
INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: BREVES CONSIDERAÇÕES E COMPARATIVO COM O SISTEMA DE COMMON LAW

*RESOLUTION INCIDENT OF REPETITIVE DEMANDS: BRIEF
OBSERVATIONS AND COMPARISON WITH THE COMMON LAW
SYSTEM*

*Izabel Dourado de Medeiros
Procuradora Federal*

Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília – UnB

SUMÁRIO: Introdução; 1 Evolução histórica; 1.1 O homem e sua incansável busca por isonomia; 1.2 A Constituição Federal de 1988, um marco na história do direito brasileiro; 2 A constitucionalização do novo processo civil brasileiro; 3 O novo sistema brasileiro e a *common law*; 3.1 O incidente de resolução de demandas repetitivas; 3.2 O sistema de *civil law*; 3.3 O sistema de *common law* inglês e americano; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo a análise do incidente de resolução de demandas repetitivas, o esclarecimento do contexto constitucional em que surge o incidente e a elaboração de um breve comparativo com o sistema de *common law*.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalização do Processo Civil Brasileiro. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Common Law.

ABSTRACT: This article makes an analyze of the resolution incident of repetitive demands, clarifies the constitutional context in which it appears and prepares a brief comparison with the common law system.

KEYWORDS: Constitutionalisation of The Brazilian Civil Procedure. Resolution Incident of Repetitive Demands. Common Law.

INTRODUÇÃO

O processo civil é instrumento de resolução da maioria dos conflitos da humanidade.

No afã de modernizar a ideia de processo civil, o Senado Federal instituiu uma Comissão de Juristas, através do Ato 379, de 30 de setembro de 2009, sob a presidência do Ministro Luiz Fux e relatoria de Teresa Arruda Alvim Wambier, para elaboração de um novo código, mais condizente com a realidade político-jurídica, econômica e social brasileira.

O Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil passou, então, a ser discutido em audiências públicas Brasil afora, vindo a sofrer aperfeiçoamento decorrente desses debates presenciais e da apreciação de várias sugestões recebidas via *internet*.

Enviado à Câmara dos Deputados, após várias modificações e aprovação da emenda substitutiva aglutinativa global, seguiu-se a votação e aprovação da redação final assinada pelo relator, Deputado Paulo Teixeira, consolidou-se o Projeto de Lei nº 8046-B/2010¹.

O conteúdo do Projeto revela quão rica é a laboriosa atividade da Comissão e também atíça a curiosidade de todo o meio jurídico e acadêmico.

O viés de processo constitucionalizado, a releitura de antigos institutos e a criação de novos meios de resolução de demandas revelam a importância da proposição.

O presente trabalho tem, portanto, como objetivo geral a análise do incidente de resolução de demandas repetitivas, instituto jurídico novo para o processo civil brasileiro, que possivelmente será introduzido

1 Fonte: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>. Acesso:06 abr. 2014.

em nosso ordenamento através do Projeto de Novo Código de Processo Civil e que pretende distribuir a justiça de forma igualitária para casos postos em juízo sob as mesmas bases.

Os objetivos específicos consistem em esclarecer o contexto constitucional em que surge o incidente, situar historicamente o caminho percorrido pelo processo civil brasileiro até a sua proposição, expor o marco teórico capaz de fundamentar sua proposição, analisar o incidente em si e seu procedimento, assim como traçar em breves linhas um comparativo com o mais antigo sistema de precedentes conhecido, a *common law*.

A metodologia adotada consistiu na pesquisa documental e bibliográfica nacional acerca do tema.

Como o tema é novidade processual, não havendo ainda como realizar-se estudo de caso que utilize concretamente o instituto investigado, o trabalho está fundamentado em pesquisa bibliográfica de forma qualitativa, na doutrina nacional, baseado em leituras de livros, artigos acadêmicos, material existente na *internet* sobre o tema central e os temas afins à tese.

A pesquisa documental foi realizada a partir da investigação da legislação constitucional e infraconstitucional vigente, confrontando-se os dados delas decorrentes, para submetê-las a uma posterior análise crítica.

A par do exposto, foram confrontados os dados decorrentes das pesquisas bibliográfica e documental, visando-se a contextualização do tema, exposição de sua evolução histórica no direito processual civil brasileiro e abordagem do próprio instituto.

A importância do estudo do incidente de resolução de demandas repetitivas salta aos olhos diante das constantes reclamações dos jurisdicionados frente à disparidade de tratamento dada às lides postas em juízo sob os mesmos fundamentos.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A busca pela concretização do valor justiça parece não ter fim. Essa afirmação pode ser facilmente confirmada pelos crescentes números de demandas propostas perante o Poder Judiciário².

Nesse contexto, deseja o cidadão, independentemente da classe social e da disponibilidade para financiar os gastos de um processo, a entrega de prestação jurisdicional que lhe confira maior grau possível de confiabilidade e segurança jurídica.

2 Fonte: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/26625-numero-de-processos-em-tramite-no-judiciario-cresce-10-em-quatro-anos>. Acesso: 02 mar.2014.

1.1 O homem e sua incansável busca por isonomia

Com efeito, o cidadão confia ao Estado a resolução de um conflito diante do qual se encontra completamente impotente.

Porém, as pesquisas demonstram que o brasileiro está insatisfeito com o Poder Judiciário, pois entende que há disparidade de tratamento em razão da classe social e de fatores étnicos, fixando-se o índice de confiabilidade da sociedade no Poder Judiciário em 34% em 2013.³

Outro dado preocupante e que reforça a situação de desconfiança é a entrega de prestações jurisdicionais díspares em casos de demandas postas sob as mesmas bases fáticas e legais, fenômeno comum, resultante da intensa massificação das lides.

Esses problemas, entre outros, aliados à necessidade de empregar-se uma gestão muito mais constitucionalizada do processo deram origem a estudos com o objetivo de modernizar-se toda a estrutura do processo civil brasileiro a partir da promulgação de um Novo Código de Processo Civil.

A possível promulgação do Projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil, PL 8.046/2010, trará uma profunda mudança de paradigma.

Um dos institutos que será introduzido no ordenamento jurídico brasileiro é o incidente de resolução de demandas repetitivas.

O incidente é inspirado no *Musterverfahren*⁴ do direito alemão que gera decisão que serve de modelo (=Muster) para uma quantidade expressiva de processos em que as partes estejam na mesma situação. Nesse ponto, cabe o esclarecimento que o presente trabalho não tratará da comparação com o instituto do direito alemão, mas da breve comparação com o sistema de *common law* praticado na Inglaterra e nos Estados Unidos.

A afronta ao princípio constitucional da isonomia com a produção de decisões judiciais diametralmente conflitantes sobre o mesmo tema deixa clara a ineficiência da constitucionalização do processo civil a partir das minirreformas introduzidas no diploma atualmente em vigor.

Na lição de Teresa Arruda Alvim Wambier, processualista e relatora da comissão de juristas instituída pelo Presidente do Senado Federal, destinada a elaborar o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil:

No Brasil, enfrentamos o problema do excesso de casos em que há diversidade de interpretação da lei num mesmo momento histórico, o

3 Site do Conselho Nacional de Justiça – CNJ. <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/26994:metas-ainda-nao-se-traduziram-em-aumento-de-confianca-mas-populacao-continua-contando-com-o-poder-judiciario-afirma-pesquisador>

4 Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>.

que compromete a previsibilidade e a igualdade. Há juízes de primeira instância e tribunais de segundo grau que decidem reiteradamente de modo diferente questões absolutamente idênticas.

Estas divergências existem também no âmbito dos tribunais superiores: entre eles – STJ e STF – e entre seus órgãos fracionários. Isto ocorre em relação ao STJ, que tem maior número de órgãos fracionários.

