para o pedido de revisão da tese jurídica firmada no IRDR.*

[213] DE CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. Revista de Processo| vol, v. 243, n. 2015, p. 283-331, 2015.

[214] Em especial, Marcos de Araújo Cavalcanti e Georges Abboud.

3.2.1 DA IMPOSIÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL AOS LITIGANTES QUE NÃO PARTICIPARAM DA SUA FORMAÇÃO

O art. 985 do CPC, já mencionado, afirma que o precedente judicial formado no âmbito do IRDR será aplicado a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, e, ademais, aos casos futuros que versem questão idêntica de direito.

Já que a lei não faz a devida ressalva, entende-se que o resultado do quanto decidido no incidente assumiria eficácia vinculante, *ainda que o resultado não fosse favorável às partes dos processos submetidos à autoridade do entendimento jurisprudencial* e, o mais importante, *ainda que essas não se fizessem ouvir nesse mesmo incidente*.

A violação aos pressupostos democráticos de construção da norma salta aos olhos[215].

Em primeiro plano, o problema, aqui, não se restringe ao princípio da separação dos poderes e à suposta impossibilidade da atuação do magistrado para além do texto escrito, como originalmente pensado na Revolução Francesa.

Ainda que seja superado esse paradigma histórico e adotemos uma postura que admita a extração da norma no caso concreto mediante uma ampla atividade interpretativa do magistrado (atribuição ínsita ao seu mister, conforme defendemos em passagem anterior), o estágio atual do modelo de Estado, leia-se, o Estado Democrático de Direito, exige a participação popular como fator de legitimação das providências estatais.

Conforme Lênio Streck:

> [...] o ato interpretativo não é produto nem da objetividade plenipotenciária do texto e tampouco de uma atitude solipsista do intérprete: o paradigma do Estado Democrático de Direito está assentado na intersubjetividade[216].

É certo que o CPC prevê em seu art. 983 que o relator

---

[215] ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório. In: **Revista de processo**. 2015. p. 221-242, p. 03

[216] STRECK, Lênio. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**.4. ed São Paulo: Saraiva, 2012, p. 264

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

Trata-se de uma intervenção sui generis, semelhante ao *amicus curiae*, previsto no art. 138 do atual CPC. A propósito, o §3º do art. 138 do CPC permite ao amigo da corte recorrer da decisão que julgar o IRDR, legitimidade excepcionalmente concedida em face do §1º do mesmo dispositivo.

O instituto guarda profunda conexão com a concepção de pluralidade no método hermenêutico denominado de *Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição* de Peter Häberle:

> A possibilidade e a realidade de uma livre discussão do indivíduo e de grupos "sobre" e "sob" as normas constitucionais e os efeitos pluralistas sobre elas emprestam à atividade de interpretação um caráter multifacetado. (Acentue-se que esse processo livre está sempre submetido a ameaça e que também a nossa ordem liberal-democrática apresenta déficit em relação ao modelo ideal). Teoria de Democracia e Teoria de Interpretação tornam-se consequência da Teoria da Ciência. A sociedade é livre e aberta na medida que se amplia o círculo dos intérpretes da Constituição em sentido lato[217].

Assim, em tese, a figura do *amicus curiae* teria condições de pluralizar o debate e legitimar a formação do precedente judicial no IRDR mediante os parâmetros doutrinários exaustivamente expostos nesse trabalho. Ocorre que a abertura à participação do terceiro não pode se esgotar em uma garantia meramente formal, tal qual ocorria na fase instrumentalista da jurisdição com o estabelecimento da mera bilateralidade da audiência.

A participação formal do interveniente não imuniza a decisão pelo simples cumprimento de uma formalidade. Nesse aspecto, o caput do mesmo art. 138 estabelece uma forma de aferição da efetiva capacidade de pluralização do debate pelo interveniente.

O Princípio da Representatividade Adequada deriva, assim como todas as demais normas principiológicas do sistema de tutela transindividual de direitos, do

[217] HÄBERLE, Peter; MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica constitucional:** a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e" procedimental" da constituição. SA Fabris Editor, 2002. p. 36

Sobreprincípio[218] *do Devido Processo Legal Coletivo*. Nesse sentido, Marcos Cavalcanti[219]:

> Através da necessária renovação dos princípios constitucionais e da adaptação deles ao devido processo legal coletivo ou social, como defendido por Mauro Cappelletti, é possível dizer que, nos mecanismos de resolução de litígios de massa, o direito fundamental ao contraditório deve ser assegurado aos membros ausentes do processo coletivo pela adequada participação da parte representativa na defesa dos interesses da coletividade.
>
> Por isso, o direito de ser citado, de ser ouvido e de apresentar a defesa em juízo pessoalmente deve ser substituído por um direito de ser citado, ouvido e defendido por um representante adequado. Para tanto, a parte representativa precisa ter condições de efetuar a mais leal e adequada defesa dos direitos em jogo, levando ao processo judicial os argumentos e os interesses de todos os membros do grupo, o que deve ser continuamente controlado pelo Poder Judiciário.

