

Lucas Albuquerque Aguiar

A gestão por temas da repercussão geral à luz da teoria da *path dependence*

**Brasília-DF
2011**

LUCAS ALBUQUERQUE AGUIAR

A GESTÃO POR TEMAS DA REPERCUSSÃO GERAL À LUZ DA TEORIA DA *PATH
DEPENDENCE*

Monografia apresentada para obtenção do título de bacharel em Direito pelo curso de graduação em Direito do Centro Universitário de Brasília.

Orientadora: Prof. Christine Oliveira Peter da Silva

**Brasília-DF
2011**

AGRADECIMENTO

*À Professora Christine Peter, pela paciência, pela
compreensão e pela generosa acolhida.*

*À Carolina Yumi de Souza, pela invenção que deu origem
às idéias aqui trazidas.*

Aos meus amigos de gabinete, por todo o apoio.

Aos meus pais e irmãos, por tudo que importa.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo examinar o instituto da repercussão geral e os efeitos da gestão por temas, inaugurada pelo Supremo Tribunal Federal, na consolidação da jurisdição constitucional brasileira, a partir da ótica da teoria da *path dependence*, desenvolvida por economistas norte-americanos para explicar a evolução de determinadas escolhas ao longo do tempo. Serão analisados os motivos que levaram à edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, que instituiu a repercussão geral, bem como das razões que justificaram a gestão por temas como metodologia de aplicação do instituto. Descreve-se, ainda, as características da teoria da *path dependence* e os fatores determinantes para que se possa afirmar a existência de tal processo, sobretudo do ponto de vista das ciências econômicas. Com base nas conclusões extraídas dos motivos históricos e das acepções da teoria da *path dependence*, o trabalho propõe-se a demonstrar a hipótese de que a gestão por temas é um processo irreversível no ordenamento jurídico brasileiro, em razão das vantagens que traz para o gerenciamento das questões constitucionais mais importantes sob a competência do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Repercussão geral. Gestão por temas. *Path dependence*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1 O instituto da repercussão geral.....	10
1.1. O REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL.....	10
1.2. CAUSAS HISTÓRICAS DA REPERCUSSÃO GERAL.....	14
1.3. OBJETIVAÇÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.....	16
1.4. A REPERCUSSÃO GERAL EM EVOLUÇÃO: A CRIAÇÃO DA GESTÃO POR TEMAS.....	19
2 A teoria da “Path Dependence”	24
2.1. <i>PATH DEPENDENCE</i> BIOLÓGICA.....	25
2.2. <i>PATH DEPENDENCE</i> SEQUENCIAL.....	26
2.3. <i>PATH DEPENDENCE</i> DE RETORNOS CRESCENTES.....	28
3 Gestão por temas e <i>path dependence</i>.....	32
3.1. RESSALVA METODOLÓGICA.....	32
3.2. FORMAÇÃO DO DIREITO E <i>PATH DEPENDENCE</i>	36
3.3. GESTÃO DA REPERCUSSÃO GERAL E <i>PATH DEPENDENCE</i>	36
3.3.1. Retornos crescentes.....	36
3.3.2. Auto-reforço.....	39
3.3.3. <i>Feedback</i> positivo.....	40
3.3.4. <i>Lock-in</i>	41
3.4. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E <i>PATH DEPENDENCE</i>	42
CONCLUSÃO.....	45
REFERÊNCIAS.....	48

Introdução

O instituto da repercussão geral, produto da Emenda Constitucional nº 45/2004, que tratou da reforma do Poder Judiciário, apesar de estar em vigor há pouco tempo, já produziu significativas mudanças no ordenamento jurídico brasileiro. A busca por um sistema baseado na força dos precedentes normativos emanados pela Suprema Corte começa modificar o perfil de julgamentos em todo o Judiciário.

Os desafios enfrentados na primeira etapa dessa nova realidade demandaram o desenvolvimento de uma solução capaz de lidar com a crescente quantidade de processos que ingressam no sistema jurídico, ao mesmo tempo em que deve permitir aos Tribunais trabalharem com uma quantidade razoável de feitos, sob pena de não se entregar a prestação jurisdicional adequada.

Com esse intuito, em novembro de 2010, o STF inaugurou uma nova forma de gerenciar o instituto da repercussão geral: a partir de temas. Essa nova sistemática foi batizada de “gestão por temas”. Por um lado, o Tribunal chama para si a responsabilidade de gerir todas as questões relativas à repercussão geral. Por outro, essa sistemática permite a precisa identificação das questões submetidas ao exame da Corte, a fim de que o entendimento final firmado para a matéria possa ser aplicado a casos idênticos por todo o país, por meio do sobrestamento e juízos de prejudicialidade e retratação dos feitos pelos Tribunais de origem.

A gestão por temas, no entanto, não deve ser vista apenas como um mecanismo de viabilizar a repercussão geral da forma como foi concebida na Constituição e no regulamento processual correspondente. Este trabalho tratará de outro aspecto da gestão por temas que, embora incipiente, pode transformar profundamente a jurisdição brasileira.

A partir da teoria da *path dependence*, o trabalho buscará explicar como a gestão por temas pode fomentar a ocorrência desse processo para, no futuro, podermos falar de uma jurisdição eminentemente constitucional, em que as decisões, não importa por que grau da jurisdição sejam proferidas, tenham embasamento na interpretação que a Suprema

Corte dá ao texto constitucional.

Fruto da academia norte-americana, a teoria da *path dependence* tenta mostrar como algumas escolhas e decisões tomadas em determinado momento histórico são determinantes para modelar os acontecimentos posteriores, tornando-os previsíveis e, em alguns casos, irreversíveis.

O esforço deste trabalho será demonstrar como determinadas escolhas – no caso a gestão por temas da repercussão geral – podem ter efeitos permanentes na configuração do ordenamento jurídico brasileiro, a partir de uma perspectiva conjuntural, sem se preocupar *a priori* com o conteúdo decisório dos julgados dos Tribunais.

Não se trata, portanto, de uma análise baseada numa tendência jurisprudencial, num caso concreto, nem mesmo em digressões teóricas sobre o que aconteceria caso uma decisão tivesse disso proferida em um sentido ou outro. A discussão, apesar de se posicionar no campo teórico, tem por objetivo prever alguns movimentos que o Judiciário brasileiro pode experimentar dada a escolha feita com relação ao método de gerenciamento da repercussão geral.

Significa dizer que o enfoque do presente estudo será na sistemática elaborada pelo STF para lidar com o instituto da repercussão geral, e não sobre o impacto que a jurisprudência daquele Tribunal pode ter na modelagem de um processo de *path dependence*, tal qual explorado pelos autores que serviram de referência para a elaboração deste trabalho, dentre os quais se destacam Oona Hathaway, Vincy Fon, Francesco Parisi e Ben Depoorter.

Apresenta-se aqui, portanto, uma discussão mais ampla, que tem por objetivo traçar um panorama do instituto da repercussão geral em face da gestão por temas, de forma a verificar, de antemão, se as escolhas feitas pelo STF levarão aos resultados pretendidos quando da criação da Emenda Constitucional nº 45/2004, sobretudo os relativos à aproximação de uma jurisdição cada vez mais pautada na supremacia da Constituição, conforme interpretação da Corte Suprema.

A metodologia utilizada para tanto consistirá na identificação das características que levam à ocorrência de um processo de *path dependence* em face das

daquelas que podem ser percebidas a partir da aplicação do instituto da repercussão geral, nos moldes trazidos pela gestão por temas, ao ordenamento jurídico brasileiro. Vários conceitos serão explorados, mas vale a advertência de que nem todos esses conceitos servirão de fundamento teórico para as análises desse trabalho, porquanto sua aplicabilidade pode se mostrar limitada, uma vez que o processo de *path dependence*, em alguns aspectos, não se amolda a uma análise de problemas jurídicos propriamente ditos.

O primeiro capítulo tratará da apresentação do instituto da repercussão geral e da sua evolução, chegando-se à concepção que se tem atualmente de gestão por temas. Serão analisados alguns aspectos históricos e conjunturais que levaram à criação do instituto, bem como se buscará entender as razões de se ter uma sistemática baseada em temas e, não, em processos individualmente considerados.

O segundo capítulo delineará as características da teoria da *path dependence* e oferece um amplo arcabouço de sua aplicação nos campos das ciências biológicas, da ciência política e das ciências econômicas. Há, ainda, a descrição dessa teoria aplicada ao Direito, a partir da perspectiva da doutrina norte-americana, para quem processos de *path dependence* advém naturalmente dos sistemas da *common law*.

Por fim, este trabalho buscará enquadrar a gestão por temas da repercussão geral como o início de um processo de *path dependence*, seja sob uma análise gerencial, seja sob uma análise jurídica, para, finalmente, tentar demonstrar que se trata de uma escolha irreversível, cujos benefícios não ficam adstritos à esfera do STF.

A introdução de conceitos alheios ao Direito abre um panorama interessante para a pesquisa jurídica sem, contudo, se prender a uma determinada escola de pensamento, como poderia parecer à primeira vista. Por outro lado, a metodologia aplicada impede que se tenha um trabalho solto, apesar de não se ter elaborado nenhum modelo embasado na coleta e análise de dados, que, de fato, não poderia ser o escopo aqui.

Assim, a interface com outras áreas do conhecimento talvez seja o aspecto mais interessante desta monografia, na medida em que fornece uma visão mais ampla do Direito, levando em conta a organização do Poder Judiciário, bem como os efeitos sistêmicos que determinadas ações podem provocar. Não se ignora, entretanto, as conseqüências que

podem advir dessas escolhas na vida dos jurisdicionados que, ao fim e ao cabo, são os que verdadeiramente sofrem o impacto que tais mudanças proporcionam.

Por fim, esta pesquisa tem também por objetivo suscitar reflexões que dizem respeito à própria estrutura do Poder Judiciário, relativamente ao papel dos Tribunais que o compõem, dentro de uma perspectiva de uma Justiça em transição, que vem tentando se ajustar às expectativas sociais, sobretudo aquelas que dizem respeito à prestação jurisdicional cada vez mais eficiente, tanto do ponto de vista da qualidade das decisões, como do ponto de vista da celeridade que constitui, sem sombra de dúvidas, a maior causa de desconfiança da população acerca da atuação desse Poder essencialmente republicano.

À leitura.

Capítulo 1. O instituto da repercussão geral

A Repercussão Geral, instituto criado pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, regulamentada pela Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006, teve por objetivo inicial diminuir a quantidade de recursos – Recurso Extraordinário, Agravo de Instrumento e, mais recentemente, Recurso Extraordinário com Agravo – que chegam à apreciação do Supremo Tribunal Federal (STF).

Mas há outra consequência, mais importante do que desafogar o STF da quantidade quase opressiva de feitos que lá tramitam, que exsurge desse instituto. Trata-se da aproximação do entendimento constitucional da Suprema Corte com as decisões tomadas nos graus de jurisdição ordinária.

1.1. O regime da repercussão geral

Os efeitos da aplicação do instituto da repercussão geral já podem ser percebidos após quase 5 anos da regulamentação legislativa, porquanto, pela primeira vez em 11 anos, o STF reduziu a quantidade do seu acervo para um patamar inferior a 90 mil processos¹. Foram distribuídos em 2010 41.014 feitos, contra 112.938 em 2007. Do total dos processos distribuídos, mais de 30 mil são recursos extraordinários e agravos de instrumento, representando quase 80% de todo o volume de processos novos que ingressaram no Tribunal no ano passado².

Sob essa perspectiva, a repercussão geral pode ser vista como filtro recursal, na medida em que acrescenta, do ponto de vista processual, requisito adicional ao conhecimento da causa pela instância máxima do Judiciário. É o que disciplina o artigo 543-A, § 2º, do Código de Processo Civil:

Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.
(...)

