

RECURSOS REPETITIVOS E A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO¹

REPETITIVE APPEALS AND THE INSTRUMENTALITY OF THE PROCEDURE

Carolina Schäffer Ferreira Jorge

Advogada. Mestre em Direito Tributário pela USP.
Doutoranda em Processo Civil pela USP. Professora do
Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT). São
Paulo/SP. E-mail: carolina@mauleradvogados.com.br.

RESUMO: Neste artigo, examinaremos a técnica de julgamento de recursos repetitivos e sua relação com a teoria da instrumentalidade do processo. Concluiremos que tal mecanismo não realiza plenamente o escopo social do processo, pois é incapaz de gerar pacificação social, solucionando os conflitos de modo célere e definitivo, promove radical alteração na dinâmica do Judiciário e nas suas relações com os demais poderes, impactando o escopo político do processo, e traz profundas mudanças em seu escopo jurídico, alterando o que entendemos por jurisdição e o papel exercido pelo juiz na criação e aplicação do Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisprudência; Recursos repetitivos; Instrumentalidade do processo.

ABSTRACT: In this article, we will examine the technique of repetitive appeals and the theory of the instrumentality of the procedure. We will conclude that this mechanism does not fulfill the social scope of the process, as it is unable to generate social peace, resolving conflicts quickly and definitively, promotes radical changes in the dynamics of the Judiciary and in its relations with other powers, impacting the political scope of the process, and brings about profound changes in its legal scope, altering what we understand by adjudication and the role played by judges in the creation and application of law.

¹ Artigo recebido em 01/05/2021 e aprovado em 28/05/2021.

KEYWORDS: Case law; Repetitive appeals; Instrumentality of the process.

1. Introdução

Em 2015 foi publicada a Lei nº 13.105, que aprovou o Novo CPC, trazendo profundas alterações à legislação brasileira. Inúmeros pontos do Novo Código poderiam ser analisados neste artigo, dados os seus impactos na atuação do Judiciário. Contudo, selecionamos dois que refletem algumas das principais mudanças introduzidas pelo CPC nas premissas teóricas do Processo Civil brasileiro e nas técnicas empregadas para a realização concreta do Direito. São eles: a instrumentalidade e os julgamentos repetitivos.

Deveras, se de um lado é certo que o Novo CPC se inspirou na instrumentalidade do processo e, em especial, na instrumentalidade das formas, buscando afastar-se do formalismo rígido que permeava o processo civil brasileiro, de outro não há dúvida de que o Código fortaleceu o mecanismo dos julgamentos repetitivos, ampliando as suas hipóteses de cabimento e de aplicação e a força vinculante das decisões assim prolatadas.

No entanto, até que ponto é possível afirmar que tais movimentos estão alinhados?

Como se verá neste artigo, o exame da instrumentalidade não se resume à flexibilização do procedimento, demandando também que se analisem os escopos do processo, vale dizer, os seus propósitos social, político e jurídico. Exige, ainda, que se verifique em que medida as técnicas processuais empregadas são capazes de realizá-los.

Sendo assim, examinaremos a teoria da instrumentalidade, tal como desenvolvida por Dinamarco, e os escopos do processo. Então avaliaremos se tais propósitos podem ser alcançados por meio dos julgamentos repetitivos ou se, ao contrário, a sistemática trazida pelo CPC/2015 contraria tais finalidades, tal como encampadas pela Constituição de 1988.

2. A instrumentalidade do processo

2.1. O processo e seus fins

Há séculos afirma-se que o processo é um instrumento, meio voltado à realização de certos fins. Já dizia Carnelutti que o processo, entendido como conjunto de atos

dirigidos à formação ou aplicação das normas jurídicas, é método que se destina a realizar certo resultado: regular os conflitos de interesses, atingindo-se a pacificação por meio de uma decisão certa e justa. Como salienta o autor, são necessárias experiência para conhecer os termos do conflito, sabedoria para encontrar seu ponto de equilíbrio, técnica para aquilatar a fórmula idônea que represente este equilíbrio e colaboração das pessoas interessadas e desinteressadas². Assim, pois, atua o processo na composição dos litígios.

Contudo, se a função instrumental do processo há décadas é reconhecida em nossa ordem jurídica, foi apenas recentemente que ela pode ser adequadamente compreendida. Atribui-se, não sem razão, a Cândido Dinamarco a responsabilidade pelo desenvolvimento da teoria da instrumentalidade no Direito Processual brasileiro, firmada com a obra “A Instrumentalidade do Processo” e aprimorada nos trabalhos que a sucederam.

Neste livro, Dinamarco critica as teorias que enxergam o processo como fenômeno puramente jurídico e técnico e dissociado da vivência social que o circunda e das suas projeções éticas. Para o autor, o processo é instrumento e, como tal, deve ser meio para atingir fins, colocando-o em contato com a realidade³. Como salienta Bedaque, o trabalho de Dinamarco visa ao abandono das preocupações exclusivamente endoprocessuais, voltando-se a uma análise teleológica do processo. Essa visão busca dar efetividade a tal mecanismo, para que possa atender às necessidades da sociedade em que está inserido⁴.

De fato, faz-se necessário abandonar a noção estéril do processo, excessivamente formalista, que o enxerga como um fim em si mesmo. Como leciona Dinamarco, a supervalorização do procedimento é postura metodológica favorável à cegueira ética, que não pode ser admitida⁵. Não se nega a relevância das regras procedimentais para a garantia da Constituição e plena realização da ampla defesa e do contraditório. O devido processo legal, efetivado por meio de tais regras, é um pilar do Estado Democrático de Direito.

Contudo, o procedimento é criado para assegurar-se direitos materiais, concedendo-se o bem da vida a seu legítimo titular. Se é assim, o respeito às regras deve

² CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Traducción de la quinta edición italiana por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa-América, 1959, pp. 21 e 22.

³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?*, in *Garantismo processual – garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, pp. 3 e ss.

⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, p. 267.

buscar a consecução de tal finalidade, vez que “ignorar a natureza instrumental do processo (...) confere relevância exagerada à forma, em detrimento dos [seus] objetivos”⁶.

Se o processo é meio voltado ao atingimento de certos fins, cumpre perquirir quais finalidades são estas e quais técnicas devem ser empregadas para alcançá-las. Segundo Dinamarco, é possível falar nos “escopos” do processo, entendidos como os propósitos que norteiam a sua instituição e que devem pautar a conduta dos agentes que o operam.

Para o autor, o processo possui três principais escopos: social, político e jurídico.

É importante salientar que tais propósitos não são categorias estanques e universalizáveis, mas estão relacionados às condições sociais, históricas, econômicas e culturais do país em análise. Em cada local, o processo pode alcançar finalidades distintas, que também se alteram com o passar das décadas e as novas demandas da sociedade.

Ademais, tais escopos não se manifestam de forma isolada, mas são interdependentes, surgindo nos fenômenos processuais em maior ou menor intensidade. De fato, a categorização proposta por Dinamarco justifica-se para fins didáticos, facilitando o estudo dos fenômenos, mas não afasta sua correlação. Tais propósitos estão interconectados e devem ser conciliados, pois frequentemente poderão apontar para caminhos distintos. Alcançar o equilíbrio entre essas finalidades é um dos maiores desafios do processo. Como ressalta Dinamarco, para que sejam atingidos os seus três escopos, faz-se necessário implementar técnicas que harmonizem exigências muitas vezes contraditórias. Sendo assim “cumpre à técnica processual (praticada pelo legislador e intérpretes) o delicado labor do equilíbrio, na busca empírica de soluções capazes de assegurar a integridade da missão social, sem o risco de distorções jurídicas intoleráveis”⁷.

