

NATÁLIA MARTINS PIMENTA

COLETIVIZAÇÃO DAS DEMANDAS INDIVIDUAIS: as técnicas processuais de julgamento das demandas individuais à luz do princípio do contraditório.

Dissertação apresentada ao programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual Civil da Universidade Federal do Espírito Santo – PPGDIR/UFES, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil.

Orientador: Professor Doutor Marcelo Abelha Rodrigues.

VITÓRIA

2011

NATÁLIA MARTINS PIMENTA

COLETIVIZAÇÃO DAS DEMANDAS INDIVIDUAIS: as técnicas processuais de julgamento das demandas individuais à luz do princípio do contraditório.

Dissertação apresentada ao programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual Civil da Universidade Federal do Espírito Santo – PPGDIR/UFES, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil.

Aprovada em

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Marcelo Abelha Rodrigues
Universidade Federal do Espírito Santo
Orientador

Prof. Dr. Flavio Cheim Jorge
Universidade Federal do Espírito Santo

Prof. Dr. Carlos Alberto Carmona
Universidade de São Paulo

Agradeço, primeiramente, ao Professor Dr. Marcelo Abelha Rodrigues, meu orientador, pelas contribuições valiosas para o presente estudo e pela atenção e dedicação constante.

Aos Professores Drs. Flavio Cheim Jorge e Bruno Silveira de Oliveira, pelas observações valiosas feitas na banca de qualificação e ao Professor Dr. Carlos Alberto Carmona, por aceitar o convite para compor a banca de defesa.

À Professora Dr.^a Flavia Trentini e ao Professor Ms. Rodrigo Klippel que, ainda na graduação, despertaram meu desejo pela área acadêmica.

Aos meus pais, Ignêz e José Claudio, à minha irmã Julia e ao Leandro por compreenderem os momentos de ausência e pelo apoio incondicional e constante, tão necessários para superação das dificuldades enfrentadas ao longo destes anos. Amo vocês!

Aos colegas de mestrado pelo diálogo e, em especial à Carol e Fabi, que além de grandes debatedoras foram companheiras desde o primeiro dia em que nos encontramos.

Por fim, agradeço a todos aqueles que de alguma forma contribuíram para o resultado final deste trabalho, fazendo-o em nome da Dr.^a Elisabeth Lordes que muito me incentivou ao longo de todo o curso.

A todos meu sincero obrigado!

“Por mais que o intérprete se esforce por permanecer fiel ao seu ‘texto’, ele será sempre, por assim dizer, *forçado a ser livre* - porque não há texto musical ou poético, nem tampouco legislativo, que não deixe espaço para variações e *nuances*, para a criatividade interpretativa”.

Mauro Cappelletti.

RESUMO

O presente estudo analisa as alterações legislativas que introduziram técnicas processuais de julgamento das demandas individuais sob à luz do contraditório. Para tanto, resgata os conceitos dos escopos do processo nas diferentes vertentes tratadas pela doutrina. Revela a conformação de uma nova espécie de conflito social e, conseqüentemente, uma nova forma de litígio que congrega características individuais e coletivas conjuntamente. Retrata, ainda, o problema enfrentado pelo poder judiciário referente ao quantitativo de processos em curso e a ineficiência do aparato estatal em prestar jurisdição tempestiva. Observa a ineficácia dos modelos processuais clássicos – coletivo e individual – em relação às novas espécies de conflito. Demonstra a importância do princípio do contraditório para a legitimidade da decisão e a sua visão sob o modelo da cooperação. Descreve, sob a égide do Estado Democrático de Direito, a necessidade de se pensar o processo como instrumento de eficácia dos direitos consagrados na constituição. Analisa as técnicas de julgamento das demandas individuais e observa que o legislador não disciplinou as formas de ingresso dos interessados a fim de permitir sua participação nos litígios cuja decisão paradigmática será prolatada.

Palavras-chave: demandas individuais, demandas de massa, técnicas processuais, contraditório.

ABSTRACT

The present study analyses the legislative modifications that had introduced procedural techniques of judgment of the individual actions and the contradictory. In such a way it rescues the concepts of procedural target in the different sources treated for the doctrine. Demonstrates the conformation of a new species of social conflict, and, consequently a new form of litigation that congregates individual and collective features jointly. And still portrays the problems faced by the judicial system referring to the amount of processes in course and the inefficiency of the state apparatus to give jurisdiction in time. And observes the inefficacy of the classic procedural models - collective and individual - in respect to the new species of conflict. It demonstrates the importance of the principle of the contradictory for the legitimacy of the decision and its vision under the model of cooperation. It describes, under the Democratic State of Right, the necessity of thinking the process as instrument of effectiveness of the rights foreseen in the constitution. It analyses the techniques of judgment of the individual action and observes that the legislator did not discipline the forms of ingress of the interested parties in order to allow its participation in the litigations whose paradigmatic decision will be done.

Key-words: individual actions, mass actions, techniques of judgment, contradictory;

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. DEMANDAS INDIVIDUAIS, COLETIVAS E DE MASSA	13
1.1 ESCOPOS DO PROCESSO	15
1.2 DEMANDAS INDIVIDUAIS	20
1.3 DEMANDAS COLETIVAS	25
1.4 DEMANDAS DE MASSA	37
2. CRISE DE QUANTIDADE DE PROCESSOS	44
3. TÉCNICAS PROCESSUAIS QUE CONFEREM REPERCUSSÃO COLETIVA AOS JULGAMENTOS DAS DEMANDAS INDIVIDUAIS	52
3.1. REPERCUSSÃO GERAL	60
3.2. A SISTEMÁTICA DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS	65
3.3 SÚMULAS	67
3.3.1 Súmulas persuasivas	70
3.3.2 Súmulas vinculantes	74
3.3.3 Súmula impeditiva de recursos	75
3.4 INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA	76
3.5 ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA	80
3.6 O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL)	82
3.7 TENTATIVA DE SISTEMATIZAÇÃO	84
4. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO	86
4.1. BREVE ANÁLISE DO CONCEITO DE PRINCÍPIO	86
4.2 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO	92
4.2.1 Contexto Histórico	94
4.2.2 Princípio do Contraditório em seu aspecto formal	99
4.2.3 Princípio do Contraditório em seu aspecto substancial	102

4.2.4 Princípio do Contraditório como cooperação	108
5. AS TÉCNICAS DE REPERCUSSÃO COLETIVA SOB À LUZ DO CONTRADITÓRIO	114
5.1. REPERCUSSÃO GERAL	117
5.2. A SISTEMÁTICA DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS	124
5.3 SÚMULAS	130
5.4 INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA	134
5.5 ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA	136
5.6 O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL)	137
5.7 UMA ÚLTIMA QUESTÃO: a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos e a técnica estabelecida para evitar a usurpação do contraditório individual	139
6. PROPOSTAS DE COMPATIBILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS ESTUDADAS COM O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO	142
6.1 INTERVENÇÃO DO <i>AMICUS CURIAE</i>	151
6.2 SISTEMA DE PRECEDENTES	155
6.3 DEVER DE CONSULTA	160
6.4 CRIAÇÃO DE REQUISITOS OBJETIVOS PARA A ESCOLHA DOS PROCESSOS SUBMETIDOS ÀS TÉCNICAS DE JULGAMENTO DE CAUSAS-MODELO	163
CONCLUSÃO	167
REFERÊNCIAS	173

INTRODUÇÃO

Vivenciamos, por meio das constantes reformas legislativas, a introdução de técnicas no direito processual civil brasileiro, cuja finalidade principal é agilizar os julgamentos das demandas e, secundária, adequar as normas processuais ao crescente número de demandas similares ajuizadas perante o Poder Jurisdicional.

O incremento quantitativo da atividade jurisdicional é um fato que, atualmente, não pode ser negado e tem como origem uma série de fatores como, por exemplo, a modificação das relações sociais e o desenvolvimento das teorias acerca do acesso à justiça.

O presente estudo não se ocupa dos motivos pelos quais o fenômeno surgiu. Em verdade, se ocupa em analisar o fenômeno da multiplicação de demandas similares – demandas de massa -, por meio da análise das técnicas processuais criadas e a compatibilização dessas técnicas com a garantia processual do contraditório, que permitem ao jurisdicionado influir na decisão judicial que lhe atingirá.

Pode-se conceituar as demandas de massa como (i) a reprodução de várias situações conflituosas perante o Poder Judiciário com afinidade de fundamentação jurídica (causa de pedir próxima) e (ii) a pulverização das situações subjetivas individuais que poderiam ser tuteladas coletivamente por meio das ações para a tutela de direitos individuais homogêneos, mas que são levadas ao Judiciário individualmente.

Conceituadas as demandas de massa, o presente trabalho volta-se ao estudo das técnicas processuais criadas para a resolução dessas demandas e a compatibilização das mesmas à garantia constitucional do contraditório.

Para tanto, escolhemos como marco metodológico o processo, instrumento estatal de resolução de conflitos, em sua concepção instrumental, a fim de analisá-lo como método estatal para a realização prática dos direitos. Dessa maneira, as técnicas processuais empregadas para a resolução das demandas de massa foram estudadas de acordo com as finalidades do processo.

Nessa senda, a análise dos escopos do processo se torna imprescindível para a elaboração do presente trabalho, na medida em que serve de linha condutora para que o estudo das demandas de massa seja realizado com fundamento nas finalidades que o processo se propõe a obter.

O processo reproduz como escopos as finalidades ínsitas ao próprio Estado como, por exemplo, a regulamentação das condutas sociais e organização da sociedade mediante a credibilidade que os sujeitos encontram nas entidades estatais. Deve, portanto, ser um instrumento dotado de credibilidade a fim de que os jurisdicionados possam padronizar suas condutas de acordo com as decisões judiciais, bem como confiar que os conflitos sociais sejam resolvidos de forma impessoal.

As técnicas processuais estudadas são aquelas que conferem repercussão coletiva ao julgamento das demandas individuais ao permitir que a *ratio decidendi* obtida no julgamento de uma determinada demanda seja aplicada diretamente no julgamento de outras, atingindo relações jurídicas processuais distintas daquelas que originaram o provimento.

A eleição da garantia do contraditório como elemento de comparação da adequação das técnicas processuais deve-se à importância exercida no processo, principalmente, em razão de ser o meio democrático de participação do interessado na formação da decisão judicial cujos efeitos terá que suportar. Isso porque pensamos que a legitimidade da decisão depende da possibilidade que o jurisdicionado tem de influir na decisão judicial, de participar da fase preparatória do ato final da demanda.

O contraditório permite ao jurisdicionado expor seus argumentos para tentar influir na formação da decisão judicial e impõe ao juiz o dever de fundamentar suas razões de decidir nos elementos trazidos pelas partes.

Com efeito, o problema central do presente trabalho consiste em analisar se as técnicas processuais que conferem repercussão coletiva ao julgamento das demandas individuais são compatíveis com a garantia que as partes têm de influir no resultado do julgamento através do exercício do contraditório.

Para tanto, tecemos uma comparação entre as demandas individuais e coletivas, sob o prisma da evolução do Estado para inserir as chamadas demandas de massa nesse contexto, temas para os quais dedicamos o primeiro capítulo desta dissertação.

O segundo capítulo trata da crise de quantidade de processos que é a verdadeira causa da adoção das técnicas processuais que conferem repercussão coletiva ao julgamento das demandas individuais no sistema processual brasileiro.

No terceiro capítulo, tratamos especificamente do que denomina-se de técnicas processuais que conferem repercussão coletiva ao julgamento das demandas individuais e ainda, do incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no anteprojeto do novo código de processo civil.