O fato de estas divergências existirem também no plano dos tribunais superiores, na verdade, impede que suas decisões desempenhem o papel de norte, de orientação para os demais órgãos do Judiciário.

Além disso, enfrenta-se também, no Brasil, um outro fenômeno indesejável, consistente na frequente alteração brusca da orientação dominante nos tribunais superiores⁵.

Para Luiz Henrique Volpe Camargo:

No Brasil, diferentemente do que acontece especialmente nos países que adotam o sistema anglo-saxônico (common law), ainda não existe o sentimento geral de que o Poder Judiciário, como instituição da República e intérprete da lei, deva dar tratamento uniforme aos jurisdicionados que sejam partes de processos distintos, onde se discutem idênticas questões.

Muito já avançou para alterar essa realidade.

Não obstante isso, ordinariamente, o resultado dos processos ainda se define pelo setor de distribuição, isto é, depende da sorte ou azar – para utilizar expressos coloquiais – de o processo “cair” com este ou aquele juiz, ou de o recurso ser sorteado para esta ou aquela turma, para este ou aquele relator⁶.

1.2 A Constituição Federal de 1988, um marco na história do direito brasileiro

A inauguração de uma nova ordem constitucional no Brasil a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 instituiu uma mudança de paradigma gradual no ordenamento jurídico brasileiro.

A Constituição Cidadã, nascida com o desiderato de espriar sua força normativa para todo o ordenamento jurídico brasileiro, tem como pilar a teoria dos direitos fundamentais, com primazia do princípio da dignidade da pessoa humana.

Notadamente, a Constituição Federal de 1988 foi instrumento de redemocratização do Brasil, levando-se em consideração o contexto histórico e político em que inserida, enfatizando-se a democracia e o princípio da isonomia material em seu texto.

5 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coordenadora). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 36.

6 *Ibidem*, p. 554.

Mas a própria história demonstrou que a simples entrada em vigor de um novo texto constitucional não seria suficiente para causar um impacto automático que garantisse a imediata mudança de mentalidade no pensamento de doutrinadores, juristas e da comunidade em geral.

Ao contrário, a aplicação dos novos princípios constitucionais no âmbito do processo civil, por exemplo, praticado a luz do Código Buzaid, Lei nº 5.869, de 17 de janeiro de 1973, instituído em plena ditadura militar, foi bastante lenta.

O contexto da ciência do direito no Brasil naquela ocasião (1988) foi o ponto de partida para o desenvolvimento de teorias acerca da aplicação desses princípios para além do texto constitucional.

A atribuição de força normativa ao texto constitucional, que não se resumiria mais a meras pretensões futuras, a ideia de supremacia constitucional, a construção de uma jurisdição constitucional e a modernização da interpretação constitucional sugeriam a constitucionalização do ordenamento jurídico como um todo.

No dizer de Luís Roberto Barroso:

Nos Estados de democratização mais tardia, como Portugal, Espanha e, sobretudo, o Brasil, a constitucionalização do Direito é um processo mais recente, embora muito intenso. Verificou-se, entre nós, o mesmo movimento translativo ocorrido inicialmente na Alemanha e em seguida na Itália: a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico. A partir de 1988, e mais notadamente nos últimos cinco ou dez anos, a Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. Com grande ímpeto, exibindo força normativa sem precedente, a Constituição ingressou na paisagem jurídica do país e no discurso dos operadores jurídicos⁷.

O processo civil, por consequência, deveria encontrar soluções para tornar sua produção e aplicação menos privatista e individualista.

Assim é, que passados vinte e cinco anos da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, observamos uma lenta constitucionalização do direito processual civil pátrio, a ponto de se perceber que a colcha de retalhos em que se transformou o Código de Processo Civil vigente não favoreceria a sua constitucionalização.

As minirreformas do Código de Processo Civil constituíram importantes avanços para simplificação da sistemática processual, porém, o aumento demasiado do quantitativo das demandas, a ânsia do jurisdicionado por celeridade com eficiência e a necessidade de criação de

7 BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>. Publicado em 11/2005. Acesso em: 02 ago. 2013.

novos instrumentos de gestão do processo trouxeram novos desafios à distribuição da justiça.

Um dos pontos comumente discutidos é o caráter eminentemente privado e individualista da lei processual civil, que findou abrindo possibilidade para tratamentos díspares em casos idênticos, o que diminuiu consideravelmente o nível de confiabilidade do cidadão em relação à prestação jurisdicional.

A necessidade de dar-se tratamento igualitário a casos postos em juízo sob as mesmas bases legais começou a fazer sentido e o legislador reformador tratou de produzir algumas transformações no Código de Processo Civil e na Constituição Federal.

A Emenda Constitucional nº 45 de 2004 criou a súmula vinculante a partir do disposto no artigo 103-A da Constituição com o objetivo de dirimir de forma igualitária conflitos constitucionais.

Posteriormente, a Lei nº 11.417/2006 trouxe a possibilidade de alteração dos enunciados disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal.

Com as edições das Leis nº 8.437/1992 e 12.016/2009 passou-se a disciplinar sobre liminares cujos objetos sejam idênticos.

A sentença de improcedência *prima facie*, prevista no art. 285-A, instituído pela Lei nº 11.277/2006, criou um sistema de precedentes do próprio juízo sempre que uma lide repetitiva fosse proposta.

Outras mudanças foram introduzidas, como a previsão do incidente de uniformização da jurisprudência no art. 476; a conveniência de prevenir ou compor divergência entre turmas ou câmaras do mesmo tribunal com remessa do feito para julgamento pelo órgão colegiado, disposta no art. 555, introduzido pela Lei nº 10.352/2001; e a previsão do julgamento por amostragem bem como a repercussão geral, previstos no art. 543 e seus desdobramentos, incluídos pela Lei nº 11.672/2008.

O esforço legislativo para a distribuição de uma justiça mais igualitária é bastante claro, porém, os resultados obtidos não se coadunam com as exigências do Estado Constitucional de Direito.

É nesse contexto que surge a ideia de um Novo Código de Processo Civil, exatamente pela percepção de que as reformas do Código Buzaid não são suficientes para atualizá-lo ao contexto constitucional da atualidade.

Estruturado, pensado e estudado por uma comissão de juristas, assim como debatido pela sociedade em audiências públicas realizadas país afora, o Projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil, PL 8.046/2010 do Senado Federal, pretende por o processo civil em consonância com o espírito da Constituição Federal de 1988.

Mais especificamente em relação ao tema em foco, pretende dar uma resposta isonômica às lides postas em juízo, sob as mesmas bases legais, assim como manter a segurança jurídica aumentando o grau de confiabilidade do cidadão na justiça com a introdução no ordenamento jurídico nacional do incidente de resolução de causas repetitivas.

O presente estudo parte, portanto, de uma perspectiva pós-positivista e neoconstitucionalista que tem como marco teórico a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 para analisar os prós e os contras de um instituto processual novo no cenário jurídico nacional e que se propõe a resolver problema que se coloca como um dos principais desafios do processo civil brasileiro do século XXI.

2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO NOVO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Antes do exame do tema em questão é importante situar o leitor no espírito do Projeto de Novo Código de Processo Civil.

O incidente de resolução de demandas repetitivas surge dentro de um contexto completamente novo.

O PL 8046/2010 propõe várias inovações que interferirão na forma de se pensar sobre o processo e também na forma de aplicar-se, vivenciar-se e sentir-se o processo civil no Brasil.

O Novo Código de Processo Civil, caso venha a ser aprovado, prevê nos artigos 1º a 12 as normas fundamentais do processo civil, atribuindo claramente força normativa aos princípios ali elencados implícita ou explicitamente.

