

# O DEVIDO PROCESSO LEGAL E OS MECANISMOS PROCESSUAIS DE ANÁLISE DE TEMAS REPETITIVOS

## THE DUE LEGAL PROCESS AND PROCEDURAL DEVICES FOR REPETITIVE RESOLVING CASES

Maria Aparecida Yabiku<sup>1</sup>

**RESUMO:** A sociedade de massa é o nascedouro de vários conflitos de interesses repetitivos que cumulado com o maior acesso ao Judiciário têm gerado grandes volumes de demandas. A atividade jurisdicional precisa de mecanismos céleres e que permitam uma maior racionalidade no processamento dessas demandas. Uma metodologia adotada é a aproximação do sistema *common law*, a fim de dar maior eficácia extensiva as decisões proferidas pelas Cortes para os demais processos com temas repetitivos. O presente artigo procura analisar a necessidade de maior participação dos interessados nas Cortes para a construção dessas decisões paradigmáticas, em atendimento aos postulados de um Estado Democrático. E, ainda, em razão da extensão das decisões, apontar para a utilidade da adoção da modulação dos efeitos visando à preservação da segurança jurídica. O raciocínio parte da idéia de que o devido processo legal exige aperfeiçoamentos e este é um dos grandes desafios para o processo civil que pretende ser cada vez mais acessível aos temas de interesse da sociedade. E, por isso, o processo civil de resultados não se contenta com meras estatísticas numéricas e volta-se para a observância do devido processo legal.

**PALAVRAS-CHAVES:** Demandas repetitivas; aproximação do *common law*; precedentes; devido processo legal; atuação nas Cortes; princípio da segurança jurídica; segurança jurídica.

**ABSTRACT:** The mass society generates several repetitive interest conflicts that cumulated to the greater access to the courts increases the judicial demand. The judiciary activity needs appropriate mechanisms for swift and efficient processing of these demands. Adopting a methodology analogous to that one used in the *common law* system which enables extend the decision was handed down by the Court in repetitive cases. The present study sought to demonstrate the need for stakeholder participation in decision-making compatible with democratic standards. And yet, for modulation of effects in decisions rendered by the Courts because of the extend of precedents in attendance of the principle of legal certainty. Following this

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito da Sociedade da Informação pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade Metropolitanas Unidas – FMU - São Paulo, ex-procuradora federal e atual procuradora do município de São Paulo.

reasoning the due process of law requires further development and this is a great challenge to make the judicial system more accessible on social themes. That is the reason why the Civil Procedure requires more than numbers and was concerned about the observance of the principles of the due legal process.

**KEYWORDS:** Repetitive causes; approximation of the *common law* system; precedents; due process of Law; rights defence in the courts; principle of legal certainty; legal security.

## 1 INTRODUÇÃO

A cidadania, a cultura da exigibilidade e o maior acesso ao judiciário no panorama de uma sociedade heterogênea e, ao mesmo tempo, composta de diversos grupos de interesses comuns e, que possuem seus direitos violados, é o nascedouro de conflitos repetitivos que têm exigido respostas mais céleres da atividade jurisdicional. As tecnologias de comunicação são utilizadas tanto para expressar as insatisfações de grupos sociais que se sentem lesados, como para a disseminação de novas teses jurídicas e serve também ao incentivo de ajuizamento de demandas sobre temas repetitivos. Soma-se a informatização que potencializa a elaboração desses novos pleitos como numa linha de produção.

O objetivo deste trabalho é apontar métodos ou técnicas extraídos do ordenamento processual e, que podem ser úteis no sistema de precedentes, cada vez mais utilizado na atividade jurisdicional. Isso ocorre por que muitos temas que seriam adequadamente tratados em ações coletivas acabam sendo ajuizados individualmente. Não se nega que, ao sistema das ações coletivas, há que se garantir prioridade, considerando-se que se “[...] é por intermédio do processo coletivo que se minimizam ou, então, se eliminam a pulverização e a multiplicação de processos e litígios individuais [...]” (RÉ, 2012, p. 111) vê-se que essa deveria ser a via prioritária.

No entanto, muitas ações são ajuizadas, na forma individual, por meio de escritórios particulares ou no sistema da assistência judiciária. E, ainda, “o quadro da defesa dos direitos individuais homogêneos no Brasil resguarda amplamente a iniciativa individual. Quer dizer: a propositura da demanda coletiva não obsta que os prejudicados intentem ações individuais, nem a coisa julgada coletiva prejudica o litigante individual que não participa da demanda de classe” (RODRIGUES, 2010, p. 87). E, nem seria possível exigir que se aguardasse a propositura de ação coletiva para os temas de interesses comuns. A cada dia surgem novos

grupos de interesses e que se soma pela agravante do desestímulo do emprego das ações coletivas que, constantemente, sofre algumas restrições, conforme se colhe abaixo:

Nem tudo foi progresso, em matéria de defesa de interesses transindividuais no País. Mais recentemente, sucessivas alterações legislativas limitaram o âmbito das liminares em matéria de ações civis públicas; outras mudanças na legislação buscaram diminuir a eficácia da coisa julgada que se forma nestas ações (Lei n. 9.494/97, originária da Med. Prov. n. 1.570/97, com as alterações das Med. Prov. ns. 1.798-2/99, 2.102-26/00 e 2.180-35/01); outras ainda, de maneira inconstitucional, chegaram a vedar o acesso coletivo à jurisdição em matérias em que o governo federal não tinha interesse em ver resolvidas, como questões tributárias ou atinentes ao FGTS (Med. Prov. ns. 1.984-25/00, 2.102-26/00 e 2.180-35/01). Uma das mais graves alterações ocorreu quando o Presidente da República atentou contra o livre exercício do Ministério Público, ao editar a Med. Prov. n. 2.088-35/00, por meio da qual, entre outros pontos, tentava intimidar os membros da instituição, ameaçando-os com a responsabilização pessoal e até com absurda reconvenção em ação civil pública de improbidade, o que mereceu repúdio da classe jurídica, com imediato recuo do governo federal (...) (MAZZILLI, 2012, p. 31).

E, disso nascem os maiores clientes do Judiciário que até preferem ver os pleitos sendo discutidos nessa forma individualizada, ao invés de buscar uma solução *molecular*, na expressão de Watanabe, 2012, p. 36. Ocorre que essa pulverização de demandas sufoca o Judiciário, notadamente quando a sistematização contém uma visão processual moldada para as relações privatísticas, sem mecanismos efetivos e seguros para dar vazão a essas demandas:

A resposta está em que, ainda hoje, o direito processual civil serve para regular as clássicas relações de direito privado em conflito: as relações de família, de sucessões, de propriedade, de vizinhança, as obrigações assumidas nos termos e nos moldes do Código Civil e Comercial e assim por diante. Caio ainda continua em litígio com Tício, como já ocorria nos tempos dos velhos tratadistas do direito civil. O que ocorre é que, ao lado e sem prejuízo deste direito processual civil que pode ser chamado de “clássico” ou “tradicional”, outros diversos objetos, outras diversas preocupações, outras diversas *finalidades* passaram a ocupar a vida em sociedade e a ser tema de regulação pelo direito material. Não só o próprio direito privado transformou-se com a massificação da sociedade e sua crescente *indisponibilidade*, mas, também, a consequência de maior presença do Estado na vida cotidiana dos particulares, na exploração do domínio econômico, e a correlata, paulatina e desejável conscientização do acesso à justiça, inclusive para questionar os limites e os acertos da atuação da própria máquina estatal. (BUENO, 2010, p. 29).