O quarto capítulo trata do princípio do contraditório, analisado sob o prisma da possibilidade de os litigantes influírem na decisão judicial de forma igualitária e da necessidade do órgão jurisdicional se submeter ao contraditório por meio do diálogo.

O quinto capítulo se concentra em analisar as técnicas processuais que conferem repercussão coletiva ao julgamento das demandas individuais sob o prisma do contraditório, ou seja, analisar exaustivamente as técnicas processuais a fim de verificar se as mesmas são compatíveis com a garantia constitucional do contraditório. Ainda, no quinto capítulo, como reforço de argumentação, analisamos a técnica coletiva de julgamento das demandas individuais que não usurpa o contraditório dos litigantes individuais.

Por fim, ao entender que a crítica não deve se limitar à simples análise e, considerar que as técnicas processuais estudadas estão em vigência e são aplicadas no dia-a-dia forense, sugerimos algumas técnicas visando minimizar a violação ao princípio do contraditório.

1 DEMANDAS INDIVIDUAIS, COLETIVAS E DE MASSA

Para que a vida em sociedade possa reger-se de forma harmônica é imprescindível a regulamentação de uma série de regras de condutas, consubstanciadas, na maioria dos casos, em direitos e deveres estabelecidos pelo direito objetivo¹. O Estado, no exercício do seu poder soberano, disciplina grande parte das relações sociais² mediante a imposição de regras comportamentais, a fim de organizar a vida social pelo cumprimento voluntário das normas, além de garantir que, em caso de descumprimento, a norma seja imposta coercitivamente.

Quando a vontade da lei não é observada pelos particulares, destinatários das normas, surge um conflito social decorrente da efetiva lesão, ou da ameaça de lesão, causada pelo ato de desobediência à regra de conduta imposta pela lei.

O Estado, desde o momento em que vedou o exercício particular da força como instrumento de resolução de conflitos, assumiu o monopólio da jurisdição^{3 4} e tomou para si o dever de solucionar os conflitos que lhes são postos, mediante o exercício do poder, impondo aos particulares as suas decisões.⁵

¹ “Llamamos derecho (objetivo; ordenamiento jurídico) al conjunto de los mandatos jurídicos (preceptos sancionados) que se constituyen para garantizar, dentro de un grupo social (Estado), la paz amenazada por los conflictos de intereses entre sus miembros.” CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Buenos Aires: Librería El Foro, 1997. v. 1. p. 21.

² Não são todas as relações sociais que são regulamentadas por normas de conduta estabelecidas pelo Estado. Algumas relações sociais se estabelecem e organizam mediante regras comportamentais culturais, sociais, de etiqueta etc.

³ *Jurisdictio* que etimologicamente significa dizer o direito.

⁴ “(...) antes de o Estado conquistar para si o poder de declarar qual o direito no caso concreto e promover a sua realização prática (*jurisdição*), houve três fases distintas: a) *autotutela*; b) *arbitragem facultativa*; c) *arbitragem obrigatória*. A autocomposição, forma de solução parcial dos conflitos, é tão antiga quanto a autotutela. O processo surgiu com a arbitragem obrigatória. A jurisdição, só depois (no sentido em que a entendemos hoje). É claro que essa evolução não se deu assim linearmente, de maneira límpida e nítida; a história das instituições faz-se através de marchas e contramarchas, entrecortada freqüentemente de retrocessos e estagnações, de modo que a descrição acima constitui apenas uma análise macroscópica da *tendência no sentido de chegar ao Estado todo o poder de dirimir conflitos e pacificar pessoas*.” CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 24. Note-se que por não ser um instrumento eficaz à garantia da justiça os Estados Modernos vedaram o uso da força para a solução de um conflito. Excepcionalmente o Estado permite o exercício da autodefesa, como é o caso da proteção possessória prevista no Código Civil em seu artigo 1210, §1º. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo**. 3. ed. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2010. p. 3.

⁵ Chiovenda, expoente da doutrina dualista do ordenamento jurídico defende que a jurisdição é a função estatal que visa a atuação concreta da lei, mediante a substituição da vontade dos particulares. A atividade jurisdicional não é, para essa doutrina, criativa. CHIOVENDA, Guisepppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002. v. 1, p. 60. Por seu turno, Carnelutti, defensor da teoria unitária do ordenamento jurídico, defende que a jurisdição é atividade criativa, na medida em que, o direito objetivo não tem condições de

Feitas as leis, não se considera ainda plenamente realizada a função do direito. Elas ditam, realmente, as regras de conduta a serem observadas pelos membros da sociedade, mas como essas regras ordinariamente têm conteúdo abstrato e geral, é preciso assegurar, na medida do possível, a sua estrita observância, em nome da liberdade e dos direitos de cada um na ordem objetiva de convivência social; em outras palavras, é necessário, sempre que falte a observância espontânea, identificar, declarar e dar atuação a essas regras, caso por caso, nas vicissitudes concretas da vida de cada dia, eventualmente até mediante meios coercitivos. Por isso, há um ramo do direito destinado precisamente à tarefa de garantir a eficácia prática e efetiva do ordenamento jurídico, instituindo órgãos públicos com a incumbência de atuar essa garantia disciplinando as modalidades e formas de sua atuação. Esses são os órgãos judiciários e a sua atividade chama-se, desde tempos imemoriais, jurisdição. (...) De nossa parte, resumindo, podemos considerar a jurisdição como a atividade dos órgãos do Estado, destinada a formular e atuar praticamente a regra jurídica concreta que, segundo o direito vigente, disciplina determinada situação jurídica.⁶

Assim também é a definição de Dinamarco, Cintra e Pellegrini:

Pela jurisdição, como se vê, os juízes agem em substituição às partes, que não podem fazer justiça com as próprias mãos (vedada a autodefesa); a elas, que não mais podem agir, resta a possibilidade de **fazer agir**, provocando o exercício da função jurisdicional. (...) No estudo da jurisdição, será explicado que esta é uma das expressões do poder estatal, caracterizando-se este como a *capacidade, que o Estado tem, de decidir imperativamente e impor decisões*. O que distingue a jurisdição das demandas funções do Estado (legislação, administração) é precisamente, em primeiro plano, a finalidade pacificadora com que o Estado a exerce. Os grifos são do original.⁷

De maneira a garantir a atuação do Poder Estatal Jurisdicional, de forma previsível e igualitária, o Estado instituiu o processo como método de solução de conflitos.

E como a jurisdição se exerce através do processo, pode-se provisoriamente conceituar este como **instrumento por meio do qual os órgãos jurisdicionais atuam para pacificar as pessoas conflitantes, eliminando os conflitos e fazendo**

disciplinar todos os conflitos de interesses. CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Proceso Civil**. Buenos Aires: Librería El Foro, 1997. v. 1, p. 92. Nesse mesmo sentido posiciona-se Couture: “Já nos pronunciamos, pessoalmente, em diversas oportunidades, no sentido de que a atividade jurisdicional é atividade criadora do direito.” COUTURE, Eduardo J. **Interpretação das leis processuais**. Trad. Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 23.

⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v.1. p.3-7.

⁷ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 24-25. Também: “A idéia do Estado de Direito consolidou neste a função jurisdicional. (...) Tornou-se pacífico que a jurisdição, como função do Estado, é atribuída com exclusividade a um dos poderes deste, o Poder Judiciário, através dos seus órgãos, juízes e tribunais. (...) O Estado terá que conhecer o conflito de interesses, ver qual destes é o interesse juridicamente protegido. Mas conhece-o para compô-lo, assegurando respeito à ordem jurídica, o que o faz atuando a lei reguladora da espécie. Isto significa que o objetivo do Estado, no exercício da função jurisdicional, é assegurar a paz jurídica pela atuação da lei disciplinadora da relação jurídica em que se controvertem as partes.” SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1, p. 68.

cumprir o preceito jurídico pertinente a cada caso que lhes é apresentado em busca de solução. [Os grifos são do original].⁸

Nesse prisma, o Estado garantiu aos jurisdicionados o prévio conhecimento dos atos que devem praticar para obter legalmente as suas pretensões, assegurando-lhes um meio que deveria ser efetivo à tutela de seus interesses, bem como a não invasão de sua esfera de interesse sem o exercício do devido processo legal.

1.1 ESCOPOS DO PROCESSO

Inicialmente, é necessário ressaltar que o estudo dos escopos do processo passa pela compreensão de que o processo nada mais é do que o instrumento estatal posto à solução dos conflitos sociais⁹. De tal modo, o processo certamente reflete as finalidades precípua do Estado.

O que distingue a jurisdição das demais funções do Estado (legislação, administração) é precisamente, em primeiro plano, a finalidade pacificadora com que o Estado a exerce. Na realidade, são de três ordens os escopos visados pelo Estado, no exercício dela: sociais, políticos e jurídico.¹⁰

Carnelutti, expoente da Teoria Unitária do ordenamento jurídico, defendia que a finalidade do processo civil era a justa composição da lide. Para ele, o direito material era insuficiente para compor a lide e por isso, imperfeito, até a prolação da sentença. O juiz, neste caso, completa o trabalho do legislador, cria a norma concreta e dá efetiva existência aos direitos e obrigações.¹¹

⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 23.

⁹ Dinamarco observa que o vocábulo processo é utilizado pela doutrina em três acepções afins mais que devem ser diferenciadas cientificamente, sendo elas: (i) processo enquanto um sistema de técnicas coordenadas por um ramo específico da ciência do direito; (ii) processo enquanto modelo imposto aos litigantes para o exercício da jurisdição que é definido por princípios e normas; (iii) processo enquanto realidade fenomenológica vivenciada pelos juízes e partes envolvidas em cada conflito de interesse levado à juízo. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 2, p. 24-25.

¹⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 24-25.

¹¹ “En cuanto el proceso es un método para la formación o para la actuación del derecho, *sirve al derecho*; por otra parte, en cuanto esa formación o actuación, en razón de los conflictos de intereses que tiende a regular y también de los otros en que se resuelve el proceso mismo (infra, ns. 187 y sigtes.) está regulada por el derecho, *el proceso es servido por el derecho*, por lo cual la relación entre derecho y proceso es doble y recíproca. (...)” CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Proceso Civil**. Buenos Aires: Librería El Foro, 1997. v. 1, p. 22 e 92. Como o processo é um método para a formação ou a ação do direito, serve ao direito; por outro lado, como essa formação ou ação é regulada pelo direito, em razão dos conflitos de interesses que tem por finalidade

A teoria é denominada unitária porque defendia que o direito material e o processo seriam partes de uma mesma unidade e que a produção de direitos, obrigações e relações jurídicas decorreriam da sentença.¹²

Chiovenda, defensor da Teoria Dualista, acreditava que o escopo do processo civil era a atuação da vontade concreta da lei material. O exercício da atividade jurisdicional se limitava a realizar, na prática, o direito previsto pelo legislador.¹³

Para tanto, é possível delinear uma clara divisão entre as funções do direito material e do direito processual no ordenamento jurídico. O direito material é composto pela tipificação abstrata dos fatos e das consequências jurídicas dos mesmos (*fattispecie*). O processo civil seria o instrumento de tutela das transgressões ao sistema, isto é, o instrumento mediante o qual se tutela as violações aos direitos estabelecidos na norma abstrata, fazendo atuar na prática o direito.

Tradicionalmente, defendia-se nesse contexto que o processo civil tinha finalidade puramente jurídica, sendo seu escopo, portanto, de atuar a norma jurídica ou de criação da norma jurídica para o caso em concreto.

Contudo, a evolução da ciência processual reconheceu ao processo dimensão finalística como instrumento de composição de litígios e pacificação social.