2.2. O escopo social

É impossível falar-se sobre o processo sem que se reconheça o seu papel fundamental como instrumento de solução dos conflitos instaurados na sociedade. De fato,

⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 27 e ss.

⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, pp. 270.

o processo tem como inegável fim a paz social, eliminando-se as insatisfações surgidas na comunidade, evitando-se as condutas desagregadoras e estimulando-se as agregadoras⁸.

O processo, contudo, não visa apenas à pacificação dos conflitos, mas, principalmente, à pacificação com justiça. Deveras, tal instrumento não exerceria seu fim caso solucionasse os litígios de modo puramente arbitrário. A paz social e o bem comum, pois, são alcançáveis apenas por meio de decisões percebidas como justas pela sociedade.

Mas não é só. Para Dinamarco, a afirmação do escopo social do processo não reflete ideia puramente abstrata, mas se traduz em uma postura concreta dos julgadores perante os casos levados ao Judiciário. Se o juiz deve solucionar os conflitos e se esse é o fim último do processo, então é necessário que o instrumento seja efetivamente empregado para que se alcance essa finalidade. É com base nisso que afirma a instrumentalidade das formas. Ora, se a forma é mero instrumento para alcançar-se o fim, é dizer, a solução do litígio, ela não pode ser vista de maneira tão rígida que impeça o atingimento dessa finalidade. Nesse cenário, advoga-se a simplificação do procedimento, a adaptação da tutela aos direitos discutidos, a ampliação da participação dos juízes e das partes na instrução da demanda e na formação do convencimento, a fim de que a convicção formada pelo magistrado seja o mais aderente possível à realidade social⁹.

O Novo CPC encampa a instrumentalidade em diversos dispositivos, como aqueles que dão primazia à decisão de mérito (arts. 282, § 2º, e 488) e que permitem a regularização *a posteriori* da inicial (art. 321) e dos recursos (art. 932, parágrafo único, e 1.017, §3º), bem como o pagamento extemporâneo do preparo (art. 1.007, §§ 2º e 4º).

A pacificação, contudo, não se faz apenas com a solução dos conflitos levados ao Judiciário. É indispensável que tais soluções tenham estabilidade. Logo, no estudo do escopo social, cumpre examinar a coisa julgada e outras formas de estabilização, como as preclusões, na medida em que conferem definitividade às etapas processuais e às decisões proferidas pelos magistrados, pacificando os conflitos decididos por meio do processo.

2.3. O escopo político

⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, pp. 188 e ss.

⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, pp. 267 e ss.

Segundo Dinamarco, o escopo político pode ser analisado sob três diferentes prismas: o processo como manifestação do poder, como instrumento de controle do Estado e de preservação das liberdades e como mecanismo para a participação democrática¹⁰. Através do processo, o Estado decide imperativamente sobre os conflitos. Logo, é imprescindível perquirir de que maneira este poder é exercido, seja no que toca à estrutura do Judiciário e sua interação com o Executivo e o Legislativo, seja no que tange à atuação dos juízes, às atribuições que lhe são conferidas e às relações travadas com as partes¹¹.

Quanto à perspectiva institucional, a análise tem se tornado complexa, dada a progressiva ampliação das fronteiras de atuação dos julgadores, suscitando atritos em suas relações com o Executivo e o Legislativo. Nos últimos anos, têm-se notado também alterações na dinâmica interna do Judiciário e nas interações entre magistrados de primeiro grau, Tribunais locais e Cortes Superiores. Em virtude da ampliação dos julgamentos repetitivos e da atribuição de força vinculante a seus julgados, verifica-se uma progressiva concentração de poderes no STF e no STJ. O exame do escopo político envolve a análise da legitimidade dessas medidas em face dos propósitos a serem perseguidos pelo processo.

Examinar o escopo político é também avaliar de que forma o poder estatal é controlado e como são preservadas as liberdades do indivíduo. Estudam-se então as regras de procedimento e garantias concedidas aos administrados. Por fim, segundo Dinamarco, o escopo político pode ser examinado sob o prisma da participação, já que o processo deve ter como finalidade o incremento da participação dos cidadãos no exercício do poder¹².

2.4. O escopo jurídico

Por fim, o processo tem escopo jurídico, que diz respeito à realização das normas através da atuação dos magistrados. No exame deste escopo, deve-se indagar como opera o processo e que posto ocupa no sistema jurídico¹³. Para Dinamarco, o escopo da

¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, p. 198 e ss.

¹¹ Como leciona Nicola Picardi, a atuação dos magistrados pode ser analisada sob uma perspectiva estrutural ou institucional, vale dizer, como poder atribuído ao Judiciário em uma estrutura social complexa, ou sob a perspectiva da função, como poder para resolver as controvérsias (in *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, v. 58, n. 1, mar./2004, p. 51).

¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, p. 199 e ss.

¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, p. 208 e ss.

jurisdição não seria o de estabelecer regras para composição das lides, vez que tais regras já existem, mas dar-lhes efetividade, promovendo-se a atuação da vontade concreta da lei.

A análise feita por Dinamarco quanto a esse escopo tem recebido críticas de parte da doutrina. Afirma-se que o autor propôs uma mudança radical na visão do processo, examinando-o sob perspectiva teleológica, mas não alterou suas premissas teóricas no que toca ao conceito de interpretação jurídica e ao papel do julgador na aplicação do Direito¹⁴.

Ocorre que aquele trabalho não pode ser lido sem que se considere sua perspectiva histórica. Outrossim, reconhecer o valor da teoria da instrumentalidade para a ciência jurídica não equivale a dizer que não possa ser aprimorada, tendo em vista as mudanças ocorridas na sociedade e as novas concepções de jurisdição e de hermenêutica jurídica.

Com efeito, por séculos prevaleceu uma concepção “cognitivist” da interpretação e que atribuía ao julgador papel muito limitado na criação do Direito¹⁵. Essas teorias foram em grande parte influenciadas por uma noção particular da linguagem, segundo a qual as palavras poderiam “apontar” para as coisas, possuindo um conteúdo preexistente. Segundo essa concepção, a interpretação seria mero ato de conhecimento, de descoberta do sentido, e não ato criador ou decisório. Essas teorias pressupõem que o texto possui um sentido que lhe está incorporado e que preexiste ao ato de interpretação. O intérprete não exerceria, assim, atividade criativa, mas apenas traria à luz o significado contido no texto.

Tal concepção traduzia uma desconfiança nos aplicadores do Direito, buscando-se conter o arbítrio¹⁶. De fato, a definição do papel exercido pela interpretação reflete em grande medida um embate entre legislador e juiz pelo controle sobre a criação do Direito.

No entanto, com o desenvolvimento dos estudos sobre a linguagem, perdeu força a noção de que as palavras pudessem ter um conteúdo imanente, preexistente à interpretação. Consequentemente, passou-se a questionar a ideia de que a interpretação jurídica fosse um mero ato de conhecimento e de subsunção mecânica dos fatos à norma.

¹⁴ COSTA, Henrique Araújo; COSTA, Alexandre Araújo. *Instrumentalismo x Neoinstitucionalismo: uma avaliação das críticas neoinstitucionalistas à teoria da instrumentalidade do processo*. Revista Brasileira de Direito Processual. v. 18, n. 72 out./dez/2010. Segundo os autores, “seria mais consentânea com a proposta social de Dinamarco a adoção de um marco teórico que não se baseasse na distinção dos mundos material e processual”, já que “a instrumentalidade não precisaria negar o papel criativo ao juiz”. Assim, afirmam, “não haveria motivo para manter a construção artificial que é a ‘atuação da vontade concreta da lei’ chiovendiana, a qual (...) é incompatível com a flexibilização do binômio direito e processo”.

¹⁵ Para um exame aprofundado do tema: GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. Milão: Giuffrè, 2011, pp. 408 e ss.