Os ordenamentos jurídicos, entretanto, subdividem-se quanto à forma de aferição dessa capacidade. No Brasil, assim como na maioria dos países de tradição romano-germânica, segundo a doutrina majoritária[220], o microssistema de tutela coletiva estabelece, *a priori*, os entes que estão legitimados a atuar na defesa de direitos transindividuais.

Outros ordenamentos, ademais, valem-se do controle *in concreto* da representatividade adequada. Esse se dá mediante a verificação, pelo órgão do poder judiciário, do preenchimento de determinados pressupostos; atividade que a doutrina[221]denomina de controle *ope judicis*.

Segundo, ainda, Marcos Cavalcanti[222]:

> Destarte, para que a decisão de mérito desfavorável proveniente do IRDR seja

[218] Exerce uma "função rearticuladora" consubstanciada na "[...] interação entre os vários elementos que compõem o estado ideal de coisas a ser buscado. [...] - ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4.ed. rev. 2.tir. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 80

[219] DE ARAUJO CAVALCANTI, Marcos. A falta de controle judicial da adequação da representatividade no incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). Revista Pensamento Jurídico, v. 7, n. 1, 2015.

[220] GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, v. 108, São Paulo, p.61-70, out./dez., 2002.

[221] DE ARAUJO CAVALCANTI, Marcos. A falta de controle judicial da adequação da representatividade no incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). **Revista Pensamento Jurídico**, v. 7, n. 1, 2015.

[222] Idem.

> aplicada vinculativamente aos processos repetitivos, é preciso que o sistema processual brasileiro assegure o devido processo legal e, por consequência, o princípio do contraditório aos litigantes abrangidos pelo incidente processual coletivo.
>
> E a única forma de garantir a observância desses princípios constitucionais é permitir o controle judicial da adequação da representatividade dos interesses do grupo. A adoção dessa técnica processual nada mais é do que um método de adaptação do princípio constitucional do contraditório ao devido processo legal social ou coletivo, conforme as lições de Mauro Cappelletti.
>
> O NCPC, ao admitir que uma decisão desfavorável tenha eficácia vinculante sobre todos os processos repetitivos, sem qualquer controle acerca da adequação da representatividade, viola o direito ao contraditório de todos os litigantes abrangidos pelo IRDR.

A ausência de um controle judicial da representatividade adequada pode levar a situações em que um ente intermediário que não dispõe de condições para representar os interesses de determinada coletividade atue em juízo e produza uma decisão judicial que seja, inclusive, contrária à vontade da classe representada[223].

A intervenção do *amicus curiae* como forma de pluralização do debate há de proporcionar uma intersubjetividade real, como preceitua o princípio do contraditório efetivo acima construído[224].

Em demandas que envolvem a veiculação de interesses individuais homogêneos, o STF[225]exige a apresentação de rol de associados para a limitação da eficácia subjetiva da

---

[223] GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, v. 108, São Paulo, p.61-70, out./dez., 2002.

[224] DE ARAUJO CAVALCANTI, Marcos. A falta de controle judicial da adequação da representatividade no incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). **Revista Pensamento Jurídico**, v. 7, n. 1, 2015.

[225] A autorização estatutária genérica conferida a associação não é suficiente para legitimar a sua atuação em juízo na defesa de direitos de seus filiados, sendo indispensável que a declaração expressa exigida no inciso XXI do art. 5º da CF ("as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente") seja manifestada por ato individual do associado ou por assembleia geral da entidade. Por conseguinte, somente os associados que apresentaram, na data da propositura da ação de conhecimento, autorizações individuais expressas à associação, podem executar título judicial proferido em ação coletiva. Com base nessa orientação, o Plenário, em conclusão de julgamento, e por votação majoritária, proveu recurso extraordinário no qual se discutia a legitimidade ativa de associados que, embora não tivessem autorizado explicitamente a associação a ajuizar a demanda coletiva, promoveram a execução de sentença prolatada em favor de outros associados que, de modo individual e expresso, teriam fornecido autorização para a entidade atuar na fase de conhecimento — v. Informativos 569 e 722. Em preliminar, ante a ausência de prequestionamento quanto aos artigos 5º, XXXVI, e 8º, III, da CF, o Tribunal conheceu em parte do recurso. No mérito, reafirmou a jurisprudência da Corte quanto ao alcance da expressão "quando expressamente autorizados", constante da cláusula inscrita no mencionado inciso XXI do art. 5º da CF. Asseverou que esse requisito específico acarretaria a distinção entre a legitimidade das entidades associativas para promover demandas em favor de seus associados (CF, art. 5º, XXI) e a legitimidade das entidades sindicais (CF, art. 8º, III). O

demanda, haja vista tratar-se do instituto da *representação processual*. Essa exigência, viável apenas nessa modalidade de interesses transindividuais, garante, de certa forma, o assentimento dos titulares individuais dos direitos postulados em juízo.