1 Discurso do Presidente do Supremo Tribunal Federal, Min. Cezar Peluso, na abertura do Ano Judiciário. Brasília, 1º de fevereiro de 2011.

2 <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuido>>. Acesso em: 17 maio 2011.

§ 2º. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

Além disso, é necessário apresentar preliminar formal em que se discuta a existência da repercussão geral, sob pena de não conhecimento do recurso interposto³, comparável aos requisitos extrínsecos de admissibilidade, já consagrados na doutrina nacional, como o prequestionamento, por exemplo.

De outro lado, a Repercussão Geral não tem por teleologia tão-somente a redução do número de feitos em tramitação no STF. O instituto visa ao aprimoramento do sistema judiciário nas suas várias instâncias, conferindo aos Tribunais de 2º grau, em última análise, um papel que nunca antes lhes fora conferido, permitindo-lhes, quando a matéria versada receber juízo negativo acerca da existência da repercussão geral, dar a última palavra em matéria constitucional.

Todas as reflexões apresentadas acima, no entanto, derivam do fato de que o STF é, a um só tempo e desde a sua instituição, Corte Constitucional por excelência e Corte de revisão, a quem compete, como órgão de cúpula do Poder Judiciário, dirimir, posto em última ou única instância, as causas que lhe são dirigidas (FUCK, 2010, p. 12).

Esta atribuição é bem expressa na Constituição Federal de 1891, cujo art. 59 foi assim redigido:

Art. 59 Ao Supremo Tribunal Federal compete:

(...)

II - julgar, em grau de recurso, as questões resolvidas pelos Juízes e Tribunais Federais, assim como as de que tratam o presente artigo, § 1º, e o art. 60;

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

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

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

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

³ Regimento Interno do STF, art. 327, *caput*: A Presidência do Tribunal recusará recursos que não apresentem preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, bem como aqueles cuja matéria carecer de repercussão geral, segundo precedente do Tribunal, salvo se a tese tiver sido revista ou estiver em procedimento de revisão. No mesmo sentido, AI 837.100 AgR. Relator Min. Presidente. Tribunal Pleno, DJe de 14.09.2011.

O recurso previsto no § 1º tinha por objetivo estabelecer a competência do STF para a realização de um controle judicial de constitucionalidade. Entretanto, “a utilização do mesmo instrumento para garantir a hegemonia e a uniformidade de interpretação tanto da Constituição como do ordenamento legal federal muito contribuiu para confundir as competências de Corte Constitucional e Corte de Revisão” (FUCK, 2010, p. 14).

Com a ampliação significativa das ações de controle concentrado de constitucionalidade pela Constituição Federal de 1988, reduziu-se a importância do controle incidental ou difuso. A nova Constituição, por meio desse novo desenho institucional, trouxe mais espaço para que o Supremo pudesse julgar matérias de cunho eminentemente constitucional, concentrando-se aí sua principal atividade jurisdicional.

Entretanto, ao contrário do que poderia se supor, o STF, mesmo com o deslocamento de competência das matérias infraconstitucionais para o Superior Tribunal de Justiça (STJ), ainda não consegue desempenhar plenamente o seu papel de Corte Constitucional. É que nos últimos anos, verifica-se que a atividade jurisdicional do STF voltou-se quase que exclusivamente ao segundo perfil acima exposto, de Corte de revisão⁴ de decisões de graus inferiores, não obstante calcados os argumentos dos recorrentes em questões de fundo constitucional.

Para se ter uma idéia da grandeza da quantidade de recursos recebidos e processados pelo STF, de 1991 a 2007, a porcentagem de recursos extraordinários e agravos de instrumento em relação ao total de processos não esteve abaixo dos 90%, com intervalos variando de 90,3%, em 1997, até à absurda proporção de 97,4% em 2000⁵.

⁴ Souza (2007) afirma que o recurso extraordinário foi instituído com base no modelo norte-americano, o que explicaria a atuação do STF como uma Corte de revisão, e não de cassação. Significa dizer que o STF “não só resolve a *quaestio iuris* veiculada no recurso extraordinário, como também aplica imediatamente o direito constitucional ao caso concreto, com a reforma do julgado recorrido contaminado por *error in iudicando* – além de eventual cassação da decisão contaminada por *error in procedendo*” (SOUZA, 2007, p. 443). Esta é a interpretação contida no enunciado de súmula nº 456, *verbis*: “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”.

⁵ Dados disponíveis em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuido>. Acesso em: 23 de setembro de 2011. A série histórica da proporção de REs e AIs em relação à distribuição total de processos do período é como segue: 1990 – 81,6%; 1991 – 90,5%; 1992 – 93,9%; 1993 – 91,9%; 1994 – 91,6%; 1995 – 90,6%; 1996 – 90,3%; 1997 – 92,5%; 1998 – 93,0%; 1999 – 95,4%; 2000 – 97,4%; 2001 – 97,3%; 2002 – 97,3%; 2003 – 97,3%; 2004 – 94,7%; 2005 – 93,2%; 2006 – 95,3%; 2007 – 94,4%; 2008 – 88,7%; 2009 – 76,4%; 2010 – 76,9%; 2011 (ainda não finalizado) – 58,3%.

É possível perceber, já a partir de 2008, um ano após a regulamentação do instituto da repercussão geral em termos regimentais⁶, sensível decréscimo na proporção de recursos distribuídos, mas também, principalmente, forte diminuição na quantidade de processos distribuídos, passando-se de 112.938 em 2007 para 66.873 em 2008, observando-se uma redução de pouco mais de 40% de feitos submetidos à análise do STF.

A provocação exagerada dos litigantes fez nascer, então, uma jurisprudência defensiva⁷, claramente percebida nos inúmeros julgados⁸ e súmulas⁹ que impedem a admissibilidade de recursos em razão da inobservância de meros critérios formais, que vão muito além das regras insertas nas leis processuais vigentes. Chegou-se ao absurdo, que ainda perdura, por sinal, de não se conhecer de recursos cujo carimbo de certificação da data da sua interposição não esteja legível!¹⁰

A EC 45/2004 buscou reverter essa situação, ao acrescentar o § 3º ao art. 102, III, da Constituição Federal, nos seguintes termos: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.

A partir de então, o recorrente passou a ter de demonstrar, a fim de ter seu recurso conhecido e apreciado pelo STF, a repercussão geral da sua tese. Os contornos da repercussão geral estão delineados no art. 543-A, § 1º, do Código de Processo Civil, que enuncia que “para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”.

⁶ V. Supremo Tribunal Federal, Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007,

⁷ Fuck (2010, p. 19) assevera que, já em 1963, quando da criação do instituto da Súmula da jurisprudência do STF, “não é estranha a consolidação de jurisprudência defensiva que dificultava cada vez mais o conhecimento do apelo extremo”, tendo em vista a progressão geométrica dos feitos submetidos à Suprema Corte.

⁸ Cf. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AI 742.611 AgR/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Primeira Turma, DJe de 12.04.2011. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ARE 650.729 AgR/RS. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Segunda Turma, DJe de 03.10.2011.

⁹ Cf. súmulas 282, STF (É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada); 356, STF (O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento); 639, STF (Aplica-se a súmula 288 quando não constarem do traslado do agravo de instrumento as cópias das peças necessárias à verificação da tempestividade do recurso extraordinário não admitido pela decisão agravada); etc.

¹⁰ Cf. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AI 825.587 ED/SP, Rel. Min. Cezar Peluso. Tribunal Pleno, DJe de 16.08.2011.

Os motivos que levaram a tal modificação constitucional não são de difícil entendimento e serão analisados a seguir.

1.2. Causas históricas da repercussão geral

Há quase duas décadas, a fim de não sobrecarregar os Tribunais Superiores com um volume de recursos potencialmente inaptos a serem conhecidos, a Lei nº 8.950, de 13 de dezembro de 1994, modificou a forma como são interpostos os recursos de natureza extraordinária. A partir daquela data, o Tribunal de origem passou a ser o órgão responsável pela admissibilidade do recurso extraordinário, remetendo-o ao STF apenas quando satisfeitos os requisitos previstos em lei e na jurisprudência, como o prequestionamento¹¹, por exemplo.

A idéia então surgida tinha por objetivo desonerar os Tribunais Superiores da análise de questões que neles não deveriam estar. Assim, abrir-se-ia mais espaço para a discussão de questões de mérito que ultrapassaram a barreira do conhecimento. Ocorre que houve, ainda, a previsão do agravo de instrumento contra a decisão que não admite o recurso extraordinário. Nesses casos, como bem se sabe, o agravo de instrumento, apesar de interposto na origem, é dirigido diretamente ao STF, que pode lhe dar provimento para fazer subir o recurso extraordinário indevidamente não admitido.

A sistemática apresentada, no entanto, não surte o efeito necessário no aumento da qualidade da prestação jurisdicional do STF. Há tão somente a transferência do modo como a questão chega ao Tribunal, devendo ser o recurso apreciado de qualquer forma, nos termos do art. 93, IX, da Constituição Federal. Em outras palavras, em vez de julgar o recurso extraordinário, deve-se julgar o agravo de instrumento, quase sempre interposto contra a decisão que nega subida àquele, transformando-se seis em meia dúzia.

¹¹ Marinoni e Mitidiero (2011) afirmam que o recurso extraordinário e o recurso especial são recursos de fundamentação vinculada, ou seja, “o âmbito de discussão propiciado por esses recursos vai desde logo circunscrito à causa constitucional ou à causa federal evidenciada no processo – mais propriamente, evidenciada na decisão recorrida”. E aqui temos o conceito de prequestionamento: a questão constitucional deve estar devidamente demonstrada na decisão recorrida. Souza (2007, p. 444), por sua vez, conclui que, “se a questão constitucional suscitada no extraordinário não foi decidida em nenhum julgamento proferido no processo, ou foi solucionada apenas na primeira decisão jurisdicional, mas não na última, o recurso nem ultrapassa o juízo de admissibilidade”.

Essa postura que busca repelir algumas causas do conhecimento do Tribunal, no entanto, não é de todo injustificável. Percebeu-se a necessidade de resgatar o papel de Corte constitucional, no sentido mais puro da expressão; uma Corte que julga teses sob o prisma eminentemente constitucional e se ocupa das questões mais relevantes da Federação e da República. Mesmo o modelo nacional de controle difuso de constitucionalidade não é capaz de conferir essa tão desejada autonomia em relação ao julgamento de matérias com enfoque exclusivamente na interpretação da Constituição sobre o direito versado nos autos.

No período anterior à CF/1988, implementou-se um modelo em que o STF mesmo poderia restringir as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, a partir da criação da arguição de relevância da questão federal, consolidada na Emenda Constitucional nº 7 de 1977.

Souza (2007, p. 454) afirma que a arguição de relevância “tem como escopo evitar que a pleora de recursos interpostos para o Supremo Tribunal Federal impeça a Corte de solucionar, com a celeridade necessária, as questões que são relevantes para o País”. Sob esta perspectiva, os dois institutos – repercussão geral e arguição de relevância – tiveram como objetivo primordial desafogar o STF da quantidade sufocante de feitos a ele submetidos.

Ainda em relação à arguição de relevância, Fuck (2010) ensina que não havia critérios objetivos para se definir a existência ou não de relevância da questão federal. É que as decisões acerca da relevância da questão federal eram tomadas em sessões secretas e prescindiam de fundamentação, donde a observação de que se tratava de um juízo muito mais político do que jurisdicional.