¹⁶ NEVES, A. Castanheira. *Interpretação Jurídica*, in *Digesta, Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Vol. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp. 338 e ss.

E, de fato, os termos da linguagem não possuem um sentido imanente, que possa ser apenas revelado. A linguagem deve ser analisada sob uma perspectiva pragmática, eis que o sentido não está incorporado às palavras, mas é atribuído pelos utentes¹⁷. Ademais, o Direito é indeterminado, visto que os textos normativos são equívocos, muitos dos seus enunciados são ambíguos, por vezes também se entende que um texto normativo expressa uma norma, mas questiona-se se tal norma não é defectível em certos casos e, por fim, há normas não expressas, que não correspondem a um enunciado normativo específico¹⁸.

Frise-se que a equivocidade dos textos não depende apenas de certos defeitos da sua formulação, mas de outros fatores, como a multiplicidade de métodos interpretativos a serem adotados e os juízos de valor dos intérpretes. A natureza criadora da interpretação, portanto, não tem caráter excepcional, mas é elemento essencial para a sua compreensão.

Por outro lado, não se pode afirmar que as leis não oferecem qualquer critério ou limite para a tomada de decisões. O primeiro e mais óbvio deles é o texto, que possui um “sentido literal possível”¹⁹, que não pode ser superado, salvo em hipóteses excepcionais.

Ademais, as decisões devem ser justificadas por meio do processo argumentativo, fazendo-se necessário avaliar se os argumentos empregados são adequados, se estão devidamente amparados no ordenamento jurídico e em consonância com a Constituição. Assim, reduz-se o arbítrio, permitindo-se o controle intersubjetivo das decisões judiciais²⁰.

Ora, não há dúvida de que a alteração dos pressupostos teóricos mencionados acima, com o reconhecimento do papel criador dos aplicadores do Direito, teve profundos impactos na dinâmica estabelecida entre o Judiciário e os demais Poderes. Com efeito, houve notável fortalecimento daquele Poder nas últimas décadas e uma mudança nas funções por ele exercidas, que têm provocado, inclusive, uma revisitação do conceito de jurisdição, para que reflita adequadamente a atividade hoje realizada pelos magistrados.

Constatar tais mudanças é essencial para que se analise o tema aqui tratado. Como salienta Antônio do Passo Cabral, houve uma mudança de perspectiva na atuação do

¹⁷ Como leciona WITTGENSTEIN, o significado das palavras não é uma propriedade destas, mas deve ser compreendido a partir do modo como são utilizadas em determinado setor social, através dos chamados “jogos de linguagem” (In *Philosophical Investigations*. 4ª ed. Tradução de G.E.M. Anscombe, P.M.S. Hacker e Joachim Schulte. Singapura: Blackwell Publishing, 2009).

¹⁸ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*, pp. 39 e ss.

¹⁹ Utilizamos a expressão “sentido literal possível” na acepção trazida por KARL LARENZ (In *Metodologia da Ciência do Direito*. 6ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2012, pp. 450 e ss.).

²⁰ Também nesse sentido: NEVES, A. Castanheira. *Interpretação Jurídica*, in *Digesta*, pp. 340-341.

Poder Judiciário²¹. Inicialmente o exercício da jurisdição era visto como a solução de conflitos de interesses e a tutela de lesões ocorridas no passado, em uma visão retrospectiva, ao passo que hoje nota-se uma atuação dos julgadores com fins prospectivos, criando expectativas normativas e induzindo condutas praticadas em sociedade, reforçando-se as funções promocionais e, muitas vezes, políticas da jurisdição.

A análise do Novo CPC e da jurisprudência brasileira permite-nos constatar também um notável fortalecimento do papel da Constituição e da supremacia do seu texto.

De fato, a aderência das decisões judiciais à Constituição tem sido buscada de maneira tão intensa, que tem provocado a flexibilização ou mesmo o abandono, em certa medida, de dogmas até então visto como caros, como a coisa julgada. Nos termos dos arts. 525, §§ 12 a 15, e 535, §§ 5º a 8º, do CPC/2015, é possível rescindir a sentença e impugnar seu cumprimento quando a decisão estiver em dissonância com o Texto Constitucional, tal como interpretado pelo STF. Trata-se de rompimento radical com a imutabilidade da coisa julgada, para assegurar a plena harmonia das decisões com a Carta.

3. Julgamentos repetitivos

3.1. A busca pela uniformização da jurisprudência

Como visto, nas últimas décadas tem sido ampliada a atuação do Judiciário. Notam-se também tentativas de uniformização da jurisprudência, pela criação de técnicas de julgamento em massa e atribuição de força vinculante às decisões assim proferidas.

Nos sistemas de *common law*, há muito se reconhece a importância de uma jurisprudência estável e uniforme e um sistema de precedentes para realização do Direito.

Deveras, o uso dos precedentes traz inúmeras vantagens, viabilizando a economia de recursos, já que a mesma controvérsia não terá de ser analisada repetidas vezes pelo Judiciário. Isso porque a matéria é decidida, sendo a *ratio decidendi* ali firmada observada nos demais casos. A economia é inegável, dado o dispêndio de recursos envolvido na instrução dos feitos. A adoção de um sistema de precedentes também reduz a chance de reforma das decisões e tende a minimizar o risco de erro por parte dos magistrados, vez

²¹ CABRAL, Antônio do Passo. *Per un nuovo concetto di giurisdizione*. Revista da Faculdade Mineira de Direito - PUC Minas, vol. 18, nº 35, 2015.

que, se o precedente é formado após reflexão sobre o tema, aqueles que o observam tendem a prolatar decisões mais acertadas, que conduzem à melhor aplicação do Direito²².

Embora relevantes, estas não são, contudo, as principais razões para adoção de um sistema de precedentes. Tal mecanismo visa essencialmente à realização de dois objetivos: garantir a igualdade e assegurar a previsibilidade das decisões proferidas pelo Judiciário.

A igualdade predica que duas ou mais pessoas em situação equivalente devem receber o mesmo tratamento da ordem jurídica²³. Um sistema de precedentes promove a igualdade, pois assegura que a mesma *ratio decidendi* será aplicada a todos os casos que versem idêntica controvérsia jurídica. Tal sistema também garante a previsibilidade das decisões. Se o indivíduo conhece a orientação das Cortes, pode prever que seu caso será decidido no mesmo sentido. A previsibilidade confere estabilidade e fortalece o caráter orientador do Direito, realizando em maior medida o princípio da segurança jurídica²⁴.

Se é certo que uma jurisprudência estável e uniforme é capaz de trazer tais benefícios, vale questionar por quais razões os países de *civil law* passaram a se dedicar mais ao estudo do tema apenas nas últimas décadas. Isto se dá pois, durante muito tempo, acreditou-se que a igualdade e a previsibilidade seriam atingidas pelo Direito codificado. Se há normas abstratas, que se aplicam a todos de forma indistinta, realiza-se a igualdade. Se tais normas regulam as principais situações da vida, realiza-se a previsibilidade.

O giro hermenêutico e o novo conceito de interpretação jurídica, contudo, demonstraram que a codificação não era suficiente para atingir tais propósitos. Se os julgadores podem atribuir diferentes sentidos ao mesmo texto, a mera existência do enunciado não confere ao sistema a previsibilidade necessária. Igualmente, se há diferentes sentidos possíveis, pessoas em idêntica situação podem receber tutelas distintas. Daí a preocupação de estabelecerem-se mecanismos de uniformização dos julgados e de estabilização da jurisprudência, fortalecidos em países de *civil law*, tal como o Brasil.

²² Sobre as vantagens dos precedentes: SCHAUER, Frederick. *Precedent*. Stanford Law Review, vol. 39, nº 3, fev/1987, p. 595 e ss.; MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*. Oxford University Press, 2009, p. 143 e ss.; e PECZENIK, Aleksander. *On Law and Reason*. Springer-Verlag New York, 2008, p. 274.