O que há de real no processo é o sentido finalístico, a sua teleogia, a sua *causa finalis*. O processo, como forma de composição de litígios, tem por finalidade propiciar a resolução de conflitos de interesses dando a cada um o que é seu e garantindo o triunfo da justiça e da liberdade. O *scoppo del processo* é o de ‘garantir o respeito à pessoa humana e a liberdade ao cidadão’.¹⁴

regular e também daqueles são resolvidos pelo processo, o processo é servido pelo direito, por tal razão a relação entre direito e processo é dupla e recíproca. (tradução livre).

¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1, p. 136.

¹³ “Dizendo-se que a função jurisdicional consiste na atuação da vontade da lei, exclui-se que a possamos fazer consistir na determinação ou criação dessa vontade (...)”. CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002. v. 1, p. 60.

¹⁴ MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Millennium, 2000. v. 1. p. 8-9.

A importância de se pensar no processo voltado para os fins políticos e sociais que claramente o constituem é evidenciada na medida em que a atuação da norma processual deverá necessariamente visar a realização de seus fins, de forma que o fenômeno processual passa a ser observado de maneira crítica para adequá-lo a todas as suas finalidades.

Constituem conquistas das últimas décadas a perspectiva sócio-política da ordem processual e a valorização dos meios alternativos. A descoberta dos *escopos sociais e políticos do processo* valeu também como alavanca propulsora da visão crítica de suas estruturas e do seu efetivo modo de operar, além de levar as especulações dos processualistas a horizontes que antes estavam excluídos de sua preocupação. A independência e a responsabilidade do juiz, critérios para o seu recrutamento, formas e graus de sua participação no processo, seu compromisso com a justiça, métodos de interpretação da lei substancial, o chamado *uso alternativo do direito*, a questão da legitimidade das associações de juízes ou sociedades de advogados, a importância do ensino jurídico *etc.* – eis uma gama significativa de temas que, por não pertencerem estritamente ao direito processual em si mesmo, jamais figurariam em estudos de um processualista preso às tradicionais premissas puramente jurídicas de sua ciência; (...)”¹⁵

Partindo da premissa de que o processo tem escopos outros que não o jurídico, é necessário analisar quais são os demais escopos do processo para que a ciência processual possa ser pensada voltada aos seus fins.

Dinamarco elenca como escopos do processo o jurídico, o social e o político. Para o autor, o escopo social consiste em pacificar os conflitos sociais mediante a realização da justiça em cada caso, além de educar os membros da sociedade a respeito de seus direitos e obrigações¹⁶, visando o respeito dos direitos alheios e o exercício dos seus.¹⁷

O escopo político já se refere à promoção da estabilidade das instituições estatais (aumentando o grau de confiabilidade e afirmando a autoridade do Estado), a atribuição de relevo aos valores da cidadania (participação política do particular por meio do processo) e a valorização da preservação das liberdades individuais frente ao Estado (tutela jurisdicional por meio do processo nos casos em que o Estado invalide indevidamente a esfera de interesse do particular).¹⁸

¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1, p. 130-131.

¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 159-162.

¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1, p. 131-132.

¹⁸ *Ibid.*, p. 133-135.

E o escopo jurídico deve ser analisado como forma de observar a correta relação do processo com o sistema jurídico e sua relação com o direito material. Nesse contexto, o escopo jurídico pode ser definido como aquele que consiste em revelar os direitos materiais e conferir-lhes efetividade por meio da atuação no processo¹⁹.

Não é outra a posição de Yarshell:

(...) o exercício da função estatal jurisdição não se restringe à busca de um objetivo exclusivamente jurídico, como acima exposto, mas abrange igualmente um escopo social, onde se quer a pacificação com justiça, pela eliminação dos conflitos, além da consciência dos direitos próprios e respeito aos alheios. Abrange ainda um escopo político, onde busca o Estado a afirmação de seu poder, além da participação democrática e a preservação do valor liberdade. Procede, entretanto, a idéia de que os escopos sociais e políticos da jurisdição estão diretamente atrelados ao escopo jurídico (atuação da vontade concreta do direito objetivo), e deste são consequência, visto que incumbe precipuamente ao direito material (não contudo exclusivamente à lei) a tarefa de estabelecer a fórmula para a eliminação dos conflitos; ao atuá-lo, via jurisdição, o Estado estará promovendo a pacificação com justiça e reafirmando sua própria autoridade.²⁰

Neste prisma, nota-se que o processo deve ser pensado como meio para a aplicação da lei e para resolução do conflito posto, mas é necessário que o processo seja capaz de promover a pacificação social extirpando o conflito da sociedade, bem como, seja capaz de conferir ao particular a garantia de ser um instrumento efetivo à tutela de seus interesses, frente aos atos do Estado e dos demais particulares.

É fundamental que o cientista do processo pense nos escopos processuais para garantir adequação do seu objeto de estudo às finalidades que o mesmo preconiza. Nesta linha, garante-se o emprego da técnica processual visando alcançar efetivamente os escopos do processo, sendo respeitadas as garantias processuais que servem para permitir que o processo possa adequadamente realizar os seus fins.

Para tanto, os escopos processuais, principalmente a pacificação social, dependerão da função do processo (como instrumento de resolução de litígios) adequado aos valores presentes na sociedade, ou seja, a pacificação social que, como alguns dos demais escopos do processo, depende da solução do conflito, respeitando os valores socialmente defendidos.

¹⁹ Sabe-se que Dinamarco defende a Teoria Dualista do Ordenamento Jurídico. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1, p. 138.

²⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade**. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 17. Este também é o posicionamento de BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 18.

Não se pode negar que os valores sociais são variáveis, evoluindo e transformando-se de acordo com a realidade vivenciada pela sociedade em cada época. Por isso, pensar o processo por meio dos seus fins implica a manutenção dos estudos do mesmo para garantir sua adequação aos novos valores sociais que surgirão de tempos em tempos.

Atualmente, em razão dos contornos sociais vivenciados pelos jurisdicionados em seu dia-a-dia, não se pode pensar em uma tutela jurisdicional que deixe de congregiar valores de justiça, tempestividade e confiabilidade, pois se tratam de valores inegavelmente imbuídos no seio social. Logo, o processo - como um instrumento legítimo dessa tutela - não pode deixar de ter como finalidade precípua, a busca da solução dos conflitos sociais com base nesses novos valores sociais.

Assim, ensina Humberto Dalla que,

(...) se o direito é necessário para regulamentar a vida em sociedade e se é certo que essa sociedade está em permanente evolução, a ciência jurídica encontra-se, inexoravelmente, diante do seguinte dilema: ou acompanha a evolução, fornecendo as soluções adequadas e necessárias a se manter a ordem no Estado Democrático de Direito, evitando de um lado o autoritarismo e de outro a anarquia; ou torna-se obsoleta e desprovida de qualquer serventia, o que acarretará sua mais perfeita falta de efetividade (...). É nesse contexto, que voltamos ao pensamento de Cappelletti para concluir que o direito, tanto material como processual, não pode ficar estagnado, sob pena de cair em desuso ou, o que é pior, deixar de atender aos anseios sociais, perdendo assim sua razão de ser.²¹

É sob essa ótica, que evolução da sociedade e seus novos valores nos permitem afirmar, ao lado do fator segurança²², que o processo deve promover a justiça, ser confiável e tempestivo, pois, a população não teme somente a interferência Estatal em sua esfera privada (sendo o processo o principal instrumento que assegura o direito à liberdade individual), mas também que o Estado não seja eficaz na resolução dos conflitos e não os faça com justiça.

E, é nesse cenário que o escopo social (tutela adequada, justa e tempestiva) e o político (estabilidade das instituições estatais) traduzem grande valia para o presente estudo, uma vez que as técnicas processuais que conferem repercussão coletiva ao julgamento das demandas

²¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo**. 3. ed. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2010. p. 13.

²² O fator segurança foi por muito tempo uma das principais preocupações dos estudiosos do processo em razão de pensá-lo enquanto instrumento de delimitação do poder Estatal. Pelo processo é possível controlar o arbítrio do Estado, de maneira que o processo é necessário à assegurar a segurança jurídica das decisões jurisdicionais.

individuais visam, precipuamente, obter a pacificação social com a entrega da tutela jurisdicional adequada²³ e tempestiva, eliminando, assim o excesso de demandas em tramitação.

As técnicas processuais que conferem repercussão coletiva ao julgamento das demandas individuais podem, outrossim, garantir a estabilidade das instituições estatais, visto que, podem assegurar que a justiça será feita de forma isonômica aos mais diversos jurisdicionados que se encontram em situações similares.

Destarte, ao se analisar os modelos de demandas estudados no próximo item e posteriormente as técnicas processuais, devemos ter em mente que o processo deve ser um instrumento voltado aos fins que pretende tutelar, sendo eficiente à tutela das mais diferentes espécies de demandas ajuizadas.

1.2 DEMANDAS INDIVIDUAIS

Demanda é o ato de vir a juízo pleiteando a tutela jurisdicional.²⁴ Por tal razão, é por meio do ato de demandar que o autor delimita o objeto de sua pretensão ou aquilo que ele exige que

²³ Essas nossas breves considerações partem da nossa firme convicção no sentido de que a função do direito é, em primeiro lugar, a de gerar estabilidade, proporcionando tranqüilidade no jurisdicionado, na medida em que esse possa moldar sua conduta contando com certa dose considerável de previsibilidade. O direito, todavia, tem, também, em nosso sentir, de ser adaptável, já que serve à sociedade e esta sofre alterações ao longo do tempo. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. **Revista de Processo**. ano 34, n. 172, p. 121-174, jun. 2009.

²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 2, p. 106/109. Guilherme Estellita, em obra clássica, diferencia o direito de ação e o direito de demandar, demonstrando, em sua exposição compreender existir o direito de ação quando, por meio da atividade jurisdicional, se é reconhecido o direito invocado pelo autor. “Para nós, o que dá vida às demandas, mesmo àquelas onde o direito alegado pelo autor realmente existe, é o poder de demandar, não o direito de ação, que este, classicamente conceituado, é o simples atributo do direito subjetivo, pelo qual se lhe assegura o amparo da força social. Em verdade, não é o direito de ação que dá vida ao processo; é o poder de propor a demanda. Esta se instaura, caiba ou não aquele direito ao autor. (...) É certo que, apurado existir a relação jurídica alegada pelo autor, incumbe ao direito processual efetivamente assegurá-la pelo emprego de medidas a tanto adequadas. Com isso se concretiza, em favor da relação, a garantia que de modo abstrato lhe assegura a ordem jurídica, e é geralmente designada pelo nome de – direito de ação. Mas uma coisa é prestar o direito processual essa garantia ao direito subjetivo depois de reconhecê-lo como tal, e outra, bem diversa, é ver na atividade processual dispendida até aquele reconhecimento, uma manifestação especial desse mesmo direito, ou seja, o exercício do direito de ação. Nesse último ponto de vista não se leva em conta o seguinte: o direito pretendido pelo autor e afinal assegurado pelo juiz, foi, antes de reconhecido, em tudo e por tudo igual a qualquer outro direito, também por ele, afinal declarado inexistente: quer dizer, um direito – hipótese. Devemos, portanto convir: mesmo quando o direito invocado pelo autor é reconhecido afinal pelo juiz, não se pode dizer que haja sido a atividade processual até esse momento desenvolvida, o exercício do direito de ação àquele inerente. Em ambas as hipóteses, o que deu vida àquela atividade foi o poder de demandar, que só este explica, e legítima, em qualquer caso, o exercício da função jurisdicional. Ele é que provoca sempre, com o exercício da demanda, o

seja satisfeito na forma do seu interesse. É pois, sobre a pretensão deduzida pela demanda que o juiz se manifestará e é sobre ela que os atos processuais serão realizados durante o *iter* processual.