Contudo, em demandas que veiculam direitos coletivos ou difusos, a associação age mediante legitimação extraordinária (substituição processual ou, segundo alguns, legitimação autônoma), não havendo, assim, necessidade de autorização pelos associados, já que se age em nome próprio vindicando direito alheio.

Para essas situações, entretanto, a atuação do magistrado no controle judicial da representatividade adequada é medida que se impõe.

De outra senda, o Ministério Público, a Defensoria Pública e os entes da Administração Pública Direta e Indireta gozam da presunção constitucional e legal de servirem ao interesse coletivo, à defesa dos direitos fundamentais e da ordem democrática vigente, além de possuírem condições econômicas, técnicas e estruturais, em tese, satisfatórias e quadro de membros cujo ingresso mediante a regra do concurso público (art. 37, §2º, CF), cerca-os da presunção de capacidade técnica.

Concordamos com Marcos Cavalcanti quando esse defende o controle da Representatividade Adequada no IRDR com fundamento no princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF)[226]. Frise-se que o mandamento em questão, sobretudo em sua feição substancial, prescreve que devido é o processo que produz decisões judiciais *substancialmente devidas*[227].

A compreensão substancial dessa norma principiológica autorizaria, assim, o

---

Colegiado reputou não ser possível, na fase de execução do título judicial, alterá-lo para que fossem incluídas pessoas não apontadas como beneficiárias na inicial da ação de conhecimento e que não autorizaram a atuação da associação, como exigido no preceito constitucional em debate. Ademais, a simples previsão estatutária de autorização geral para a associação seria insuficiente para lhe conferir legitimidade. Por essa razão, ela própria tivera a cautela de munir-se de autorizações individuais. Vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski (relator), Joaquim Barbosa (Presidente) e Cármen Lúcia, que negavam provimento ao recurso. BRASIL. STF. RE 573232/SC, rel. orig. Min. Ricardo Lewandowski, red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, 14.5.2014

[226] DE ARAUJO CAVALCANTI, Marcos. A falta de controle judicial da adequação da representatividade no incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). **Revista Pensamento Jurídico**, v. 7, n. 1, 2015.

[227] DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil:** Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento.v.1. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. P.68

controle da representatividade adequada *in concreto* pelo poder judiciário, considerando o seu impacto social e, sobretudo, a sujeição de grupos ou indivíduos que não intervieram no procedimento.

Em outras palavras, defendemos a previsão de mecanismos destinados ao controle judicial, in concreto, da existência (e da subsistência) de condições que autorizem a pessoa, natural ou jurídica, a bem representar os titulares das demandas isomórficas[228] *no seio do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.*

Relembre-se, ademais, que o IRDR pode ter como origem uma atuação processual singular. Nesse aspecto, o controle judicial da representatividade adequada deve ser efetivado com maior razão e rigor.

3.2.2 DA RESTRIÇÃO AO ROL DE LEGITIMADOS PARA A SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL

O segundo aspecto antidemocrático apontado relaciona-se, mais uma vez, com o déficit de intersubjetividade que cerca a autorização legal para postular a superação do precedente judicial.

O art. 986 do CPC prevê a possibilidade expressa de *overruling* e o *overriding* do precedente firmado no seio do IRDR. Como visto, permitir a evolução de um entendimento jurisprudencial é compreendê-lo como verdadeira norma; e, como norma, a sua vulnerabilidade pela superação no tempo ou por eventual equívoco em sua formulação.

Apesar da louvável previsão, o que, a princípio, evitaria o engessamento dos entendimentos judiciais vinculantes (art. 927, CPC), a norma restringe a possibilidade da provocação do tribunal para a revisão do precedente ao Ministério Público, à Defensoria Pública e, *ex officio*, ao próprio tribunal.

Ainda que se permita a intervenção do *amicus curiae* em sede de revisão de precedente judicial, não se observa a outorga abstrata e ampla aos corpos intermediários

[228] Nesse sentido, ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório. In: **Revista de processo**. 2015. p. 221-242

da *iniciativa* de tal procedimento.

Esse aspecto reveste-se de inegável caráter antidemocrático, já que se furta à própria sociedade (a quem os impactos da aplicação de um precedente ultrapassado atingem frontalmente) a possibilidade de insurreição abstrata contra um entendimento vinculante.

Pelo princípio do discurso, os cidadãos são enxergados como autores de sua ordem jurídica, socialmente autônomos, autolegisladores, portanto. Habermas partirá do pressuposto de que a comunicação dos cidadãos haverá de ser livre, isenta de mecanismos de coação.

Apenas sob essas condições, a multiplicidade de opiniões, exercidas discursivamente, na esfera pública e mediante procedimentos democráticos, legitima a lei.

A vigência do precedente deve pautar-se, em todos os seus estágios, pela participação direta e efetiva da comunidade a quem ele se aplica. Em outras palavras, para alcançar legitimidade no seio do Estado Democrático de Direito, *o precedente judicial deve nascer e morrer em um ambiente democrático, discursivo e participativo*.