Não obstante essas diferenças apontadas, a arguição de relevância não pode deixar de ser considerada como o embrião teórico da repercussão geral, na medida em que já dispunha sobre a prévia seleção das causas que o Tribunal julgará, buscando evitar a submissão de causas pouco relevantes, incompatíveis, no limite, com o papel institucional que o STF exerce, seja como Corte constitucional, seja como órgão de cúpula do Poder Judiciário.

1.3. Objetivação do recurso extraordinário

O STF tem mostrado, ao longo do tempo, uma tendência pela objetivação do controle difuso de constitucionalidade. E essa evolução deriva da forma mesma como o Tribunal vem encarando a natureza do recurso extraordinário no contexto dessa espécie peculiar de controle. Significa dizer que os autos têm se tornado cada vez mais meros veículos das teses que se desejam ver discutidas no seio da Suprema Corte.

É o que se vê de reiteradas decisões, tanto de caráter judicial como de caráter administrativo, como é o caso do processo que resultou na edição da emenda nº 12 ao Regimento Interno do STF¹².

Referida emenda regimental contém o gérmen do instituto da repercussão geral, na medida em que busca tornar o recurso extraordinário interposto contra decisão no âmbito dos Juizados Especiais Federais um instrumento de “defesa da ordem constitucional objetiva”¹³. Eis a inovação trazida pela emenda, na redação aprovada pelos Ministros em sessão administrativa:

Art. 321 O recurso extraordinário para o Tribunal será interposto no prazo estabelecido na lei processual pertinente, com indicação do dispositivo que o autorize, dentre os casos previstos nos artigos 102, III, a, b, c, e 121, § 3º, da Constituição Federal.

(...)

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

(...)

III - eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão manifestar-se no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da publicação da decisão concessiva da medida cautelar prevista no inciso I deste § 5º;

(...)

VI – eventuais recursos extraordinários que versem idêntica controvérsia constitucional, recebidos subseqüentemente em quaisquer Turmas Recursais ou de Uniformização, ficarão sobrestados, aguardando-se o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal;

VII- publicado o acórdão respectivo, em lugar especificamente destacado no Diário da Justiça da União, os recursos referidos no inciso anterior serão apreciados pelas Turmas Recursais ou de Uniformização, que poderão exercer o juízo de retratação ou declará-los prejudicados, se cuidarem de tese não acolhida pelo Supremo Tribunal Federal;

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

¹² Altera a redação do artigo 321, *caput*, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, e acrescenta-lhe o § 5º, incisos I a VIII.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Processo administrativo nº 318.715, Min. Gilmar Mendes.

Percebe-se, da alteração regimental exposta, que o recurso extraordinário, já em 2003, data de aprovação da emenda, deixava de ser um instrumento de natureza eminentemente subjetiva, cujos efeitos se operam apenas *inter partes*. A repercussão geral veio consolidar essa tendência, até o ponto em que, atualmente, o juízo primeiro que se faz em um recurso extraordinário não diz respeito aos seus requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade¹⁴, mas à existência ou não de matéria versada nos autos que já tenha sido apreciada ou esteja sob apreciação do STF.

O único critério que deve subsistir na análise dos requisitos de admissibilidade é a tempestividade, mas tão-somente por causa do efeito que dela decorre, qual seja, o trânsito em julgado do feito, do qual não cabe mais recurso.

Esta é a *ratio* por trás do Projeto de Lei nº 1.535, de 9 de julho de 2007, da Câmara dos Deputados, que acrescia o art. 8º ao art. 543-A do Código de Processo Civil, nos seguintes termos: “Quando recurso extraordinário tempestivo for inadmissível por causa formal que não se repute grave, poderá o Supremo Tribunal Federal, por meio do órgão julgador competente, desconsiderá-la se entender existente a repercussão geral”¹⁵.

Esse PLC, no entanto, após encaminhamento ao Senado Federal para dar seguimento ao devido processo legislativo, foi arquivado, tendo em vista o seu pensamento ao Projeto de Lei do Senado nº 166/10¹⁶, que trata da reforma do Código de Processo Civil¹⁷.

A previsão expressa de possibilidade de manifestação de terceiros que não sejam partes no processo deriva do rito adotado para as ações de controle concentrado de constitucionalidade, notadamente a ação direta de inconstitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, em que são admitidos, corriqueiramente,

¹⁴ O único requisito de admissibilidade que deveria subsistir previamente à análise da existência ou não de repercussão geral é o da tempestividade, mas tão-somente por causa dos efeitos decorrentes da dinâmica do cumprimento dos prazos recursais. Em outras palavras, desobedecido o prazo para a interposição de recurso, opera-se o trânsito em julgado do feito, cabendo apenas, a partir de então, o ajuizamento de ação rescisória, cujas hipóteses de cabimento são estritamente delimitadas pela lei, não se prestando à mera irrisignação com o resultado do julgamento, como muitas vezes ocorre com os recursos.

¹⁵ V. Anexo I.

¹⁶ Cf. Ofício SF nº 2.371, de 17 de dezembro de 2010, que comunica a aprovação do Projeto de Lei do Senado nº 166/2010, e dá conta de que os seguintes Projetos de Lei da Câmara: PLC n.ºs 69/2004, 14/2005, 46/2005, 13/2006, 6/2007, 95/2007, 113/2007, 10/2008, 39/2008, 70/2008, 164/2009, 311/2009, 316/2009, 317/2009, 13/2010, 37/2010 e 171/2010.

¹⁷ Informação disponível em http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=94545>. Acesso em: 29 de setembro de 2011.

interessados na condição de *amicus curiae*, sobre os mais variados temas, desde matéria tributária até a possibilidade de aborto de fetos anencefálicos, passando pela importação de pneus usados.

A posição foi se consolidando aos poucos, como é possível perceber do julgamento do AI-AgR nº 375.011, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ de 28.10.2004, em que o Tribunal afastou o exame da existência de prequestionamento no recurso para não só o admitir, como também conhecer da matéria nele versada, muito embora não constasse dos autos o acórdão recorrido.

Com a edição da Emenda Constitucional nº 45/04, elevou-se a *status* constitucional a previsão do Regimento Interno do STF, mas de uma maneira muito mais ampla, porquanto todos os recursos extraordinários e agravos de instrumento passaram a estar sujeitos ao regime da repercussão geral. Faltava, no entanto, a competente legislação infraconstitucional a fim de regulamentar o procedimento e o processo sob esse novo instituto, o que aconteceu com a promulgação da Lei nº 11.418/06.

A motivação por trás da Emenda Constitucional nº 45/04 teve como objetivo dirimir dois problemas que assolavam o Tribunal: a grande quantidade de recursos e a possibilidade de, mesmo com jurisprudência já pacificada sobre a matéria, o direito não ser aplicado por faltar ao recurso algum dos requisitos de admissibilidade que, como exposto anteriormente, foram cada vez mais se estreitando em desfavor dos litigantes.

Assim, conferiu-se ao STF a possibilidade de envidar seus esforços em questões de verdadeira relevância, somada ao fato de que as decisões nessas questões passam a ter efeito multiplicativo (FUCK, 2010, p. 22), tornando o direito nelas versado de aplicação obrigatória para todo e qualquer caso que as tenha como fundamento, e aliviando a carga do Tribunal ao possibilitar que a mesma matéria deixe de ser julgada inúmeras vezes, correndo-se, ainda, o risco de existirem decisões conflitantes.

1.4. A repercussão geral em evolução: a criação da gestão por temas

A grande novidade em relação ao instituto foi trazida à tona em novembro de 2010, durante o evento “Repercussão Geral em evolução”, promovido pelo STF em conjunto com o Ministério da Justiça. Nele foi apresentada a gestão por temas da repercussão geral, cujo objetivo é fornecer, conforme o nome mesmo sugere uma gestão dos julgamentos do STF das matérias que estão sob o regime da repercussão geral, tenha sido ela reconhecida, ou não, no caso concreto.

Como o próprio nome do evento invoca, trata-se de uma evolução na concepção do instituto da repercussão geral. É interessante notar que o recurso extraordinário passa a ser mais do que apenas o conjunto de documentos que formam os autos da lide. Com o advento da gestão por temas, fica mais clara a afirmação feita anteriormente de que o recurso dirigido ao STF constitui apenas o veículo pelo qual uma tese será levada à sua apreciação.

Neste particular, prevê-se, posto não imediatamente, uma mudança na forma pela qual os advogados litigam perante o STF. Em virtude da prévia seleção de recursos, conforme previsto no art. 543-B do Código de Processo Civil, não basta interpor o recurso e declinar as razões para o seu provimento. Antes, ele deve ser o recurso escolhido como processo paradigma e, para tanto, deve ter a tese bem delimitada e exaustivamente explorada nos autos, a fim de que constitua instrumento completo o bastante para que a questão que se deseja discutir tenha viabilidade dentro desse novo regime.

Assim, a própria definição de caso concreto sob a perspectiva da repercussão geral e da gestão por temas torna-se mais etérea. É que o modo com que a gestão por temas foi construído permite que o STF passe a julgar teses, pouco importando, para esses efeitos, a decisão no caso concreto. Vale dizer que o resultado final apontará sempre para uma discussão em abstrato, tornando-se irrelevantes as partes litigantes e o provimento jurisdicional do recurso, se procedente ou não o pedido em relação a alguma delas.

Essa mudança pode ser notada no acompanhamento processual dos feitos do STF disponível na internet. No extrato dos andamentos processuais, sempre que há um juízo definitivo – tomado pelo Pleno do Tribunal – acerca do mérito de uma questão em que se

reputou haver repercussão geral, a indicação do julgamento não aponta mais para o sentido em que foi dada a decisão no recurso. Não há mais a informação de “Provido” ou “Não provido”, mas apenas a indicação de “Julgado mérito de tema com repercussão geral”.

Não significa dizer, por óbvio, que se desconsidera o que ocorreu no caso concreto – até porque essa informação consta da observação do andamento no acompanhamento processual da internet, mas ela é menos relevante para a aplicação do instituto do que a informação de que uma matéria da qual dependem inúmeros recursos teve a sua apreciação final pelo STF.

Conseqüência natural da concepção da sistemática de gestão por temas é a aplicação mais racional e justa do disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil. As teses julgadas passam a ter um número identificador, um título e uma descrição que delimita a controvérsia nos termos do que decidido pelos Ministros, seja no Plenário Virtual, seja no Plenário físico.

Essa sistemática tem por claro objetivo introduzir a possibilidade de que o Tribunal controle o seu acervo de feitos a partir da movimentação processual de um único outro feito, que foi ou será apreciado pelo STF, o que representa um primeiro esforço no que se refere à gestão unificada de processos em todo o país.

O tema passa a ser um contêiner de todas as questões jurídicas ali encaixadas, bem como de todas as movimentações processuais a ele relativas. Criaram-se, portanto, mecanismos de substituição de paradigmas e vinculação a outros feitos que versem sobre a mesma matéria, mas que, por algum óbice processual, não mantiveram seguimento na Corte.

É o que se vê, por exemplo, do tema cujo paradigma de repercussão geral é o RE 591.563. Seu título é “Agravamento da pena por reincidência”, sua descrição é: “Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, a revogação, ou não, do art. 61, I, do Código Penal, que prevê o agravamento da pena por reincidência, pela Constituição de 1988”¹⁸. Este tema recebeu o número 114 e, desde então, todos os

¹⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2634468&numeroProcesso=591563&classeProcesso=RE&numeroTema=114#>. Acesso em: 23 de setembro de 2011.

processos que tratem da mesma tese são tratados sob o prisma deste tema, seja no STF, seja nos Tribunais de origem.