A maioria desses princípios está efetivamente prevista na Constituição não havendo novidades, pelo menos terminológicas, dignas de menção. Porém, sua reprodução aliada ao posicionamento conferido no Novo Código de Processo Civil, precedente a todas as demais disposições, *deve ser interpretada como reafirmação do compromisso com a constitucionalização do processo civil e com o modelo de processo equo e giusto de que nos falam Comoglio, Ferri e Taruffo*⁸.

Certamente, a lei não deve conter palavras inúteis, razão pela qual resta claro o esforço por uma mudança na perspectiva da interpretação da lei processual civil, indispensável à aplicação do NPCP, pois, *se é certo que a visão constitucional do processo civil não é propriamente uma inovação – Couture, Cappelletti e Ada Pellegrini Grinover já se preocupavam com o tema muito antes de 1988 – não menos exato é que a ênfase dada à matéria na legislação projetada é digna dos maiores encômios*⁹

8 LOPES, João Batista. Futuro CPC: breves anotações sobre a parte geral. *Revista de Processo*, v. 214, p. 219, dez./2012. DTR\2012\450920.

9 Ibidem, p. 219.

Na verdade, a leitura que se faz do direito processual civil brasileiro no NCPC é completamente inovadora.

A adoção do princípio democrático como pilar do processo civil doravante introduz em nosso ordenamento o diálogo processual e não apenas a dialética processual dos tempos atuais.

O diploma dispõe expressamente que ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência (art. 6º).

Resguardar e promover o princípio da dignidade da pessoa humana no NPCP significa afastar entraves processuais em homenagem à resolução do *meritum causae*.

Essa orientação é claramente esposada em alguns dispositivos do novo diploma, como no § 2º do art. 951, segundo o qual, reconhecida a necessidade de produção de prova, o relator converterá o julgamento em diligência para a instrução, que se realizará no tribunal ou em instância inferior, decidindo-se o recurso após cumprida a diligência; o § 3º do mesmo artigo prevê que o tribunal poderá determinar tais providências quando não indicadas pelo relator.

Outro exemplo da primazia do julgamento de mérito é encontrado no parágrafo único do art. 945 o qual dispõe que antes de considerar inadmissível o recurso o relator concederá o prazo de cinco dias ao recorrente para que seja sanado o vício ou complementada a documentação exigível, regra plenamente aplicável ao agravo de instrumento por disposição expressa do § 3º do art. 1030.

No NCPC, os princípios constitucionais do devido processo legal e do contraditório são interpretados de forma a maximizar-se sua aplicação, induzindo-se a estruturação da noção de processo cooperativo, *originada no direito processual português o qual encampa a expressão princípio da colaboração como maneira de obter com brevidade e eficácia a justa composição de litígio*¹⁰, impondo deveres de cooperação às partes, mas também ao magistrado, subdivididos em deveres de esclarecimento, de prevenção, de consulta e de auxílio.

Os deveres de esclarecimento são recíprocos. Tem o magistrado o dever de se esclarecer sobre fatos ou questões de direito que entenda pouco claras nos autos e a parte tem o dever de prestar esses esclarecimentos.

O dever de prevenção consiste na conduta do magistrado em solicitar às partes o aperfeiçoamento de suas alegações ou pedidos.

O dever de consulta traduz abertura radical do sistema processual civil brasileiro. Segundo esse princípio, o juiz deve ouvir as partes acerca

10 MACEDO, Elaine Harzheim; MACEDO, Fernanda dos Santos. O direito processual civil e a pós-modernidade. *Revista de Processo*, v. 204, p. 351. fev./2012. DTR2012/65.

de matéria de fato ou de direito, mesmo que se trate de matéria de ordem pública, apreciável de ofício, antes de proferir qualquer decisão sobre a questão. Sim, o objetivo dessa previsão legal seria evitar as decisões surpresa.

O dever de consulta, aliado aos demais deveres impostos ao magistrado, instaura um efetivo diálogo legitimador da elaboração da decisão judicial que abandona o caráter autoritário e solitário de então para assumir uma postura cooperativa e politizada, revelada pela atividade conjunta instaurada entre o juiz e as partes, consectário do princípio democrático constitucionalmente previsto.

Percebe-se, claramente, uma mudança de atitude. A interpretação do Novo Código de Processo Civil se livra da clausura interpretativa praticada na vigência do Código Buzaid, instituído em plena ditadura militar.

Essa abertura interpretativa confere ao julgador, por exemplo, o dever de conceder à parte a oportunidade para, se possível, corrigir o vício antes de proferir sentença sem resolução de mérito.

O dever de auxílio consiste no dever do juiz de auxiliar as partes na eliminação de obstáculos para demonstração do direito alegado ou para fruição dos próprios direitos processuais a si inerentes.

Pelo visto, cria vida a nova interpretação, que o próprio diploma em gestação pretende instituir, de “antigos” princípios constitucionais aplicáveis ao processo civil, interpretação essa que nem os juristas mais descolados na atualidade ousariam propor efetivamente como profissionais do direito nos processos em que atuam.

A verdade é que o novo sempre assusta e obviamente traz dissabores a todos quantos não desejem mudar de atitude.

O processo democrático ou cooperativo, como queira, terá pouca efetividade para um magistrado de perfil autoritário, que relute em dar-lhe a devida aplicação, mas para isso estão aí os mecanismos de controle e a atuação das partes.

Perceba-se que todos esses deveres não retiram a imparcialidade do juiz tendo em vista que no diálogo intersubjetivo os deveres do juiz se direcionam a ambas as partes consagrando-se a isonomia.

E não poderia ser diferente, porquanto a previsão do incidente de resolução de demandas repetitivas no Novo Código de Processo Civil atribui maior peso à atividade jurisdicional, tornando-se imprescindível forjar uma nova mentalidade para a magistratura, muito mais democrática.

O princípio do processo cooperativo¹¹ (artigos 8º a 10), portanto, embora decorrente do Estado Democrático e Constitucional, assim

11 Lembrando, ainda, a raiz portuguesa dessa corrente, o princípio da cooperação é espécie normativa que estabelece um fim a ser atingido, no caso, o processo cooperativo, diálogo, leal. Enfatiza a influência

como dos princípios do devido processo legal e do contraditório é um princípio inovador no Brasil e instaurador de um novo olhar sobre o direito processual civil brasileiro.

O artigo 12 do NCPC também traz inovação ao processo civil. Trata-se de um princípio de precedência que institui direitos para as partes e deveres para o juiz e a secretaria do juízo.

Esse princípio institui uma ordem cronológica para prolação de sentenças e acórdãos e determina a publicização da lista de processos aptos para julgamento, quer dizer, dos processos em que a instrução esteja encerrada, na secretaria do juízo e na rede mundial de computadores. O espírito desse princípio é claramente tornar mais justa e isonômica a tramitação processual de forma a evitar que possa o magistrado ou qualquer servidor do juízo influenciar na celeridade processual. Institui, ainda, maior transparência, oportunizando as partes uma maior fiscalização sobre a tramitação de seus processos.

3 O SISTEMA BRASILEIRO E A COMMON LAW

O movimento de constitucionalização do ordenamento jurídico apoiado na filosofia do pós-positivismo muito contribuiu para que o Brasil, assim como as potências ocidentais (essas com uma certa antecedência), começassem a repensar seu mecanismos democracia.

A constitucionalização da ordem jurídica nacional tem início apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Esse movimento já tomava corpo na Europa após a Segunda Guerra Mundial.

O sistema brasileiro, tradicionalmente calcado na *civil law*, tem origem no direito romano e é baseado na produção legislativa.

Porém, iniciou-se no Brasil um movimento de aproximação ao sistema americano de *common law* em que o precedente judicial é fonte formal do direito.

Esse movimento é introduzido no Brasil através da ideia de supremacia constitucional e da possibilidade de aplicação da norma constitucional ao caso concreto, modificando-se a mentalidade de que a Constituição consistiria num documento formal e meramente programático para conferir-se força normativa a seus princípios.