E, contando com essa sistematização processual clássica, o Judiciário tem sido cada vez mais acionado para tratar de várias temáticas repetitivas da sociedade. São temas consumeristas, trabalhistas, ausência de prestação de serviços estatais básicos à população, tributário etc. Embora não se negue que nos casos concretos pode haver algumas diferenças em razão das particularidades de cada um, aqui, vai se analisar aspectos que podem ser úteis aos jurisdicionados, nessa técnica de emprego de precedentes, sob a ótica da participação nos julgados e a segurança jurídica nos casos de alterações de entendimentos pelas Cortes.

Isso por que o Judiciário, no seu papel de pacificação social, tem se utilizado de vários mecanismos voltados à análise de temas repetitivos, visando dar maior alcance do resultado de julgamento proferido pelos Tribunais aos casos pendentes. Fala-se em aproximação do sistema do *common law*, ou seja, do sistema de precedentes. Conforme será visto adiante, o direito processual brasileiro carrega caracteres tanto do sistema codificado do *civil law* e também de valorização da jurisprudência dominante, súmulas e precedentes.

Essa é uma característica da jurisdição brasileira e, por isso, Fredie Didier Jr. expõe que “é preciso romper com o ‘dogma da ascendência genética’, não comprovado empiricamente, segundo o qual o Direito brasileiro se filia a essa ou àquela tradição jurídica”.<sup>2</sup> E, devido a adoção de alguns dos métodos de trabalho do sistema *common law*, serão vistos alguns aspectos favoráveis das ações coletivas e até da jurisdição constitucional que podem ser úteis no aperfeiçoamento do estudo do processo civil, notadamente na área de temas repetitivos e de aplicação de precedentes.

Os mecanismos que resolvam os problemas da massa social são indispensáveis para a própria sobrevivência do Judiciário e, por isso, não se pretende criticar essa forma de trabalho que emprega os precedentes e jurisprudências. Ao contrário, dentro da linha proposta para a pesquisa busca-se apontar aspectos que possam gerar mais segurança aos jurisdicionados. Há novas classes de litigantes, nessa sociedade de massa, que exige uma sistematização processual até mais sofisticada para defender os seus direitos.

O sentido de sofisticação não significa complicação. Pelo contrário, há que se buscar meios que permitam a captação da maior quantidade de argumentos, estudos e pesquisas para a defesa de temas de interesse dessa coletividade lesada, atendendo-se a adequada representação na discussão junto as Cortes. Ou seja, não se pode destinar-lhes uma prestação jurisdicional de 2ª linha ou inferior da sistematização processual já existente, sob o manto da informalização:

Nos casos em que os litígios ocorrem entre cidadãos ou grupos de poder sócio-económico parificável (litígios entre vizinhos, entre operários, entre camponeses, entre estudantes, etc.) a informalização da justiça pode ser um genuíno factor de democratização. Ao contrário, nos litígios entre cidadãos ou grupos com posições de poder estruturalmente desiguais (litígios entre patrões e operários, entre consumidores e produtores, entre inquilinos e senhorios) é bem possível que a informalização acarrete consigo a deterioração da posição jurídica da parte mais fraca, decorrente da perda das garantias processuais, e contribua assim para a consolidação das desigualdades sociais; a menos que os amplos poderes do juiz

---

<sup>2</sup> Conforme se extrai da explanação, o modelo brasileiro não adota nem o *civil law*, nem o *common law* com exclusividade. Opera-se com as metodologias desses dois grandes sistemas jurídicos. Sobre o tema: DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil**. vol 1. 13. ed., Salvador: Jus Podivm, 2011.

profissional ou leigo possam ser utilizados para compensar a perda das garantias, o que será sempre difícil uma vez que estes tribunais informais tendem a estar desprovidos de meios sancionatórios eficazes.”<sup>3</sup>

Assim, considerando que muitas temáticas repetitivas envolvem partes que não estão em posição de equivalência e, que há fortes pressões por celeridade, o tema merece ser enfrentado em conjunto com as conquistas processuais existentes, a fim de agregar aperfeiçoamentos e não reduzi-los. Isso se revela na observância dos escopos da jurisdição, bem como, dos princípios e garantias processuais, a fim de que a preocupação não se resuma em meras estatísticas de produtividade. Há que se buscar resultados, porém, sem se perder as conquistas do acesso à ordem jurídica justa. Centra-se o tema na questão do devido processo legal visando aprimorar esses mecanismos processuais utilizados pela jurisdição na resolução de conflitos repetitivos.

O Código de Processo Civil passou por muitas reformas com a intenção de adotar novas técnicas em razão do aumento significativo de demandas. Porém, não bastam institutos processuais com a finalidade de resolver o maior número de demandas possíveis desatrelada da idéia de uma boa prestação jurisdicional. As causas potencialmente coletivas geralmente envolvem uma parte mais forte que age em detrimento de uma grande parcela mais frágil, como esclarece Aluisio Gonçalves de Castro Mendes (2013, p. 59), “é o que ocorre [...] quando consumidores, aposentados, funcionários públicos, contribuintes e moradores, entre outros, isoladamente, encontram-se em posição de fraqueza diante do porte de adversários como grandes comerciantes ou produtores, de empreendedores imobiliários ou do próprio Estado.”<sup>4</sup>

Vê-se que o devido processo legal possui novos desafios nesses tempos em que cresce a idéia de busca da concretização constitucional nesse contexto de aumento de demandas. Muitos dos temas que estão sendo discutidos no Judiciário são de interesse de parcelas significativas da sociedade que somente em tempos mais recentes vem acessando essa função estatal. Assim, cresce a importância da participação na construção das decisões judiciais.

## 2 ESCOPOS DA JURISDIÇÃO

---

<sup>3</sup> Mais sobre o tema: SOUSA SANTOS, Boaventura de. Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Novembro/1986, nº 21.

<sup>4</sup> Trecho retirado da versão textual de conferência proferida nas IX Jornadas Brasileiras de Direito Processual, no Rio de Janeiro, em agosto de 2012 sobre a Resolução Coletiva de Conflitos, reunido na obra **O processo em perspectiva – Jornadas Brasileiras de Direito Processual**.

Qualquer método empregado na prestação jurisdicional precisa levar em conta que essa função é dotada de escopos, sendo eles de ordem social, político e jurídico. O Estado ao exercê-lo tem, como primeiro plano, a busca da pacificação da sociedade. Porém, quando se analisa esses aspectos não se pode perder de vista que “A descoberta dos *escopos sociais e políticos do processo* valeu também como alavanca propulsora da visão crítica de suas estruturas e do seu efetivo modo de operar, além de levar as especulações dos processualistas a horizontes que antes estavam excluídos de sua preocupação”.<sup>5</sup>

Possui escopo social “(...) uma vez que se relaciona com o resultado do exercício da jurisdição perante a sociedade e sobre a vida gregária dos seus membros e felicidade pessoal de cada um.” (CINTRA; GRINOVER e DINAMARCO, 2012, p. 32).<sup>6</sup> E, há o escopo político, pois a sua atuação dentro do Estado, conduzindo a resolução de conflitos, reflete o modo da condução da justiça. O compromisso e a busca por um país melhor perpassa por um judiciário preocupado com toda a sociedade e os seus institutos e mecanismos processuais devem se prender a essa finalidade estatal da busca efetiva do bem comum e com a participação social:

O intenso comprometimento do sistema processual com a Política (a Justiça faz parte desta), ou seja, a sua inserção entre as instituições atinentes à vida do próprio Estado como tal e nas suas relações com os membros da população, conduz à necessidade de definir os modos pelos quais ele é predisposto a influir politicamente.