Como nos referimos no capítulo anterior, diante da evolução da ciência processual, não nos é mais permitido pensar no processo como sendo algo distante da realidade social que o mesmo pretende regular. O processo é, pois, um instrumento de resolução de conflitos existentes, em decorrência da violação de uma norma de conduta e por isso, deve ser apto a pacificar os conflitos sociais surgidos a cada tempo.

Destarte, mesmo após consolidar sua fase científica²⁵, o direito processual civil se manteve interligado com o direito subjetivo que as partes demandavam ao movimentar o aparato jurisdicional, de tal sorte que, a gama de direitos subjetivos e os valores sociais e políticos que prevalecem na sociedade influenciam diretamente nas características do processo judicial.

Durante o período em que o desenvolvimento do processo individual predominava, a preocupação com a proteção da propriedade e a necessidade de regulamentação das relações contratuais, enquanto fundamento ideológico da sociedade, fez emergir um contexto de

reconhecimento, ou a negação do direito invocado pelo autor; o direito de ação, ao contrário, porque só na primeira hipótese existe, só nesta se faz sentir, assegurando a efetivação do direito a que corresponde. (...) Em conclusão: mantendo ao direito de ação, considerado subjetivamente, a sua inteligência clássica, consagrada em nossas leis e na nossa doutrina, reputamos existente o poder de demandar, assim o definindo: o, cabível a qualquer pessoa, de pedir ao Estado, que declare a existência de uma situação abstratamente assegurada pela ordem jurídica, afim de que receba a mesma, se ocorrente, garantia concreta.” ESTELLITA, Guilherme. **Direito de ação Direito de demandar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Jacinto Editora, 1942. p. 117/120. Evidencia-se, nesse contexto que o emprego das terminologias guardam coerência com a fase processual denominada sincrética. Ao utilizar o termo demanda, nos referimos ao fato de exteriorizar uma pretensão (exigir a realização de um interesse próprio) em juízo tendo em vista o monopólio da jurisdição. Assim sendo, ao utilizarmos o vocábulo demanda o fazemos considerando a evolução do processo civil a partir do século XIX que culminou com a autonomia existente entre o direito processual e o direito material, nos termos da lição de Cândido Rangel Dinamarco externada na outra referenciada nesse comentário.

²⁵ Historicamente podemos falar em três grandes fases metodológicas da ciência processual que são largamente aceitas pela doutrina: (i) a fase sincrética na qual o processo era considerado mero aspecto do direito material; (ii) a fase científica que consolidou o conceito de relação jurídica processual autonomamente à relação jurídica material; (iii) a fase instrumental na qual conclui-se que o processo, muito embora seja autônomo à relação jurídica material, deve ser voltado à realização dos direitos materiais. Por todos, CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 275. Todavia, não se nega a existência de um novo movimento processual por meio do qual alguns doutrinadores defendem que o processo civil brasileiro está em sua quarta fase metodológica que é a fase do formalismo-valorativo na qual se defende que o processo deve ser analisado de acordo com os valores que visa atingir, adotando-se formas necessárias (e não exacerbadas) aos valores pretendidos (realização da justiça material, da paz social, por meio da efetividade, segurança e organização interna do processo. Por todos, OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista de Processo**. ano 31, n. 137, jul. 2006, p. 10-19.

direitos privados atribuído a um titular individual.²⁶ A prevalência normativa dos direitos patrimoniais privados nas codificações decorria, portanto, de influência direta do modelo de Estado Liberal que predominava no século XIX²⁷.

Nessa conjectura, os conflitos de interesses surgidos relacionavam-se basicamente com a inobservância ou descumprimento de alguma regra de conduta, importando na violação de um direito individual de um determinado sujeito social²⁸. O modelo processual adequado a tutela de direitos individuais, cujos titulares eram pessoas determinadas envolvidas na situação conflituosa, às quais a lei atribuía legitimidade para estar em juízo defendendo direito próprio.

O desenvolvimento de um método individual de tutela dos direitos²⁹, também influenciado por valores semelhantes àqueles que serviram para o surgimento dos direitos subjetivos codificados, resultou na concepção do processo civil orientado pelos valores liberais.

No Brasil, o Código de Processo Civil de 1973, o Código Buzaid, absorveu as conquistas do desenvolvimento científico da ciência processual. Contudo, não incorporou as novas tendências do processo civil. O modelo processual concebido era técnico-teórico, banhado em valores do liberalismo, sem nítida preocupação social.³⁰

Nesse contexto liberalista, as demandas individuais caracterizavam-se por um modelo mínimo, refletindo o conflito de interesses envolvendo particulares determinados no qual o interesse de um sujeito se contrapõe ao interesse do outro sujeito. Diz-se modelo mínimo porque as demandas normalmente não ostentavam qualquer complexidade subjetiva,

²⁶ “Nesse contexto, o Código Civil de 1916, cuja concepção original foi elaborada por CLÓVIS BEVILÁQUA em 1899 (discutido anos a fio no Congresso Nacional, oportunidade em que receberia a influência humanista de RUY BARBOSA, como visto), traduz, em seu corpo de normas tão tecnicamente estruturado, a ideologia da sociedade agrária e conservadora daquele momento histórico, preocupando-se muito mais com o ter (o contrato, a propriedade) do que com o ser (os direitos da personalidade, a dignidade da pessoa humana). (...) O CC-16, sem diminuir a sua magnitude técnica, em sua crueza, é egoísta, patriarcal e autoritário, refletindo, naturalmente, a sociedade do século XIX.” GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2, p. 50 e 54.

²⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 46.

²⁸ “Se é certo que a jurisdição, no final do século XIX, encontrava-se totalmente comprometida com os valores do Estado liberal e do positivismo jurídico, passa a importar, agora, a relação entre tais valores e a concepção de jurisdição como função voltada a dar atuação aos direitos subjetivos privados violados. MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**: teoria geral do processo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. p. 33.

²⁹ “O direito processual brasileiro, originalmente filiado às tradições dos ordenamentos de linha romano-germânica, foi concebido em bases eminentemente individualistas, refletindo a mentalidade e as necessidades daquela época.” PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo**. 3. ed. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2010. p. 405.

³⁰ SILVA, Carlos Augusto. **O Processo Civil como Estratégia de Poder**: Reflexo da Judicialização da Política no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 38.

permitindo que o exercício dialético entre os sujeitos processuais se desse de forma igualitária.

Aliado à questão da natureza dos direitos tutelados, o processo civil individual tinha marcas características do modelo liberal individualista, tais como, (i) a neutralidade do poder judiciário decorrente do Princípio da Legalidade e da subsunção racional formal, na qual, a aplicação do direito decorria do exercício de subsunção lógica dos fatos às normas jurídicas, independentemente de orientações sociais, éticas ou políticas; (ii) a ostentação da regra da segurança mediante a estrita observância da regra processual e da coisa julgada; (iii) a retroatividade da atuação jurisdicional que permitia a análise dos conflitos para reconstruir a realidade normativa violada e (iv) a inércia da jurisdição no tocante a organização do formalismo processual, etc.³¹

A concepção liberal, ainda não imbuída claramente do caráter público do processo, atribuía às partes não só amplos poderes para o início e fim do processo e o estabelecimento de seu objeto, como também sujeitava à exclusiva vontade destas o seu andamento e desenvolvimento, atribuindo-lhes total responsabilidade no que diz respeito à própria instrução probatória. Os poderes do órgão judicial eram, portanto, significativamente, restringidos. Sintomaticamente, um dos mais representativos expoentes do processo civil do século XIX, época de completa aceitação deste modelo, principalmente em razão de ser então concebido o processo como instituição destinada à realização de direitos privados, acentuava produzir o domínio das partes sobre o objeto litígio, o domínio das partes sobre a relação em litígio, seu começo, continuação e conteúdo, justificando o princípio dispositivo exclusivamente pela falta de interesse do Estado no objeto da controvérsia.³²

Neste contexto social, no qual predominavam os direitos individuais e privados, fortemente influenciado pelo modelo de Estado liberal, o processo foi concebido como instrumento para propiciar isonomia formal na atuação processual, sendo a uniformidade procedimental e as formas processuais fundamentais para o exercício da igualdade. A intervenção jurisdicional era limitada a atuar o exato texto da lei³³, o que mantinha a posição de inércia do julgador

³¹ SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. **Os Tribunais nas sociedades contemporâneas.** Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm>. Acesso em: 02.08.2009. Ao nosso sentir, algumas características do modelo liberal de processo não poderiam ser realizadas na prática da forma proposta, mormente, no que tange à neutralidade do julgador no tocante às suas orientações sociais, éticas ou políticas. Contudo, sabe-se, que à época, as orientações políticas, sociais e éticas do julgador não poderiam servir como fonte de fundamento das razões de decidir.

³² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo. **Revista Processo e Constituição:** Cadernos Galeno Lacerda de estudos de direito processual constitucional, n. 1, Porto Alegre: Faculdade de Direito, UFRGS, 2004. p. 90.

³³“(…) no período revolucionário considerava-se direito apenas a *lei*, considerada quase que literalmente. (...) Tratava-se, na verdade, na *crença na onipotência da lei*. Essa concepção evidentemente estava ligada à ‘Weltanschauung’ dominante na época, às exigências sociais do momento histórico e, por isso mesmo ao *conceito*

frente à condução do processo³⁴, garantindo a liberdade do cidadão contra ao arbítrio do Estado-Juiz.³⁵

Podemos concluir, que as demandas decorrentes dos conflitos sociais de natureza privada tinham como característica sua natureza individual, consubstanciada em um processo subjetivamente simples, em decorrência da titularização determinada dos direitos e da legitimação ordinária para a sua defesa.

A influência dos valores liberais permeou o movimento processual no qual se desenvolveram as demandas individuais de maneira que sua regulamentação era notadamente marcada pela formalização dos atos, pela igualdade formal de oportunidades de atuação das partes, dentre outras características já discorridas. Ademais, a intervenção jurisdicional era limitada a fim de garantir às partes liberdade de atuação no processo, bem como liberdade política em decorrência da vinculação do juiz ao texto da lei.³⁶

de direito então reconhecido. (...) Estava-se diante de um modo de assegurar os particulares contra as pretensões ‘decisionistas’ dos tribunais, tão frequentes no antigo regime. (...) A desconfiança que havia quanto aos órgãos do Estado fez com que se passasse a preferir a *rigidez das normas legais* a qualquer espécie de liberdade que pudesse caber ao juiz.” WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Questões de fato, conceito vago, e a sua controlabilidade através de recurso especial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**. São Paulo: RT, 1997. p. 430 e 432.

³⁴ “Entretanto, o direito liberal, diante da desconfiança em relação ao judiciário, foi obrigado a não dar “elasticidade” às noções de ampla defesa e de contraditório, e assim tornou inviável a tutela do direito antes da plenitude da cognição. Perceba-se, aliás, que a impossibilidade de postecipação da ampla defesa e do contraditório é intimamente ligada à separação entre cognição e execução. Com efeito, se a ampla defesa e o contraditório não podem ser postecipados, a execução não pode ser anterior ao término da cognição. Os conceitos de ampla defesa e de contraditório devem ser construídos a partir dos valores das épocas. Quando a preocupação do direito se centrava na defesa da liberdade do cidadão diante do Estado, a uniformidade procedimental e as formas possuíam grande importância para o demandado. Nesse sentido, a rigidez dos conceitos de ampla defesa e contraditório assumiam função vital para o réu. (...) Para concluir, basta sublinhar que a ampla defesa e o contraditório, na época do direito liberal clássico, eram pensados de maneira rígida, pois constituíam garantias de liberdade contra o arbítrio do juiz, enquanto que, no Estado contemporâneo, assumiram conformação elástica, por terem passado a servir para a modelação de procedimentos adequados à tutela das novas realidades.” MARINONI, Luiz Guilherme. **Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 30.06.2009.