²³ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. Para determinar se os casos são iguais, é necessário estabelecer-se um critério de comparação entre eles. Sendo assim, o exame da igualdade exige, primeiramente, que se determine qual será a medida de comparação adotada, que deve ser adequada e embasada na Constituição e pertinente à finalidade que justificou sua utilização.

²⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

3.2. Os julgamentos repetitivos

As relações contemporâneas deram origem também a novas demandas sociais, com a proliferação das controvérsias levadas ao Judiciário. De fato, constata-se uma massificação dos conflitos instaurados na sociedade, que muitas vezes não envolvem direitos meramente individuais, mas sim difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Para lidar com tais fenômenos, foram desenvolvidas diferentes técnicas. Nas últimas décadas, implementaram-se mecanismos de tutela coletiva, por meio dos quais atribui-se a certos sujeitos legitimidade extraordinária para defender interesses da coletividade. Tais instrumentos visavam não apenas adaptar a tutela ao direito discutido, mas também conferir eficiência à prestação jurisdicional e ampliar o acesso à justiça.

Contudo, tais mecanismos não foram capazes de atingir completamente seus propósitos, com a pacificação dos litígios, sendo conhecidas as dificuldades de implementação das ações coletivas, no que tange aos sujeitos legitimados, ao alcance da coisa julgada e à dispersão dos indivíduos atingidos. Ao mesmo tempo, verificou-se um incremento do acervo do Judiciário, formado principalmente por processos de índole repetitiva, com centenas ou até milhares de demandas versando idêntica questão jurídica.

O julgamento individualizado das causas traria consequências nefastas, pois implicaria o dispêndio de enorme volume de recursos na instrução dos feitos, gerando também demora excessiva na prolação de sentenças, em prejuízo à realização do Direito.

Diante disso, foram desenvolvidas técnicas para que se pudesse lidar com a massificação desses litígios, criando-se os chamados “julgamentos de índole repetitiva”.

Nessa sistemática, mantém-se o processamento das demandas individuais, a fim de que as peculiaridades de cada caso sejam analisadas, mas instauram-se incidentes para resolver a questão repetitiva. Definida a questão, os critérios ali adotados serão replicados nos demais casos em que a mesma questão tenha sido suscitada e deva, pois, ser decidida.

Os julgamentos repetitivos podem ser efetivados por meio de duas principais técnicas: a “causa-piloto” ou “processo-teste” e o “processo-modelo”. Na “causa-piloto”, um ou mais processos são selecionados para julgamento, decidindo-se naqueles feitos questões que se repetem. Há aqui unidade cognitiva, de modo que o mesmo órgão deve apreciar a questão comum e julgar o processo originário. Há em seguida a reprodução da

tese definida nos demais casos que versarem idêntica controvérsia²⁵. Este é o método utilizado pelo STJ e pelo STF no julgamento de recursos repetitivos, selecionando-se uma amostragem de casos para fixar-se a “tese”, que será replicada aos processos sobrestados.

Por sua vez, na técnica do “processo-modelo”, há cisão cognitiva e decisória. Isso porque, nessa hipótese, um órgão julgador deverá apreciar a questão comum e os outros decidirão os processos sobre o tema, incorporando a decisão sobre a questão comum como premissa de seu raciocínio. Esta é a técnica do procedimento alemão (*Musterverfahren*²⁶), que inspirou a criação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas pelo CPC/15.

Contudo, para autores como Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha²⁷, o IRDR brasileiro não configuraria “processo-modelo”, mas “causa-piloto”, vez que só pode ser instaurado quando houver causa pendente de julgamento perante o Tribunal. Ademais, o art. 978, parágrafo único, do CPC prevê que o órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e fixar a tese jurídica julgará igualmente o feito de onde se originou. Por essa razão, afirmam, apenas em caso de desistência ou abandono da causa pela parte, o IRDR se transformaria em “processo-modelo”, pois o incidente visaria apenas à fixação da tese.

3.3. As técnicas empregadas pelo Direito Processual brasileiro

Na história brasileira, é possível constatar inúmeras tentativas de implementação de mecanismos voltados à uniformização da jurisprudência e, mais recentemente, ao julgamento de questões repetitivas, que podem ser reconduzidas desde o instituto dos assentos do Direito português até as modernas técnicas empregadas pelo CPC de 2015.

²⁵ CABRAL, Antonio de Passo. *A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos*. Revista de Processo, vol. 231, maio/2014, pp. 201 e ss.

²⁶ Como leciona Antonio de Passo Cabral, trata-se de incidente processual introduzido no Direito alemão, pelo qual decidem-se pontos litigiosos expressamente indicados pelo requerente e fixados pelo juízo, a fim de que a decisão tomada atinja vários litígios individuais. Vale observar que a cognição realizada em tais incidentes compreende não apenas questões jurídicas, mas também elementos fáticos controversos, necessários à solução da questão principal (in *O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas*. Revista de Processo. São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 32, maio/2007).

²⁷ DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Recursos contra decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas que apenas fixa tese jurídica*. In: NUNES, Dierle José Coelho; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; JAYME, Fernando Gonzaga (coord.). *A Nova Aplicação da Jurisprudência e Precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pp. 451-454.

Como aponta Barbosa Moreira²⁸, a presença de uma pluralidade de órgãos judicantes no aparelho estatal, que devem enfrentar iguais questões de direito, torna conveniente a adoção de medidas tendentes à uniformização dos pronunciamentos, garantindo-se a unidade do Direito e evitando-se descrédito quanto à efetividade da tutela.

Segundo o autor, isso pode ser alcançado por meio de dois expedientes distintos: um deles voltado a *prevenir* tais divergências e outro voltado a *corrigir* a desarmonia entre os julgados. No primeiro, fixa-se previamente a tese jurídica, pré-excluindo o risco de dissídio. No segundo, verifica-se o dissídio ocorrido e promove-se a revisão do julgado.

No Direito brasileiro, ambos os expedientes foram empregados, seja por meio da instauração de incidentes processuais, seja através da adoção de técnicas recursais, como se constata do prejulgado (art. 861 do CPC/1939), do incidente de uniformização de jurisprudência e dos embargos infringentes (arts. 476 e 530 do CPC/1973), do recurso especial interposto com base em dissídio entre julgados (art. 105, III, “c”, da CF/88) etc.

No entanto, o fortalecimento de tais mecanismos realmente passou a se dar com a introdução da súmula vinculante e do filtro da repercussão geral, por meio da EC nº 45/2004. A partir de então, autorizou-se que o STF aprovasse enunciados que teriam efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Judiciário e à Administração Pública e cujo descumprimento permitiria a apresentação de reclamação direta ao Tribunal. Já o filtro da repercussão geral visou consolidar o seu papel como Corte Constitucional, reduzindo-se as demandas levadas ao Tribunal e restringindo-se a sua atuação a temas caros à sociedade²⁹.

Em seguida, foram editadas as Leis de nº 11.418/2006 e nº 11.672/2008, que implementaram a sistemática dos julgamentos repetitivos no âmbito do STF e do STJ.

Por fim, em 2015, com a edição do Novo CPC, tais mecanismos foram solidificados de forma incontestável. Com efeito, estabelece o art. 926 do Código de Processo que as Cortes devem uniformizar sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente. Ademais, prevê o seu art. 927 que os julgadores observarão: (i) as decisões do

²⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973)*. 17ª ed. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 4 e ss.