Doravante a Constituição não seria apenas uma proposta, mas uma lei, a lei maior (*higher law*) a ser aplicada diretamente ao caso concreto.

do princípio da boa-fé e da cooperação obrigacional, pois o princípio da cooperação consiste em um subprincípio derivado do princípio da boa-fé. Ademais, merece registro que, no direito português, o princípio da cooperação é uma cláusula geral que concretiza um novo modelo equitativo de direito, independentemente de regras jurídicas específicas. MACEDO; MACEDO, op. cit., p. 351.

É exatamente a ideia de supremacia da Constituição que traz como consequência a valorização da atividade jurisdicional e a necessidade de pacificação isonômica das demandas levadas a juízo.

Nas palavras de Patrícia Perrone Campos Melo:

Simultaneamente, em virtude de sua estrutura analítica, a nova Carta constitucionalizou diversas matérias e contemplou, em seu texto, um grande rol de direitos fundamentais os quais sob o influxo das teorias hermenêuticas pós-positivistas antes referidas, permitiram a afirmação aqui das ideias: a) de normatividade dos princípios; b) de solução de antinomias, através da técnica da ponderação de valores e do princípio da razoabilidade; c) de recurso à argumentação; e d) do reconhecimento da eficácia irradiante da Constituição sobre todo o ordenamento, ensejando uma releitura do conteúdo das normas infraconstitucionais dos mais variados ramos, à luz de seus valores, e conferindo função essencial à jurisprudência em tal tarefa¹².

Progressivamente, passam os legisladores e os doutrinadores a valorizar mais a atividade jurisdicional. A questão da interpretação das normas constitucionais exerce papel fundamental sobre essa mudança de comportamento, abrindo clareiras que possibilitaram não apenas a constitucionalização do processo, mas a forma de se pensar em processo, o que facilitaria a estruturação de um novo processo civil e também a imaginação de um sistema de precedentes para o Brasil.

3.1 O incidente de resolução de demandas repetitivas

O procedimento do incidente de resolução de demandas repetitivas passou por várias modificações, vindo a aperfeiçoar-se após a aprovação da emenda aglutinativa substitutiva global pela Câmara dos Deputados, em 26/03/2014¹³.

Está situado nos artigos 988 a 999 do PL nº 8046/2010, no Livro III, intitulado Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais, Título I, Da Ordem dos Processos e dos Processos de Competência Originária dos Tribunais, Capítulo VII, Do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

De fato, como a própria topologia sugere, será suscitado perante tribunal de justiça ou tribunal regional federal, em cuja circunscrição tramita o processo originário.

São requisitos de admissibilidade, a existência de risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, assim como a efetiva repetição

12 MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes – o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 57.

13 <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>

de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito.

Aqui está o grande diferencial do incidente, ele é instrumento hábil a dirimir controvérsia unicamente de direito quando houver repetição de lides postas sob as mesmas bases em determinado momento histórico.

A limitação da competência do tribunal *ad quem* ao conhecimento e julgamento de questões apenas de direito garante o respeito ao princípio do juiz natural. O juízo *a quo*, em que a lide foi proposta originariamente, julgará a causa, proferindo sentença, após a fixação da tese pelo tribunal, não se verificando supressão de instância.

Com efeito, o incidente não pode ser instaurado de forma independente, ele estará sempre condicionado à existência de uma lide instaurada perante o juízo *a quo* em que se discuta a questão de direito repetitiva.

O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente do tribunal.

A legitimidade para propositura é de qualquer uma das partes no processo originário, do Ministério Público, da Defensoria Pública, pessoa jurídica de direito público ou associação cuja finalidade institucional inclua a defesa do interesse ou direito objeto do incidente, por petição; ou do relator, em caso de recurso interposto, ou do colegiado do tribunal, esses últimos através de ofício.

A petição ou o ofício serão instruídos com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente.

Quando o Ministério Público não for o requerente, atuará obrigatoriamente como custos legis. Portanto, haverá atuação do *parquet* em todos os incidentes.

O abandono ou a desistência do incidente não excluirá o julgamento do mérito. Nesses casos, o Ministério Público assumirá sua titularidade.

A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez presente o pressuposto antes considerado inexistente, seja o incidente novamente suscitado.

Perceba-se que é incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.

Essa afetação será de recurso especial ou recurso extraordinário, cujo julgamento pacificará a questão repetitiva relacionada à lei federal e/ou à Constituição. Tratando-se, portanto, de julgamento de tribunal de instância superior, na análise de ofensa de lei federal ou da Constituição Federal, a decisão colegiada irradiará efeitos para o país inteiro, não

havendo que se falar no cabimento do incidente de resolução de demandas repetitivas.

No incidente não há exigência de pagamento de custas processuais.

A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.

Os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro.

Para possibilitar a identificação das causas das teses jurídicas constantes do cadastro, a informação conterá, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados.

Aplica-se a necessidade de manutenção de igual cadastro ao julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário.

Após a distribuição, o órgão colegiado competente para julgar o incidente procederá ao seu juízo de admissibilidade, considerando a presença de seus pressupostos, quais sejam a efetiva repetição de demandas cuja questão de direito se pretende dirimir, risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Admitido o incidente, o relator suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no estado ou na região, conforme o caso; poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, que as prestarão no prazo de quinze dias; intimará o Ministério Público para, querendo, manifestar-se no prazo de quinze dias.

A suspensão dos processos pendentes será comunicada aos juízes diretores dos fóruns de cada comarca ou seção judiciária, por ofício.

Durante a suspensão, o pedido de tutela de urgência deverá ser dirigido ao juízo onde tramita o processo suspenso.

O interessado pode requerer o prosseguimento do seu processo, demonstrando a distinção do seu caso, nos termos do art. 521, § 5º; ou, se for a hipótese, a suspensão de seu processo, demonstrando que a questão jurídica a ser decidida está abrangida pelo incidente a ser julgado.

Interessante transcrever o texto do dispositivo legal acima mencionado que prevê o mecanismo de distinção:

O precedente ou jurisprudência dotado do efeito previsto nos incisos do caput deste artigo poderá não ser seguido quando o órgão jurisdicional distinguir o caso sob julgamento, demonstrando fundamentadamente se

tratar de questão particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa¹⁴.

Nesses casos, o requerimento deve ser dirigido ao juízo onde tramita o processo originário. A decisão do juízo *a quo* que negar o requerimento é impugnável por agravo de instrumento.

Admitido o incidente, suspender-se-á a prescrição das pretensões nos casos em que se repete a questão de direito.

O julgamento do incidente caberá ao órgão do tribunal que o regimento interno indicar.

Essa previsão está de acordo com a Constituição Federal, não cabendo à lei disciplinar a competência dos tribunais.

Deve-se, porém, observar o disposto no art. 97 da Constituição, segundo o qual *somente pelo voto da maioria absoluta dos seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público*¹⁵.

A previsão constitucional da cláusula de reserva de plenário para o julgamento de questões constitucionais no âmbito órgãos colegiados gerou a publicação da Súmula Vinculante nº 20 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência no todo ou em parte¹⁶.

Diante do comando constitucional, a competência será do plenário ou do órgão especial do tribunal quando houver arguição de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, em controle difuso.

O órgão indicado para processamento do incidente deve possuir, dentre as suas atribuições, competência para editar enunciados de súmula.

Sempre que possível, o órgão competente deverá ser integrado, em sua maioria, por desembargadores que componham órgãos colegiados com competência para o julgamento da matéria discutida no incidente.