³⁵ GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. **Revista de Processo**. ano 33., n. 164, out. 2008. p. 39.

³⁶ “O Estado Liberal de Direito, diante da necessidade de frear os desmandos do regime que lhe antecedeu, erigiu o princípio da legalidade como fundamento para a sua imposição. Esse princípio elevou a lei a um ato supremo, objetivando eliminar as tradições jurídicas do absolutismo e do *ancien regime*. A administração e os juízes a partir dele, ficaram impedidos de invocar qualquer direito ou razão pública que se chocasse com a lei. O princípio da legalidade, porém, constituiu apenas a forma, encontrada pela burguesia, de substituir o absolutismo do regime deposto. É preciso ter em conta que uma das idéias fundamentais implantadas pelo princípio da legalidade foi a de que uma qualidade essencial de toda lei é pôr limites à liberdade individual. Para haver intromissão na liberdade dos indivíduos, seria necessária uma lei aprovada com a cooperação da representação popular. Não bastaria uma ordenação do rei. Como adverte Carl Schmitt, para entender esse conceito de lei (lei como limite da liberdade), é necessário considerar a situação política da qual se originou. Na luta política contra um forte governo monárquico, a cooperação da representação popular tinha que ser acentuada cada vez com

A natureza liberal do Estado e sua influência no processo eram verdadeiros empecilhos para efetivação dos escopos do processo na forma já analisada neste trabalho, uma vez que, a total liberdade atribuída às partes na elucidação da matéria controversa³⁷, a indiferença com as condições de desigualdade das partes na atuação processual, a limitação da análise da lei de acordo com o seu texto frio não garantiam a tutela jurisdicional justa.³⁸ Por outro lado, a natureza individual do processo civil e sua ineficiência à tutela dos emergentes conflitos sociais de natureza transindividual eram fatores que, conjugados, comprovam a necessidade de evolução da ciência processual para que o processo pudesse se adequar às novas formas de conflito que emergiam e que necessitavam de um novo modelo processual para garantir a tutela dos novos direitos, seja pela necessidade de modificação da legitimação, seja pela imperativa transformação da forma de atuação do julgador em decorrência dos novos valores que permeavam o processo.

1.3 DEMANDAS COLETIVAS

Historicamente há notícias acerca das demandas coletivas no contexto da Idade Média, em decorrência dos litígios nos quais uma comunidade era representada por um indivíduo que defendia os interesses do grupo que representava.

Em seguida, relevou-se a existência de ações coletivas na era moderna, período em que a sociedade tinha como característica marcante o individualismo, fator esse que motivou as

mais força, como critério adequado, até converter-se em critério decisivo de conceituação da lei. De tal modo é que a lei passou a ser definida como o ato produzido mediante a cooperação da representação popular. E o império da lei converteu-se em império da representação popular”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**: teoria geral do processo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. p. 25-26.

³⁷ “Pode-se, portanto, constatar que no Estado Liberal a participação deste ente supremo deve se dar por abstenção (omissão), como um dever negativo, qual seja, não podendo interferir na liberdade individual (direitos individuais). Em outros termos, podemos dizer que caberia ao Estado, como ente soberano, evitar que as liberdades individuais fossem cerceadas. A esfera de proteção era o indivíduo egoisticamente considerado e tudo se dava em função disso.” RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação Civil Pública. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. (Coord.) **Ações Constitucionais**. 2. ed. Salvador: JusPodvim, 2007. p. 251.

³⁸ “O princípio da legalidade, assim, acabou por construir um critério de identificação do direito; o direito estaria apenas na norma jurídica, cuja validade não dependeria de sua correspondência com a justiça, mas somente de ter sido produzida por uma autoridade dotada de competência normativa. Nessa linha, Ferrajoli qualifica o princípio da legalidade como meta-norma de reconhecimento das normas vigentes, acrescentando que, segundo esse princípio, uma norma jurídica existe e é válida apenas em razão das formas de sua produção. Ou melhor, nessa dimensão a juridicidade da norma está desligada de sua justiça intrínseca, importando somente se foi editada por uma autoridade competente e segundo um procedimento regular. MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**: teoria geral do processo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. p. 27.

teorias estabelecidas acerca da representatividade de uma corporação por um indivíduo, e posteriormente, sobre a representatividade das classes.³⁹

Não obstante, a tutela coletiva dos direitos está intimamente relacionada com o reconhecimento de direitos ou interesses transindividuais que foram objetivamente tutelados.

Trata-se de espectro decorrente da modificação do Estado Liberal para o Estado Social, no qual, se reconheceu a necessidade de tutela de interesses comuns a uma coletividade, tais como: a qualidade de vida, o trabalho humano, a isonomia nas relações de consumo, dentre outros.⁴⁰

A mudança de paradigma tem marco no século XX, caracterizado pela emergência dos movimentos sociais de defesa de interesses representados pelas minorias, por ambientalistas, por consumeristas e outros grupos representantes de uma classe que se encontrava em situação de vulnerabilidade, em decorrência da proteção outorgada pelo Estado Social.⁴¹

A proteção outorgada pelo Estado Social tem estrita relação com as condições sociais experimentadas em razão das políticas do Estado Liberal que, para evitar a sua insurgência na autonomia privada dos indivíduos, as políticas liberais abriram espaço para a opressão criada pelos grupos detentores dos meios econômicos, políticos e científico em detrimento de grande parcela da sociedade. O Estado Social, nesse ensejo, abriu espaço para a tutela dos grupos sociais aliados dos meios políticos, econômicos e científicos em decorrência dos movimentos por eles defendidos.⁴²

³⁹ Um estudo aprofundado sobre o contexto histórico das ações coletivas é feito por LEAL, Márcio Flávio Mafra. **AÇÕES COLETIVAS: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 21-33. Também o faz MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas**. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 24-51.

⁴⁰ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação civil pública. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. (Coord.). **Ações constitucionais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 253-254.

⁴¹ Por todos, LEAL, Márcio Flávio Mafra. **AÇÕES COLETIVAS: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 98-100.

⁴² “No liberalismo, o valor da liberdade cinge-se à exaltação do indivíduo e de sua personalidade com a preconizada ausência e desprezo da coação estatal. Quanto menos palpável a presença do estado nos atos da vida humana, mais larga e generosa a esfera de liberdade outorgada ao indivíduo (...) a igualdade a que se arrima o liberalismo é apenas formal e encobre, na realidade, sob meu manto de abstração, um mundo de desigualdades de fatos – econômicos, sociais, políticas e pessoais (...)”. SANTOS, Marcelo Fausto Figueredo. **Teoria Geral do Estado**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 71.

Paralelamente, a economia da sociedade evoluiu para o modelo que vivenciamos atualmente (sociedade de consumo)⁴³ que prioriza a produção em massa de produtos e serviços e sua introdução de forma homogênea nos mais diferentes mercados. O capitalismo, modelo econômico caracterizado pela concentração industrial e formação de monopólios contribuiu, nesse ensejo, para criar maiores níveis de desigualdade entre os diferentes setores da sociedade.

Nesse contexto, as relações sociais tornaram-se semelhantes e os conflitos sociais também, de forma que a introdução dos novos direitos decorrentes do Estado Social também implica na necessidade de modificar a tutela jurisdicional existente para garantir que os direitos objetivamente tutelados fossem efetivados na prática e, para isso, a atividade jurisdicional também deveria se adequar para garantir a tutela dos direitos transindividuais.

(...) tem-se que o novo papel do Estado, atuante em prol de uma igualdade de direitos e garantias sociais, obrigou-o a intervir em todos os setores da sociedade ao mesmo tempo que estes mesmos setores – que exigiam tais direitos – passaram a agir em grupos e categorias. O dever estatal de dar e prestar tais direitos – então exigidos pela coletividade – fez com que todos os setores da sociedade fossem afetados pela intervenção estatal.⁴⁴

Nesse contexto, se tornou necessário introduzir instrumentos processuais que permitissem a tutela dos direitos transindividuais⁴⁵, o que foi feito paulatinamente pelo direito brasileiro, mediante a evolução histórica de tais instrumentos. A partir desse ponto, podemos dividir a história de criação dos instrumentos para a tutela coletiva em diversos capítulos que serão brevemente analisados a fim de delimitar os contornos das demandas coletivas e sua forma de tutela pelo direito brasileiro.

A origem da tutela coletiva brasileira, atrelada à Constituição Federal de 1934, que previu a garantia constitucional da ação popular no art. 113, 38, dizendo que “Qualquer cidadão será

⁴³ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 150.

⁴⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação Civil Pública. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. (Coord.) **Ações Constitucionais**. 2. ed. Salvador: JusPodvim, 2007, p. 252.

⁴⁵ “A tentativa de utilização impensada dos institutos do direito processual civil clássico para dar respostas às tutelas jurisdicionais coletivas só resultou em barreiras à proteção dos direitos ou interesses coletivos primaciais à sociedade, o que flagrantemente contraria a concepção de Estado Democrático de Direito – que é o *Estado da Justiça Material* ou também Estado da transformação da Realidade Social – adotada no art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil.” MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**: teoria geral das ações coletivas. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 69-70.

parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios”⁴⁶ pode ser considerada tímida.

Da previsão constitucional inicial em 1934⁴⁷, até a regulamentação infraconstitucional, transcorreram trinta e um anos, quando foi então publicada a Lei 4.717/65 popularmente conhecida como “Lei de Ação Popular”.⁴⁸

A experiência inicial da Ação Popular demonstrou à comunidade jurídica que era insuficiente atribuir ao cidadão o poder (legitimidade) para a tutela dos direitos metaindividuais, em razão da ínfima mobilização em torno da defesa de tais direitos por parte dos indivíduos, mormente por apresentarem, em face daqueles que potencialmente violam os direitos da coletividade, flagrante hipossuficiência. Além disso, a limitação de seu objeto, ao menos o previsto no texto originário da Lei 4.717/65, mostrou-se como sério empecilho à maior utilidade social da Ação Popular.⁴⁹

O ponto de mudança que permitiu alargar as possibilidades de tutela jurisdicional dos direitos de índole coletiva, foi a publicação da Lei 6.938/81, que regulou a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), pelo fato de que o artigo 14, § 1º, da aludida lei, prevê a possibilidade do Ministério Público ajuizar demanda indenizatória pelos danos causados ao meio ambiente.

Estava dado o passo necessário para o avanço da tutela jurisdicional coletiva no Brasil, pois se tornou imperativo regulamentar a previsão feita de forma lacônica pelo legislador da PNMA. Com base nos trabalhos realizados por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Cândido Rangel Dinamarco e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, posteriormente incrementados por

⁴⁶ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 9 mar. 2009.

⁴⁷ Como lembra Barbosa Moreira, todas as Constituições brasileiras posteriores à de 1934 previram a Ação Popular, menos a de 1937, de cunho marcadamente ditatorial, visto que signo do Estado Novo de Getúlio Vargas. MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. In: **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 114.

⁴⁸ Hermes Zaneti Júnior. lembra que o surgimento e a proliferação dos novos direitos, de porte coletivo, é uma marca do Estado Social (Providência), que se firmou após o término da 2ª Guerra Mundial, o que é coincidente com a época em que surgiu, de forma incipiente, a tutela coletiva no Brasil, por meio de Lei de Ação Popular. Vide: ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 161.

⁴⁹ Toda a evolução histórica que ora se apresenta entre a Lei 4.717/65, a Lei 6.938/81 e a Lei 7.347/85 pode ser vista com maior profundidade em: ABELHA, Marcelo. **Ação civil pública e meio ambiente**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 13-16.