Em outras palavras, as devoluções e sobrestamentos de processos levados a cabo pelo próprio STF e pelos Tribunais de origem devem considerar o decidido no tema 114, quando pela existência desse tema ocorrerem essas situações processuais descritas. Assim, todos os recursos que discutirem a mesma questão descrita no tema 114 estarão sujeitos ao mesmo tratamento que se lhes der.

Antes de dar início à análise da etapa seguinte da aplicação dos procedimentos da gestão por temas, é interessante tratar dos efeitos do instituto da repercussão geral na esfera penal e processual penal.

Tendo em vista a crescente quantidade de *habeas corpus* decididos pelo STF, a repercussão geral ganha particular relevância, uma vez que não há efeitos *erga omnes* nas decisões tomadas na via desse *writ*. Assim, controvérsias trazidas sob a égide da repercussão geral têm alcance muito maior sobre os jurisdicionados, evitando situações em que, apesar de consolidado o direito de pessoas que passaram pelo processo de persecução criminal, este não se lhes é assegurado.

É o caso do julgamento do HC nº 82.959¹⁹, em que se decidiu pela declaração incidental de inconstitucionalidade da vedação da progressão de regime prisional para condenados por crimes hediondos, em contraste com o que dispunha o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Após a decisão final da matéria, o STF passou a receber diversas Reclamações – e ainda recebe – em que se requer a aplicação da decisão tomada naquele *habeas corpus* para o seu caso concreto, muito embora não quadre o pleito à nenhuma das hipóteses de cabimento dessa classe processual.

A fim de contornar a questão, e ver efetivado o direito já reconhecido à progressão de regime, a saída encontrada pelo STF foi não conhecer desses pedidos, mas conceder aos reclamantes *habeas corpus* de ofício, apenas para que se lhes fosse garantida a

¹⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC nº 82.959-SP, Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, RTJ 200/975.

análise, pelo juízo da execução, das condições formais para a progressão de regime. É o que se vê da decisão do Min. Cezar Peluso na Rcl nº 5.394²⁰ do STF.

Existente o instituto da repercussão geral devidamente regulamentado à época, não haveria o STF de ter julgado tantas Reclamações e *habeas corpus* impetrados por pacientes que, não obstante já terem seu direito reconhecido, porquanto inconstitucional a norma que lhes submetia a constrangimento ilegal, essa decisão, porque tomada incidentalmente, não lhes podia alcançar. Não haveria o STF, tampouco, de ter criado soluções elaboradas para garantir esse direito, como ocorre na situação de se conceder, porque inviável o pedido, *habeas corpus* de ofício.

Na hipótese de ter chegado a controvérsia por meio de recurso extraordinário sob o regime da repercussão geral, os próprios Tribunais de origem já deveriam dirimir a questão, sem a necessidade de provocação infinita ao STF.

E aqui incide a outra etapa do instituto da repercussão geral, que diz respeito exatamente à aplicação do quê decidido pelo Supremo aos processos que versem sobre a mesma questão. Aqui, cabe exclusivamente ao Tribunal de origem, seja ele estadual ou federal, dar a aplicação adequada do posicionamento emitido pelo STF aos processos que se encontram sob sua competência, seja porque sobrestados ali mesmo, seja porque determinada a devolução nos termos do art. 543-B, do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, é possível afirmar que os Tribunais de origem decidirão, ao fim e ao cabo, questões de cunho eminentemente constitucional, balizados, por óbvio, na orientação firmada pelo STF quando do julgamento do mérito do tema da repercussão geral. Muito embora possa o Tribunal de origem recusar-se a aplicar o entendimento pela Suprema Corte, de acordo com o disposto no art. 543-B, § 4º, do Código de Processo Civil, a lei não faculta às partes insurgir-se contra a decisão aplicada pelo órgão de 2º grau, tornando-se o seu juízo, assim, definitivo.

Como corolário, temos que os Tribunais de segundo grau deixarão de ser entrepostos de recursos de natureza extraordinária, verdadeiros guichês de distribuição, como

²⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Rcl nº 5.394-SP, Rel. Min. Cezar Peluso. Decisão monocrática, DJe de 27.09.2007.

o são atualmente, para dar a última palavra na imensa maioria das matérias que se lhes forem afetadas.

Espera-se, com isso, que as decisões jurisdicionais desses órgãos reflitam, já no médio prazo, um salto qualitativo jamais visto; sem a possibilidade de que suas decisões sejam sempre revistas pelos Tribunais Superiores, aumenta a responsabilidade de se entregar um provimento judicial verdadeiramente efetivo e justo, capaz de atender às expectativas das partes, em consonância com o entendimento firmado pela Suprema Corte.

O movimento de *spillover*²¹ da metodologia de gestão que o STF implantou para o instituto da repercussão geral em direção aos Tribunais inferiores deu origem à tese que será discutida neste trabalho, a partir do referencial teórico descrito no próximo capítulo.

²¹ *Spillover effect* (efeito de transbordamento), na economia, decorre de resultados que advém de determinada atividade ou escolha, mas que não estão diretamente ligados a ela. Um exemplo é a tendência que o consumidor tem de gastar mais em uma jornada de compras quando o objeto de desejo que o levou à jornada é vendido com desconto (cf. JANAKIRAMAN, MEYER e MORALES, 2006).

Capítulo 2. A teoria da “Path Dependence”

A dependência da trajetória (*path dependence*) é uma teoria desenvolvida em alguns campos das ciências sociais, como a economia e a ciência política, e também nas ciências biológicas. Ela enuncia que as situações, ações e decisões atuais e futuras dependem do caminho trilhado pelas situações, ações e decisões passadas (PAGE, 2006, p. 88).

Este conceito teve origem a partir da percepção de que, em alguns casos, uma pequena vantagem inicial pode alterar o curso da história. Daí a noção simplificada de que a história é importante (*history matters*), vista recorrentemente na literatura a fim de explicar essa teoria (cf. CROUCH e FARRELL 2004). Mas como Pierson (2000, p. 252) pontua, “definições claras são raras”.

Carvalho (2010, p. 31) tenta explicar o conceito como um “método de análise das razões de instituições ou práticas perdurarem no tempo, bem como a eventual existência de custo para a alteração deste *status quo*”. Não se trata, entretanto, como se verá a seguir, apenas da irreversibilidade da mudança em função do curso histórico. Esta é, diversamente, apenas uma das características de um processo de *path dependence*.

Path dependence não pode, com efeito, ser considerada apenas como “*history matters*” (PAGE, 2006, p. 88), se se quiser utilizá-la paradigma teórico deste trabalho acadêmico. Faz-se necessário, portanto, esmiuçar o conceito mesmo de *path dependence*, a fim de caracterizar determinado processo como tal. O desafio aqui proposto é mostrar que a gestão por temas da repercussão geral configura um processo de *path dependence* no que se refere à jurisdição constitucional no ordenamento jurídico brasileiro.

A *path dependence*, portanto, deve ser entendida como um processo em que certo resultado ou decisão é determinado ou moldado de maneira sistemática e específica pelo caminho histórico que o precedeu. É um processo que reflete uma relação causal entre estágios em uma seqüência temporal em que cada um deles influencia de modo determinante a direção do estágio seguinte (HATHAWAY, 2001). Significa dizer que o que aconteceu em um momento anterior afetará os possíveis resultados de uma seqüência de eventos que

ocorrerão no momento posterior.

Esse conceito, como dito anteriormente, já foi explorado pelas ciências econômicas, biológicas e pela ciência política, especialmente na escola norte-americana²². A doutrina legal daquele país também já se ocupou dessa teoria a fim de estudar as mudanças de jurisprudência no curso da história na *common law*. Essa aproximação, no entanto, sempre diz respeito ao instituto do *stare decisis*, que será abordado no seu devido tempo.

Apesar de não ser o objetivo deste trabalho, é bastante interessante expor algumas características e conceitos dessa teoria nas disciplinas acima mencionadas, de forma que se justifique a escolha de uma delas como fundamento teórico para a hipótese levantada no presente estudo de que a repercussão geral, vista a partir da gestão por temas, corresponde a potencial *path dependence* de uma jurisdição constitucional. Serão abordadas três perspectivas: retornos crescentes, biológica ou evolucionária e seqüencial, tais como trazidas por Hathaway (2001).

2.1. Path dependence biológica ou evolucionária

A primeira perspectiva abordada aqui será a biológica ou evolucionária. Pensada sob a teoria evolucionista de Darwin, ela reflete o paradigma da sobrevivência do mais adaptado (*survival of the fittest*). As espécies mais bem adaptadas acabam sobrevivendo em relação às menos adaptadas, mas isso não quer dizer que elas sejam perfeitas; fosse essa a conclusão, a evolução já teria tido o seu fim neste planeta.

O que importa notar é que as mudanças ocorridas no passado em alguma espécie até que ela fosse considerada a mais apta foram determinantes para os resultados vistos hoje e que serão vistos no futuro. Trata-se, portanto, de um processo quase mecânico, determinado não pela vontade de seus agentes - ainda que passivos -, mas por uma série de alterações físico-químicas que moldam as mudanças observadas no processo evolucionário. Como consequência dessas observações, pode-se afirmar que os desenvolvimentos do

²² Cf. PIERSON (2000), LIEBOWITZ e MARGOLIS (1995), ELDREDGE (1985 apud HATHAWAY, 2001, p. 107), HELPMAN e KRUGMAN (1984 apud HATHAWAY, 2001, p. 108), ARTHUR (1994 apud HATHAWAY, 2001, p. 109), GOULD (1982 apud HATHAWAY, 2001, p. 115), entre outros.

passado restringem os processos de mudança do futuro de modo inelutável e, muitas vezes, previsível.

Hathaway (2001) traz, além da perspectiva darwinista exposta acima, a neodarwinista, para quem a evolução não se dá de forma contínua: há, na verdade, saltos evolutivos repentinos, a partir dos quais as espécies precisam se adaptar. A autora observa que, o resultado final de um processo de mudança é indeterminado, apesar de não ser completamente aleatório. Significa dizer, em outras palavras, que essa teoria não tem, em contrapartida, como prever quando serão esses períodos de mudanças drásticas e determinantes, mas isso não impede que se conclua que o período seguinte será marcado pela estabilidade necessária à adaptação da espécie à evolução sofrida (HATHAWAY, 2001, p. 116).

Com efeito, algumas teorias sociais tentaram se utilizar dessa perspectiva para justificar movimentos evolucionistas nas sociedades, nos mercados e, em menor grau, nas empresas e corporações, sobretudo quando se partiu de uma perspectiva orgânica das instituições (cf. LUSTICK, 2011; NORTH, 1998).

2.2. *Path dependence* seqüencial

A segunda perspectiva aqui minudenciada advém da ciência política e tem por base a teoria da escolha racional, que enuncia, em breves linhas, que os indivíduos atuam com base em escolhas tomadas a partir da ponderação entre custos e benefícios, buscando sempre maximizar estes e diminuir aqueles; assim, o indivíduo sempre toma suas decisões buscando ficar em uma situação de vantagem em relação à sua situação anterior, pré-decisão.

Para que os atores decidam quais são os benefícios que eles podem obter de uma determinada escolha, é necessário que eles saibam, de antemão, quais são as suas preferências, de forma que a maximização do benefício dá-se quando a preferência é plenamente atendida.

A estrutura teórica desta construção, segundo Hathaway (2001), depende da existência de, pelo menos, três atores racionais e três resultados alternativos, de forma que

nenhum processo de seleção, nesses termos, mostra-se justo e lógico. Assim, a ordem dos acontecimentos afeta sobremaneira os resultados dela advindos, de forma que esta perspectiva é também conhecida por *sequencing path dependence*, ou *path dependence* sequencial²³.