O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de quinze dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de

14 BRASIL. *Anteprojeto do Código de Processo Civil*. Fonte: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2014.

15 BRASIL. *Constituição Federal*. Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 fev. 2014.

16 Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1216>. Acesso em: 06 abr. 2014.

direito controvertida; em seguida, no mesmo prazo, manifestar-se-á o Ministério Público.

A previsão de ouvida dos *demais interessados* com interesse na controvérsia é confirmação da aplicação do princípio democrático ao incidente de resolução de demandas repetitivas.

Parece que será um dever do colegiado conceder a participação do *amicus curiae* não havendo previsão expressa de recurso em caso de negativa jurisdicional. Da decisão que deferir a participação não caberá recurso por manifesta ausência de prejuízo, tendo em vista que a participação apenas amplia e enriquece o debate.

O *amicus curiae*, portanto, poderá juntar documentos e requerer diligências.

Ainda com o objetivo de instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria.

Concluídas as diligências, o relator solicitará dia para o julgamento do incidente.

No julgamento, feita a exposição do objeto do incidente pelo relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao autor e ao réu do processo originário, e ao Ministério Público, pelo prazo de trinta minutos, para sustentar suas razões.

Considerando o número de inscritos, o órgão julgador poderá aumentar o prazo para sustentação oral.

Em seguida, os demais interessados poderão manifestar-se no prazo de trinta minutos, divididos entre todos, sendo exigida inscrição com dois dias de antecedência. Havendo muitos interessados, o prazo poderá ser ampliado, a critério do órgão julgador.

Portanto, o *amicus curiae* também pode fazer sustentação oral.

O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida.

Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada 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.

As Turmas Recursais dos Juizados Especiais estaduais e federais não tem competência para processamento e julgamento do incidente.

Essa previsão encerra uma orientação muito interessante. É de conhecimento geral que a Lei nº 10.259/2001 disciplina o microsistema dos Juizados Especiais Federais.

Ocorre que na estrutura recursal dos Juizados Federais existe instrumento de pacificação de demandas com a finalidade precípua de gerar a estabilidade do sistema e a uniformização do entendimento das Turmas Recursais.

Esse instrumento é o pedido de uniformização de jurisprudência, cujo comando normativo é transcrito:

Art. 14. Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei.

§ 1º O pedido fundado em divergência entre Turmas da mesma Região será julgado em reunião conjunta das Turmas em conflito, sob a presidência do Juiz Coordenador.

§ 2º O pedido fundado em divergência entre decisões de turmas de diferentes regiões ou da proferida em contrariedade a súmula ou jurisprudência dominante do STJ será julgado por Turma de Uniformização, integrada por juízes de Turmas Recursais, sob a presidência do Coordenador da Justiça Federal.

§ 3º A reunião de juízes domiciliados em cidades diversas será feita pela via eletrônica.

§ 4º Quando a orientação acolhida pela Turma de Uniformização, em questões de direito material, contrariar súmula ou jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça -STJ, a parte interessada poderá provocar a manifestação deste, que dirimirá a divergência.

§ 5º No caso do § 4º, presente a plausibilidade do direito invocado e havendo fundado receio de dano de difícil reparação, poderá o relator conceder, de ofício ou a requerimento do interessado, medida liminar determinando a suspensão dos processos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

§ 6º Eventuais pedidos de uniformização idênticos, recebidos subsequentemente em quaisquer Turmas Recursais, ficarão retidos nos autos, aguardando-se pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça.

§ 7º Se necessário, o relator pedirá informações ao Presidente da Turma Recursal ou Coordenador da Turma de Uniformização e ouvirá o Ministério Público, no prazo de cinco dias. Eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de trinta dias.

§ 8º Decorridos os prazos referidos no § 7º, o relator incluirá o pedido em pauta na Seção, com preferência sobre todos os demais feitos, ressalvados os processos com réus presos, os habeas corpus e os mandados de segurança.

§ 9º Publicado o acórdão respectivo, os pedidos retidos referidos no § 6º serão apreciados pelas Turmas Recursais, que poderão exercer juízo de retratação ou declará-los prejudicados, se veicularem tese não acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça.

§ 10. Os Tribunais Regionais, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, no âmbito de suas competências, expedirão normas regulamentando a composição dos órgãos e os procedimentos a serem adotados para o processamento e o julgamento do pedido de uniformização e do recurso extraordinário¹⁷.

Nota-se que o texto do Novo Código de Processo Civil adotou a melhor posição quando previu que as Turmas Recursais dos juizados especiais estaduais e federais não tem competência para processamento e julgamento do incidente.

Caso as Turmas tivessem competência para o julgamento e processamento do incidente, estariam completamente esvaziados os pedidos de uniformização regional e nacional.

Logicamente, é possível que se dê o gradual esvaziamento do pedido de uniformização, porém isso não acontecerá de maneira imediata em razão do grande número de pedidos de uniformização já afetados e aptos a julgamento.

A celeridade dos Juizados Federais garantirá a sobrevida do recurso específico, assim como a incomunicabilidade dos dois sistemas.

As partes litigantes nos Juizados recorrem dentro do sistema do Juizado, porém estão sujeitas à suspensão do processo prevista no Novo Código de Processo Civil, quando da interposição do incidente de demandas repetitivas, tendo em vista que o dispositivo regulador da suspensão não faz distinção entre demandas propostas perante a Justiça Comum ou perante o Juizado.

A tese jurídica adotada pelo tribunal será aplicada, também, aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do respectivo tribunal, até que esse mesmo tribunal a revise.

É importante ressaltar que a decisão do tribunal não produz coisa julgada, sua eficácia é limitada aos casos idênticos ocorridos sob determinado contexto fático e jurídico e questionados perante o judiciário sob os mesmos fundamentos.

A decisão prolatada no incidente tem caráter *rebus sic stantibus*, como na ação de alimentos. A alteração superveniente dos fatos ou a superveniência de lei regulando a questão de forma diferente exigirá sua revisão.

Ressalte-se que se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão ou à agência reguladora competente para fiscalização do efetivo cumprimento da decisão por

17 BRASIL. Lei nº 10.259/2001. Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm. Acesso em: 28 mar. 2014.

parte dos entes sujeitos a regulação. Essa previsão tem potencial para trazer grandes benefícios as partes, inclusive aos consumidores.

O tribunal, de ofício, e os legitimados para sua propositura, poderão pleitear a revisão da tese jurídica no casos de superação da decisão, observando-se, no que couber, o disposto no art. 521, §§ 6º a 11 do Novo Código de Processo Civil.

Contra a decisão que julgar o incidente caberá recurso especial ou recurso extraordinário, conforme o caso.

Se houver recurso e a matéria for apreciada, em seu mérito, pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, a tese jurídica firmada será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem no território nacional.

O incidente será julgado no prazo de um ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*.

Superado o prazo de um ano para julgamento, cessa a suspensão dos processos que veiculam a questão repetitiva suscitada, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário.

Visando à garantia da segurança jurídica, qualquer legitimado poderá requerer ao tribunal competente para conhecer de recurso extraordinário ou recurso especial a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado.

Independentemente dos limites da competência territorial, a parte em processo em curso no qual se discuta a mesma questão objeto do incidente é legitimada para requerer a providência que suspenderá todos os processos em tramite no país em que se discuta a mesma questão.

Cessa a suspensão a que se refere o *caput* se não for interposto recurso especial ou recurso extraordinário contra a decisão proferida no incidente.

Nesse caso, a decisão do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal será aplicada no âmbito de sua circunscrição, inclusive alcançando as respectivas turmas recursais, não logrando o incidente espriar efeitos por todo o território nacional como seria comum no caso de julgamento de recurso especial ou recurso extraordinário.

O recurso especial ou extraordinário interposto contra a decisão proferida no incidente tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional discutida.

A presunção de existência de repercussão geral é decorrência lógica do incidente tendo em vista que no momento de sua interposição já foram verificados seus requisitos de admissibilidade, entre os quais a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito.