Nelson Nery Júnior, Edis Milaré e Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, foi idealizado o projeto que culminou com a Lei nº 7.347/85, amplamente conhecida como “Lei de Ação Civil Pública” (LACP).⁵⁰

A LACP representou um capítulo essencial no movimento pela tutela dos direitos coletivos no Brasil, visto que corrigiu, num primeiro momento, o principal defeito apresentado pela Ação Popular, que era a restrição da legitimidade ativa para a defesa dos direitos de índole supraindividual. Por meio da técnica da representação adequada da coletividade, inspirada nas *Federal Rules 23* norte-americanas, principal marco da tutela coletiva nos Estados Unidos da América, permitiu-se a ampliação do rol de legitimados para a defesa dos direitos metaindividuais.^{51 52 53}

Todavia, o que era um grande passo rumo à instauração de um sistema próprio à tutela coletiva, ainda não podia ser considerado um corpo legislativo completo, à medida que a Lei de Ação de Civil Pública tinha algumas limitações, tais como a impossibilidade de tutela dos direitos individuais de origem comum (direitos individuais homogêneos) e a restrita amplitude das tutelas jurisdicionais que poderiam ser obtidas por seu meio (basicamente tutelas condenatórias de dar quantia, fazer e não fazer).

Destarte, era necessário aperfeiçoar o sistema de jurisdição coletiva, tornando-o mais completo e coeso, preenchendo as lacunas já identificadas, bem como outras tantas que a Lei nº 7.347/85 não tinha suprido. Eis que entra em cena o Título III do Código de Defesa do

⁵⁰ O trabalho realizado pelo grupo de professores da USP, primeiramente identificado no corpo do texto, redundou no Projeto apresentado pelo Deputado Federal Flávio Flores da Cunha Bierrenbach, que tomou o nº 3.034/84. Já o trabalho idealizado pelos membros do *parquet* paulista, identificado posteriormente no corpo do texto, e que tomou o primeiro como referência, foi encampado pelo Poder Executivo, tendo uma tramitação mais rápida e transformando-se na Lei de Ação Civil Pública. Nesse sentido, vide: LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 157-158 e ABELHA, Marcelo. **Ação civil pública e meio ambiente**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 16-17.

⁵¹ COUND, John J. et. al. **Civil procedure: cases and materials**. 7nd ed. St. Paul: West Group, 1997, p. 683. “Although provisions for class actions modelled after the English procedure existed in various state codes and the Federal Equity Rules, Federal Rule 23, as originally adopted in 1938, represented the first attempt to provide for class actions in a mature form”. Nesse sentido, vide também DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**, 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, v. 4, p. 57.

⁵² “In the 1960s, the landscape of group litigation was almost completely bare, with the only significant example being the U.S. class action regulated by Rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedure”. TARUFFO, Michelle. **Some remarks on group litigation in comparative perspective**. Disponível em: <<http://www.law.duke.edu>>. Acesso em: 8 mar. 2009.

⁵³ “[...] la disciplina principale della class action è nella rule 23 delle *Federal Rules of Civil Procedure*, più volte riformate (da ultimo, nel 2003) [...]”. VIGORITI, Vincenzo. Class action e azione collettiva risarcitoria. La legittimazione ad agire e altro. **Revista de Processo**. ano 33, n. 160, jun. 2008, p. 184.

Consumidor – CDC – (Lei 8.078/90), cujo anteprojeto ficou a cargo de Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Nelson Nery Jr.⁵⁴

Criou-se, a partir de então, o que se pode considerar um verdadeiro sistema de tutela coletiva⁵⁵, visto que os artigos 90 e 117 do CDC, bem como o artigo 21 da LACP, estabeleceram um vínculo entre os dois diplomas, fazendo com que um seja o complemento do outro em perfeita interação.

Foram várias as inovações trazidas pelo novo diploma legal, como (i) a regra de inversão (*rectius*: redistribuição) do ônus da prova (inicialmente restrita ao CDC), (ii) a ampliação das hipóteses de tutela coletiva obteníveis pelos entes legitimados (tutelas declaratória, constitutiva e condenatória) e (iii) a ampliação dos métodos coercitivos de execução das tutelas condenatórias de obrigação de fazer e de não fazer.

Observa-se, após este contorno, que a tutela coletiva introduziu uma nova forma processual, na qual a atuação do magistrado é mais efetiva, seja por prestar adequadamente a jurisdição, seja para garantir condição de igualdade real entre os litigantes, seja para fazer do processo um instrumento do direito material, na medida em que as formalidades processuais abrem espaço para a análise dos fins das normas processuais, e a segurança jurídica e o dogma da coisa julgada são relativizados frente a necessidade de conferir justiça às decisões, etc.⁵⁶

⁵⁴ “Na vertente das ações coletivas, amplia-se e especifica-se a tutela aos bens dos consumidores, indivisivelmente considerados, por intermédio das categorias dos *interesses difusos* e dos *interesses coletivos* (art. 81, I e II); cria-se uma nova ação, para o tratamento coletivo da reparação dos danos pessoalmente sofridos (art. 81, III e Capítulo II do Título III), sem prejuízo da eventual *fluid recovery* (art.100); aperfeiçoam-se as regras de legitimação e de dispensa de custas e honorários advocatícios da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 – a denominada Lei de Ação Civil Pública – (art.87); dá-se novo tratamento à coisa julgada, quer no que diz com seus limites subjetivos, quer no que tange à ampliação do objeto do processo coletivo, para favorecer as pretensões individuais (art.103); regula-se a litispendência (art. 104); amplia-se, enfim – fora do Título III – a abrangência da referida Lei nº 7.347/85, para que a tutela desta se harmonize e se inteire com a do Código de Defesa do Consumidor (arts. 109 *usque* 117).” GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 788-789.

⁵⁵ “O Código de Defesa do Consumidor (CDC) representou uma verdadeira revolução no direito processual civil brasileiro. Afinal de contas, foi com sua entrada em vigor que se completou o sistema de proteção dos interesses metaindividuais, anteriormente regulamentado pela Lei da Ação Popular e pela Lei da Ação Civil Pública. Este sistema, que antes do CDC era claramente insuficiente, passou a ser capaz de revelar o mais rico instrumental de proteção dos interesses metaindividuais de que se tem notícia no mundo.”. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Tutela Jurisdicional dos Consumidores*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JÚNIOR, Fredie. (Coord.). **Procedimentos Especiais Cíveis**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1079. Neste sentido vide também: ALVIM, Arruda. **Ação Civil Pública**. Revista de Processo, São Paulo, ano. 22, n. 87, jul./set. 1997, p. 154.

⁵⁶ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação Civil Pública*. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. (Coord.) **Ações Constitucionais**. 2. ed. Salvador: JusPodvim, 2007. p. 252-253.

Ainda a respeito da evolução histórica da tutela coletiva no direito brasileiro, é importante para uma melhor compreensão do próximo item deste estudo, a análise da que pode ser considerada a maior inovação trazida pelo Código de Defesa do Consumidor, que é a identificação das espécies de direito coletivo (art. 81, parágrafo único) que introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de tutela coletiva dos chamados “direitos individuais homogêneos”, modalidade antes não regulada pela LACP, preocupada somente com os direitos difusos e coletivos.

Evidencia-se, pois, pela introdução legislativa que os direitos comumente chamados de coletivos dividem-se em três espécies (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos), sendo que este último, tecnicamente, não pode ser classificado como direito coletivo.⁵⁷

Os direitos difusos e coletivos *stricto sensu* diferenciam-se em algumas características⁵⁸, contudo, podem ser agrupados como direitos essencialmente coletivos em razão da indivisibilidade de seu objeto.

No Brasil, o caráter essencialmente coletivo de uma demanda está relacionado com a indivisibilidade do objeto, situação esta que, se constatada, implicará no tratamento unitário, ou seja, não comportando soluções diversas para os interessados, tal qual ocorre, em situação análoga, com o litisconsórcio unitário.⁵⁹

Nesse contexto, Barbosa Moreira definiu a ação que trata de litígios essencialmente coletivos:

⁵⁷ Há, nesse ensejo, uma diferença entre direito coletivo e tutela coletiva de direitos: “(...) o Código de Proteção e Defesa do Consumidor introduziu mecanismo especial para defesa coletiva dos chamados ‘direitos individuais homogêneos’, categoria de direitos não raro confundida com os direitos coletivos e difusos e por isso mesmo lançada com eles em vala comum, como se lhes fossem comuns e idênticos os instrumentos de defesa processual em juízo. Porém, é preciso que não se confunda defesa de direitos coletivos (e difusos) com defesa coletiva de direitos (individuais). Direito coletivo é direito transindividual (= sem titular determinado) e indivisível. Pode ser difuso ou coletivo *stricto sensu*. Já os direitos individuais homogêneos são, na verdade, simplesmente direitos subjetivos individuais. A qualificação de homogêneos não desvirtua essa sua natureza, mas simplesmente os relaciona a outros direitos individuais assemelhados, permitindo a defesa coletiva de todos eles. ‘Coletivo’, na expressão ‘direito coletivo’ é qualificado de ‘direito’ e por certo nada tem a ver com os meios de tutela. ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. **Revista de Processo**. ano 20, n. 78, abr./jun., 1995, p. 33.

⁵⁸ “O que os [direitos coletivos *stricto sensu*] distingue dos interesses e direitos difusos ‘é a determinabilidade das pessoas titulares, seja através da relação jurídica base que as une (membros de uma associação de classe ou ainda acionistas de uma mesma sociedade), seja por meio do vínculo jurídico que as liga à parte contrária (contribuintes de um mesmo tributo, prestamistas de um mesmo sistema habitacional ou contratantes de um mesmo segurador com um mesmo tipo de seguro, estudantes de uma mesma escola etc.)’”. BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. MILARÉ, Edis (Coord.). **Ação Civil Pública**: lei 7.347/85 – reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo: RT, 1995, p. 95.

⁵⁹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 216.

(...) concerne a direitos e interesses que se caracterizam, a meu ver, por dois traços fundamentais: um subjetivo e outro objetivo. Do ponto de vista subjetivo, trata-se de litígios que concernem a um número indeterminado e, pelo menos para efeitos práticos, indeterminável de sujeitos: não um grupo definido e sim uma série que comporta extensão em princípio indefinida. Do ponto de vista objetivo esses litígios a que chamei essencialmente coletivos distinguem-se porque o seu objeto é indivisível. Não se trata de uma justaposição de litígios menores, que se reúnem para formar um litígio maior. O seu objeto é por natureza indivisível, como acontece, por exemplo, em uma matéria de proteção do meio ambiente, em matéria de defesa da flora e da fauna, em matéria de tutela dos interesses na preservação do patrimônio histórico, artístico, cultural, espiritual da sociedade (...). Não se está focando, nessa perspectiva, o problema isolado de cada pessoa, e sim algo que necessariamente assume dimensão coletiva e indivisível, do que resulta uma consequência muito importante (...) é impossível satisfazer o direito ou o interesse de um dos membros da coletividade sem ao mesmo tempo satisfazer o direito ou interesse de toda a coletividade e vice-versa.⁶⁰

A conceituação dos direitos coletivos e difusos pode ser vista sobre dois aspectos, um subjetivo e outro objetivo. O aspecto subjetivo relaciona-se com o indivíduo, que nos casos de ambos os direitos evidencia que o objeto não pertence a um determinado indivíduo, mas é transindividual, ou seja, pertence a uma multiplicidade de pessoas que podem ser determináveis (direitos coletivos *stricto sensu*) ou indeterminadas (difusos). O aspecto objetivo diz respeito à indivisibilidade do direito, ou seja, do objeto de tutela.⁶¹

A indivisibilidade do objeto, principal característica dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, é uma verdadeira comunhão de interesses tão relacionada que torna o tratamento coletivo obrigatório, na medida em que, os efeitos de uma decisão afetarão efetivamente à todos os interessados.