São, fundamentalmente, três aspectos. Primeiro, afirmar a capacidade estatal de decidir imperativamente (*poder*), sem a qual nem ele mesmo se sustentaria, nem teria como cumprir os fins que o legitimam, nem haveria razão de ser para o seu ordenamento jurídico, projeção positivada do seu poder e dele próprio; segundo, concretizar o culto ao valor *liberdade*, com isso limitando e fazendo observar os contornos do poder e do seu exercício, para a dignidade dos indivíduos sobre as quais ele se exerce; finalmente, assegurar a *participação* dos cidadãos, por si mesmos ou através de suas associações, nos destinos da sociedade política.<sup>7</sup> (DINAMARCO, 2009, p. 198)

---

<sup>5</sup> Nesse tema verifica-se que o sistema processual de um país também possui viés finalístico, não se podendo considerar neutro ou indiferente em relação às pretensões materiais por ele veiculadas. As técnicas processuais devem servir aos escopos do processo civil. Sobre o assunto *in* DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2009, 7ª ed., p. 129 e seguintes.

<sup>6</sup> Essa menção à felicidade em relação aos escopos da jurisdição encontra-se em Cintra; Grinover e Dinamarco. **Teoria geral do processo**. 28. ed. São Paulo: RT, 2012 e também merece ser vista em conjunto com a observância da satisfação dos usuários com a prestação jurisdicional. Embora não se possa atrelar a felicidade ao resultado favorável na demanda, não se pode negar que processos demasiadamente demorados aumentam as angústias dos jurisdicionados.

<sup>7</sup> O escopo político passa a exigir um olhar mais atento na questão da legitimidade da prestação jurisdicional e por isso, além da preocupação com aspectos da obrigatoriedade das decisões, dos limites do poder estatal nesta função, passa-se a buscar formas de atuação dos interessados dentro do sistema processual. Mais sobre o tema em DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed., São Paulo: Malheiros.

A doutrina ainda aponta que a jurisdição tem outros escopos conforme exposto por Cintra; Grinover e Dinamarco, p. 32 *in* Teoria geral do processo, a saber: a) *educação* para o exercício dos próprios direitos e respeito aos direitos alheios (escopo social); b) a preservação do valor *liberdade*, a oferta de meios de *participação* nos destinos da nação e do Estado e a *preservação do ordenamento jurídico e da própria autoridade deste* (escopos políticos); c) *a atuação da vontade concreta do direito* (escopo jurídico).

Esse conjunto de escopos já permite aferir que resultados estatísticos não bastam e o *processo civil de resultados*, nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, significa a necessidade de efetiva tutela e não de mera prolação de decisões. Com a assimilação da postura de maior exigibilidade e efetivação de direitos e não se aceita mais os institutos processuais ou mecanismos que gerem efeitos inúteis ou não atendam a efetivação dos objetivos constitucionais. No tradicional jargão de Chiovenda “Na medida do que for praticamente possível, o processo deve propiciar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de receber.”, e, em razão disso:

O processo vale pelos resultados que produz na vida das pessoas ou grupos, em relação a outras ou aos bens da vida – e a exagerada valorização da *ação* não é capaz de explicar essa vocação institucional do sistema processual nem de conduzir à efetividade das vantagens que dele se esperam. Daí a moderna preferência pelas considerações em torno da *tutela jurisdicional*, que é representativa das projeções metaprocessuais das atividades que no processo se realizam e, portanto, indica em que medida o processo será útil a quem tiver razão. (DINAMARCO, 2011, p. 111).

Esse apontamento transcrito indica que os institutos processuais, por si, não possuem valor se não gerarem resultados de tutela efetiva ao jurisdicionado. Essa é a fase instrumentalista do processo que não permite o abandono das partes ao simples embate processual, cada qual com os seus ônus e forças para atuar na demanda. Há a preocupação para que o processo seja o *instrumento do Estado* voltado a atender aos objetivos por ele traçados, levando em consideração os aspectos éticos a fim de que a autonomia da vontade não signifique a sucumbência daqueles que não possuam condições de defender os seus direitos em juízo (DINAMARCO, 2009, p. 62 e 63).

E, além dos aspectos da condução ética do processo, ainda, a instrumentalidade abarca a idéia de que o processo existe para a realização do direito material. Por isso, a separação do ramo processual e material, válida para o aprofundamento dos institutos de cada área, não significa que sejam neutros entre eles. E Fredie Didier Júnior, 2011, p. 25 fala em *relação circular entre o direito material e o processo* a fim de que este seja o veículo para a efetivação daquele.

Essa percepção do instrumental e do seu papel voltado à concretização dos direitos materiais passa a exigir que o processo seja o meio que viabilize a resolução de conflitos e não gere mais insatisfações e inseguranças aos litigantes. Assim, a atividade jurisdicional possui objetivos que vão além da mera prolação de decisões judiciais, ou seja, há a preocupação com uma atuação mais equânime e por isso fala-se na doutrina em acesso à ordem jurídica justa.

Neste tópico verifica-se que não bastam medidas de acesso à justiça, tais como, o estabelecimento da gratuidade de justiça aos mais necessitados e a criação dos juizados especiais. A atuação estatal na prestação dessa atividade tem que observar vários aspectos, conforme se colhe da doutrina, além da (a) ampla *admissão de pessoas e causas* ao processo (universalidade da jurisdição) mas, também (b) garantir a todas elas (no cível e no criminal) a observância das regras que consubstanciam o *devido processo legal* (c) o poder de participar intensamente da formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa (princípio do contraditório), podendo exigir dele a (d) a efetividade de uma *participação em diálogo* –, tudo isso com vistas a preparar uma solução que seja justa, seja capaz de eliminar todo resíduo de insatisfação. Eis a dinâmica dos princípios e garantias do processo, na sua interação teleológica apontada para a *pacificação com justiça* (CINTRA; GRINOVER e DINAMARCO, 2012, p. 42).

### **3 ASPECTOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL**

Tendo o Estado avocado à atividade da prestação jurisdicional, inclusive com a bandeira de que dessa forma haveria mais equilíbrio e “justiça”, é primordial que se busque medidas voltadas a tais objetivos. Os institutos processuais não se resumem a mecanismos de eliminação de processos, devendo ir adiante e, observar a justiça inclusive nos procedimentos. E, dessa forma, a boa gestão da prestação jurisdicional vai além dos números e, por isso, alberga outras questões subjacentes ao processo que também afligem os jurisdicionados.

Não se nega, por certo, validade e utilidade às cifras e estatísticas reveladoras do fluxo dos processos judiciais, movimentação de resto necessária à aferição da *accountability* da função judiciária estatal, mas, apenas, se quer ressaltar que a *avaliação de desempenho* de uma política judiciária não pode ser feita apenas por critério numérico, que induz à *coisificação* do processo judicial, relegando a segundo plano o dado mais relevante, a saber, o fato de que, subjacente a cada processo, encontram-se pessoas físicas e jurídicas, com seus projetos, anseios, temores, reivindicações, valendo aqui lembrar que o processo existe em função do jurisdicionado, e não o contrário. Dentre os direitos fundamentais está aquele que assegura a toda pessoa física ou jurídica dirigir-se ao Estado-juiz, quando outros

modos e formas de prevenção ou resolução do conflito tenham sido baldados ou não se mostrem adequados na espécie, donde o correspondente dever imposto ao Estado de elaborar e implementar uma política judiciária idônea e eficiente; não por acaso, aninham-se, dentre os direitos e garantias fundamentais (CF/1988, art. 5º) o *acesso à Justiça* (inc. XXXV), o *devido processo legal* (inc. LV), a *prestação jurisdicional em tempo razoável* (inc. LXXVIII). (MANCUSO, 2011, p. 38/39)<sup>8</sup>

Pois bem, o aumento de demandas é um dado fático que pode ser visto positivamente por ser uma característica da cidadania com postura de maior exigibilidade. Aduzem Mauro Cappelletti e Bryant Garth que “O surgimento em tantos países do ‘enfoque do acesso à justiça’ é uma razão para que se encare com otimismo a capacidade de nossos sistemas jurídicos modernos em atender às necessidades daqueles que, por tanto tempo, não tiveram possibilidade de reivindicar seus direitos.”. (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 161).