No tribunal superior, o relator que receber recurso especial ou extraordinário originário de incidente de resolução de demandas repetitivas ficará prevento para julgar outros recursos que versem sobre a mesma questão.

Interposto recurso especial ou extraordinário, os autos serão remetidos ao tribunal competente, independentemente da realização de juízo de admissibilidade na origem.

O estudo de um sistema de precedentes brasileiro induz a busca pelo conhecimento de outros sistemas de aplicação do direito e a primeira problemática que se coloca é verificar se o Brasil está aderindo ao sistema de *common law*.

Isso porque é de conhecimento amplo que o país que primeiro adotou o sistema de precedentes é a Inglaterra com apoio na ideia de *common law*. Mas o que seria a *common law*? Estaria o Brasil adotando esse sistema com a entrada em vigor do incidente de resolução de demandas repetitivas?

Para dirimir essas dúvidas é pertinente se esclareça em muito breves pinceladas a essência desses dois sistemas.

3. 2 O sistema de civil law

O sistema jurídico adotado no Brasil tem origem na cultura romano-germânica que tem a lei como fonte primária do direito, razão pela qual passou a ser conhecido mundialmente como *civil law*.

O direito romano tem origem por volta de 753 a.C, quando da fundação da *polis* romana, envolto em forte influência da religião.

A jurisdição era atividade exclusiva dos sacerdotes, denominando-se de período arcaico sua primeira fase que vai até o segundo século antes de Cristo. Nesse período observa-se um processo de secularização do direito com a publicação da Lei das XII Tábuas, compilação de antigos costumes, e de algumas obras escritas.

Na segunda fase, denominada de período clássico (de 130 a.C a 230 d.C), é marcante a influência da filosofia grega e dos princípios de direito natural para alcançar-se as soluções mais justas.

A jurisdição era exercida por pretores que desenvolviam fórmulas que seriam seguidas para o deslinde do caso da mesma forma que hoje temos o direito processual e seus procedimentos.

Esse período é marcado pela constituição do direito honorário ou *praetorium*, que nada mais é que a consolidação de um sistema de ações de direito processual que facilitariam o trabalho dos pretores e assumiam um caráter dinâmico a medida que novos direitos eram reclamados em juízo.

Dessa forma, verifica-se a precedência da estruturação processo em relação ao direito substantivo. Essa característica será encontrada também no sistema de *common law*.

Em sua fase Tardia, que vai de 230 a 530 d.C, conhecida como *cognitio extra ordinem*, ocorreu um processo de profissionalização da magistratura.

Os julgamentos passaram a ser realizados por magistrados-funcionários e passou-se a atribuir a elaboração de pareceres a juristas renomados que vinculariam a atividade jurisdicional em nome do Imperador.

É curioso perceber a força dos precedentes no desenvolvimento do direito romano. Na medida em que direito é cultura, criação humana, seus primeiros aplicadores utilizaram-se da casuística, da prática e da problematização para criar um sistema que resolvesse os problemas da época, assumindo, dessa forma, o papel de protagonistas na formação do direito.

O resultado dessa atividade possibilitou a publicação de obras que veiculavam a jurisprudência clássica possibilitando a passagem de uma metodologia casuística para um método normativo em que a norma assume caráter abstrato.

Conforme observa Patrícia Perrone Campos Mello:

Aproximadamente em 530 d.C, o Imperador Justiniano promove a realização de um grande trabalho de recopilação abrangendo as obras dos juristas clássicos (*Digesto e Pandectas*), a legislação imperial e de seus antecessores (*Codex*), um manual de introdução (*Institutas*) e uma reunião póstuma da legislação promulgada pelo próprio Justiniano (*Novellae*), conjunto de livros que receberá o nome de *Corpus Iures Civilis* e que constituirá a memória medieval e moderna do direito romano¹⁸.

Do século V ao século XII, as invasões bárbaras marcaram o declínio do Império Romano do Ocidente, sobrevivendo um período de degeneração das estruturas sociais. A Igreja, porém, assume importante papel com o desenvolvimento de um direito canônico baseado nas obras literárias romanas conservadas em suas bibliotecas.

Com a chegada do Renascimento, no século XII, a Europa ocidental passou a viver um período de efervescência do conhecimento, da vida nas cidades e do comércio, que afetaria em cheio o direito.

É justamente com o Renascimento que surge a *civil law* como resultado de estudos encetados no seio das universidades europeias. Surge o direito comum a todos, *ius commune*, inspirado no direito romano.

18 MELLO, op. cit., p. 42.

Perceba-se a peculiaridade da nomenclatura *ius commune*. Para os pensadores europeus, os legisladores elaborariam as normas a partir da observação do direito comum a todos os povos europeus ocidentais.

Perceba-se que a ideia do sistema de *civil law* se origina fora do sistema judiciário da época, é profundamente marcada pela formação acadêmica de seus pensadores e se apoia na disseminação do estudo do direito como ciência nas universidades. A partir de então, o direito natural e as escolas positivistas ganham maior importância.

Para o sistema de *civil law*, portanto, a norma jurídica é abstrata e geral, formada a partir da reflexão sobre aspectos práticos da vida social, política e econômica. A partir da interpretação da norma o juiz formularia a norma aplicável ao caso concreto.

3.3 O sistema de *common law* inglês e americano

O sistema de *common law* é adotado em vários países.

Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Austrália, Nova Zelândia, parte da África e o subcontinente indiano utilizam o sistema também denominado *judge made law*.

Porém, o sistema é precursor dos demais subsistemas em que se encontram algumas variantes do sistema original e por isso mesmo merece destaque¹⁹.

A *common law* tem origem na Inglaterra a partir de 1066 com a subida de Guilherme, o Conquistador, ao trono, a partir de quando se implantou um sistema político centralizado. Antes desse período se verificava uma sociedade tribal que utilizava soluções heterogêneas de solução de conflitos.

A centralização do poder e a organização do Estado favoreceram o desenvolvimento e a aplicação de um *direito comum a toda a Inglaterra*²⁰.

Perceba-se que os princípios da isonomia e da segurança jurídica são inspiração para o surgimento e estruturação tanto do sistema de *common law* como do sistema de *civil law*.

Os responsáveis pelo desenvolvimento dos dois sistemas tinham o objetivo comum de praticar o direito com uniformidade e de acordo com o espírito da comunidade em que inserido.

Ocorre que na *civil law* há primazia da lei como fonte do direito. Nesse sistema, a produção legislativa é intensa e a norma aplicável ao caso concreto, fruto do esforço interpretativo do juiz, tem fundamento na lei.

19 SCARMAN, Leslie. *O direito inglês: A nova dimensão*. Tradução de Inês Toffoli Baptista. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1978. p. 23.

20 DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 357.

Diferentemente, a *common law*, surgida na Inglaterra, não se apoia na lei. Esse sistema, desde a sua gênese, está fundamentado no estudo de caso (*case law*) que gera uma decisão judicial que será aplicada em situações idênticas. Segundo Patrícia Perrone Campos Mello:

O *common law* inglês se desenvolveu, portanto, a partir de precedentes vinculantes (*binding precedents*), a serem obrigatoriamente seguidos por todas as cortes inferiores, muito embora sejam passíveis de modificação pela *House of Lords*²¹.

Portanto, a razão constitui fonte do direito no sistema de common law, situação em que o julgador busca fundamentar seu entendimento em princípios gerais emergentes de decisões judiciais, da doutrina ou das argumentações das partes.

Essa fonte é utilizada até os dias atuais, mormente como mecanismo de superação dos precedentes. Mas também foi bastante difundida nos primórdios do sistema em foco.