Nesse sentido, entendemos que a legitimidade ativa para a revisão do entendimento exarado em sede de IRDR deve ser ampla: desde os indivíduos detentores de posições jurídicas passíveis de submissão ao quanto decidido, além de estar espraiada por todos os atores sociais incumbidos da missão de representar coletividades, nele compreendidos o MP e a Defensoria Pública.

Na conclusão, articularemos todas as passagens anteriores, justificando as razões pelas quais compreendemos esses dois aspectos procedimentais do IRDR como antidemocráticos, sobretudo à luz de tudo o que fora exposto no capítulo primeiro.

CONCLUSÃO

Ante tudo o que foi debatido nesse trabalho, é importante consignar que o entendimento acerca do exercício legítimo do poder político modifica-se conforme a alteração das teorias justificadoras do Estado em cada momento histórico específico. Desde a ruptura com o modelo absolutista e o surgimento do Estado de Direito[229], a humanidade tem buscado a implantação de regimes democráticos.

Fala-se, atualmente, na vigência de um Estado Democrático de Direito, modalidade de exercício do poder político que sucede o Estado Social. Agregam-se à sua configuração esforços reais para a transformação da realidade[230], diante das promessas há tanto descumpridas.

Ocorre que o conceito de legitimidade do poder político tem sido confundido, desde a institucionalização do Estado de Direito, com *legalidade*. Nesse sentido, Max Weber, ao fundar a sua legitimidade legal tão somente em um procedimento majoritariamente aceito.

Nesse espeque, é importante relembrar que as revoluções burguesas conceberam uma realidade estatal fundada na ideia de um ordenamento jurídico completo, isento de lacunas, ao qual se devia obediência irrestrita pelo fundamento da ideia de soberania popular.

O grande problema dessa concepção reside na chamada autorreferência: a legitimidade restringe-se a qualidades da gênese da norma, desprezando, assim, elementos de ordem externa.

Hannah Arendt alerta que a compreensão da legitimidade de maneira dissociada da efetivação dos direitos humanos, por exemplo, é típica de regimes totalitários. Nesse sentido, estabelece uma analogia da estrutura de regimes autorreferenciados à conformação de uma cebola: cada camada encontra suporte apenas nas camadas que lhe tocam, ignorando outros elementos.

---

[229] STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.101

[230] Ibidem, p. 104

Com isso, não se pode mais reduzir o parâmetro da legitimidade do direito à gênese qualificada da lei. A presunção absoluta de legitimidade da norma legal deve ser relativizada pela análise conjunta dos valores aos quais presta reverência.

Há de se agregar ao critério majoritário o necessário exercício de uma comunicação intersubjetiva que resguarde, em última análise, a dignidade da pessoa humana.

Os direitos fundamentais insculpidos na constituição servem, portanto, como limite à legitimação puramente majoritária da norma. Ferrajoli, apresentando a sua classificação do fenômeno democrático em formal e substancial, torna insuficiente um critério legitimador tão somente baseado em aspectos de feição majoritária. Todavia, não despreza a qualidade dos provimentos alcançados pelo consenso majoritário: agrega ao fenômeno à necessária efetivação dos direitos humanos/fundamentais.

A legalidade pode ser compreendida, assim, como um *ponto de partida*.

Habermas, à semelhança de Hannah Arendt, firma a legitimidade do direito e do exercício do poder político no consenso, no exercício da intersubjetividade. Nesse sentido, transpõe a sua teoria da ação comunicativa para o âmbito político, advogando pela necessidade de estabelecimento de procedimentos que objetivem a sedimentação de um propósito democrático.

O autor compreende que, embora necessárias, as normas jurídicas não encontram a sua fonte exclusiva de legitimação no procedimento que as institui. Os procedimentos devem ser justificados.

O autor encontra nas normas morais o elemento de legitimação do próprio direito.

Assim como Ferrajoli, Habermas entende que o direito deve ser justificado não apenas pela ideia de soberania, mas também pela afirmação dos direitos humanos. Contudo, afirma que o atendimento simultâneo a essas duas condições somente é possível em um ambiente onde predomina a comunicação, a intersubjetividade; que deve ser institucionalizada pelo ordenamento jurídico.[231]

[231] HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: Entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. (Vol. 1).

Pelo princípio do discurso, os cidadãos são enxergados como autores de sua ordem jurídica, socialmente autônomos, autolegisladores, portanto[232]. Habermas partirá do pressuposto de que a comunicação dos cidadãos haverá de ser livre, isenta de mecanismos de coação. Apenas sob essas condições, a multiplicidade de opiniões, exercidas discursivamente, na esfera pública e mediante procedimentos democráticos, *legitima a lei*.

Não subsiste, igualmente, a afirmação de que a atividade interpretativa e criativa dos magistrados extrapola, por si só, a clássica concepção do princípio da separação dos poderes.