A utilização da máquina judiciária por camadas da população que antes estavam marginalizadas é um indicativo de que o Estado passou a ter um novo tipo de clientela. E, em tempos que a sociedade tem mais acesso às informações e se alia às inúmeras tecnologias de comunicação colhe-se o aspecto favorável de ver muitos questionamentos, antes contidos e submersos, debatidos no Judiciário, notadamente aqueles que visam à efetivação do texto constitucional.

E, diante desse aumento progressivo de demandas surge a preocupação para que as técnicas empregadas no processo civil atendam tanto à produtividade quanto à qualidade. Assim, além do acesso à atividade jurisdicional estatal, ainda, há que se manter a observância às garantias e princípios processuais, dentre eles, destaca-se o princípio do devido processo legal.

Este princípio é uma garantia para que na atuação processual não haja abusos ou medidas descabidas. Encontra-se previsto no artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Para Cândido Rangel Dinamarco significa “a convergência dos princípios e garantias constitucionais do processo civil” por abarcar o conjunto de previsões e tratamentos a serem observados na prestação jurisdicional (DINAMARCO, 2009, p. 250).

Interessante verificar que o devido processo legal possui caráter histórico, já que o seu conteúdo depende da época tratada. O que se entende por cabível ou que seja devido, em termos processuais, depende da época e da visão que se tem das instituições. Essa idéia merece ser exposta por que as novas técnicas processuais precisam ser analisadas à luz do

---

<sup>8</sup> Na obra **Acesso à justiça**, Rodolfo de Camargo Mancuso ainda aborda sobre o aumento da litigiosidade, os institutos processuais e as condicionantes legítimas e ilegítimas na prestação jurisdicional.

respeito de conquistas dos direitos processuais. Há necessidade de se considerar o acúmulo histórico:

Obviamente, o que se entendia como *devido* no século XIV (época do absolutismo monárquico, teocracia etc.) não foi o que se entendeu como *devido* no início do século XX (consolidação da igualdade formal, separação entre Igreja e Estado, desenvolvimento acelerado da industrialização etc.), não é o que se entende como *devido* atualmente (informatização das relações, sociedade de massas, globalização etc.) nem será o que se entenderá daqui a dois séculos.

(...)

Há, inegavelmente, um acúmulo histórico a respeito da compreensão do *devido processo legal* que não pode ser *ignorado*. Ao longo dos séculos, inúmeras foram concretizações do devido processo legal que se incorporaram ao rol das garantias mínimas que estruturam o *devido processo*. Não é lícito, por exemplo, considerar *desnecessário* o contraditório ou a duração razoável do processo, direitos fundamentais inerentes ao *devido processo legal*. Nem será lícito retirar agora os direitos fundamentais já conquistados; vale, aqui, o princípio de hermenêutica constitucional que proíbe o *retrocesso* em temas de direitos fundamentais. (DIDIER, 2011, p. 46/47)<sup>9</sup>

A questão da vedação ao retrocesso também se aplica ao tema processual já que o devido processo legal é um direito fundamental previsto na Constituição Federal. Tem se com isso que a adoção de mecanismos processuais voltados à questão de resolução dos problemas em massa deve se preocupar não apenas em eliminar os processos, mas em manter as conquistas processuais, numa linha de aperfeiçoamento. Essa idéia é que conduz à *ordem jurídica justa*, conforme exposto por Cândido Rangel Dinamarco em Instituições de direito processual civil, 2013, p. 63.

Interessa ainda o aspecto das partes poderem influir efetivamente na decisão final a ser proferida pelo juiz. A prestação jurisdicional é uma atividade que exige muitas garantias, porém, não é pela simples manutenção dos institutos processuais em si. O processo é o meio de prestação da função jurisdicional e necessita contar com procedimentos fáceis de operar e, além disso, que permitam a participação dos interessados.

Em conclusão, pode-se afirmar que a garantia do acesso à justiça, consagrando no plano constitucional o próprio direito de ação (como direito à prestação jurisdicional) e o *direito de defesa* (direito à adequada resistência às pretensões adversárias), tem como conteúdo o direito ao processo, com as garantias do *devido processo legal*. Por direito ao processo não se pode entender a simples ordenação de atos, através de um procedimento qualquer. O procedimento há de realizar-se em contraditório, cercado de todas as garantias necessárias para que as partes possam sustentar suas razões, produzir provas, influir sobre a formação do convencimento do juiz. E mais: para que esse procedimento, garantido pelo *devido*

---

<sup>9</sup> Sobre o tema: DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. vol 1. 13. ed., Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 46 e 47.

*processo legal*, legitime o exercício da função jurisdicional. (GRINOVER *et al*, 2012, p. 93)<sup>10</sup>

Propõe-se a partir do conteúdo acima exposto, responder aos seguintes questionamentos: há sistematizações dentro dos institutos processuais que podem ser úteis nessa metodologia de julgamento por precedentes? O que poderia auxiliar os jurisdicionados nessa metodologia de precedentes, em termos de representação dos seus interesses, bem como, na questão da segurança jurídica em caso de alteração de entendimentos? Esses questionamentos guardam estreita relação com os desafios para a construção de novos paradigmas na área da prestação jurisdicional diante da massificação das lides.

#### **4 PROCESSOS PARADIGMÁTICOS E CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL**

Colhe-se do contexto processual civil que cada vez mais se busca o emprego de técnicas de uniformização de julgamento e de emprego de precedentes para evitar a tramitação de autos que já tenham jurisprudência dominante ou súmula. Capta-se essa fórmula, a partir do panorama processual a seguir descrito:

O movimento em direção à força subordinante dos precedentes (não apenas dos sumulados, mas também dos demais) foi acelerado com as reformas do Código de Processo Civil ocorridas a partir de 1994. A nova redação do art. 557 e de seus parágrafos autorizou o relator, nos tribunais, a, individualmente, negar seguimento a recursos, quando a decisão recorrida estiver adequada às súmulas ou à jurisprudência dominante do respectivo tribunal ou dos tribunais superiores; e a dar-lhes provimento, quando a decisão recorrida estiver em confronto com súmulas ou jurisprudência dominante dos tribunais superiores. Pelo art. 544, §§ 3º e 4º, do CPC foi atribuída competência ao relator de agravo de instrumento em recurso especial ou o próprio recurso extraordinário para, desde logo, invocando jurisprudência ou súmula do STJ ou STF, conhecer do agravo e prover o próprio recurso especial ou o próprio recurso extraordinário. O parágrafo único do art. 481, conforme já referido instituiu o sistema de vinculação dos órgãos fracionários dos Tribunais aos seus próprios precedentes e, quando houver, aos do STF, nos incidentes de inconstitucionalidade. Em 1998, o parágrafo único do art. 120 trouxe autorização para o relator decidir de plano conflito de competência quando há “jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada”. Em 2001, o art. 475, §3º, do CPC dispensou o reexame necessário das sentenças que adotaram jurisprudência do plenário do STF ou súmula do tribunal superior competente. Na mesma época, o art. 741, parágrafo único, passou a atribuir a decisões do STF sobre a inconstitucionalidade de normas (mesmo em controle difuso), a eficácia de inibir a

---

<sup>10</sup> Para Cintra; Grinover e Dinamarco *in* Teoria geral do processo há dois grandes princípios informadores da justiça penal e civil e são eles: o acesso à justiça e o devido processo legal e são deles que decorrem todos os demais postulados necessários para assegurar o direito à *ordem jurídica justa*.

execução de sentenças a ele contrárias (verdadeira eficácia rescisória), o que foi reafirmado em 2005, pelo art. 475-L, §1º, do CPC. (ZAVASKI, 2012, p.38 e 39)<sup>11</sup>

Essa é a realidade do sistema processual que julga por amostragem os casos repetitivos, seleciona temas de repercussão geral que vão além do interesse das partes, permite os julgamentos monocráticos em caso de jurisprudência dominante, afeta questões ao pleno, tudo com a intenção de gerar decisões com ampla eficácia e limitar o processamento de recursos na forma tradicional. Por isso, vale à pena trazer à baila alguns mecanismos existentes em temas de ações coletivas que possam ser agregados a esse método de trabalho.