Esta perspectiva enuncia, ao fim e ao cabo, que as escolhas dos atores, racionalmente orientados, tenderá sempre a um equilíbrio, em razão da sofisticação das escolhas, baseadas, também, porque racionais, em cálculos estratégicos. Hathaway (2001, p. 121) traz o exemplo do jogo de coordenação (*coordination game*).

Neste teste, há dois jogadores (A e B) e dois locais (1 e 2) de encontro possíveis. Cada jogador é recompensado caso ambos vão ao mesmo lugar, uma recompensa maior é paga caso eles se encontrem no local de preferência de um dos jogadores, e nenhuma recompensa é paga caso eles se desencontrem. Há, portanto, um conjunto de quatro possibilidades de resultados: A1-B1, A1-B2, B2-A1 e B2-A2. Se o jogador A fizer o primeiro movimento, e B souber, ele poderá optar em ganhar algo, mesmo sabendo que ganharia mais caso eles se encontrassem no seu lugar de preferência, ou então optar por ir para o seu lugar de preferência e deixar de ganhar algo. Assim, conclui Hathaway (2001, p. 122), o jogador que faz o primeiro movimento pode usar essa vantagem para obter o resultado que lhe é mais favorável²⁴, o que demonstraria que a seqüência das escolhas (no caso, movimentos),

²³ Note que, como apontado por Hathaway (2001, p. 108), há outra teoria que tem premissas semelhantes, mas não se identifica com a teoria de *sequencing path dependence*; trata-se do chamado “efeito manada” (*herd effect*) ou teoria da cascata de informações (*information cascades theory*). Muito embora a ordem dos acontecimentos e decisões sob a ótica dessa teoria também afetem sobremaneira o resultado final, a diferença entre as duas teorias reside no fato de que, na escolha racional, os atores dispõem de informações necessárias e suficientes para tomarem suas decisões, enquanto na teoria da cascata de informações, as informações mesmas são assimétricas entre os atores, que fazem suas escolhas naquilo que acreditam ser racional, mas não têm certeza de quais são suas preferências ou quais os benefícios podem ser dali extraídos. É o caso de um casal de turistas que se depara com dois restaurantes em uma cidade desconhecida e optam por aquele que está mais cheio porque parece ser melhor. Neste caso, a escolha racional desses atores deu-se com base na escolha prévia - e, portanto, de acordo com as preferências - de outros atores, desconhecidos, que influenciaram o resultado final da escolha. O mesmo evento não se daria se os dois restaurantes estivessem igualmente vazios ou cheios: a escolha seria aleatória - e não-racional, portanto - ou seria necessário colher mais informações a respeito dos dois locais para que a decisão fosse tomada.

²⁴ Aqui reside a lógica do que a ciência política reconhece como *gerrymandering*, um fenômeno visto em locais que seguem o modelo de eleições distritais, em que a cada colégio eleitoral corresponde uma quantidade fixa de candidatos. Nessas situações, é possível que um candidato obtenha, na soma total de todos os votos de uma eleição, a maioria, mas, em razão da divisão dos colégios eleitorais, perca o pleito. Esse cenário pôde ser visto nas eleições presidenciais dos Estados Unidos da América no ano 2000, em que o candidato do Partido Democrata, Al Gore, foi derrotado pelo candidato do Partido Republicano, George W. Bush, mesmo tendo obtido mais votos na contagem final (50.999.897 x 50.456.002, cf. 2000 Official Presidential General Election Results, disponível em <<http://www.fec.gov/pubrec/2000presgeresults.htm>>. Acesso em 30 ago. 2011). *Gerrymandering*, portanto, consiste na manipulação das fronteiras dos colégios, permitindo, assim, de acordo com a delimitação geográfica, determinar o rumo de uma eleição e fazer o resultado se protraia no tempo, elegendo-se candidatos dos mesmos partidos em sucessivas eleições. Garner (2009, p. 756) traz como etimologia

determina o resultado final²⁵.

Equilíbrio, no entanto, não significa previsibilidade, tendo em vista que os atores envolvidos nas escolhas tomam suas decisões com base naquilo que consideram racional; e o que parece ser racional para uns – maximização dos benefícios e diminuição dos custos – pode não representar a mesma escolha de outros atores.

2.3. *Path dependence* de retornos crescentes

Por fim, a última perspectiva aqui abordada será a que Hathaway (2001, p. 109) chama de retornos crescentes, derivada da economia. Nos processos que exibem tais características, o passo em uma direção diminui os custos (ou aumenta os benefícios) de um passo adicional na mesma direção, criando um poderoso ciclo de auto-reforço da decisão tomada anteriormente.

Liebowitz e Margolis (1995) caracterizam processos de *path dependence* baseada em retornos crescentes em três graus: **a)** primeiro grau: existe uma sensibilidade inicial, mas não há perda de eficiência entre a escolha feita e aquela que se descartou; **b)** segundo grau: em razão da assimetria de informações – ou informações imperfeitas – a escolha tende, com o passar do tempo, a se mostrar mais ineficiente²⁶ em relação àquela que lhe era alternativa, mas o custo de revertê-la é muito alto; e **c)** terceiro grau: derivada da anterior, a diferença reside no fato de que é possível reverter uma escolha cujo resultado se mostre ineficiente, a partir de correções e melhorias na trajetória entre a escolha e o resultado final.

Page (2006, p. 88), por fim, acrescenta que, para que se caracterize um processo de *path dependence*, há a necessidade da ocorrência de quatro fatores distintos, mas

de *gerrymander* a junção do nome Elbridge Garry, governador do estado de Massachussets candidato à reeleição em 1812, com a palavra *salamander* (salamandra), em razão do formato de um distrito eleitoral criado com a finalidade de manipular o resultado das eleições assemelhar-se a esse animal.

²⁵ Cf. ARIELY (2010). Toda essa obra tem por premissa o fato de que os atores nem sempre agirão de forma perfeitamente racional, seguindo assim a solução econômica padrão, de forma que, na existência de outros fatores, como o sentimento de vingança, os atores dispõem-se a perder mais para que outros atores percam também percam algo. O autor testa essa hipótese a partir do “jogo da confiança” (*the trust game*), explicado no capítulo 5 do livro.

²⁶ A ineficiência, aqui, não pode ser vista como absoluta. Uma escolha é ineficiente em relação a outra, nunca isoladamente, nesse contexto.

intimamente relacionados. São eles: **a)** retornos crescentes: quanto mais utilizada a escolha ou decisão, maiores são os benefícios que ela traz, excedendo a proporcionalidade intrínseca normalmente projetada como resultado; **b)** auto-reforço: a escolha ou ação tomada coloca em movimento outras instituições que acabam por manter a decisão feita anteriormente; **c)** *feedback* positivo: a escolha ou ação produz externalidades positivas para outros atores quando esses também decidem fazer a mesma escolha que deu origem ao processo de *path dependence*; e **d)** *lock-in*: a escolha ou ação torna-se melhor do que qualquer outra porque um número suficiente de pessoas já a fez e a decisão de revertê-la tem um custo tão alto que acaba por tornar a ação irreversível.

Assim, amplia-se o espectro trazido por Hathaway (2001) para incluir outros fatores, que podem ser objetivamente identificados. E é exatamente em virtude dessa característica do estudo de Page (2006) – detalhar com precisão quais fatores, se observados, levam a um processo de *path dependence* – que essa será a perspectiva a partir da qual este trabalho será desenhado.

Mas por que a escolha de mais critérios quando parte da doutrina especializada na área (PIERSON, 2000; HATHAWAY, 2001; MAHONEY, 2000) considera a ocorrência de retornos crescentes como causa suficiente para se observar um processo de *path dependence*?

A maior quantidade de critérios permite apurar melhor, a partir das características que serão analisadas, a ocorrência desse processo de *path dependence* que se quer demonstrar em relação à gestão por temas na repercussão geral.

Em uma análise mais apurada do ponto de vista das ciências econômicas (PAGE, 2006, p. 90), este é um erro de concepção comum:

A convergência entre retornos crescentes e *path dependence* reside na seguinte lógica. Se um processo gera duas trajetórias possíveis, então algum resultado deve prevalecer mais em uma do que na outra. Isso é verdade. No entanto, não é necessário serem retornos crescentes os responsáveis por um resultado ser escolhido mais vezes. Quase qualquer das externalidades²⁷ pode alterar os resultados.

²⁷ Mankiw (2001, p. 208) define externalidade como “o impacto das ações de uma pessoa sobre o bem-estar de outras que não participam da ação”. O conceito de externalidade é de fundamental importância na economia, na medida em que elas são uma representação das falhas observadas nos mercados, e são assim tratadas, ainda que categorizadas como positivas ou negativas. No caso das externalidades em relação à *path dependence*, geralmente elas serão positivas, pois representam, em última análise, um reforço da escolha feita. Ao contrário,

Significa dizer que retornos crescentes, por si só, não são capazes de produzir um processo de *path dependence*, nem é possível afirmar o mesmo em relação à ocorrência isoladamente considerada de externalidades, sejam elas positivas ou negativas. E este é o segundo erro de concepção tratado por Page (2006, p. 90): em alguns casos, embora haja a existência de retornos crescentes, as externalidades são a verdadeira causa da ocorrência de *path dependence*.

Conforme o conceito trazido por Mankiw (2001), as externalidades são, do ponto de vista estritamente econômico, falhas de mercado, formando processos de *path dependence*, nessas circunstâncias, completamente aleatórios e imprevisíveis. Essas características, porque presentes nos dois casos, dificultam a diferenciação entre um processo de *path dependence* e a verificação isolada de externalidades, que serão, nesses casos, quase sempre positivas.

Um terceiro erro comum é a confusão entre o início de um processo de dependência de trajetória (*early path dependence*) com a sensibilidade às condições iniciais. Neste último, pequenas mudanças apresentam enormes repercussões. Na *early path dependence*, resultados e decisões iniciais moldam a probabilidade de eventos futuros, mas não os determinam (Page, 2006, p. 91).

Page (2006) caracteriza, ainda, diversos tipos de *path dependence*, baseada nos resultados advindos de escolhas e decisões prévias ou no equilíbrio da distribuição dos resultados. Essa categorização diz respeito às conseqüências dos resultados produzidos durante um processo de *path dependence*, ainda que este ainda não tenha sido plenamente concluído.

Um processo é resultado-dependente se “o resultado num período depende de resultados passados ou do próprio período” (PAGE, 2006, p. 92). Por outro lado, um processo é equilíbrio-dependente se “a distribuição dos resultados no longo prazo depende de resultados passados” (PAGE, 2006, p. 92). É importante notar que a ocorrência do segundo

externalidades negativas tendem a afastar os agentes das escolhas previamente feitas, uma vez que requerem medidas adicionais para corrigir os efeitos que elas geram (cf. Mankiw, 2001, p. 218, sobre os chamados “impostos de Pigou”).

tipo de processo implica, necessariamente, a ocorrência do primeiro, e sua verificação dá-se num período de tempo muito maior.

Por fim, é interessante notar que, na verdade – e isto ficará mais claro no capítulo a seguir – os retornos crescentes são uma síntese das outras características apontadas por Page (2006), na medida em que advêm, quase sempre, das conseqüências de tal fenômeno. Assim, há uma linha tênue que distingue uma característica da outra, como se buscará demonstrar a seguir.

Capítulo 3. Gestão por temas à luz da *path dependence*

3.1. Ressalva metodológica

Antes de aplicar a metodologia até aqui descrita para a gestão por temas da repercussão geral, cabe fazer observação a respeito da comparação dos processos de *path dependence* encontrados na literatura jurídica com o tipo de processo cuja existência se deseja demonstrar. A comparação que se faz aqui não tem por objetivo utilizar o método comparado²⁸, não havendo risco, portanto, de incorrer em uma das preocupações de Sartori (1994), para quem a comparação não significa, necessariamente, a aplicação do método comparado. A comparação servirá apenas como ponto de partida para uma análise da tese sobre um arcabouço teórico sobre o qual a doutrina nacional ainda não se debruçou.