Como visto, o referido princípio, pensado inicialmente por Aristóteles, desenvolveu-se de maneira díspare entre as nações cujos sistemas jurídicos estão fundados em raízes romano-germânicas, de um lado, e de países pertencentes à *common law*, de outro. Nestes, o direito é fruto da atividade jurisprudencial; característica que não foi combalida pela adoção do princípio da *supremacy of the English parliament*.

Ressalva-se, ademais, as condutas judiciais que se firmam em atuação solipsista, fechada à influência das partes do processo e fundada, majoritariamente, nas convicções pessoais do julgador.

Nesse sentido, todos os poderes necessitam legitimar-se a cada ato praticado. Não defendemos, por exemplo, uma legitimação *a priori* e absoluta do poder legislativo na emissão de comandos legais. A clássica afirmação de que o *"juiz possui uma deficiência de legitimidade de origem*"[233] não constituiria, assim, qualidade exclusiva do poder judiciário.

As teorias procedimentalistas têm sido identificadas com os parâmetros do Estado

[232] Nesse sentido, o próprio autor: "Na linha da teoria do discurso, o princípio da soberania do povo significa que todo o poder político é deduzido do poder comunicativo dos cidadãos. O exercício do poder político orienta-se e se legitima pelas leis que os cidadãos criam para si mesmos numa formação da opinião e da vontade estruturada discursivamente.[...]" Ibidem, p. 213

[233] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **NOVO CURSO DE PROCESSO CIVIL:** Volume 1 Teoria do Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 466

Democrático de Direito, em especial as propugnadas por Fazzalari, com seu conceito de processo como procedimento em contraditório, e Habermas, com as suas Teorias do Discurso e da Ação Comunicativa.

As correntes fazzalarianas e habermasianas influenciaram sobremaneira o atual CPC, em especial na inserção de cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados voltados à formação da decisão judicial mediante a participação ampla das partes.

O atual CPC ainda foi responsável por consolidar uma cultura de valorização crescente da jurisprudência como fonte do direito. Nesse sentido, apresenta um rol de provimentos judiciais de natureza vinculante em seu art. 927, à semelhança do sistema de *stare decisis* da *common law*.

Fundamentado na missão de efetivar o princípio da razoável duração do processo, o sistema precedentalista brasileiro tem a peculiaridade de inaugurar um ordenamento que mescla uma base essencialmente de *civil law* com aspectos da *common law*, formando, como dito, uma espécie de simbiose sistêmica.

Apesar das críticas que são lançadas ao sistema precedentalista pátrio, entre elas a ausência de espontaneidade na adoção dessa eficácia vinculante, o legislador andou bem ao prever no art. 926 deveres genéricos a serem observados na construção de qualquer precedente judicial. São eles: deveres de estabilidade, integridade e coerência.

Entre as espécies de precedentes judiciais previstas no atual CPC está o IRDR. Trata-se de mecanismo destinado à formação de precedentes judiciais, não obstante o entendimento de parcela minoritária da doutrina.

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas guarda origem, assim como todos os mecanismos que integram o microssistema de solução dos casos repetitivos (recursos especial, extraordinário e de revista repetitivos), na tutela coletiva de direitos, justificada, em grande parte, pelas ondas de acesso à justiça cappellettianas.

Destinado a por fim à multiplicidade de demandas ditas isomórficas, o IRDR teve inspiração declarada em institutos do direito alemão e inglês, o *Musterverfahren* e o *Group Litigation Order*. Todavia, diferencia-se em vários aspectos dos institutos

correlatos da legislação estrangeira.

Entre os aspectos que imprimem ao IRDR uma feição antidemocrática na construção do precedente judicial, estão: a carência de contraditório aos litigantes que, embora não tenham participado da formação do precedente judicial, serão por ele atingidos e, igualmente, a restrição legal na legitimação para o pedido de revisão da tese jurídica.

Ambos os aspectos vão de encontro à legitimidade do poder judiciário em uma democracia formal e substancial, em que se exige a participação dos cidadãos na formação dos provimentos estatais e a materialização dos direitos fundamentais.

A previsão legal de intervenção do *amicus curiae* na formação do precedente em referência não soluciona *de per si* os problemas acima identificados. Embora se verifique a exigência no CPC de que a pessoa natural ou jurídica tenha *representatividade adequada*, o nosso ordenamento adota, quanto à aferição desse requisito, uma presunção legal; é o que chamamos de critério *ope legis*.

A presunção referida pode, na verdade, ocultar um verdadeiro conflito interno de interesses na classe representada, haja vista que o preenchimento formal de requisitos não indica a correspondência satisfatória da atuação do ente com a vontade coletiva.

O problema aqui identificado não se relaciona com a possibilidade, em si, de imposição da decisão do IRDR aos ausentes. Exigir a manifestação de todos aqueles que seriam atingidos pela decisão judicial para, somente a partir do consentimento integral, considerar legítima a ampliação do provimento às partes individuais, entrava o procedimento judicial e frustra a finalidade de economia processual do IRDR.