Há empenho do Conselho Nacional de Justiça em estabelecer banco de dados das ações coletivas, bem como, da criação de sistema de acompanhamento de processos de relevância social. Dentre os destaques do grupo de estudos relacionado ao banco de dados das ações coletivas (instituído pela Portaria 198 do CNJ) estava a existência de várias demandas tratando do mesmo tema. Havia o risco de sobreposição de decisões, inclusive conflitantes. E, além disso, objetivou-se um intercâmbio de informações e experiências visando melhores soluções e a garantia de maior agilidade à solução de processos relacionados, por exemplo, a contratos bancários ou de telefonia, planos de saúde, fornecimento de medicamentos, questões ambientais, entre outros.<sup>12</sup>

Dessa forma, foi publicada a resolução conjunta nº 2, de 21 de junho de 2011 pela qual se instituiu os cadastros nacionais de informações de ações coletivas, inquéritos e termos de ajustamento de condutas. Dentre os considerandos desse ato normativo encontra-se a necessidade de otimização do processamento e solução de demandas de massa. E, ainda, os princípios da publicidade e eficiência, visando à divulgação das informações disponíveis para a sociedade e para os órgãos de proteção e defesa do consumidor a respeito das ações civis públicas, de modo a fomentar o exercício da cidadania.

O Conselho Nacional de Justiça também possui o Programa Justiça Plena a fim de dar transparência aos andamentos de processo de grande repercussão social. Também é um banco de dados de inclusão de processos que são de interesse público e possuem o potencial de repercussão na sociedade.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> A obra de Teori Albino Zavaski, **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: RT, 2012, apresenta argumentos relevantes que justificam esse método de extensão das decisões para os casos da mesma tese, a fim de evitar interpretações díspares do ordenamento jurídico para casos iguais.

<sup>12</sup> Disponível em [http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=9999:liminar-suspende-resolucao-da-10o-camara-civel-do-tjrj-sobre-quinto-constitucional&catid=1:notas&Itemid=675](http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=9999:liminar-suspende-resolucao-da-10o-camara-civel-do-tjrj-sobre-quinto-constitucional&catid=1:notas&Itemid=675) – Acesso em 10 fev.2014.

<sup>13</sup> Programa voltado a gestão de causas de grande repercussão social, relacionadas a questões criminais, ações civis públicas, ações populares, processos em defesa do direito do consumidor e ambientais conforme

Essa preocupação em estabelecer banco de dados contendo dados sobre as ações que podem repercutir em interesses relevantes para a sociedade pode ser considerada uma primeira etapa da legitimação da atividade jurisdicional ao proferir decisões de amplo alcance social. A construção de decisões no Estado Democrático de Direito ainda exige a participação daqueles que serão atingidos pela decisão, ou, ao menos que sejam adotados meios de criar a legitimidade das discussões por meio de uma representação adequada dos interesses submetidos ao Judiciário.

Como se constata, o sistema de precedentes voltado à aplicação de temáticas repetitivas também possui a característica de amplo alcance de suas decisões. A aplicação de jurisprudência dominante, súmulas, decisões tomadas pelo plenário da Corte tem sido a solução para dar uma resposta para os inúmeros casos submetidos à apreciação judicial e que tratam da mesma tese jurídica. E, por isso, valeria também a adoção de um banco de dados, pois é um dos mecanismos de análise massificada de processos judiciais.

Porém, a mera publicidade dos temas relevantes que serão decididos é insuficiente. E, questiona-se, por que não a sistematização de alguma fórmula para que as partes possam defender os seus argumentos? Deveria haver ao menos uma espécie de edital, com ampla divulgação, estabelecendo o período, o meio e o local para que as entidades com adequada representação pudessem defender os interesses que estão sendo discutidos em Juízo.

A mera judicialização de conflitos sociais não significa que haverá a produção da melhor decisão para a sociedade como um todo. Há muitos interesses em jogo e conflitantes e, de forma bastante precisa, na apresentação da obra de Niklas Luhmann, Tércio Sampaio Ferraz Junior, ao descrever a correlação entre a estrutura social e o homem já demonstra que a juridicidade não decorre da natureza humana, mas é só um mecanismo de interação e não de integração social:

Luhmman concebe a sociedade como um sistema estruturado de ações significativamente relacionadas que não inclui, mas exclui do sistema social o homem concreto que passa, analiticamente, a fazer parte do seu mundo circundante. Ou seja, a conexão de sentido que liga as ações do ser humano concreto. Homem concreto e sociedade são um para o outro, mundo circundante, sendo, um para o outro, complexo e contingente. O homem é para a sociedade e esta para aquele um problema a resolver. Apesar disso, ambos são de tal modo estruturados que possam coexistir. Na verdade, o homem concreto precisa da sociedade para viver, embora isto não queira dizer que ele faça *parte* dela. Segue-se daí que a juridicidade das relações inter-humanas não é dedutível da natureza humana. O direito é visto, então, como uma estrutura que define os limites e as interações da sociedade. Como

estrutura, ele é indispensável, por possibilitar uma estabilização de expectativas nas interações. Ele funciona como um mecanismo que neutraliza a contingência das ações individuais, permitindo que cada ser humano possa esperar, com um mínimo de garantia, o comportamento do outro e vice-versa. (LUHMANN, 1980, p. 01)<sup>14</sup>

Colhe-se do trecho acima a idéia de que o homem precisa da sociedade para viver, mas não significa que faça parte dela. E, ainda, expõe que um em relação ao outro são problemas a resolverem entre si. E ao estabelecer que o direito diz os limites na interação social desnuda-se para a idéia do poder daquele que dita a verdade. Esse autor ainda defende que aquilo que a verdade realiza no convívio social é a transmissão de reduzida complexidade e as escolhas e transmissão de idéias decorrem por motivo de simpatia pessoal ou de filiação ou de submissão ao poder (LUHMANN, 1980, p. 25).

E, por isso, o autor diz que o poder é também um mecanismo de transmissão de resultados de seleção e, ainda, quem tem o poder pode motivar outros a adotar as suas decisões como premissas de procedimento, portanto, a aceitar como compulsiva uma seleção dentro de âmbito de possíveis alternativas de comportamento (LUHMANN, 1980, p. 26). E, para dar a força adicional as suas decisões se estabelece o procedimento. Essa fórmula busca sacramentar ou legitimar as escolhas.

Essa percepção interessa ao tema dos mecanismos de análise massificada de processos. Os institutos em si são insuficientes se não permitirem a efetivação da razão de ser do processo. No caso, os escopos da jurisdição, dentre eles, a pacificação social somente se obtém com a construção de uma sociedade mais equânime, reduzindo-se as desigualdades sociais. Não basta um sistema processual avançado e sofisticado se não atender aos fins de concretização dos direitos fundamentais.