²⁹ No entanto, tal fim não se realizou completamente. Basta notar que, em 2019, havia 31.279 processos em tramitação na Corte, sendo proferidas 115.603 decisões, dentre elas 17.695 colegiadas, o que comprova que o STF ainda julga uma imensa quantidade de causas (conforme relatório disponível no endereço eletrônico: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/presidenciaSTFPublicacoes/anexo/RelatorioSTF2019LIVROCOMPLETO18x25cmEdio2020BAIXARESOLUaO.pdf>).

STF tomadas em controle concentrado; (ii) os enunciados de súmula vinculante; (iii) os acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e recursos repetitivos; (iv) os enunciados das súmulas do STF e do STJ; e (v) a orientação do plenário ou órgão especial aos quais estiverem vinculados.

No entanto, tais dispositivos não estão isentos de críticas. Antes de tudo, porque o art. 927 congrega decisões de natureza absolutamente diversa. Deveras, mencionam-se, de um lado, acórdãos proferidos no controle concentrado de constitucionalidade, oriundos de processo abstrato e que sempre possuíram efeitos *erga omnes* e vinculantes não só para os Tribunais, como também para a Administração Pública, ao lado de decisões proferidas em recursos repetitivos, que provêm de casos concretos e que só agora adquiriram força vinculante decorrente da sua observância obrigatória. Ao lado destas, colocam-se as súmulas, que constituem fenômeno distinto, visto que não são elas mesmas julgados, mas enunciados provenientes de julgados e que visam fixar o entendimento ali consagrado, e decisões proferidas em incidentes de assunção de competência, que não decorrem de julgamentos repetitivos, e orientações firmadas pelos plenários e pelos órgãos especiais.

É dizer, promove-se uma falsa equiparação entre provimentos de natureza inteiramente diversa e que poderiam ter sido adequadamente disciplinados por meio de artigos isolados, evitando-se confusões e a indevida assimilação entre tais procedimentos.

Questiona-se também se o CPC teria adotado um modelo tipicamente de precedentes. O questionamento não é de todo impertinente, valendo observar que o Novo Código utiliza expressamente o termo “precedente” em quatro momentos distintos: nos arts. 489, incisos V e VI, 926, § 2º, e 927, § 5º. Entretanto, os mecanismos introduzidos não se assemelham de maneira plena àquela sistemática, ao menos em sua feição típica.

Isso porque o precedente é formado *a posteriori*, através do reconhecimento da legitimidade, pelos juízes que o sucedem, da *ratio decidendi* ali firmada. O caso concreto é apreciado, firmando-se um critério de julgamento para a controvérsia. Com o passar do tempo, outros juízes passam a aplicá-lo, reconhecendo a legitimidade do raciocínio fixado. Assim forma-se o precedente, através da sua aplicação reiterada. Na acepção tradicional, o julgado jamais “nasce como precedente”, mas assim se consagra no decorrer da história.

Na sistemática brasileira, por outro lado, a decisão adquire força vinculante no momento em que é prolatada. Sua força não depende do reconhecimento da sua validade *a posteriori*, mas sim do procedimento adotado, do rito de julgamento a que foi submetida.

Na realidade, especialmente quando falamos em julgamentos de recursos repetitivos, não temos no Brasil a introdução de um sistema propriamente de precedentes, mas sim de julgamentos realizados por amostragem, como afirmava Barbosa Moreira³⁰.

As diferenças também se manifestam na forma como a reprodução ocorre. Em um sistema típico de precedentes, o entendimento é observado analisando-se as circunstâncias dos casos concretos e as similitudes existentes entre elas. A análise da fundamentação é essencial para a correta aplicação do precedente, sendo impossível realizá-la com abstração total dos fatos versados na causa. Aqui tal sistemática não é utilizada. Justamente em razão da tradição codificadora, verifica-se uma tendência de assimilar tais julgamentos à edição de enunciados normativos, fixando-se verdadeiras “teses jurídicas”.

Na tradição brasileira, as súmulas exerceram um papel indiscutível, sendo inegável que a sua redação se assemelha à dos textos legislativos. No âmbito dos repetitivos, tal tradição vem sendo ampliada, criando-se teses gerais e abstratas com o fim de regular os demais casos. As dissemelhanças com um sistema de precedentes tradicional são claras.

4. Os julgamentos repetitivos e a instrumentalidade

4.1. Julgamentos repetitivos e o escopo social

Como vimos, não há dúvida de que o principal escopo social do processo é a pacificação com justiça. Também é claro que a sistemática dos julgamentos repetitivos tem, dentre suas finalidades, a pacificação com celeridade. Trata-se, aliás, de objetivo expressamente declarado pelos autores do CPC de 2015 em sua Exposição de Motivos.

Não se contesta aqui o potencial dos julgamentos repetitivos para promover ganhos de eficiência, reduzindo o acervo dos nossos Tribunais. Deveras, julgando-se centenas ou milhares de casos de uma só vez, reduzem-se o tempo e os recursos despendidos com a instrução individualizada das demandas, que tem se mostrado economicamente inviável.

³⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V, p. 618.

Contudo, se é certo que este potencial existe, estaria ele de fato sendo concretizado? A resposta, a nosso ver, parece ser negativa. Isso porque centenas de temas tendo sido alçados, especialmente nos Tribunais Superiores, à sistemática dos recursos repetitivos. Entretanto, tais julgamentos têm levado anos para que sejam concluídos, o que, aliado às ordens de suspensão muitas vezes concedidas pelos Tribunais, faz com que milhares de processos permaneçam paralisados nos juízos de 1º grau e Cortes de origem.

Logo, é questionável se tais mudanças foram de fato capazes de tornar mais eficiente a gestão dos processos e se estão alinhadas ao princípio da duração razoável dos feitos. Parece-nos que, ao menos na atualidade, a carga excessiva de processos levados aos Tribunais Superiores impede que julguem os temas repetitivos de forma rápida e eficaz, concretizando os propósitos visados pelo legislador quando da edição do Novo Código.

A sistemática dos julgamentos repetitivos, associada à regra da observância obrigatória e ao dever de manutenção de uma jurisprudência estável e coerente, também visa à realização do princípio da igualdade, assegurando que casos essencialmente idênticos receberão a mesma solução jurídica. No entanto, tal objetivo só pode ser alcançado caso o entendimento fixado no paradigma seja corretamente aplicado aos demais feitos, examinando-se cuidadosamente a similitude das circunstâncias versadas.

Ocorre que a experiência dos últimos anos tem comprovado que a aplicação dos paradigmas tem sido feita pelas Cortes de modo acriterioso, buscando-se dar rápida vazão ao acervo que se acumula nos gabinetes. Pouco tempo é dedicado à análise dos fatos e à verificação das hipóteses de *distinguishing* entre o caso concreto e o paradigma eleito.

Não obstante a redação do art. 988, § 4º, do CPC, o STJ já se posicionou pelo descabimento da reclamação que vise questionar a incorreta aplicação do entendimento firmado em repetitivo (Corte Especial, Rcl nº 36.476/SP, DJe 06.03.2020). Com isso, resta às partes apenas recorrer aos Tribunais de origem por meio de agravo. O resultado disso é que milhares de demandas têm sido indevidamente inseridas ou excluídas do âmbito das teses jurídicas, em virtude da imposição massificada e pouco cuidadosa dos critérios estabelecidos. Há, portanto, inegável violação à igualdade e ao direito de acesso à Justiça.

Como salienta Michele Taruffo, na implementação de medidas de fortalecimento da jurisprudência, tem-se notado uma enorme preocupação com ganhos de eficiência e

redução do acervo do Judiciário, mas pouca ou nenhuma preocupação com a realização da igualdade, o que gera inúmeras distorções que podem ensejar sua inconstitucionalidade³¹.

Outrossim, a pacificação faz-se não apenas com a solução dos litígios, mas também com a estabilização de tais decisões, acobertadas pelo manto da coisa julgada.