Expressão da intersubjetividade como importante fator de legitimação da atividade jurisdicional, os princípios do contraditório efetivo e o modelo cooperativo de processo, com todas as decorrências que lhes são peculiares, impõem, igualmente, a abertura da formação do precedente à coletividade; uma abertura substancial, que seja capaz de influir na formação do *decisum*.

Assim, de maneira a legitimar democrática e discursivamente a jurisdição, tendo

como paradigma os conceitos de democracia substancial de Fazzalari; de intersubjetividade tão bem desenvolvida nas teorias arendtidiana e habermasiana do discurso e do agir comunicativo; no princípio do contraditório pensado por Fazzalari e materializado no atual CPC em sua faceta efetiva (direito de influência), assim como no princípio da cooperação (ou modelo cooperativo), *o procedimento do IRDR deve permitir o controle judicial da representatividade adequada.*

O mesmo raciocínio pode ser utilizado na crítica que lançamos em relação à restrição da iniciativa de *overruling* e *overriding* do precedente judicial firmado no IRDR. A abertura da legitimidade de ação para além do Ministério Público, da Defensoria Pública e do próprio tribunal é medida que se impõe.

Conforme dissertado em passagem anterior, a concepção dos cidadãos como autolegisladores; autores e destinatários das normas que se lhe aplicam (fruto da exegese do princípio do discurso habermasiano) exige que, ante o ancilosamento do precedente, ou sua superação por mutações axiológicas, tenham eles a iniciativa de provocar a alteração do entendimento jurisprudencial cristalizado.

As críticas que estabelecemos nesse trabalho não podem, ademais, deixar de por em evidência as elogiáveis modificações legislativas que conduziram nossa ciência processual à atual fase neoprocessual. Superados muitos dos paradigmas individuais, entre eles o conceito de relação jurídica processual, o processo passa a ser visto não mais como um simples acessório do direito material, mas como uma verdadeira garantia fundamental.

Entre os méritos desse novo modelo processual, podemos destacar a importância que é conferida às normas constitucionais e, com isso, à efetivação dos direitos humanos, aspecto que decorre sobremaneira da atual concepção de Estado Democrático de Direito. A abertura à participação popular na formação da decisão judicial, sobretudo quando esta assume aspectos de generalidade, impessoalidade e abstração (caso dos precedentes judiciais), associada à efetivação dos direitos fundamentais, legitima, portanto, a jurisdição e emancipa o ser humano como finalidade maior do Estado e do ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Do genuíno precedente do stare decisis ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, v. 2, n. 01, p. 62-69, 2016.

_____; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório. In: **Revista de processo**. 2015.

ADEODATO, João Maurício Leitão. Tópica, argumentação e Direito dogmaticamente organizado. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 10, n. 2, p. 128-137, 2018.

ALEXY, Robert. **Direito, Razão, Discurso:** Estudos para a Filosofia do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2008. Tradução de Virgílio Afonso da Silva.

ARAÚJO, Cicero. Legitimidade, justiça e democracia: o novo contratualismo de Rawls. **Lua nova**, n. 57, 2002.

ARENDT, Hannah. **"Entre o passado e o futuro".** 2ª Edição Editora Perspectiva, São Paulo, 1972.

_____. **Da Violência**. Ed. Universidade de Brasília, 1985. Trad. Maria Cláudia Drummond Trindade.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 4.ed. rev. 2.tir. São Paulo: Malheiros, 2005.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. Globo Livros, 2008.

AZEVEDO, Júlio Camargo de. O microssistema de processo coletivo brasileiro: uma análise feita à luz das tendências codificadoras. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, São Paulo, v. 2, p. 111-130, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Anuario iberoamericano de justicia constitucional**, n. 13, p. 17-32, 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito : o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista da Escola Nacional da Magistratura,** Brasília, v. 1, n. 2, p.26- 72, out. 2006

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. O devido processo legal nas demandas repetitivas. 2012. 266p. 2012. Tese de Doutorado. Tese (Doutorado em Direito)–Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito. Salvador.

_____. O devido processo legal nas demandas repetitivas. http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/antonio_adonias_aguiar_bastos.pdf

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. 2005.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Ícone, 2006.

_____. **Sociedade e Estado na Filosofia Política Modema**. S. Paulo: Brasiliense, 1987.

_____. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**, Malheiros. São Paulo, 1997.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2009.

BRASIL. STF. RE 573232/SC, rel. orig. Min. Ricardo Lewandowski, red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, 14.5.2014

_____. STJ. Agrg nos Eresp nº 253.589/SP. Relator: Ministro LUIZ FUX. Dje, 30 mar. 2009."

_____. STJ. Resp nº. 510.150/MA, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 17.02.2004.

_____. STF. ADIN 1576.-1. Relator: Ministro Marco Aurélio

_____.TRT 13ª REGIÃO. Relator: Wolney Cordeiro.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de et al. **A força normativa do direito judicial:** uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

CABRAL, Antônio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. 2007.p.130 repro 147

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. A Coerência do Sistema Jurídico em Luhmann: uma proposta ao fechamento operacional e à abertura cognitiva da decisão judicial. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, v. 32, n. 62, p. 323-359, 2011.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. 1997.