Esse instrumental deve se adaptar à realidade, no caso, com o fato de que muitas jurisprudências e precedentes estão sendo ditados pelas cortes, sendo cada vez mais comum a aceitação de que estas são fontes de direito. E, quando se reduz o âmbito de debates ou influências pode haver prejuízos justamente para aqueles que mais necessitavam que seus direitos fossem assegurados. Por isso qualquer tipo de sistematização na atividade jurisdicional exige um olhar atento para evitar uma visão reducionista e ampliar o fosso da desigualdade.

---

<sup>14</sup> Essa obra aborda aspectos interessantes da estrutura social e seu funcionamento. Embora não pretenda “legitimar” a instituição do processo legal serve para apontar vários problemas deste. Um deles é o próprio desatendimento da finalidade que justifica a criação o instituto. Mais sobre o assunto em LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Rev. Tércio Sampaio Ferraz Junior. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

Aplicar uma decisão igual para todos, dentro de um campo reduzido de influências, pode gerar um descontrole de forças atuantes, beneficiando apenas uma das partes, a que esteve mais munida de argumentos e que pôde atuar com mais intensidade na instância de poder mais significativa, no caso, perante os Tribunais.

Ainda, há que se levar em conta que essa sistematização processual vai permitir a criação de uma decisão jurídica que será praticamente vinculante, valendo para todos os demais casos judicializados, ou seja, haverá uma verdadeira decisão-regra com amplo alcance. No entanto, o poder informativo gera influências na tomada de decisões e foi objeto de pesquisa de Damares Medina em *Amicus curiae* – Amigo da Corte ou Amigo da Parte? Ela verificou que o “desequilíbrio informacional provocado pelo ingresso polarizado do *amicus* e o conseqüente aumento da distribuição assimétrica de informações podem repercutir no processo de tomada de decisões no STF”.<sup>15</sup> (MEDINA, 2010, p. 170).

Aumenta a preocupação nessa sistematização já que se os interessados não identificarem a tempo e se organizarem para a atuação nesse sistema de construção do direito terão que arcar com decisões que lhes sejam desfavoráveis, sem sequer terem argumentado enfaticamente os seus motivos. Esse é um método de trabalho do Judiciário, que produz decisões aptas a produzir efeitos extensos, mediante o fortalecimento da jurisprudência ou de decisões paradigmáticas (obtidas por meio de incidentes de uniformização), conforme alerta a doutrina:

O que ficar resolvido a respeito da questão jurídica comum valerá para todos os demais processos, qualquer que seja o sentido em que se pronunciar o Tribunal. Inegavelmente, por tal perspectiva, a força do incidente revela-se muito maior do que a de uma ação coletiva.

Elege-se, então, uma ou mais ações, as quais farão as vezes de milhares de outras, para serem julgadas diretamente pelo Tribunal. Podem-se denominar tais ações paradigmáticas. O modo como se resolver a questão de direito, então, é que vinculará os demais juízes no julgamento de pedidos que tenham por pressuposto aquela mesma questão geradora do incidente. Veja-se que não é propriamente a decisão a respeito do pedido na ação paradigma que produzirá efeitos externos, mas a fundamentação da decisão. E daí se pode falar em uma eficácia transcendente dos motivos determinantes da decisão (da chamada *ratio decidendi*), que é diversa da eficácia da coisa julgada.”. (BARBOSA et al, 2011, p. 491/492)<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> A pesquisa aprofundou-se em estatísticas de processos nas quais o *amicus curiae* atuou e sobre a sua forma de atuação, geralmente, tomando “partido” de alguma tese e, até efetuando pedido. Também abordou a questão da importância das informações e que podem influir nas opções valorativas de tomada de decisões.

<sup>16</sup> Conforme exposto no trabalho de Andrea Carla Barbosa e Diego Martinez Fervenza Cantoario sobre O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do Código de Processo Civil: apontamentos iniciais na obra de coordenação de Luiz Fux. **O novo processo civil brasileiro - direito em expectativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

Nisso seria muito democrático o estabelecimento de meios processuais para que os jurisdicionados tivessem um meio de participar, ainda que por meio de representação na construção das decisões vinculantes das Cortes. A exigência do devido processo legal não pode compactuar com a construção de decisões sem regras que garantam o efetivo contraditório e a ampla defesa. Há que se estabelecer alguma fórmula, com a possibilidade dos que vão sofrer os efeitos da decisão, possam expor os seus argumentos para serem sopesados pelas cortes, atualmente, funcionando como verdadeiras fontes produtoras de direito.

E, muito do que se tem sistematizado nas ações coletivas, como o princípio da adequada representação poderia ser analisado em relação à pessoa, órgão ou entidade que vai atuar nesses processos paradigmáticos, só aceitando a legitimidade daqueles que apresentassem condições adequadas de desenvolver a defesa em juízo. Sobre essas ações e a representação adequada sustentam Didier e Zaneti no Curso de Direito Processual Civil - Processo Coletivo “Nessa perspectiva, busca-se que esteja a classe/grupo/categoria bem representada nas demandas coletivas, quer dizer, representada por um legitimado ativo ou passivo que efetivamente exerça a situação jurídica coletiva em sua plenitude e guie o processo com os recursos financeiros adequados, boa técnica e probidade.” (DIDIER e ZANETI, 2011, p. 114)

Essa idéia não é para restringir os legitimados, mas permitir que os temas recebam tratamento adequado, com discussão e conhecimento na amplitude que merecem. Isso por que o devido processo legal também tem a preocupação com a legitimidade do exercício da função jurisdicional e isso engloba a participação dos interessados através de adequada representação do interesses *sub judice* até para dar legitimidade à atividade jurisdicional.

Essa preocupação em relação a essa sistemática em que se proferem decisões com alcance para os demais processos em andamento também ocorre em relação ao incidente de resolução de demandas repetitivas, conforme se colhe do texto de Viviane Siqueira Rodrigues, em seu artigo Preocupações com uma eficiente administração da justiça e novas tendências processuais para uma razoável duração do processo, na obra coletiva 40 anos da Teoria geral do processo no Brasil (2013, p. 751):

No que se refere à iniciativa para o incidente, o projeto amplia o quadro de legitimação em matéria coletiva, permitindo que tanto o autor quanto o réu de ação repetitiva forjem instrumento processual com eficácia expandida. É certo que foi prevista a participação de interessados de quem serão ouvidas as razões em torno da questão de direito controvertida, conforme preceitua o art. 992 do atual Substitutivo, mas o modelo de incidente previsto no projeto é, com a devida vênia, ainda deficiente, pois confere direito de voz desacompanhado de adequada representação

do interesse em jogo (a um sem-número de interessados), o que, a propósito, pode atuar contra objetivos de julgamentos mais céleres; afinal, será viável dar a devida atenção às razões de todos os interesses no julgamento em tempo hábil?

A atuação na defesa desses interessados mediante pessoas, órgãos ou entidades com representação adequada é para que a construção do precedente paradigma ou súmulas se dê à luz da mais ampla defesa e a relação se torne mais equilibrada. O trecho acima citado já estabelece o motivo dessa necessidade, é justamente por que em tais situações temos um instrumento processual com eficácia expandida.

Essas observações à respeito da atuação nas cortes é bastante significativa quando se refere à temáticas repetitivas. Como já visto, não se está a tratar de partes parificáveis ou de equilíbrio processual e, na maior parte das vezes, tem-se em um dos pólos aquele contumaz usuário do Judiciário e na outra banda, uma coletividade que custosamente vem se socorrer desse sistema. Nesse tema, Cappelletti e Garth em *Acesso à Justiça*, ainda apresentam um estudo apontado por Galanter no qual tece as vantagens de ser um litigante habitual, mais experiente, em relação ao eventual, sendo de se destacar:

1) maior experiência com o Direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; 2) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos; 3) o litigante habitual tem oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância decisora; 4) ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos; e 5) pode testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros. Parece que, em função dessas vantagens, os litigantes organizacionais são, sem dúvida, mais eficientes que os indivíduos. Há menos problemas em mobilizar as empresas no sentido de tirarem vantagens de seus direitos, o que, com frequência, se dá exatamente contra aquelas pessoas comuns que, em sua condição de consumidores, por exemplo, são as mais relutantes em buscar o amparo do sistema judicial.