Não se incluem aqui, situações nas quais embora existam interesses comuns que permitiriam o tratamento coletivo, podem ser individualizadas e diferenciadas. Na verdade, em se tratando de litígios essencialmente coletivos, a comunhão de interesses entre os sujeitos é tão grande que não é possível observar onde termina o direito de um e começa o direito do outro.

⁶⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988. **Revista de Processo**. ano 16, n. 61, jan./mar. 1991. p. 187-188. Em sentido semelhante, Márcio Flávio Mafra Leal: “o direito de uma comunidade, considerada como uma *unidade* sem personalidade jurídica, representada processualmente por um terceiro em virtude de lei ou autorização judicial. A disciplina da extensão da coisa julgada, nesse caso, é desnecessária, em virtude de o direito material ser atribuído à comunidade e não a seus membros, ou, em outra perspectiva, aos membros enquanto inseridos no contexto comunitário(...)”. LEAL, Márcio Flávio Mafra. **AÇÕES COLETIVAS: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1998. p. 43-44.

⁶¹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 214.

De forma diversa se colocam os direitos acidentalmente coletivos, ou seja, os direitos individuais homogêneos. Estes, em verdade, são direitos individuais, divisíveis que, por envolverem uma pluralidade de pessoas e terem origem (jurídica ou fática) comum, tiveram seu tratamento coletivo determinado pela lei.

Watanabe é preciso ao mencionar que a origem comum utilizada pelo texto legal “pode ser de fato ou de direito, e a expressão não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal”⁶², mas quer significar que, muito embora sejam direitos divisíveis em sua essência (o que permite conferir tratamento diferenciado aos interessados⁶³) prevalecem as questões comuns em detrimento das questões individuais, conferindo assim, razões políticas para a tutela coletiva.

Assim os direitos individuais homogêneos apresentam uma distinção muito clara se comparados aos direitos difusos e coletivos. Enquanto estes podem ser considerados autênticos interesses de um grupo ou categoria de pessoas – pois indivisíveis – os direitos individuais homogêneos são prerrogativas individuais particularizadas, sendo a divisibilidade sua principal característica.

O que fundamenta a sua tutela coletiva não é pois, sua essência coletiva – que não existe – mas o fato de que, devido à massificação da sociedade, os fenômenos comuns se tornaram frequentes, de forma que a necessidade de tutela da violação, cuja origem é comum ao direito individual de várias pessoas, ganhou evidente relevância social. Trata-se, pois, de uma transindividualidade legal.⁶⁴

A falta da indivisibilidade é a principal característica dos interesses individuais homogêneos. Sendo possível o fracionamento, não haverá, *a priori*, tratamento unitário obrigatório, sendo factível a adoção de soluções diferenciadas para os interessados. Os interesses ou direitos são, portanto, essencialmente individuais e apenas acidentalmente coletivos. Para serem qualificados como homogêneos, precisam envolver uma pluralidade de pessoas e decorrer de origem comum,

⁶² GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 825.

⁶³ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas**: no Direito Comentado e Nacional. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010. p. 225.

⁶⁴ BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. MILARÉ, Edis (Coord.). **Ação Civil Pública**: lei 7.347/85 – reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo: RT, 1995, p. 96.

situação esta que ‘não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal. (...)’⁶⁵

Nesse contexto, a doutrina faz uma clara divisão entre as ações essencialmente coletivas e as ações acidentalmente coletivas que seriam as ações para a defesa de direitos individuais sob o tratamento coletivo:

(...) trata-se de uma ação de representação, em juízo, por uma ou mais pessoas (físicas ou jurídicas) de direitos *individuais*, cujos titulares não figuram na relação processual, direitos estes que processualmente são tratados de maneira uniforme, como se fossem direitos de uma classe, em virtude da extensão da coisa julgada, que atinge todos os seus integrantes.⁶⁶

Ademais, duas outras razões explicam sua tutela coletiva, são elas, (i) a economia processual e (ii) a segurança jurídica obtida por meio da análise do elemento fático ou jurídico comum

⁶⁵ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 225. Nesse sentido: “A *homogeneidade* e a *origem comum* são, portanto, os requisitos para o tratamento coletivo dos direitos individuais. Começamos pela origem comum. A origem comum pode ser de fato ou de direito, e a expressão não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal. As vítimas de uma publicidade enganosa veiculada por vários órgãos de imprensa e em repetidos dias de um produto nocivo à saúde adquirido por vários consumidores num largo espaço de tempo e em várias regiões têm, como causa de seus danos, fatos de uma homogeneidade tal que os tornam a ‘origem comum’ de todos eles. Mas, como observa Ada Pellegrini Grinover (*infra*, comentário nº3ª ao Capítulo II), a origem comum (causa) pode ser próxima ou remota. Próxima, ou imediata, como no caso da queda de um avião, que vitimou diversas pessoas; ou remota, mediata, como no caso de um dano à saúde, imputado a um produto potencialmente nocivo, que pode ter tido como causa próxima as condições pessoais ou o uso inadequado do produto. Quanto mais remota for a causa, menos homogêneos serão os direitos.” GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 825.

⁶⁶ LEAL, Márcio Flávio Mafra. **AÇÕES COLETIVAS: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1998. p. 43. Em texto clássico Antonio Herman V. Benjamin: “Em outros casos, interesses e direitos tipicamente individuais – isto é, aqueles que atinam ao indivíduo, não contemplando situações jurídicas em que o sujeito ‘se encontra inserido, encartado em determinado contexto social’ – perdem sua condição atômica, na medida em que surjam como consequência de um mesmo fato ou ato. São, por esta via exclusivamente pragmática, transformados em estruturas moleculares, não como fruto de uma indivisibilidade inerente ou natural (interesses e direitos públicos e difusos) ou da organização ou existência de uma relação jurídica-base (interesses coletivos *stricto sensu*), mas por razões de facilitação de acesso à justiça, pela priorização da eficiência e da economia processuais, enfim, por criação legal. São, por esse ângulo, *acidentalmente* supraindividuais. Falamos, então em interesses e direitos individuais homogêneos, área em que, no sistema de *common law*, atua, preponderantemente, a *class action*. Nos termos da legislação brasileira, são “os decorrentes de origem comum”. Os interesses e direitos individuais homogêneos assim se caracterizam: a) *transindividualidade artificial* (ou legal) e *instrumental* (ou pragmática); b) *determinabilidade* dos sujeitos; c) *divisibilidade* (os benefícios aceitam fruição individual); d) *disponibilidade* (quando a lei não determina o contrário); e) *núcleo comum de questões de direito ou de fato* a unir os sujeitos; f) *irrelevância da unanimidade social*; g) *organização-ótima viável e recomendável*; e, h) *reparabilidade direta*, com recomposição *pessoal* dos bens lesados (permitindo-se, excepcionalmente, a *fluid recovery*).” BENJAMIN, Antonio Herman V. BENJAMIN, Antonio Herman. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Edis (Coord.). **Ação Civil Pública: lei 7.347/85 – reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação**. São Paulo: RT, 1995, p. 96.

uma única vez,⁶⁷ realizada a fim de que seja assegurado a todos os titulares dos direitos individuais que apresentam entre si um ponto de contato, o reconhecimento da ação lesiva violadora de seus direitos.⁶⁸

Dada a insuficiência da técnica individual de tutela de direitos com essa característica (direitos individuais de origem comum) – que daria lugar a um litisconsórcio multitudinário, facultativo e simples, regulado pelo art. 46, IV do CPC⁶⁹ - era imperativo fornecer ao jurisdicionado outras vias de acesso à justiça.⁷⁰

Outra justificativa relevante para a adoção dessa nova técnica de tutela jurisdicional dos direitos individuais é o patente desequilíbrio – e consequente vulnerabilidade – entre aqueles que são, geralmente, lesados em seu direito individual e aqueles que os lesam, em regra grandes empresas ou corporações, dotadas de um organizado aparato institucional, apto a perenizar demandas contra aqueles que, sozinhos, teriam muita dificuldade em se defender.⁷¹

Portanto, observamos que a tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos também representa um importante papel na busca por instrumentos processuais mais

⁶⁷ Neste momento fala-se uma única vez com intuito de demonstrar uma situação em que a demanda coletiva fora julgada procedente, sendo, portanto, vedada nova análise da mesma, inclusive em tese individual dada à importação *in utilibus* da coisa julgada.

⁶⁸ “A defesa coletiva de direitos individuais atende aos ditames de economia processual; representa medida necessária para desafogar o Poder Judiciário, para que possa cumprir com qualidade e em tempo hábil as suas funções; permite e amplia o acesso à Justiça, principalmente para conflitos em que o valor diminuto do benefício pretendido significa manifesto desestímulo para a formulação da demanda; e salvaguarda o princípio da igualdade da lei, ao resolver molecularmente as causas denominadas de *repetitivas*, que estariam fadadas a julgamentos de teor variado, se apreciadas de modo singular.” MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 226.

⁶⁹ O art. 46, IV do CPC prescreve a possibilidade de litisconsórcio quando os autores têm direitos individuais que apresentem, entre si, um ponto em comum, fático ou jurídico (afinidade), o que gera economia processual na colheita da prova. Todavia tal litisconsórcio deve ser limitado, impedindo-se que o que seria uma regra de economia processual – reunião de partes num mesmo pólo da demanda – transforme-se em verdadeiro transtorno para o andamento do processo. Tal circunstância demonstra, de forma patente, a insuficiência do modelo individualista de processo na tutela da sociedade moderna, em que muitos direitos dessa estirpe são violados diariamente, o que justifica a existência de uma técnica como a da tutela coletiva dos interesses individuais homogêneos. Sobre o litisconsórcio e suas diversas facetas, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. Especificamente sobre a insuficiência do litisconsórcio para a tutela dos direitos de origem comum, vide a obra de ABELHA, Marcelo. **Ação civil pública e meio ambiente**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 12-13; RODRIGUES, Marcelo Abelha. In: **Ação civil pública. Ações constitucionais**. DIDIER JÚNIOR, Fredie. (Coord.) 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 273.

⁷⁰ Como lembra Mauro Cappelletti e Bryant Garth, um dos modos pelos quais se desenvolve o direito de acesso à justiça é a instituição legislativa de meios ou canais alternativos de tutela jurisdicional, idéia que é perfeitamente representada pela tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 49-51.

⁷¹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 30-32.

adequados às realidades sociais vivenciadas, permitindo a criação de instrumentos capazes de conferir pacificação social e efetiva observância aos novos direitos socialmente relevantes, solucionando o conflito de forma eficaz e justa.

Nesse sentido, Ada Pellegrini defende a idéia de que,

Sul tema della *class action for damages*, alla quale corrisponde in diritto brasiliano l'azione civile pubblica per risarcimento dei danni sofferti individualmente, ciò si verifica a proposito dei requisiti della prevalenza degli aspetti comuni sopra quelli individuali e della superiorità della tutela collettiva in termini di giustizia ed efficacia della decisione.⁷²

Assim, garantiu-se, por meio da representação adequada – principalmente exercida pelo Ministério Público⁷³ -, que muitos direitos individuais que se interligavam com características predominantemente coletivas fossem efetivamente tutelados.⁷⁴

Nessa linha, após a demonstração da evolução da tutela coletiva no direito brasileiro, verifica-se que a transformação das estruturas do processo permitiu o exercício da atividade judicial mais eficaz à tutela dos direitos que representam os valores socialmente buscados. As demandas coletivas, veiculadoras de situações transindividuais, representam a saudável evolução do direito processual civil a fim de adequá-lo com os seus escopos.