CALDAS, Igor Lúcio Dantas Araújo. **Dos precedentes judiciais às súmulas vinculantes: análise da verticalização do poder e do discurso judicial padronizado**. 2013. 203 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo código de processo civil. **Revista do TRF3**, ano XXVII, n. 128, 2016.

CAPELETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A Expansão e a Legitimidade da" Justiça Constitucional". **Revista da Faculdade de Direito**, v. 1, n. 20, 2001.

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

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Mecanismos de resolução de demandas repetitivas no direito estrangeiro: um estudo sobre o procedimento-modelo alemão e as ordens de litígios em grupo inglesas. In: **Revista de Processo**.

_____. A falta de controle judicial da adequação da representatividade no incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). Revista Pensamento Jurídico, v. 7, n. 1, 2015.

COMISSÃO DE JURISTAS. **Novo código de processo civil.** Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

CUNHA, Marcelo Garcia da. Ações Coletivas. Diritto & Diritti, 2003. <https://www.diritto.it/materiali/straniero/dir_brasiliano/cunha.html#_ftn1>. Acesso em: 10 ago. 2018.

DE CARVALHO, NEWTON TEIXEIRA. Direito Processual Civil Brasileiro a partir de Liebman e após Fazzalari. **Cadernos da Ejef**

DE CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**| vol, v. 243, n. 2015, p. 283-331, 2015.

DE LIMA PANIZA, Alexandre. Democracia e contratualismo nas concepções de Hobbes e Rousseau: uma abordagem histórica. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 3, n. 1, p. 249-267, 2004.

DIDIER JR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: **Revista de processo**. 2011.

_____; MAZZEI, Rodrigo Reis. **Enunciados do fórum permanente de processualistas civis**. Vitória, maio de, 2015.

_____. Curso de direito processual civil: 1: introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. Juspodivm, 2015.

_____. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. Revista da Faculdade Mineira de Direito, v. 18, n. 36, p. 114-132, 2015.

DINAMARCO, Cândido R. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do Direito**: introdução à teoria geral do Direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica: norma jurídica e aplicação do Direito. Saraiva, 2008.

DWORKIN, Ronald**. Law's empire**. Harvard University Press, 1986.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual.** São Paulo: Bookseller, 2006. Tradução de Elaine Nassif.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos fundamentales**. In Los fundamentos de los derechos fundamentales, Madrid, Trotta, 2001.

_____; BOBBIO , Norberto. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Trotta,, 1998.

FIORATTO, Débora Carvalho; DE CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas. A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do estado democrático de direito. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 5, n. 5, 2010.

FOGAÇA, Mateus Vargas; FOGAÇA, Marcos Vargas. Sistema de precedentes judiciais obrigatórios e a flexibilidade do direito no novo código de processo civil. REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFMG, n. 67, p. 509-534, 2016.

FREITAS, Lorena. **O realismo jurídico como pragmatismo**: Acerca da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito. João Pessoa: Ed UFPB, 2015.

FRIEDE, Reis. **Ciência do Direito, Norma, Interpretação e Hermenêutica Jurídica.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. P. 141-142)

FUX, Luiz. [Presidente da Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal 379/2009] [et al]. **Anteprojeto do novo Código de Processo Civil**. Disponível em: [www.senado.gov.br]. Acesso em: 08.07.2018.

_____. O novo processo civil. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo,

v. 80, n. 4, p. 264-290, out./dez. 2014.

GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, v. 108, São Paulo, p.61-70, out./dez., 2002.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Aide Editora.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRINOVER, A. P. A ação civil púbica no STF. **Revista de Processo** nº 99. Jul/set de 2000.

_____. A defesa do meio ambiente em juízo como conquista da cidadania. **Revista CEJ**, Brasília, n. 9, p. 95-99, set./dez. 1999.

HÄBERLE, Peter; MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica constitucional:** a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e" procedimental" da constituição. SA Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: Entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. (Vol. 1).

_____. **Direito e Democracia**: Entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. (Vol. 2).

_____. **Teoría de la acción comunicativa**. Buenos Aires: Taurus, 1992. (Vol. 1). Madrid.

HESSE, Konrad; HECK, Luís Afonso. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. SA Fabris Editor, 1998.

HOBBES, Thomas. **Do cidadão**. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; MOTTA, Francisco José Borges. Direito e legitimidade em Jürgen Habermas/Law and legitimacy in Jürgen Habermas' work: contributions to the construction of a democratic judicial process. **REVISTA QUAESTIO IURIS**, v. 10, n. 3, p. 1537-1555, 2017.

HSIAO, Marcelo et al. Hannah Arendt-entre o passado e o futuro da política e do direito: autoridade, legitimidade, violência e poder. 2007.

JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. **Introdução Ao Estudo Do Direito:** Técnica, Decisão, Dominação. Editora Atlas SA, 2000.

_____. **O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?**. **Revista Usp**, n. 21, p. 12-21, 1994.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. **Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, vol. 9, nº 18, 1996.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. LeBooks Editora, 2018.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Universidade de Brasília, 1980.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. Revista da Faculdade de Direito UFPR, v. 49, 2009.

_____. Direito fundamental à duração razoável do processo. **Revista Jurídica**, n. 379, p. 12-13, 2009.

_____. O "problema" do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos. In: **Revista de Processo**. 2015. p. 399-419.

_____. Os precedentes na dimensão da segurança jurídica. **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, ano, v. 14, 2010.

_____. Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão. In: Revista de Processo. São Paulo, Revista dos Tribunais. 2012. p. 351-357.

_____. Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão. In: **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais. 2012. p. 351-357.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **NOVO CURSO DE PROCESSO CIVIL:** Volume 1 Teoria do Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do Sistema Jurídico. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 28, n. 112, p.13-32, out. 1991.

MEIRELES, Edilton. Do Incidente de resolução de demandas repetitivas no processo civil brasileiro. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Julgamento de Casos Repetitivos - vol. 10**. Salvador: Juspodivm, 2017. Cap. 3.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2016.

MONTESQUIEU, Charles de. 1748. **de l'esprit des lois**. Paris, Ernest Flammarion, Éditeur, 1995.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. Revista de Processo ,

São Paulo, v. 102; p. 228-237, abr.-jun. 2001.

_____. Reformas processuais e poderes do juiz. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 22, p. 58-72, 2003.)

MOTTA, Luiz Eduardo. Acesso à justiça, cidadania e judicialização no Brasil. ***Achegas.net***, Nº 36. Disponível em: http://www.achegas.net/numero/36/eduardo_36.pdf.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Forense, ed. 36, 2014.

NERY JR, Nelson. Condições da ação. **Revista de Processo** 64, São Paulo, 1991.

NUNES, Dierle et al. **Curso de direito processual civ**il: fundamentação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum.

_____. **Comparticipação e Policentrismo:** Horizontes para a democratização processual civil. 2008. 217 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Programa de Pós- graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.

PORTO, Sérgio Gilberto**. Sobre a common law, civil law e o precedente judicial.** Estudos de Direito Processual Civil em homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: RT, 2005.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. Saraiva, 2013.

RODRIGUES, Alinson; FREITAS, Lorena. Neoconstitucionalismo e o efeito vinculante no controle incidental de constitucionalidade realizado pelo STF. In: Rubén Miranda Gonçalves; Fábio da Silva Veiga; Catarina Santos Botelho. (Org.). **O direito actual e as novas fronteiras jurídicas no limiar de uma nova era**. 1ed.Porto: Universidade Católica Editora, 2017, v. 1, p. 667-689.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social e discurso sobre a economia política**. Tradução de Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. São Paulo: Hemus,

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. **Revista USP**, 2014, março/abril/maio, 101: 55-66.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. **Revista Critica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 21, p.11-44, nov. 1986.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Processo Coletivo do Trabalho**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris**, p. 113-146, 2009.

_____. Ubiqüidade constitucional: os dois lados da moeda. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de & SARMENTO, Daniel (coords**.). A Constitucionalização do Direito**: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 113-148, 2007.

SARTURI, Claudia Adriele. A Teoria dos Precedentes Judiciais e o novo código de Processo civil Brasileiro. Publicações da Escola da AGU, v. 9, n. 2, 2017.

SCALIA, Antonin. **A matter of interpretation: federal courts and the law**. New Jersey: Princeton University Press.

SEGADO, Francisco Fernández. Sir Edward Coke, El Bonham's Case y la Judicial Review. **Observatório da jurisdição constitucional**, n. 2, 2013.

SOARES, Guilherme. Elementos para a caracterização tridimensional da dogmática jurídica: o modelo Dreier-Alexy. **Seqüência: estudos jurídicos e políticos**, v. 22, n. 43, p. 69-88, 2001.

SOUSA, Francisco Pereira de. **O Discurso Habermasiano de Legitimação do Direito e da Política**. Brasília: Kiron, 2011.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.4. ed São Paulo: Saraiva, 2012.

TARUFFO, Michele. Precedente y jurisprudencia. Precedente. **Revista Jurídica**, p. 86-99, 2007.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo . A Súmula e sua Evolução no Brasil. Revista de Trimestral de Jurisprudência dos Estados, São Paulo, v. 179, ano 24, p. 15-34, nov./dez. 2000.

WATANABE, Kazuo. Política pública do poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 195, 2011b.

WEBER, Max. Ciência e política: duas vocações. Editora Cultrix, 2004.

_____. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. v. 1. Brasília: UnB, 1999.

_____. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Vol.2. Brasília: UnB, 2004