Vê-se que são várias as razões para a busca de aperfeiçoamentos ao sistema processual, mesmo por que o Estado democrático de direito exige maior participação na atividade estatal. No entanto, são muitos os desafios em razão do volume de demandas. Seria impossível sustentar a ampla participação das partes, em cada processo individualizado e passando por todas as instâncias nessas ações com temas repetitivos. Esse raciocínio gera mais demora na prestação jurisdicional e prejudica os usuários dessa atuação estatal. E, por outro lado, esse desejo não condiz com a realidade do volume das demandas e o uso das peças-modelos que, na prática, significa que não há a real avaliação de cada um dos processos de tema repetitivo pelos julgadores.

Assim, os mecanismos tendentes a gerar decisões de amplo alcance é o meio de racionalizar a prestação jurisdicional nessa sociedade de massa, com muitas relações jurídicas

padronizadas, com muitos problemas homogêneos repetitivos. Ademais, a pulverização das demandas não pode gerar benefícios para aqueles que somente possuem interesses em protelar o atendimento do direito da parte lesada. Por isso, impõe-se a adoção de mecanismos de resolução mais céleres, porém, sem se desatrelar da idéia da ordem jurídica justa. Daí por que se busca meios de viabilizar a representação adequada na discussão de temas que se transformarão em decisórios aplicáveis aos demais casos a serem apreciados.

## **5 ALTERAÇÃO DE PRECEDENTE E SEGURANÇA JURÍDICA**

Considerando a amplitude dessas decisões jurisprudenciais conforme acima exposto, cabe ainda expor sobre outro valor que é muito caro à sociedade que é a questão da segurança jurídica ou a vedação de surpresas. Bem exemplifica Marcelo Pacheco Machado em *Incerteza e Processo* que os cidadãos não podem ser surpreendidos pelo Estado, seja por normas que afetem a coisa julgada, o direito adquirido ou o ato jurídico perfeito; por leis penais ou administrativas com efeitos retroativos; por juízes ou tribunais criados para julgar fatos passados; ou, ainda, por tributos retroativos ou imediatos, que surpreendam ou embarcem a atividade econômica (MACHADO, 2013, p. 122).

E, sendo a prestação jurisdicional uma atividade estatal que interfere na vida dos jurisdicionados parece útil a adoção de técnicas que minorem as conseqüências bruscas da alteração de entendimento jurisprudencial. A jurisdição constitucional conta com o sistema de modulação de decisão no sistema de controle concentrado de constitucionalidade, conforme se verifica do artigo 27 da Lei nº 9.868/99 “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”.

A adoção desse mecanismo de modulação atenua o rigor do entendimento de que a lei declarada inconstitucional deve ser expurgada do ordenamento jurídico, como se nunca tivesse existido. No plano fático, as regras jurídicas moldam a vida das pessoas e até as opções de conduta. Não é possível entender que uma lei, por mais que receba a grave reprovação de nulidade por ser inconstitucional, não tenha moldado a atuação social. Se fosse adotada apenas a eficácia *ex tunc* (retroativa) para afastar a lei do ordenamento geraria a insegurança social:

A lei surge com uma presunção de validade e, sendo aplicada durante um lapso temporal razoável, não deve a decisão que declara a inconstitucionalidade ter eficácia retroativa absoluta, tendo em vista motivos de segurança jurídica e paz social. A nulidade absoluta pode gerar a injustiça, devendo ser abrandada na análise do caso concreto. (SIQUEIRA, 2011, p. 270).

E, partindo-se desse raciocínio, colhe-se que as mudanças bruscas de entendimentos jurisprudenciais também têm gerado a insegurança jurídica. Não se pode negar que muitos planejamentos tributários, empresariais, contratuais e até mesmo opções da administração pública se embasam em entendimentos do Judiciário. Por exemplo, muitos tributos não são pagos ou são calculados de forma diferenciada em razão de entendimentos jurisprudenciais.

Por essa razão que a construção de novos entendimentos pode causar grandes prejuízos para aqueles que acreditaram no entendimento anterior que vinha sendo adotado pelo Judiciário. E, por isso, a modulação dos efeitos tem sido admitido inclusive no controle difuso de constitucionalidade no âmbito pela Corte Constitucional, e não apenas no concentrado, conforme expõe Amílcar Araújo Carneiro Jr, em *A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais*:

Para casos de verdadeiras viradas jurisprudenciais, a proteção à confiança tem encontrado receptividade tanto no legislativo quanto no Supremo Tribunal Federal. As Leis nº 9.868 e nº 9.882, ambas de 1999, que disciplinam a ação direta de inconstitucionalidade (ADIN), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), e a ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), passaram a admitir a denominada *modulação ou limitação temporal* dos efeitos da declaração. Esse mesmo entendimento, por analogia, foi estendido ao controle difuso de constitucionalidade. (CARNEIRO, 2012, p. 328).

Conforme se tem exposto, nos mecanismos de análise massificada de processos judiciais, tem-se o conjunto de técnicas processuais que visam resolver as demandas repetitivas. A maior parte é voltada à tomada de decisões a partir de alguns processos para gerar efeitos de amplo alcance para os outros processos em andamento.

Nem sempre essas decisões com eficácia extensa se produzem em âmbito da Corte Constitucional e, por isso, não contam com mecanismos modulatórios previstos na jurisdição constitucional. E, são nessas situações que o emprego da modulação de efeitos atenderia também a segurança jurídica. Um exemplo que merece ser trazido à colação é do julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial 738.689 sobre o reconhecimento do direito ao aproveitamento do crédito-prêmio do IPI, instituído pelo art. 1º do Dec.lei 491/1969. Até agosto de 2004 havia entendimento pacífico no Superior Tribunal de Justiça favorável aos contribuintes e, que depois, sofreu uma alteração, causando prejuízos àqueles que acreditavam estarem atuando com “juridicidade”.

E, diante disso, o Ministro Hermann Benjamin propôs a modulação, no sentido de permitir o entendimento até então adotado *para as empresas que buscaram provimento judicial e efetivamente aproveitaram o ‘crédito prêmio’ até 09.08.2004*. No entanto, o Ministro Teori Albino Zavascki apontou que essa modulação teria ido além de aspectos temporais, abrangendo aspectos subjetivos, para beneficiar apenas alguns contribuintes e aspectos materiais, para alcançar apenas alguns negócios e não todos, conforme expôs Luiz Guilherme Marinoni, em *Precedentes obrigatórios*. A maioria dos membros dessa 1ª Seção aderiram a esse último entendimento, e daí a crítica desse autor:

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento referido, perdeu grande oportunidade para adotar técnica imprescindível a um Tribunal incumbido de dar unidade ao direito federal. Pouco importa que o art. 27 da Lei 9.868/1999 faça referência expressa apenas às decisões de inconstitucionalidade. Como demonstrado no item que precedeu, a limitação dos efeitos retroativos das decisões não é mera decorrência da necessidade de compatibilizar a segurança jurídica com a teoria da nulidade da lei inconstitucional. Trata-se, ao contrário, de algo imprescindível para não se surpreender aqueles que depositaram confiança justificada nos precedentes judiciais. Os atos, alicerçados em precedentes dotados de autoridade em determinado momento histórico – e, assim, irradiadores de confiança justificada –, não podem ser desconsiderados pela decisão que revoga o precedente, sob pena de violação à segurança jurídica e a confiança nos atos do Poder Público. Ou seja, a modulação dos efeitos ou a limitação dos efeitos retroativos das decisões certamente não pode servir apenas às decisões de inconstitucionalidade. Na verdade, a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade é um dos aspectos que se insere na questão relativa à tutela da segurança diante das decisões judiciais. (MARINONI, 2013, p. 439/440).<sup>17</sup>