Nesse aspecto, é possível afirmar que o CPC contrariou tal intuito, ampliando demasiadamente as hipóteses de relativização, ao autorizar, em seus arts. 525, §§ 12 a 15, e 535, §§ 5º a 8º, a rescisão e a impugnação ao cumprimento dos julgados que contrariem a Constituição Federal, tal como interpretada pelo STF em controle difuso ou concentrado.

O Código de 2015 também ampliou o prazo para a propositura da rescisória, que começará a correr apenas quando do trânsito em julgado do acórdão prolatado pelo STF. Com isso, a decisão jamais se torna definitiva, já que, a qualquer momento, o Supremo poderá analisar a matéria, reabrindo o prazo legalmente previsto. É dizer, fortalecem-se a Constituição, o papel do Supremo e as decisões por ele tomadas, porém com prejuízos graves à segurança jurídica e à pacificação, na medida em que a possibilidade de rescisão perdurará por tempo indeterminado, retirando a certeza da decisão transitada em julgado.

4.2. Julgamentos repetitivos e o escopo político

Os repetitivos também afetam o escopo político do processo, pois alteram a dinâmica interna do Poder Judiciário e as relações travadas com o Executivo e Legislativo.

De fato, ao estabelecer a observância obrigatória dos julgados proferidos nesta sistemática, o Código fortalece os Tribunais Superiores e, em certa medida, os Tribunais locais, responsáveis pelo julgamento dos IRDRs, com o enfraquecimento dos julgadores de primeiro grau. Nesse cenário, pode-se afirmar que, em muitas matérias, o papel do juiz de 1º grau será reduzido ao de mero “gestor” do processo, em especial em ramos como o Tributário, o Administrativo ou o Consumerista, marcados pela litigiosidade repetitiva.

Bem por isso, autores como Taruffo criticam as técnicas empregadas, que, pela rigidez e atribuição excessiva de peso aos Tribunais Superiores, tenderiam à produção de modelos autoritários de processo, incompatíveis com as Constituições em vigor³².

³¹ TARUFFO, Michele. *El precedente judicial en los sistemas de Civil Law*. Revista IUS ET VERITAS, n° 45, dezembro 2012, pp. 91-92.

³² TARUFFO, Michele. *El precedente judicial en los sistemas de Civil Law*, p. 94.

Ainda no escopo político, as mudanças implementadas também promovem alterações na interação entre os Poderes, dada a ampliação das funções atribuídas ao Judiciário. De fato, como foi apontado acima e será retomado no subitem abaixo, a fixação de teses nos repetitivos tem sido realizada de modo semelhante a uma função legislativa.

Como salienta Misabel Derzi, não se nega que “o encontro do Direito, que a sentença propicia, é pluridimensional”, na medida em que colhe o passado, tutelando lesões a bens jurídicos, e o futuro, criando expectativas normativas. Contudo, há ainda assim diferenças entre as atribuições do Legislativo e do Judiciário, eis que o último não pode “se localizar na linha fronteira do sistema jurídico”, não pode “trabalhar porosamente” ou “filtrar primária e primeiramente os fatos puros, econômicos, políticos e sociais, como se dão no ambiente”. Todo o seu trabalho é filtrado pelo ordenamento, já que tal Poder lê “o ambiente externo pelos olhos do legislador e, pois, de modo impermeável”, uma vez que “se assim não for, serão dispensáveis as tarefas do legislador”³³. Esta a diferenciação da qual promana o princípio da separação dos Poderes.

Por último, interessa analisar os repetitivos sob o prisma da participação no processo. Como vimos, o processo funciona como importante instrumento de participação democrática. Ocorre que, nos repetitivos, há inegáveis falhas em tal aspecto, que afetam o escopo político e o escopo jurídico do processo, visto que a legitimidade das decisões exaradas pelo Judiciário decorre de serem elas fruto do amplo exercício do contraditório.

Basta examinar os julgamentos realizados no STF e no STJ. Na instrução do paradigma, atuam apenas os julgadores e as partes do caso concreto. Com isso, centenas ou mesmo milhares de pessoas atingidas pela decisão nela não poderão interferir de forma direta. Seria constitucionalmente adequado a aplicação da tese fixada aos demais casos?

A discussão não é nova. Já em 2007, ao proferir voto vencido no julgamento do REsp nº 911.802/RS, o Ministro Herman Benjamin ressaltou a posição dos *litigantes-sombra*, isto é, daqueles que são parte nos processos sobrestados e dos que ainda não ingressaram em juízo, mas que serão atingidos pela decisão. Teriam tais indivíduos real acesso à jurisdição se não podem influenciar ativamente na formação daquele *decisum*?

³³ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009, pp. 578-579.

Tal cenário é especialmente problemático quando envolve litigantes eventuais. Com efeito, os julgamentos repetitivos tendem a tornar mais pronunciadas as diferenças entre os litigantes habituais, isto é, aqueles que têm inúmeros processos e controvertem frequentemente em juízo, e aqueles que apenas eventualmente vão ao Judiciário. O litigante habitual é favorecido, vez que: (i) tem maior experiência com o Direito, o que lhe permite realizar um planejamento mais adequado do litígio; (ii) tem economias de escala, oriundas do seu grande número de processos; (iii) desenvolve relações informais com os julgadores; (iv) pode diluir os riscos da demanda em um grande número de casos e utilizar estratégias processuais em certos casos para obter resultados favoráveis em outros³⁴.

Tais vantagens são potencializadas nos julgamentos repetitivos, pois é provável que aquele que detém muitos processos tenha também inúmeras ações sobre a mesma controvérsia, fazendo com que possa investir na instrução do paradigma. Já o litigante eventual tem apenas um ou poucos processos no tema, o que torna improvável que sua demanda seja eleita como paradigma ou que influa no pleito indicado. Com isso, fortalece-se a posição do litigante habitual, que pode impactar a decisão a ser tomada, e se enfraquece a sua contraparte, que tem pouca ou nenhuma influência no julgado proferido.

Afirmam Dinamarco e Carrilho Lopes³⁵ que tal deficiência no contraditório seria remediada pelo Novo Código através de quatro principais mecanismos: (i) as normas que tornam obrigatória a intervenção do Ministério Público (art. 1.038, III); (ii) aquelas que estimulam a participação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia (art. 1.038, I); (iii) os preceitos que preveem a realização de audiências públicas (art. 1.038, II); e (iv) as normas que regulam a escolha do paradigma (arts. 1.036 e 1.037).

No que tange ao item (ii), vale mencionar a ampliação substancial promovida pelo Código na participação do *amicus curiae*, que pode intervir em todos os graus de jurisdição, quer se trate de pessoa física ou jurídica, órgão ou entidade especializada (art. 138) e pode recorrer da decisão que julgar o IRDR. Amplia-se a participação democrática na decisão, ainda que indireta, incrementando-se o debate sobre as questões retratadas.

³⁴ GALANTER, Marc. *Why the "haves" come out ahead? Speculations on the limits of legal change*. Vol. 9:1. Law and Society Review, 1974. Republicação em Law and Society. Dartmouth, Aldershot: Cotterrell, 1994, p. 97 e ss. No mesmo sentido GARTH, Bryant G.; CAPPELLETTI, Mauro. *Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective*. 1978. Articles by Maurer Faculty, p. 193.

³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel; CARRILHO LOPES, Bruno Vasconcelos. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 216.

No entanto, como salienta Maria Cecília Asperti³⁶, até mesmo os *amici curiae* tendem a representar com maior frequência interesses de litigantes habituais, que possuem maior poder econômico e capacidade de organização, fazendo-se representados por meio de associações e outros entes. Logo, tal mecanismo, ao invés de atenuá-la, pode reforçar a hipertrofia de tais litigantes nos julgamentos repetitivos, enfraquecendo os demais.