Com o passar do tempo, a complexidade e o enriquecimento do sistema, diante da teia de decisões judiciais prolatadas pelas Cortes com efeitos vinculantes, conferiram primazia à jurisprudência como fonte do direito.

Ao juiz, portanto, é conferido o papel fundamental de identificar no sistema ou mesmo de criar e aplicar a regra de conduta ao caso concreto nos casos em que não exista precedente aplicável ou nos casos em que precedentes aplicáveis sejam considerados pelo magistrado como superados.

Nesse sistema, as decisões das cortes de justiça vinculam as decisões de órgãos da própria corte e dos juízos imediatamente inferiores (*binding precedents*).

Durante vários séculos, a *House of Lords* deteve competência para revisar os precedentes em casos de superação, passando a funcionar a Suprema Corte do Reino Unido apenas em 1º de outubro de 2009, fruto do esforço do Primeiro Ministro Tony Blair que, em 12 de junho de 2003, divulgou o plano de extinguir a função jurisdicional da *House of Lords* e criar a Suprema Corte²².

A relevância do papel da magistratura é muito bem observada por Rafael Michelshon:

Determinada regra ou lei (law), só se tornava escrita a partir do momento que um juiz da common law, ao identificá-la (a partir de uma visão abrangente e e imparcial do substrato social estudado) e

21 MELLO, op. cit., p. 23.

22 ANDREWS, Neil. *Influência europeia sobre o processo civil inglês: a Inglaterra não é mais uma ilha*. RePro, v. 36, n. 195, p. 165-166. São Paulo: RT, maio 2011.

aplica-la em um caso concreto de disputa privada transcrevia o caso (lawcase) para registro, divulgação ou publicação.

Esses juízes, portanto, possuíam plena autoridade para dizer o direito, para identificar, formular, dar roupagem às regras existentes na sociedade e entabulá-las por meio dos julgados, tecendo assim, paulatinamente, um enorme emaranhado de casos que revelaram o direito daquela sociedade de modo que pudesse ser estudado sob o ponto de vista histórico ou jurídico.

Tanto esta autoridade para, desta forma agindo, dizer o direito como a autoridade para agir em nome do Estado e ter poder para garantir a eficácia das leis (consubstanciadas em suas decisões) – law enforcement, era conferida pelo poder de um governo central, originariamente da coroa²³.

Vale mencionar que o sistema sofreu ataques com a efervescência do estudo do direito nas universidades da Europa ocidental e a consequente estruturação do *civil law* e que, enquanto em outros países os juízes tinham formação acadêmica, os juízes dos primórdios do *common law* na Inglaterra eram pessoas leigas. Como destaca Patrícia Perrone Campos Mello:

Os juristas ingleses não eram formados pelas universidades. Somente em 1758 foi instituído, em Oxford, um curso de direito; em Cambridge, apenas em 1800 se procederia a tal medida²⁴.

Entretanto, a forte centralização do poder político na Inglaterra, situação que não se vivia em outros países, fragmentados em pequenos principados, conferia certeza e uniformidade ao direito, o que gerava satisfação entre os jurisdicionados.

A conformação política do país, portanto, foi fundamental para a solidificação do sistema.

O arcabouço constitucional inglês é um símbolo dessa tradição, como acentua Jorge Miranda:

I – No Direito Constitucional de qualquer país aparecem sempre normas provindas de lei, de costume e de jurisprudência. O que varia é a predominância de uns e de outros elementos e o modo como se articulam entre si.

23 MICHELSON, Rafael. Distinções entre os sistemas jurídicos brasileiro e norte-americano e sua implicação na conformação de características diferenciadas no controle difuso de constitucionalidade. *Publicações da Escola da AGU: 1º Curso de Introdução ao Direito Americano: Fundamental of US Law Course* – Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal. Brasília. Ano III, nº 12. P 328. set./out. 2011.

24 MELLO, op. cit., 26.

No Direito Constitucional da Grã-Bretanha, essa predominância cabe ao costume, o que constitui, nos tempos atuais, um caso único, sem paralelo em qualquer outro país.

Diz-se muitas vezes que a Constituição inglesa é uma Constituição não escrita (*unwritten Constitution*). Só em certo sentido este asserto se afigura verdadeiro: no sentido de que uma grande parte das regras sobre organização do poder político é consuetudinária; e, sobretudo, no sentido de que a unidade fundamental da Constituição não repousa em nenhum texto ou documento, mas em princípios não escritos, assentes na organização social e política dos Britânicos.

Além das regras consuetudinárias, existem ainda as *Conventions of the Constitution* – versando sobre o funcionamento do Parlamento, as relações entre as Câmaras e entre Governo e Oposição ou o exercício dos poderes do Rei; e que parecem ser mais que meros usos²⁵.

O sistema de *common law* praticado nos Estados Unidos tem suas raízes no direito inglês, entretanto com adaptações apoiadas na estrutura política, social e econômica do país.

A princípio, tudo que provinha da Inglaterra era mal visto na colônia que desde cedo tinha a intenção de libertar-se da dominação inglesa.

O país era colonizado por cidadãos ingleses que fugiam da intolerância religiosa e da exclusão econômica reinando uma atmosfera propícia à quebra de ingerências externas.

Os Estados Unidos, então, passaram a fundamentar sua estrutura política no pacto social de Locke e no conceito de *higher law*, originalmente formulada pelo direito canônico medieval e criaram um sistema constitucional dos mais primorosos da atualidade, do qual se originam as ideias de supremacia da constituição e de controle judicial de constitucionalidade.

Vale ressaltar que no século XVIII, enquanto os Estados Unidos adotavam uma constituição que tinha força normativa imediata e que se irradiava para todo o seu ordenamento jurídico, na Europa as constituições eram cartas de intenções, importantes do ponto de vista político porque previam a soberania do povo, mas de utilidade prática reduzida.

Apenas após a Segunda Guerra Mundial o modelo constitucional americano serviria de parâmetro para a mudança de paradigma operada na Europa ocidental, o que somente viria a acontecer no Brasil com o

25 MIRANDA, JORGE. *Manual de Direito Constitucional*. 6. ed. t. I, Coimbra: Coimbra, 1997. p. 128-129.

final da ditadura militar e a promulgação da Constituição Federal de 1988.

O Estado da Louisiana é exceção à regra. Nesse estado, de colonização francesa, onde o Código Civil Napoleônico teve forte influência, o sistema legal codificado compreende leis escritas editadas basicamente a partir do Código Civil da Louisiana de 1808.

O pacto federativo americano e a autonomia dos Estados membros conferem a cada um deles a possibilidade de tratamento do mesmo assunto de forma diferente. Essa realidade posta em prática torna o sistema bem mais complexo em matéria de competência jurisdicional e abrangência das decisões dos tribunais fazendo surgir um sistema misto.

No sistema americano, há primazia na aplicação dos precedentes, mas também há aplicação da Constituição e aplicação subsidiária dos *Statute Laws*, leis escritas.

Os *Statute Laws* preenchem lacunas deixadas pelos *case laws* ou *precedentes*, portanto aplicam-se de maneira subsidiária ao sistema de precedentes constituindo-se em alternativa a sua utilização. Essa característica, o afasta do modelo inglês, razão pela qual os doutrinadores o denominam de sistema misto ou híbrido.

No sistema de *common law* ou *case law*, o precedente não se vocaciona à eternização. Os costumes e o comportamento da sociedade como vetores que regem a decisão judicial contribuem para a modernização do direito e para a própria superação do precedente.

Na doutrina do *stare decisis* ou dos *binding precedents*, as decisões anteriores prolatadas pelas cortes de justiça, aplicáveis ao caso em estudo, vinculam órgãos da mesma corte ou juízos inferiores, jamais vinculando colegiados de forma ascendente.

O precedente que solucionará o caso concreto, portanto, é um ponto de contato com o próprio contexto histórico de sua época.