Sartori (1970) já alertava para os riscos do esticamento conceitual (*conceptual stretching*) nos estudos de política comparada²⁹ e Pierson (2000, p. 252) assevera que a *path dependence* é vítima recorrente desse tipo de encaixe metodológico.

Em outras palavras, não se irá utilizar o método comparado para tentar descrever a gestão por temas como um potencial processo de *path dependence*. Não há elementos suficientes para tanto, em função da diferença no nível de análise aplicado aqui – com enfoque na nova forma como o STF buscou tratar a repercussão geral – e o nível de análise presente nos estudos que serviram de base para este trabalho – *stare decisis* e a força normativa de decisões singulares como geradora de processo de *path dependence* e transformação do Direito.

Diversamente, o processo de *path dependence* que será explorado e cuja existência, ainda que bastante incipiente, pretende se demonstrar, diz respeito, neste momento, à forma como o STF decidiu transformar a repercussão geral em um exercício não só jurisdicional, mas também gerencial, na medida em que concentra as atividades de

²⁸ Para melhor compreender o campo de estudos da política comparada e o método comparado, cf. King, Keohane e Verba (1994), Wiarda (2000), Lijphart (1971), Johnson e Joslyn (1991), Pzeworski e Teune (1970), Collier e Collier (1991).

²⁹ O esticamento conceitual de que trata Sartori (1970) representa a linha de menor resistência em um trabalho acadêmico, cujos ganhos em extensão são acompanhados por perdas na precisão conotativa, e parece que se consegue tornar uma tese mais abrangente sendo menos preciso.

organização, divulgação e gestão dos julgados de questões submetidas ao regime da repercussão geral. Assim, a aplicação dessa teoria à gestão por temas da repercussão geral não tem por objetivo tratar da força normativa das decisões do STF sob esse regime.

Não se descuidará, assim, da possibilidade de que, uma vez consolidado o processo de *path dependence* e a repercussão geral mesma, as decisões futuras no ordenamento jurídico brasileiro, que poderá, talvez, se transformar em um sistema baseado na doutrina do *stare decisis*. E esse será o tema do último tópico deste trabalho.

Feitas as devidas ressalvas, as próximas seções tratarão de explicar o processo de *path dependence* na formação do Direito, na utilização da gestão por temas como mecanismo viabilizador do instituto da repercussão geral e, por fim, os efeitos que um processo de *path dependence* em relação a esse instituto podem causar no ordenamento jurídico brasileiro.

3.2. Formação do Direito e *path dependence*

A literatura jurídica norte-americana trata da ocorrência de processos de *path dependence* no Direito e na formação das leis (HATHAWAY, 2001; FON, PARISI, DEPOORTER, 2005) a partir do ponto de vista da *common law*, em que se aplica de forma muito mais acentuada a doutrina do *stare decisis*³⁰.

E é justamente essa característica dos ordenamentos jurídicos da *common law* que nos permite fazer uma análise do peso que decisões proferidas em um determinado momento histórico têm na construção do Direito, ao moldarem futuras decisões e, sobretudo, como pretendem demonstrar Fon, Parisi e Depoorter (2005), a forma como os litígios são judicializados, a partir de uma perspectiva de risco e probabilidade de sucesso.

Para tanto, os autores desenvolveram um modelo, partindo da premissa de que as partes de um conflito continuarão a buscar os tribunais e juízes até que a norma legal seja

³⁰ Manter o que foi decidido, do latim *stare decisis et non quieta movere*. Trata-se de uma doutrina de precedentes, sob a qual uma Corte **deve** seguir decisões judiciais pretéritas quando os mesmos pontos forem arguidos no litígio (grifo meu) (GARNER, 2009, p. 1.537).

modificada (FON, PARISI, DEPOORTER, 2005, p. 3). Os litigantes, com efeito, são movidos pelos custos das normas ineficientes, donde se conclui que normas ineficientes impõem um custo maior para as partes do que regras eficientes, aumentando os custos do que está em questão. Concluem afirmando que disputas advindas de normas ineficientes tendem a ser mais judicializadas com mais freqüência do que aquelas que derivam de normas mais eficientes; “o corolário é que normas não contestadas tendem a ser eficientes” (FON, PARISI, DEPOORTER, 2005, p.4).

A partir do exposto acima, e levando em conta que há discricionariedade dos postulantes em relação à transformação de uma disputa em um litígio judicial, o estudo (FON, PARISI, DEPOORTER, 2005) conclui que, nos sistemas da *common law*, quando as questões judiciais anteriores criam uma quantidade considerável³¹ de precedentes, a evolução do direito induz à consolidação gradual das normas e dos remédios legais.³²

No mesmo sentido, Hathaway (2001, p. 122) assevera que “a teoria da *path dependence* é relevante para o sistema da *common law* por uma simples razão: a doutrina do *stare decisis*”. A autora pontua, ainda, como talvez o critério mais importante na conformação da doutrina do *stare decisis* e o subsequente processo de *path dependence* o fato de que os “juízes aceitam a doutrina do *stare decisis* porque o princípio do precedente está profundamente arraigado na nossa cultura legal anglo-americana” (HATHAWAY, 2001, p. 127).

Ademais, a doutrina do *stare decisis* também é capaz de criar um processo de auto-reforço muito forte, na medida em que os litigantes muito provavelmente não trarão argumentos que fujam da lei existente, sob pena de diminuírem as suas chances de sucesso e, talvez, aumentarem os custos de litigar, na medida em que sanções podem ser aplicadas – nos Estados Unidos – pela insuficiência da argumentação jurídica (HATHAWAY, 2001, p. 128).

³¹ Para se saber quando uma quantidade é considerável, Fon, Parisi e Depoorter (2005) estabeleceram um número arbitrário $p^* = 1/2$. Quando $p^* > 1/2$, significa dizer que a maioria dos precedentes apontam para determinado sentido e a expectativa de ganho aumenta em relação aos custos de litigar.

³² O modelo descrito atribui, como reconhecem os autores (FON, PARISI, DEPOORTER, 2005, p. 18), o mesmo peso a decisões favoráveis e desfavoráveis, ou seja, concessivas e denegatórias de remédios legais, sem levar em conta a possibilidade de que alguns ordenamentos jurídicos confirmam maior peso a decisões concessivas, como ocorre em alguns casos relativos a questões das minorias, por exemplo.

Fon, Parisi e Depoorter (2005, p. 8) argumentam que a *path dependence* advinda da aplicação da doutrina do *stare decisis* é resultado da presença da autoridade legal (*legal authority*) das decisões, capazes de individualmente criarem precedente vinculante para as decisões futuras.

Em contrapartida aos sistemas da *common law* – e ao *stare decisis* – Fon, Parisi e Depoorter (2005, p. 3) identificam os sistemas de direito da *civil law* a partir do conceito de *jurisprudence constante* (do francês, jurisprudência constante), no qual os juízes devem apenas se considerar obrigados a seguir uma tendência consolidada de decisões no mesmo sentido.

Garner (2009, p. 933) assim define *jurisprudence constante*:

The doctrine that a Court should give great weight to a rule of law that is accepted and applied in a long line of cases, and should not overrule or modify its own decisions unless clear error is shown and injustice will arise from continuation of a particular rule of law.

Civil-law courts are not bound by the common-law doctrine of *stare decisis*. But they do recognize the doctrine of *jurisprudence constant*, which is similar to *stare decisis*, one exception being that *jurisprudence constant* does not command strict adherence to a legal principle applied on one occasion in the past.

A Corte de Apelação do Estado de Lousiana, Quarto Circuito, dos Estados Unidos, no caso *Royal v. Cook* (2007)³³, traz interessante colocação acerca da doutrina da *jurisprudence constante, verbis*:

Because of Louisiana's civilian tradition, this court must begin every legal analysis by examining primary sources of law, consisting of legislation (constitution, codes, and statutes) and custom. (...) Jurisprudence, even when it arises to the level of *jurisprudence constante*, is a secondary law source. (...) Judicial decisions are not intended to be an authoritative source of law, and, thus, the civilian tradition does not recognize the doctrine of *stare decisis*.³⁴

Significa dizer que as decisões judiciais, em um sistema em que os precedentes não são de aplicação obrigatória, não se tornam uma fonte do direito até que elas se transformem nos precedentes jurisprudenciais prevalecentes. Essa característica, no entanto,

³³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Court of Appeal of Louisiana, Fourth Circuit, **Joel and Debra ROYAL v. Patsy J. COOK and Greater New Orleans Home Service, Inc.** No. 2007-CA-146. 23 de abril de 2008.

³⁴ Em tradução livre: Por causa da tradição civilista de Louisiana, esta Corte deve começar toda e qualquer análise legal examinando as fontes primárias do Direito, consistentes na legislação (constituição, códigos e estatutos) e costumes. (...) A jurisprudência, ainda que se eleve ao nível da *jurisprudence constante*, é uma fonte secundária do Direito. (...) As decisões judiciais não são feitas para ser uma fonte autoritária do Direito e, portanto, a tradição civilista não reconhece a doutrina do *stare decisis*.

não elide a provável existência de um processo de *path dependence* em sistemas que apresentem tal doutrina como característica do ordenamento jurídico.

Nesses casos, a diferença em relação ao *stare decisis* e à força vinculante de uma única decisão singular é que, em vez desse único provimento judicial, múltiplas decisões independentes no mesmo sentido têm o condão de servir de precedente cuja observação se impõe nas decisões posteriores.

3.3. Gestão da repercussão geral e *path dependence*

A doutrina identifica a necessidade da presença de alguns fatores para a ocorrência de um processo de *path dependence*. Esta seção tratará de demonstrar que a gestão por temas preenche os requisitos para que se considere um estágio inicial de *path dependence* no Poder Judiciário brasileiro.

Segundo Page (2006), são quatro os requisitos característicos de *path dependence*. Cada um passará por uma análise para verificar se a gestão por temas tem realmente a possibilidade de representar esse processo.

3.3.1. Retornos crescentes

O conceito não merece paráfrase: “Quanto mais utilizada a escolha ou decisão, maiores são os benefícios que ela traz, excedendo a proporcionalidade intrínseca normalmente projetada como resultado” (PAGE, 2006, p. 88).

A característica de retornos crescentes é o principal indício de que houve um processo de *path dependence*. Assim é que os demais critérios apontados por Page (2006) podem ser vistos como consequências lógicas da presença de retornos crescentes, como explicitado anteriormente. Não à toa, a esse requisito foi dado peso determinante por alguns dos autores estudados³⁵ para analisar algumas situações em que se observou tal processo.

³⁵ Cf. HATHAWAY (2001), PIERSON (2000), MAHONEY (2000), LIEBOWITZ e MARGOLIS (1995).

Os retornos crescentes podem, ao mesmo tempo, resultar em externalidades positivas, que acabam por tornar definitiva a escolha. Daí se falar em exceder a *proporcionalidade intrínseca normalmente projetada como resultado*. Mas qual seria a projeção desse resultado em se tratando de gestão por temas?

Talvez o resultado mais comumente apontado como a principal causa da instituição da repercussão geral seja a redução no número de processos que o STF julga em cumprimento à sua função constitucional. Assumindo como verdadeira tal proposição, e considerando-a como o resultado projetado da mudança trazida pela EC 45/04, podemos elencar pelo menos quatro outros resultados que, indiretamente, contribuem para a idéia de que a utilização de tal instituto, nos contornos delineados pela gestão por temas, traz retornos crescentes.