Bem por isso, alguns autores têm defendido a participação direta, no julgamento do paradigma, daqueles que são parte nos processos sobrestados e dos que poderão ser por ele atingidos. Com base nos arts. 983 e 1.038, I, do CPC e no direito ao contraditório e à ampla defesa, defendem DIDIER JR. e JÚLIA LIPIANI tal possibilidade nos IRDRs³⁷. Nesses casos, não se trata de intervenção assimilável à do *amicus curiae*, que é presumivelmente neutro perante a controvérsia, visando apenas colaborar para a elucidação dos fatos e do direito discutido. Aqui, ao contrário, têm-se indivíduos com interesse na solução da questão jurídica e que serão por ela diretamente afetados.

Parece-nos, contudo, que tal participação não pode ser implementada na prática.

Considerando que os repetitivos podem atingir milhares ou centenas de milhares de processos, admitir que todas as suas partes atuais ou futuras interfiram no julgamento traria dificuldades práticas inegáveis e insuperáveis. Não se pode perder de vista que os repetitivos visam simplificar o julgamento das causas, conferindo-lhes celeridade. Admitir a intervenção irrestrita de todos que compõem os feitos sobrestados e que distribuiriam demandas futuras contrariaria tais propósitos e a duração razoável dos feitos. Diante disso, entendemos que o incremento de participação deve ser buscado por meio de mecanismos indiretos de intervenção, ainda que reconheçamos as suas notáveis falhas.

4.3. Julgamentos repetitivos e o escopo jurídico

Por fim, quanto ao escopo jurídico, cumpre analisar o impacto de tais julgamentos no papel atribuído aos Tribunais e na assimilação da atividade do juiz à do Legislativo.

³⁶ ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. *Acesso à justiça e técnicas de julgamento de casos repetitivos*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2018.

³⁷ DIDIER JR., Fredie; LIPIANI, Júlia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Eficácia interpretativa do princípio federativo sobre o direito processual. Federalismo processual. Contraditório no processamento do incidente de resolução de demandas repetitivas (parecer)*. Revista de Processo, vol. 300, fev/2020, pp. 153-195.

Não se ignora a relevância de se estabelecerem em tais procedimentos critérios universalizáveis, que permitam sua aplicação às demandas que versarem idêntica controvérsia. Os repetitivos teriam pouca utilidade caso pudessem ser aplicados a um número reduzido de casos. Porém, devem os Tribunais fixar verdadeiras “teses jurídicas”?

Para Daniel Mitidiero, o STF e o STJ devem ser vistos como Cortes proativas, voltadas à interpretação da Constituição e da legislação federal. Para estas Cortes, afirma, a decisão recorrida deveria figurar como mero ponto de partida para que desenvolvam a sua real função de outorga de unidade ao Direito, definindo o sentido das normas³⁸.

E, de fato, não se nega a importância das Cortes Superiores na uniformização dos julgados e no estabelecimento de critérios objetivos para a interpretação do Direito. Contudo, como aponta Arruda Alvim³⁹, nos julgamentos repetitivos brasileiros, tal intento tem sido exagerado, levando ao descolamento da tese jurídica dos fatos que deram origem ao litígio, o que gera enormes dificuldades na aplicação dos critérios definidos no paradigma aos demais feitos. Se não estão claras as circunstâncias que geraram aquela decisão, como verificar a similitude entre os casos e realizar o necessário *distinguishing*?

Poder-se-ia argumentar, no entanto, que a fixação de teses teria como objetivo o incremento da segurança jurídica, conferindo maior clareza à *ratio decidendi* empregada.

No entanto, se se reconhecem as dificuldades inerentes à interpretação dos enunciados normativos, a adoção de técnica semelhante para redigir decisões judiciais dará azo aos mesmos problemas. Se temos dificuldade para interpretar leis, enfrentaremos os mesmos empecilhos na interpretação das teses. O método empregado, na realidade, reflete nosso apego à codificação e à crença, ainda não totalmente abandonada no Brasil, na subsunção mecânica como método ideal de aplicação do Direito.

Outrossim, no decorrer deste artigo, deixamos clara a ocorrência de mudanças relevantes nas funções atribuídas aos magistrados. Porém, a nosso ver, ainda remanescem distinções entre os poderes atribuídos ao Legislativo e ao Judiciário, que não podem ser

³⁸ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pp. 109 e ss. Veja-se também, do mesmo autor, a obra *Precedentes. Da persuasão à vinculação*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2018.

³⁹ ARRUDA ALVIM, José Manoel de; SCHMITZ, Leonard. *Ementa. Função Indexadora. (Ab)uso mecanizado. Problema hermenêutico*. In: NUNES, Dierle José Coelho; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; JAYME, Fernando Gonzaga (Coord.). *A Nova Aplicação da Jurisprudência e Precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim*, pp. 663 e ss.

ignoradas. Como salientam Dierle Nunes, Flávio Pedron e André Horta⁴⁰, nos repetitivos brasileiros, as Cortes têm utilizado os casos concretos como mero pretexto para criação de teses e construção de regras gerais e abstratas. Com isso, há uma aproximação entre o discurso judicial de aplicação do Direito e o discurso legislativo de justificação. Ocorre que tais discursos não estão sujeitos aos mesmos controles processuais, valendo frisar, ademais, que o primeiro provém de órgãos que não dispõem de legitimação democrática.

Logo, se é louvável a tentativa de estabilização do Direito e adoção de técnicas de uniformização dos julgados, não se pode perder de vista a função precípua do processo, que é instrumento voltado à solução dos conflitos instaurados na sociedade. Tais conflitos não podem figurar como mero ponto de partida para construção de teses abstratas, que se firmam de modo desatrelado das circunstâncias que lhes deram origem, em exercício de função quase-legislativa. Ao contrário, os litígios e a sua solução devem ser o ponto de chegada, pois a instrumentalidade do processo apenas se realiza com a efetiva pacificação dos conflitos, analisados em todas as suas peculiaridades, com base em critérios de justiça.

5. Conclusão

Há décadas a função instrumental do processo é reconhecida em nossa ordem jurídica. Porém, apenas recentemente pode ser adequadamente compreendida e estudada. Atribui-se, não sem razão, a Cândido Dinamarco a responsabilidade pelo desenvolvimento da teoria da instrumentalidade no Direito Processual brasileiro, firmada com a obra “A Instrumentalidade do Processo” e aprimorada nos trabalhos que a sucederam.

Afirma Dinamarco que o processo possui três principais escopos: o social, o político e o jurídico, impondo-se o desenvolvimento de técnicas voltadas a realizá-los. Estariam eles atendidos pela sistemática dos repetitivos fortalecida pelo CPC de 2015?

É inegável que os julgamentos repetitivos têm, dentre suas principais finalidades, a pacificação social e, em particular, a pacificação com celeridade, importante escopo social. Tal mecanismo visa também conferir estabilidade à jurisprudência, atribuindo aos

⁴⁰ NUNES, Dierle José Coelho; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico Sena. *Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes*. In: NUNES, Dierle José Coelho; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; JAYME, Fernando Gonzaga (Coord.). *A Nova Aplicação da Jurisprudência e Precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim*, pp. 305 e ss.

Tribunais Superiores o papel de moldar o ordenamento jurídico. Por fim, visa realizar a igualdade, garantindo que casos idênticos recebam a mesma tutela por parte do Judiciário.

Ocorre que, nos últimos anos, centenas de temas tendo sido alçados, no STF e no STJ, à sistemática dos repetitivos. Tais julgamentos frequentemente levam anos para a sua conclusão, o que, aliado às ordens de suspensão muitas vezes concedidas, faz com que milhares de processos permaneçam paralisados nos juízos de 1º grau e Cortes de origem.