Modificadas as relações sociais, econômicas e políticas, o próprio poder judiciário buscará novas soluções, modernizando e flexibilizando o direito, utilizando-se de técnicas de *overruling*

Nos Estados Unidos em que se verifica um sistema mais aberto em que o *overruling* é mais utilizado há a figura do *anticipatory overruling*, em que *os juízes de instancias inferiores muitas vezes procedem à alteração da regra (rule), quando entendem que há grande probabilidade de vir esta a ser alterada por uma corte superior*²⁶.

A técnica mais utilizada quando se trata do sistema de precedentes é o *distinguishing*, em que se reconhece a distinção da questão jurídica, diferente daquela objeto do precedente.

26 WAMBIER, op. cit., p. 43.

A decisão prolatada pelo colegiado veicula a *ratio decidendi*, ou a *holding* como dizem os americanos.

Na *ratio decidend* ou *holding* está a regra de direito, expressa ou implícita, utilizada para solucionar o caso e nos *obter dicta* ou *gratis dicta* os termos que não estão na essência do deslinde do caso, que significam literalmente o que foi dito para morrer, passagem de pouca importância para a decisão, explanação um tanto simplista diante dos entraves vividos concretamente para se identificar e separar uns de outros.

4 CONCLUSÃO

É inequívoca a vocação do ser humano para o novo, a própria evolução da humanidade sintetiza essa qualidade.

A qualidade do ser humano de se reinventar, sempre em busca de novas e melhores soluções, o leva a querer conhecer outras culturas e testar conceitos.

Esse movimento é muito importante no processo de globalização que atinge o direito.

Percebe-se que a insatisfação dos estudiosos do direito, dos jurisdicionados e de seus aplicadores propiciam um intercâmbio de ideias entre os países.

Precisamente essa interação, essa troca de conhecimento, tem influído de maneira bastante positiva para criar pontos de contato entre os sistemas de *civil law* e *common law*.

Os fatos históricos vividos pelo mundo afora, os avanços tecnológicos e a mudança de comportamento da sociedade servem de base de apoio a uma nova interpretação constitucional.

No Brasil, mais especificamente, vimos o fim da ditadura como um período de abertura não apenas política, mas também social, econômica e cultural.

A noção de eficácia constitucional gestada pelos Estados Unidos foi claramente adotada pela Constituição Federal de 1988, coisa que fizeram os europeus no pós Segunda Guerra.

Os próprios americanos ao formatarem seu sistema de *common law* se rebelaram contra o sistema puro da coroa e o mesclaram com a previsão de produção dos *Statute Laws*, leis aplicáveis aos casos concretos sempre que houvesse lacunas deixadas pela ausência de precedentes aplicáveis.

O avanço do processo civil no Brasil é inegável.

O controle de constitucionalidade, a repercussão geral, o incidente de uniformização da jurisprudência, o pedido de uniformização da jurisprudência no âmbito dos Juizados Federais, a previsão de um sistema de precedentes do mesmo juízo, todos esses institutos deixavam clara

a intenção do legislador em conferir isonomia e segurança jurídica ao sistema brasileiro.

A necessidade de conferir-se ao processo civil brasileiro uma mais forte influencia da Constituição Federal foi a porta de entrada da ideia de elaborar-se um Novo Código de Processo Civil.

O engessamento do Código Buzaid, mesmo reformado reiteradas vezes, não tinha o condão de constitucionalizar de vez o processo civil pátrio.

O movimento de renovação é importante nesse sentido, razão pela qual há espaço proeminente no diploma em gestação para uma nova leitura de princípios constitucionais aplicáveis ao processo civil, assim como para introdução de novos conceitos mais consentâneos com o direito moderno aplicável em outros países.

O incidente de resolução de demandas repetitivas aproxima o sistema brasileiro de *civil law* do sistema anglo-saxão de *common law*, porém não o encampa.

Com efeito, estará criado um sistema de precedentes brasileiro, que cuidará de questões de direito que estarão sob a competência dos tribunais, mas continuará fundamentado na lei como fonte precípua do direito com os temperos que o controle difuso de constitucionalidade inseriu em nosso ordenamento.

Inegavelmente, há pontos de contato entre os dois sistemas de precedentes, como a possibilidade de distinção (*distinguishing*), a superação (*overruling*), a vinculação (*binding precedent*) a essência da decisão (*ratio decidendi*) e sua parte menos importante (*obiter dicta*). Esses pontos de contato podem gerar ainda mais aproximação do sistema brasileiro com o sistema de *common law* no futuro, quando os problemas práticos começarem a surgir.

O fundamento da utilização de metodologia já empregada em outros países é bastante relevante, a necessidade de conferir-se dignidade ao jurisdicionado com a prolação de decisões isonômicas como forma de manutenção da segurança jurídica.

A garantia de que o incidente de resolução de demandas repetitivas será a solução definitiva para casos desse jaez não existe, mas a busca de uma solução já se apresenta como o início de uma caminhada que certamente levará a resolução do problema ou à sua minimização.

O presente estudo logrou analisar de forma sintética a evolução história preparatória da adoção no ordenamento jurídico brasileiro do incidente de resolução de demandas repetitivas, expor o marco teórico capaz de fundamentar a adoção do incidente, abordar a mudança de paradigma que será a promulgação do Novo Código de Processo Civil, estudar o próprio incidente, bem como refletir sobre a aproximação do ordenamento jurídico pátrio ao sistema de *common law*.

REFERÊNCIAS

ANDREWS, Neil. *Influência europeia sobre o processo civil inglês: a Inglaterra não é mais uma ilha*. RePro, v. 36, n. 195, p. 165-166. São Paulo: RT, maio 2011.

BASTOS, Antônio Adonias A. Bastos. A potencialidade de gerar relevante multiplicidade de processos como requisito do incidente de resolução de causas repetitivas no projeto do novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie (Org.) *O projeto do novo Código de Processo Civil*. Estudos em homenagem ao professor José de Albuquerque Rocha. Salvador: JusPODIVM, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>. Publicado em nov./2005. Acesso em: 02 ago. 2013.

BOTELHO, Guilherme. *Direito ao processo qualificado: o processo civil na perspectiva do estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BRASIL. *Anteprojeto do Código de Processo Civil*. Disponibilizado em: www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2014.

BRASIL. *Constituição Federal*. Disponibilizado em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 fev. 2014.

BRASIL. *Lei nº 10.259/2001*. Disponibilizado em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm. Acesso em: 28 mar. 2014.

BRASIL. *PL nº 8046/10*. Disponibilizado em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831805&filename=PL+8046/2010. Acesso em: 02 fev. 2014.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 209, p. 349, jul./2012. DTR\2012\44851.

LOPES, João Batista. Futuro CPC: breves anotações sobre a parte geral. *Revista de Processo*, v. 214, p. 219, dez./2012. DTR\2012\450920.

MACEDO, Elaine Harzheim; MACEDO, Fernanda dos Santos. O direito processual civil e a pós-modernidade. *Revista de Processo*, v. 204, p. 351. fev./2012. DTR2012/65.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do novo CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luis Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: JusPODIVM, 2010.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes – o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MICHELSON, Rafael. Distinções entre os sistemas jurídicos brasileiro e norte-americano e sua implicação na conformação de características diferenciadas no controle difuso de constitucionalidade. *Publicações da Escola da AGU: 1º Curso de Introdução ao Direito Americano: Fundamental of US Law Course – Escola da Advocacia-Geral da União* Ministro Victor Nunes Leal. Brasília. Ano III, nº 12. set./out. 2011.

MIRANDA, JORGE. *Manual de Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1997.

SCARMAN, Leslie. *O direito inglês: A nova dimensão*. Tradução de Inês Toffoli Baptista. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1978.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coordenadora). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.