O primeiro deles diz respeito à diminuição do tempo de julgamento que naturalmente se espera quando há uma diminuição, ainda que não proporcional, na quantidade de feitos postos à apreciação de um órgão judicial. Há uma situação que ilustra claramente este argumento. Em 30 de agosto de 2011, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul encaminhou ao STF a Informação 01-2011-TJRS, dando conta da existência de **21.945** feitos sobrestados aguardando a manifestação definitiva quanto ao mérito da repercussão geral do Tema nº 347: *Direito à atualização monetária do vale-refeição dos servidores públicos do Estado do Rio Grande do Sul por decisão judicial*.³⁶

Ora, se todos esses feitos fossem submetidos à apreciação do STF, caso a caso, somente para esse tema, o quantitativo de processos do Tribunal teria um acréscimo da ordem de 25%³⁷! Ou seja, o STF deixou de receber. E estamos falando apenas de um único tema, de um universo de 490 temas identificados no Plenário Virtual do STF em 23 de setembro de 2011³⁸. Um Tribunal menos sobrecarregado tem condições de julgar os processos que lhe são submetidos de forma muito mais célere.

³⁶ V. Anexo II.

³⁷ Considerando-se o número de processos em trâmite no Tribunal equivalente a 90 mil, de acordo com o levantamento exposto no começo desta exposição.

³⁸ Dados disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/listarProcesso.asp?situacao=EJ>>. Acesso em 23 de setembro de 2011.

O segundo resultado, intimamente ligado com o primeiro, diz respeito ao espaço que se abre para que o Tribunal, tendo menos processos, possa dar decisões cada vez melhores e mais embasadas. É que, havendo mais tempo para se debruçar sobre questões jurídicas relevantes, podem ser analisados aspectos que não teriam lugar quando a principal preocupação diz respeito à quantidade de processos julgados, e não à qualidade dos julgamentos.

Com efeito, de acordo com a lição de Fon, Parisi e Depoorter (2005), decisões mais eficientes tendem a ser menos contestadas, aumentando a legitimidade da Corte perante a sociedade, em um processo que, no limite, é retroalimentado: quanto menos impugnações às decisões, mais tempo sobra para se dedicar mais à produção de decisões melhores e mais eficazes.

O terceiro resultado, apesar de não ter ligação direta com a atividade jurisdicional, diz respeito à diminuição dos custos envolvidos quando aplicada a sistemática de temas aos processos submetidos ao instituto da repercussão geral. A estrutura judicial necessária para dar aplicação a uma quantidade enorme de processos é consideravelmente mais enxuta do que se houvesse a necessidade de se analisar cada um separadamente.

Ademais, ainda que possa parecer um argumento pouco relevante, economiza-se nos custos de transporte de todos esses processos de um Tribunal a outro, porquanto o sobrestamento dos processos que versem sobre matéria idêntica é medida que se impõe no regime da repercussão geral, e a classificação dos feitos a partir da identificação com um tema paradigma decidido ou a ser decidido pelo STF tornam a tramitação muito mais racional.

Por fim, um último resultado não-projetado que se traduz em retornos crescentes diz respeito ao movimento de *spillover*³⁹ da aplicação da sistemática da repercussão geral a feitos que não estão a ela submetidos, como é o caso dos processos que tramitam no primeiro grau de jurisdição. Já há casos em que os juízes de primeiro grau, identificando matéria idêntica àquela pendente de apreciação pelo STF, sobrestam o feito, aguardando a resolução do mérito da questão. Em outras palavras, o feito já é julgado em

³⁹ Cf. nota 16.

primeira instância de acordo com aquela posição que, inobstante a interposição dos recursos cabíveis, é a que deve prevalecer⁴⁰.

3.3.2. Auto-reforço

Page é preciso, ao conceituar: “A escolha ou ação tomada coloca em movimento outras instituições que acabam por manter a decisão feita anteriormente” (PAGE, 2006, p. 88).

O art. 543-B, § 1º, do Código de Processo Civil dispõe que aos Tribunais de origem compete a seleção de recursos representativos da controvérsia, com a finalidade de encaminhá-los ao STF. Significa dizer que cabe aos Tribunais, tanto quanto ao STF, identificar processos que versem sobre matéria idêntica, a fim de que um único julgamento possa ser proferido para dirimir a questão.

A identificação da controvérsia constitui a espinha dorsal de todo o instituto da repercussão geral, na medida em que a decisão do STF acerca de uma questão, previamente delimitada em alcance e objeto, deve ser aplicada aos casos que versem sobre matéria idêntica.

Dessa forma, surge a necessidade imprescindível da identidade entre o tema julgado pelo STF, ou seja, a questão jurídica versada no processo paradigma, e a questão jurídica que se discute nos feitos sobrestados à espera da decisão definitiva da Suprema Corte. E aqui sobrevém o valor da gestão por temas, que especifica, em poucas linhas, a tese que foi objeto de deliberação acerca da existência ou não de repercussão geral.

Os Tribunais de origem, nesse particular, passam a tratar os feitos sob sua competência da mesma forma como o STF o faz, a partir de uma gestão organizada. Em outras palavras, a adoção de temas para a eleição dos representativos da controvérsia parece o

⁴⁰ É o que se extrai do art. 543-B, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil, ao dispor:

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

Em outras palavras, ainda que o Tribunal não se retrate e aplique o entendimento firmado pelo STF, o próprio STF tem competência para fazer valer sua decisão e aplicá-la ao caso concreto.

caminho natural para lidar com a quantidade de feitos submetidos às instâncias inferiores. E essa forma de trabalhar os processos, classificando-os de acordo com o corte feito pelo STF nos leva a identificar a próxima característica de um processo de *path dependence*.

3.3.3. *Feedback positivo*

Sobre *feedback positivo*, afirma Page: “A escolha ou ação produz externalidades positivas para outros atores quando esses também decidem fazer a mesma escolha que deu origem ao processo de *path dependence*” (PAGE, 2006, p. 88).

A lógica aqui é praticamente idêntica à explicada no tópico anterior. A diferença é que os atores preferem utilizar a mesma escolha que deu origem ao processo de *path dependence* e isso, por si só, produz externalidades positivas. Apesar de este ser o critério mais difícil de se prever como consequência da utilização gestão por temas da repercussão geral, ele não deve ser desconsiderado.

Trata-se do critério mais complexo porque envolve as escolhas de outros atores que, pelo exposto em algumas digressões do capítulo anterior, podem não agir racionalmente e, ainda que o façam, não se sabe quando agirão nem se a escolha racional alinha-se com aquela escolha original que deu origem ao processo de *path dependence*.

Assim, apenas como esforço teórico, já que ainda não se pode verificar a ocorrência de *feedbacks* positivos neste período histórico, prevê-se que os Tribunais, ao fazerem a opção pela gestão por temas de seus processos, sobretudo aqueles que ainda não tiveram juízo definitivo do STF acerca da existência ou não de repercussão geral, apresentem ganhos consideráveis de gestão.

Esta hipótese é explicada no contexto do art. 543-B do Código de Processo Civil, que confere aos Tribunais inferiores competência para selecionar os recursos, de acordo com a sua própria sistemática, que serão encaminhados ao STF a fim de que recebam a devida apreciação de repercussão geral.

Considerado este cenário, é possível que o Tribunal de origem utilize mecanismo de gestão semelhante à gestão por temas para organizar as questões que ali

aportam vindas do primeiro grau. Muito embora ainda não existam – nem devam existir – normas que determinem o sobrestamento de feitos no primeiro grau pendentes de apreciação de questão com repercussão geral, alguns juízes já tem comunicado o sobrestamento de alguns feitos em razão da pendência de julgamento no STF.

Seguindo-se a mesma lógica, é possível que os juízes passem a sobrestar questões sem repercussão geral reconhecida à espera de um provimento definitivo do Tribunal ao qual estão vinculados, e a gestão por temas, por parte do Tribunal mesmo, parece-me a forma mais eficiente de se lidar com questões desse tipo que, provavelmente, surgirão com o tempo.

3.3.4. *Lock-in*

Por fim, *lock-in* significa “A escolha ou ação torna-se melhor do que qualquer outra porque um número suficiente de pessoas já a fez e a decisão de revertê-la tem um custo tão alto que acaba por tornar a ação irreversível” (PAGE, 2006, p. 88).

Esta característica talvez seja a mais notável de um processo de *path dependence*. A quase totalidade dos exemplos de processos de *path dependence* traz como resultado o *lock-in* entre a escolha feita em um determinado momento da história⁴¹.

Cabe ressaltar que a escolha que se tornará a definitiva não significa que essa era a melhor do ponto de vista técnico ou econômico⁴², mas a melhor porque os custos de descartá-la e voltar atrás são tão altos, que ela se torna irreversível.

E aí reside o potencial da gestão por temas se tornar uma escolha irreversível dentro do ordenamento jurídico brasileiro. A forma encontrada pelo STF para lidar com as matérias que lhe são submetidas todos os dias simplifica sobremaneira a identificação exata da questão jurídica de que trata o recurso.

⁴¹ Liebowitz e Margolis (1995) trazem o exemplo da escolha entre padrões diferentes de gravação de vídeos, VHS e Beta. Mas talvez o caso mais utilizado para exemplificar um processo de *path dependence* seja o teclado QWERTY (PAGE, 2006; LIEBOWITZ, MARGOLIS, 1995; PIERSON, 2000; HATHAWAY, 2001).

⁴² Às vezes, a conjuntura econômica obriga a se fazer uma escolha que não é, necessariamente, a mais vantajosa, mas, simplesmente, a mais viável no momento, em razão da quantidade de atores que já fizeram determinada escolha. É o caso de mercados saturados de fornecedores, em que, apesar de a oferta ser muito grande, mudar para outro setor do mercado implicaria um custo tão alto – como a aquisição de bens de capital – que é mais fácil permanecer na mesma atividade, ainda que as vantagens marginais diminuam cada vez mais com o tempo.

A identificação dos temas por números também traz como benefício a extração de dados cada vez mais fidedignos e sofisticados em relação, por exemplo, à quantidade de processos aguardando o posicionamento do STF. No limite, o posicionamento do STF pode ser influenciado pelos dados disponíveis transformando-o em formulador de políticas públicas, quando se tiver panorama do real impacto que suas decisões podem ocasionar no país.

3.4. Jurisdição constitucional e *path dependence*

O fortalecimento do instituto da repercussão geral a partir da gestão por temas tem o condão de levar, ao fim e ao cabo, ao estabelecimento de um processo de *path dependence*. Como descrito no início deste trabalho, esse instituto tem por objetivo último a transformação do STF em um Tribunal verdadeiramente constitucional, que se ocupa de temas abstratos de alcance transcendental, em vez de se ocupar de questões individuais adstritas somente à esfera das partes.

Em um primeiro momento, as decisões tomadas sob esse regime estarão adstritas ao sistema recursal, mas, com a constitucionalização das mais diversas questões, esse debate transbordará inexoravelmente para questões que terão um provimento com fundo constitucional sem terem passado diretamente pela apreciação do STF.

Dessa forma, não me parece demais asseverar que a *path dependence* criada pela gestão por temas da repercussão geral é um passo essencial para que falemos de uma jurisdição constitucional, na medida em que as decisões passam a refletir diretamente a orientação firmada pela Corte constitucional, aplicando-se o seu entendimento a todos os casos que versem sobre idêntica matéria.