Logo, é questionável se tal mecanismo tem sido de fato capaz de tornar mais eficiente a gestão dos processos e se está alinhado ao princípio da duração razoável. Parece-nos que, ao menos na atualidade, a carga excessiva de processos levados aos Tribunais Superiores impede que julguem os temas repetitivos de forma rápida e eficaz, concretizando os propósitos visados pelo legislador quando da edição do Novo Código.

A sistemática também não tem realizado a igualdade, que só pode ser alcançada caso o critério fixado no paradigma seja corretamente replicado nos demais processos, examinando-se a similitude das circunstâncias ali versadas. Isto não tem ocorrido nos Tribunais pátrios, que aplicam de modo acriterioso as “teses” firmadas nos paradigmas.

A pacificação não se faz apenas com a solução dos litígios, mas também com a estabilização das decisões. Nesse aspecto, o CPC/2015 contrariou tal escopo, ampliando demasiadamente as hipóteses de relativização da coisa julgada, como se verifica dos arts. 525, §§ 12 a 15, e 535, §§ 5º a 8º, que autorizam a rescisão do julgado e a impugnação ao cumprimento quando a decisão violar o entendimento firmado pelo STF. Fortalecem-se a Constituição e as decisões do Supremo, porém com prejuízos graves à segurança jurídica.

Quanto ao escopo político, os repetitivos fortalecem os Tribunais Superiores e, em certa medida, dos Tribunais locais, responsáveis pelo julgamento do IRDR, enfraquecendo o julgador de primeiro grau. O mecanismo também altera a relação entre os Poderes, ampliando a atuação do Judiciário. Por fim, os repetitivos geram grandes falhas de participação, já que, a princípio, não permitem a intervenção direta, na apreciação do paradigma, daqueles que são parte nos processos sobrestados ou que serão atingidos pela decisão a ser prolatada. Tal sistemática agrava, ainda, as diferenças entre os litigantes habituais e eventuais, já que os primeiros frequentemente detêm inúmeros processos sobre a mesma questão jurídica, podendo investir recursos para a melhor instrução da sua tese.

Entendemos que tais falhas não podem ser corrigidas admitindo-se a participação irrestrita, no julgamento do paradigma, das partes dos processos sobrestados e dos que serão atingidos pela decisão. Tal intervenção traria dificuldades práticas insuperáveis, em contramão aos propósitos de simplificação e de celeridade que norteiam esta sistemática.

No que tange ao escopo jurídico, os repetitivos exercem importante papel na uniformização dos julgados e no estabelecimento de critérios objetivos para interpretação do Direito. Porém, no Brasil, tal intento tem sido exagerado, levando ao descolamento da tese jurídica dos fatos que deram origem ao litígio, criando-se normas gerais e abstratas.

Nem se alegue que a fixação de “teses” aumentaria a segurança jurídica. Se temos dificuldades para interpretar textos legislativos, os mesmos problemas surgirão ao interpretar teses jurídicas. O método usado, na realidade, reflete nosso apego à codificação e à crença, não abandonada, na subsunção como método ideal de aplicação do Direito.

Ademais, embora tenha havido ampliação das funções dos julgadores, remanescem distinções entre os poderes atribuídos ao Legislativo e ao Judiciário. Nos repetitivos, as Cortes têm utilizado os casos concretos como mero pretexto para criação de teses gerais e abstratas. Com isso, há uma aproximação entre o discurso judicial de aplicação do Direito e o discurso legislativo de justificação, que não estão sujeitos aos mesmos controles, valendo frisar que o primeiro provém de órgão que não detém legitimação democrática.

Logo, se é louvável a tentativa de estabilização do Direito e adoção de técnicas de uniformização dos julgados, não se pode perder de vista a função precípua do processo, que é instrumento voltado à solução dos conflitos instaurados na sociedade. Tais conflitos não podem figurar como mero ponto de partida para construção de teses abstratas, que se firmam de modo desatrelado das circunstâncias que lhes deram origem, em exercício de função quase-legislativa. Ao contrário, os litígios e sua solução devem ser o ponto de chegada, pois a instrumentalidade do processo apenas se realiza com a efetiva pacificação dos conflitos, analisados em todas as suas peculiaridades, com base em critérios de justiça.

REFERÊNCIAS:

ARRUDA ALVIM, José Manoel de; SCHMITZ, Leonard. *Ementa. Função Indexadora. (Ab)uso mecanizado. Problema hermenêutico*. In: NUNES, Dierle José Coelho;

- MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; JAYME, Fernando Gonzaga (Coord.). *A Nova Aplicação da Jurisprudência e Precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. *Acesso à justiça e técnicas de julgamento de casos repetitivos*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2018.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?*, in *Garantismo processual – garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.
- CABRAL, Antônio do Passo. *A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos*. Revista de Processo, vol. 231, maio/2014.
- CABRAL, Antônio do Passo. *O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas*. Revista de Processo. São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 32, maio/2007.
- CABRAL, Antônio do Passo. *Per un nuovo concetto di giurisdizione*. Revista da Faculdade Mineira de Direito - PUC Minas, vol. 18, nº 35, 2015.
- CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Traducción de la quinta edición italiana por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ed. Juridicas Europa-America, 1959.
- COSTA, Henrique Araújo; COSTA, Alexandre Araújo. *Instrumentalismo x Neoinstitucionalismo: uma avaliação das críticas neoinstitucionalistas à teoria da instrumentalidade do processo*. Revista Brasileira de Direito Processual. v. 18, n. 72 out./dez/2010.
- DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009.

DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Recursos contra decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas que apenas fixa tese jurídica.*

In:

DIDIER JR., Fredie; LIPIANI, Júlia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Eficácia interpretativa do princípio federativo sobre o direito processual. Federalismo processual. Contraditório no processamento do incidente de resolução de demandas repetitivas (parecer).* Revista de Processo, vol. 300, fev/2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo.* 15^a ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel; CARRILHO LOPES, Bruno Vasconcelos. *Teoria Geral do Novo Processo Civil.* São Paulo: Malheiros, 2016.

DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent.* Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

GALANTER, Marc. *Why the “haves” come out ahead? Speculations on the limits of legal change.* Vol. 9:1. Law and Society Review, 1974. Republicação em Law and Society. Dartmouth, Aldershot: Cotterrell, 1994.

GARTH, Bryant G.; CAPPELLETTI, Mauro. *Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective.* 1978.

GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare.* Milão: Giuffrè, 2011.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito.* 6^a ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2012.

MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law.* Oxford University Press, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios.* 6^a ed. São Paulo: RT, 2019.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente.* 3^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes. Da persuasão à vinculação.* 3^a ed. São Paulo: RT, 2018.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973).* 17^a ed. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

- NEVES, A. Castanheira. *Interpretação Jurídica*, in *Digesta, Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Vol. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- NUNES, Dierle José Coelho; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico Sena. *Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes*. In: NUNES, Dierle José Coelho; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; JAYME, Fernando Gonzaga (Coord.). *A Nova Aplicação da Jurisprudência e Precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- NUNES, Dierle José Coelho; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; JAYME, Fernando Gonzaga (coord.). *A Nova Aplicação da Jurisprudência e Precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- PECZENIK, Aleksander. *On Law and Reason*. Springer-Verlag New York, 2008.
- PICARDI, Nicola. *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 58, n. 1, mar./2004.
- TARUFFO, Michele. *El precedente judicial en los sistemas de Civil Law*. *Revista IUS ET VERITAS*, n° 45, dezembro 2012.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical Investigations*. 4ª ed. Tradução de G.E.M. Anscombe, P.M.S. Hacker e Joachim Schulte. Singapura: Blackwell Publishing, 2009.