Assim, ao se verificar que cada vez mais se pretende adotar mecanismos de resoluções de demandas de massa, com a prolação de decisões de maior alcance, tem-se um aspecto normativo para os demais processos. E, diante disso, não somente às Cortes Superiores deveriam se utilizar desse mecanismo de modulação, mas também os Tribunais estaduais e federais, eis que há inúmeras discussões repetitivas que poderão ser uniformizadas nestas instâncias. Isso por que, aquele mesmo sentido de que as leis não devem retroagir para prejudicar as pessoas ou mesmo da vedação à surpresa é aplicável à função jurisdicional, a fim de proteger, em alguma medida, aqueles que acreditavam no seu entendimento.

O devido processo legal, conforme Cândido Rangel Dinamarco, em *Instituições de direito processual civil*, vol. 1, proclama “a *autolimitação* do Estado no exercício da própria jurisdição, no sentido de que a *promessa* de exercê-la será cumprida com as limitações

---

<sup>17</sup> Esse autor ainda complementa que essa providência é imprescindível para o atendimento da tutela da confiança nos atos do poder público e que é inerente ao poder de julgar conferido aos Tribunais Superiores.

contidas nas demais garantias e exigências, sempre segundo os padrões democráticos da República brasileira.”. (DINAMARCO, 2013, p. 251)

O princípio da segurança jurídica repousa na fé depositada nas instituições. E, não se pretende com esse princípio engessar as decisões judiciais e impedir qualquer mudança de entendimento. Ao contrário, com a modulação de efeitos, notadamente nesses casos de julgamentos de amplo alcance, o que se tem é a demonstração de que esta havendo uma verdadeira preocupação com os problemas dos jurisdicionados, admitindo-se a alteração de jurisprudências, porém, com redução de danos para aqueles que agiram em conformidade com entendimentos anteriores.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ao trazer algumas linhas sobre os objetivos e garantias processuais, bem como sobre o acesso à ordem jurídica justa, permite-se que a análise empreendida questione mais sobre as técnicas no processo e finalidades. E, ao se estudar a aproximação do sistema *common law*, como forma de analisar as demandas de temáticas repetitivas, busca-se apontar as conquistas já obtidas na seara processual, com a finalidade de também adaptá-las nessa sistematização. Por isso, repensar o direito, observando essa realidade, insere-se no campo dos desafios de agregar garantias processuais, sem perder o que já se têm de conquistas neste ramo. Os mecanismos processuais de análise de temas repetitivos e o foco no devido processo legal vai buscar meios de garantir a participação na construção das decisões e a segurança dos jurisdicionados.

O sistema democrático e a visão participativa estabelecem outro patamar para a atuação judicial que não se contenta com a mera prolação de decisões judiciais. Pensa-se em tutela efetiva e concretização dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal através de um processo justo e participativo.

E, assim, é preciso ir além do acesso à justiça e garantir alguma fórmula de efetiva participação daqueles que serão afetados pelas decisões jurisprudenciais de eficácia extensa. A possibilidade de poder levar os argumentos, informações e dados técnicos demanda várias capacidades e, por isso, houve explanação sobre a representação adequada empregada para as ações coletivas e que pode ser utilizado no caso de atuação dos interessados nas cortes, notadamente quando o julgamento visa proferir decisões paradigmáticas.

Essa idéia é válida, considerando-se que as ações repetitivas são as de interesses homogêneos que, no caso, abarcam teses comuns que não foram veiculadas por meio de uma

ação coletiva - pois foram ajuizadas individualmente. A fim de evitar o congestionamento do sistema judicial, em razão do seu número excessivo, serão analisadas por meio de incidentes de uniformização, jurisprudências, súmulas, amostragem etc. E, por isso, também merecem a representatividade adequada na construção dessas decisões paradigmas devido à força dos precedentes na atualidade.

E, por ensejarem decisões com impacto massivo também mereceriam a aplicação do mesmo sistema de modulação dos efeitos existente na jurisdição constitucional. Não somente o Supremo Tribunal Federal precisa garantir a segurança jurídica, mas todos os Tribunais que pretendam gerar decisões de amplo alcance, com aspecto “semi-normativos”. Estes também ensejam regras modulatórias, semelhantes com as de transição de um ordenamento jurídico para outro, em razão da própria idéia de comportamento esperado que, se alterado, além das explicações e fundamentações ainda exige certo temperamento para evitar injustiças. Isso não é condescendência com as normas expurgadas, porém objetiva-se evitar que danos maiores advenham da simples mudança de entendimento jurisprudencial.

As mudanças processuais tendentes à aproximação do sistema *common law* abre espaço para um vasto leque de pesquisas. O objetivo deste trabalho foi apontar mecanismos já existentes na sistematização processual e que podem ser úteis no sistema de precedentes. Porém, muito há para ser estudado no campo processual quando o sistema se vale de novas técnicas na prestação jurisdicional. A pacificação social dentro do Estado Democrático acarreta em desafios e, dentre eles, é buscar aperfeiçoamentos para a construção de novos paradigmas. Por isso, há muito espaço para o estudo do tema e espera-se com o presente trabalho ter apontado meios de aprimoramento do devido processo legal.

## **REFERÊNCIAS**

BARBOSA, Andrea Carla *et al.* Luiz Fux (coord). *O novo processo civil brasileiro*, Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 10 fev.2014.

BRASIL. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm)> Acesso em: 10fev.2014.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Tomo III. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant; Trad. Ellen Gracie Northfleet. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: 2008, p. 161.

CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar Araújo. Coord. Ada Pellegrini Grinover e Petronio Calmon. *A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012, p. 328.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 13ª ed., Salvador: Juspodivm, 2011, p. 43.

DIDIER JR. Fredie e ZANETTI JR. *Curso de Direito Processual Civil*. 6ª ed., Salvador: Juspodivm 2011, p. 114.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros.

\_\_\_\_\_. *A instrumentalidade do processo*. 14ª ed., São Paulo: Malheiros.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Teoria geral do processo*. 28. ed. São Paulo: RT, 2012.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Rev. Tércio Sampaio Ferraz Junior. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

MACHADO, Marcelo Pacheco. *Incerteza e processo*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 122.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça*. São Paulo: RT, 2011, p. 38 e 39.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3ª ed., São Paulo: RT, 2013, p. 439/440.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 25ª ed., 2012.

MEDINA, Damares. *Amicus curiae*. Saraiva: 2010, p. 170.

MENDES. Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *O processo em perspectiva – Jornadas brasileiras de direito processual*. São Paulo: RT, 2013, p. 59.

RÉ. Aluísio Iunes Monti Ruggeri. *Processo civil coletivo e sua efetividade*. São Paulo: Malheiros, 2012.

RODRIGUES, Ruy Zoch. *Ações repetitivas*. São Paulo: RT, 2010, p. 87.

RODRIGUES, Viviane Siqueira. Org. Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell. *40 anos da Teoria geral do processo no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 751.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Novembro/1986, nº 21.

SIQUEIRA JR. Paulo Hamilton. *Direito processual constitucional*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 270.

WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4. ed., São Paulo, Saraiva, 2012, p. 36.

ZAVASKI, Teori Albino Zavaski. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2012.