Dentro desta perspectiva, o ordenamento jurídico brasileiro começaria a apresentar traços que se assemelham da doutrina do *stare decisis*, apesar de as decisões realmente vinculantes advirem, num primeiro momento, exclusivamente do STF, e não dos juízes em qualquer outro grau de jurisdição. Nas palavras de Cunha (2011, p. 63), “daí por que as decisões do STF, ainda que no âmbito do controle difuso de constitucionalidade,

despontam como *paradigmáticas*, devendo ser seguidos pelas demais tribunais da federação” (grifo no original).

A partir da análise feita até aqui, o STF passa a ser agente ainda mais ativo na formação do Direito e das diretrizes constitucionais. O mesmo pode ser dito sobre os Tribunais inferiores em relação àquelas questões em que o STF decida não haver repercussão geral. Muito embora constitucionais, o STF não as analisará, e caberá aos Tribunais decidir definitivamente tais matérias.

Por outro lado, decisões conflitantes em matéria constitucional tomadas pelos Tribunais de origem podem surgir caso não haja algum mecanismo de uniformização do entendimento acerca de uma determinada matéria. Atualmente, no entanto, não há mecanismo capaz de suscitar tal discussão perante o STF, tendo em vista que o instrumento clássico para a chegada de questões continua a ser o recurso extraordinário, e a sua subida já não mais poderá ocorrer uma vez decidida que a matéria ali versada não tem repercussão geral.

Haverá a necessidade, portanto, em algum momento, de se criar um incidente de uniformização de entendimento, a fim de que o STF pacifique questões decididas de forma diversa pelos vários Tribunais inferiores do país. E esse mecanismo é de fundamental importância para que se possa falar de uma jurisdição constitucional, na medida em que a Corte Suprema passa a ter contato direto com incidentes trazidos com o único intuito de se saber a interpretação acerca de uma matéria que, apesar de já ter sido declarada sem repercussão geral nos termos da sistemática atual, passam a representar questões jurídicas inegavelmente relevantes para a federação.

No limite, o STF poderá se tornar, assim como a Suprema Corte norte-americana, um órgão cuja principal função, como deveria sê-lo em se tratando de uma Corte constitucional, seja a locução de diretrizes e princípios para todo o sistema jurisdicional – aí incluído não só o Judiciário, mas o Legislativo e o Executivo também – pautados em interpretações constitucionais.

O que se vê sob a ótica do processo de *path dependence* é a gradativa substituição do papel de Corte de revisão de decisões de graus de jurisdição inferiores pelo papel de Corte de vocação eminentemente constitucional, não obstante a forma pela qual as

discussões nesse âmbito cheguem ao Tribunal, pela via do controle difuso de constitucionalidade, seja ainda a via do recurso extraordinário. Mas, por todo o exposto, este deverá ser um movimento natural, iniciado com a EC nº 45/2004 e cujo último aperfeiçoamento deu-se com a introdução da gestão por temas da repercussão geral.

Conclusão

O desenvolvimento deste trabalho permite concluir que o instituto da repercussão geral surgiu de uma necessidade premente do Supremo Tribunal Federal em reduzir o quantitativo de processos em tramitação perante aquela Corte, assemelhando-se à lógica utilizada para instituir a arguição de relevância da questão federal no período pré-Constituição de 1988.

De outro lado, a redução da quantidade de feitos do STF não é um fim em si mesmo, sendo possível perceber um objetivo maior e mais complexo, qual seja, a transformação do STF em uma Corte que se ocupa primordialmente das questões constitucionais mais relevantes do país.

A introdução da sistemática da gestão por temas tende a consolidar esse caminho em direção a uma jurisdição constitucional coordenada, como não poderia deixar de ser, pela Corte Suprema.

Esta conclusão, a mais importante deste estudo, é baseada na análise feita a partir da aplicação da teoria da *path dependence*, com as devidas ressalvas e encaixes metodológicos, amplamente utilizada em estudos econômicos e das ciências sociais.

Dado o panorama em que o trabalho foi concebido, conclui-se que a gestão por temas da repercussão geral, embora ainda não possa ser caracterizada como um processo completo e acabado de *path dependence*, mostra potencial inequívoco para se torná-lo, na medida em que podem ser visualizadas características intrínsecas à formação de um processo desse tipo nos movimentos futuros que se espera do instituto da repercussão geral.

Assim, pode-se afirmar que a gestão por temas, observada sob o referencial teórico posto em questão, subsume-se às características de **i)** retornos crescentes; **ii)** auto-reforço; **iii)** *feedback* positivo; e **iv)** *lock-in*.

O primeiro desses aspectos presentes em um processo de *path dependence* é, a um só tempo, o mais importante e também o mais facilmente identificável na análise feita sob

o prisma da gestão por temas. Apesar de demonstrado que a simples verificação de retornos crescentes oriundos de uma escolha não tenha, por si só, a capacidade de conferir-lhe o status de processo de *path dependence*, a percepção dessa característica é um indício forte de que pode estar ocorrendo um processo dessa natureza.

As vantagens não-projetadas advindas da utilização da sistemática da gestão por temas da repercussão geral não só tem o condão de torná-la uma escolha cada vez mais utilizada pelos Tribunais para gerirem os seus acervos e aplicar suas decisões com espelhamento na diretriz constitucional dada pelo STF, mas também torná-la, por sua própria utilização, um movimento irreversível dentro do Judiciário brasileiro.

Interessante notar que a irreversibilidade, neste caso, não se dá somente em função dos custos embutidos ao longo do tempo na escolha pela utilização dessa sistemática, diversamente do que ocorre com os exemplos clássicos de *path dependence* na literatura econômica.

A característica de *lock-in* dá-se muito mais pela incompatibilidade entre a convivência entre um método de gestão que, por todos os seus efeitos, constitui uma certa imposição vertical do STF, e métodos de gestão que não acompanham as mesmas premissas, sobretudo no que diz respeito à identificação da questão controvertida, ou seja, formas de gerenciamento de acervos que não contemplam utilização de temas para classificação de demandas.

Assim, o que se tem é que o custo de manter uma sistemática de gestão diversa daquela adotada pelo STF é muito alto, traduzindo-se, no mais das vezes, em prejuízo para os próprios jurisdicionados, que não deveriam sofrer com eventual desorganização do Poder Judiciário.

As perspectivas que se abrem para a consolidação da gestão por temas como a forma mais eficiente de se trabalhar com o instituto da repercussão geral, dentro da idéia de um processo de *path dependence*, são, no geral, muito mais positivas, conforme demonstrado, em razão dos seguintes fatores: **i)** diminuição do tempo de tramitação dos processos; **ii)** diminuição dos custos para a tramitação do processo; **iii)** aumento na qualidade da prestação jurisdicional em todas as instâncias da Justiça; e **iv)** diminuição da taxa de litigância entre os

jurisdicionados, que, no STF, traduzem-se na disputa entre um cidadão e algum órgão, seja da administração direta ou indireta, do Estado.

A conclusão final, observado o nascimento de um processo ainda imaturo de *path dependence*, diz respeito à imperativa necessidade de que o STF e os outros órgãos do Poder Judiciário fiquem atentos às eventuais correções no curso desse processo que precisam ser feitas. Para isso ocorrer, no entanto, é imprescindível ter claro o objetivo primordial do instituto da repercussão geral – e a gestão por temas não é senão um instrumento para alcançá-lo – que é conferir ao STF um papel essencialmente constitucional e transformar a Justiça brasileira num ambiente pautado pela força normativa dos precedentes, conferindo-lhe coerência e corrigindo injustiças.

Referências

- ARIELY, Dan. **The upside of irrationality: The Unexpected Benefits of Defying Logic at Work and at Home**. New York: HarperCollins, 2010.
- CARVALHO, André Castro. **Path dependence e reforma do sistema tributário e de federalismo fiscal brasileiro**. *Revista tributária e de finanças públicas*, ano 18, n. 92, maio-jun., 2010.
- COLLIER, Ruth Berins; COLLIER, David. **Shaping the Political Arena: Critical Junctures, the Labor Movement, and Regime Dynamics in Latin America**. Princeton, Princeton University Press, 1991.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. In: PAULSEN, Leandro (coord.). **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. *Estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, pp. 57-73
- FEDERAL ELECTION COMMISSION. **2000 Official Presidential General Election Results**. Disponível em: < <http://www.fec.gov/pubrec/2000presgeresults.htm>>. Acesso em 30 ago. 2011
- FON, Vincy; PARISI, Francesco; DEPOORTER, Ben. **Litigation, judicial path-dependence, and legal change**. *European Journal of Law and Economics*, v. 20, No. 1, jul. 2005.
- FUCK, Luciano Felício. **O Supremo Tribunal Federal e a repercussão geral**. In: *Revista de Processo*, v. 181, ano 35, 2010.
- GARNER, Bryan A. (ed.). **Black's Law Dictionary**. 9ª ed. West Group, 2009.
- HATHAWAY, Oona A., **Path Dependence in the Law: The course and pattern of legal change in a common law system**. *The Iowa Law Review*, vol. 86, n. 2, January 2001.
- JANAKIRAMAN, Narayan; MEYER, Robert J.; MORALES, Andrea C. **Spillover Effects: How Consumers Respond to Unexpected Changes in Price and Quality**. *Journal of Consumer Research*, dez. 2006.
- JOHNSON, Janet Buttolph; JOSLYN, Richard. **Political Science Research Methods**. Washington: Congressional Quarterly Press. 1991.
- KING, Gary; KEOHANE, Robert O.; VERBA, Sidney. **Designing Social Inquiry: Scientific Inference in Qualitative Research**. Princeton: Princeton University Press, 1994.
- LARSSON, Stefan. **The path dependence of European copyright**. *Scripted*, v. 8, Issue 1, abril 2011.
- LIEBOWITZ, Stan J.; MARGOLIS, Stephen E. **Path Dependence, Lock-In and History**. *Journal of Law, Economics, and Organization*. n. 11(1), 1995. pp. 205-226

LIJPHART, Arend. **Comparative Politics and the Comparative Method.** *American Political Science Review*, v. 65, set. 1971. pp. 682-693.

LUSTICK, Ian S., **Taking Evolution Seriously: Historical Institutionalism and Evolutionary Theory.** *Polity* 43, 179-209 (31 January 2011). Palgrave Macmillan.

MAHONEY, James. **Path dependence in historical sociology.** *Theory and Society*. vol. 2. n. 4. aug. 2000.

MANKIWI, N. Gregory, **Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado artigo por artigo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NORTH, Douglass C. **Institutions, institutional change and economic performance.** Cambridge: University Press, 1998.

PAGE, Scott E., **Path Dependence.** *Quarterly Journal of Political Science*, 2006, 1: 87-115.

PIERSON, Paul. **Increasing returns, path dependence, and the study of Politics.** *American Political Science Review*. vol. 94, n. 2. jun. 2000.

PZEWORSKI, Adam; TEUNE, Henry. **The Logic of Comparative Social Inquiry.** New York: Wiley-Interscience, John Wiley & Sons, 1970.

SARTORI, Giovanni. **Compare Why and How: Comparing, Miscomparing and the Comparative Method.** In: DOGAN, Mattei; KAZANCIGIL, Ali (orgs.), *Comparing Nations: Concepts, Strategies, Substance.* Cambridge: Cambridge Press, 1994. pp. 14-34.

SARTORI, Giovanni. **Concept Misinformation in Comparative Politics.** *American Political Science Review*, v. 64, pp. 1.033-1.053, dez. 1970.

SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória.** 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

THORSTEIN, Veblen. **The theory of the leisure class.** introd. John Kenneth Galbraith. Boston: Houghton Mifflin, 1973.

WIARDA, Howard J. **Introduction to Comparative Politics.** Fort Worth: Harcourt Publishers, 2000.