⁷² “Sobre o tema das *class action for damages*, as quais correspondem no direito brasileiro às ações para a tutela dos direitos individuais homogêneos, isso ocorre em razão da prevalência dos aspectos comuns sobre aqueles individuais e da superioridade da tutela coletiva em termos de justiça e eficácia da decisão.” (tradução livre). GRINOVER, Ada Pellegrini. Dalla *class action for damages* all'azione di classe brasiliana (i requisiti di ammissibilità). **Rivista di Diritto Processuale**, Italia, anno LV, n.4, ott./dic. 2000, p. 1085.

⁷³ Segundo informa José Carlos Barbosa Moreira, no Estado do Rio de Janeiro, no período de 1987 a 1996, 60% das demandas coletivas ajuizadas tiveram como representante da coletividade o Ministério Público, o que corrobora a assertiva feita no texto. Trata-se de pesquisa realizada pelo Professor Paulo Cezar Pinheiro Carneiro. Vide: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. In: **Temas de Direito Processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 18.

⁷⁴ “São equivocadas e inconstitucionais as decisões dos Tribunais pátrios que negam a legitimidade ativa ao Ministério Público para a tutela dos direitos ou interesses individuais homogêneos disponíveis. [...] o Ministério Público, na defesa dos interesses individuais homogêneos, disponíveis ou não, atua fundamentado em questões de interesse social em sentido amplo. Ora, é interesse da sociedade a resolução em um mesmo processo de várias lides individuais. É interesse da sociedade também que não haja na esfera jurisdicional muitas decisões conflitantes. É interesse da sociedade que as condutas que causem prejuízos a um número expressivo de pessoas, mesmo que determinadas, sejam combatidas de forma uniforme, mesmo que o prejuízo individual seja de pequena monta. [...]”. ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo Brasileiro**: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 600. Em sentido conforme: “[...] Por isso a tendência dos tribunais de reconhecer a legitimação do Ministério Público quando na tutela de direitos individuais homogêneos for perceptível o interesse social relevante compatível com as finalidades da instituição.”. DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**, 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, v. 4, p. 340.

Por outro lado, e já se aproximando do próximo item, sabe-se que mesmo diante da garantia da legitimação decorrente da idéia de representação adequada, muitas situações que permitiriam a tutela coletiva eram e continuam sendo levadas ao conhecimento do judiciário por meio de demandas individuais, acarretando, junto com outros fatores, o aumento da quantidade de litígios pendentes de julgamento.

É por essa razão que novamente é necessário voltar às atenções ao estudo do processo como instrumento para a realização do direito material, sendo imprescindível adequá-lo às novas realidades vivenciadas para permitir que as demandas atomizadas que versem sobre questões idênticas ou similares possam ser satisfatoriamente julgadas.

1.4 DEMANDAS DE MASSA

Caracteriza a diferença entre os direitos essencialmente coletivos e os direitos individuais homogêneos. E ainda, identificado o novo paradigma decorrente do modelo social e econômico de produção em série de bens e serviços, que induz a uma complexidade de relações jurídicas similares e impessoais firmadas com sujeitos distintos, (em espaços territoriais diversos), passamos, pois, a analisar as consequências deste modelo social na realidade processual brasileira.

Como tratado no item anterior, uma das grandes inovações introduzidas no ordenamento jurídico, por meio do Código de Defesa do Consumidor, foi a identificação das espécies de direitos que mereciam tutela coletiva, especialmente no que tange aos interesses individuais homogêneos, cuja tutela coletiva tem fundamentos diversos que já foram sumariamente analisados.

O artigo 81, parágrafo único, inciso III, da Lei 8.078/90 prevê que poderá ser exercida a defesa coletiva quando se tratar de “interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

Uma questão importante que foi ressaltada, diz respeito à inexistência dos direitos individuais homogêneos enquanto categoria de direitos, pois que,

(...) não há, no plano do direito substancial, um *direito individual homogêneo*, tal como existem os direitos subjetivos difusos e coletivos. Isso porque, na sua origem, ou seja, o plano do direito material, os interesses individuais homogêneos são interesses individuais. Os grifos são do original.⁷⁵

Evidenciou-se que a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos se dá em razão da transindividualidade dos direitos veiculados, procedentes das situações jurídicas decorrentes de origem comum, mas, não retira sua característica de divisibilidade.

Ocorre que sujeitos legitimados para a ação coletiva não estão obrigados a ajuizar toda e qualquer demanda coletiva na defesa dos direitos individuais homogêneos, tampouco, tomam conhecimento de todas as situações violadoras de direitos que permitiriam a tutela coletiva e, por outro lado, o exercício da tutela do direito individual não é subtraído da esfera do sujeito e nem o poderia ser, sob pena de afronta ao exercício da garantia de acesso à justiça consagrada constitucionalmente, o que implica, de fato, ajuizamento de várias demandas individuais no lugar do ajuizamento de demandas coletivas para a defesa dos mesmos direitos.

De toda sorte, o surgimento dos direitos individuais homogêneos e sua forma de tutela coletiva demonstram que são comuns as situações jurídicas individuais que se repetem e se interligam por meio de questões predominantes comuns.

Tem-se aí uma primeira percepção do que podemos chamar de demandas de massa ou demandas repetitivas: as demandas que veiculam direitos individuais que poderiam ter sido tutelados de forma coletiva, porque esses conglobavam característica de prevalência das questões comuns em detrimento das questões individuais no âmbito concreto de cada pretensão, ou seja, a origem do surgimento dos direitos pleiteados é comum a todos os litigantes.

Assim, diante da inércia da tutela coletiva ou mesmo por questões sociais que não serão aqui estudadas, os legitimados individuais buscam, cada um à sua forma, a tutela do seu direito

⁷⁵ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Relações entre ações individuais e ações coletivas: anotações sobre os efeitos decorrentes da propositura e extinção das ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos em relação às pretensões individuais sob a perspectiva dos arts. 35 e 28 do Projeto de Lei que altera a ação civil pública. In: GAZZOLI, Maria Clara et. al. (Coord.). **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 413.

individual, implicando assim, no ajuizamento de uma série de demandas que apresentam situações predominantemente comuns.

É desse modo que Humberto Theodoro Júnior descreve a litigiosidade de massa ou, por ele denominada, de alta intensidade:

Embasadas prioritariamente em direitos individuais homogêneos que dão margem à propositura de ações individuais repetitivas ou seriais, que possuem como base pretensões isomórficas, com especificidades, mas que apresentam questões (jurídicas e/ou fáticas) comuns para a resolução da causa.⁷⁶

Também podemos verificar o fenômeno da litigiosidade de massa que não se relacionam exclusivamente com os direitos individuais homogêneos, como é definido por Antonio Adonias Aguiar Bastos:

As demandas repetitivas fundam-se em situações jurídicas homogêneas, que possuem um perfil que lhes é próprio e não se resumem aos direitos individuais homogêneos, como vêm sendo tratados pela doutrina. Esse aspecto é importante para estabelecer o perfil que lhes é peculiar e para classificá-las segundo categorias próprias. Cuida-se de demandas-tipo, decorrentes de uma relação-modelo, que ensejam soluções-padrão. Os processos que versam sobre os conflitos massificados lidam com conflitos cujos elementos objetivos (causa de pedir e pedido) se assemelham, mas não chegam a se identificar. Cuida-se de questões afins, cujos liames jurídicos materiais concretos são similares entre si, embora não consistam num só e mesmo vínculo. (...) As demandas homogêneas se identificam no plano abstrato, no que diz respeito à questão fática ou jurídica em tese, mas não no âmbito de cada situação concreta. (...) A identidade está em determinada relação-modelo. Do ponto de vista da relação concreta, comparando-a com as outras do mesmo tipo, não há mais do que mera afinidade.⁷⁷

Um exemplo pode ser visto nas milhares de demandas ajuizadas visando à isenção da tarifa de cobrança dos valores relativos aos chamados “expurgos inflacionários” nas cadernetas de poupanças em razão dos Planos Econômicos Verão, Bresser, Collor I e II.

A prevalência de questões comuns no âmbito abstrato é nítida, contudo, cada sujeito titular de uma conta poupança própria perante uma instituição financeira cuja relação jurídica se dá em decorrência de um vínculo (contrato) distinto que implicam na existência, no plano concreto, de questões individuais relevantes, como por exemplo, a data de “aniversário” de cada

⁷⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. **Revista de Processo**. ano 34, n. 177, p. 9-46, nov. 2009. p. 20.

⁷⁷ BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. **Revista de Processo**. ano 35, n. 186, ago. 2010. p. 96-98.

poupança, de forma que, as demandas propostas por pessoas distintas sobre os “expurgos inflacionários” relacionam-se por afinidade.

Conforme lições de Dinamarco a afinidade pode ser definida:

*A afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito é uma relação tênue de semelhança entre duas ou mais demandas. É uma *conexidade degradada*, de intensidade menor, caracterizada por um *causa petendi* parcialmente igual mas que não chega ao ponto de ser a mesma. Basta que lhes seja comum o fundamento de uma dada refra jurídica ou a alegação de um fato-base do qual hajam decorrido créditos ou prejuízos para mais de uma pessoa. (...).⁷⁸*

Assim sendo, também podemos incluir nas chamadas demandas de massa aquelas demandas em que com uma semelhança ou afinidade na fundamentação jurídica, ou seja, na causa de pedir próxima.

Essa segunda forma de percepção das demandas de massa ou repetitivas, ocasionada pela multiplicação de relações sociais despersonalizadas, que conduzem a conflitos de interesses similares e ao ajuizamento de inúmeras demandas que tenham em comum controvérsia sobre as questões de direito.

As demandas de massa são, neste prisma, demandas com objeto próprio, em que cada autor pretende um bem ou uma vantagem própria e distinta, sua relação com a parte contrária também é individual, dotada de características próprias, contudo, caracterizada pelo vínculo da afinidade quanto a causa de pedir próxima.

Podemos exemplificar tal situação, outrossim, com as demandas cuja controvérsia comum diz respeito ao cabimento da objeção de pré-executividade para reconhecer a ilegitimidade do sócio que figura como responsável na Certidão de Dívida Ativa – CDA – quando a prova da ilegitimidade depende de dilação probatória (inexistência de sua responsabilidade tributária) em razão da presunção de que goza a CDA.

⁷⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 2. p. 156.

O tema foi objeto de julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça⁷⁹ com o emprego da sistemática dos recursos repetitivos, que se trata de uma das técnicas que conferem repercussão coletiva ao julgamento das demandas individuais e que será estudada no próximo capítulo, em razão da multiplicação de demandas veiculando a mesma tese jurídica.

Ocorre que, tais demandas são precipuamente individuais, com sujeitos distintos, valores da execução próprios, origem da dívida diferenciada, etc., não havendo que se falar em prevalência de questões comuns, mas que podem ser tratadas como demandas de massa em razão da afinidade da causa de pedir próxima.

Assim sendo, aliada ao fenômeno da pulverização das demandas individuais que poderiam ser tuteladas coletivamente em razão da prevalência de questões comuns em detrimento das questões individuais no plano concreto de cada pretensão, conforme preconiza o artigo 81, parágrafo único, inciso III do CDC, as demandas de massa cujos elementos objetivos são afins, em decorrência de uma relação-modelo abstrata que identifica distintas demandas, podem ser consideradas demandas que veiculam situações jurídicas homogêneas.⁸⁰

O efeito das demandas de massa é o incremento quantitativo da atividade jurisdicional, seja pela utilização individual da via processual quando poderia ser utilizada a via coletiva, seja em razão da impessoalidade das relações sociais que geram a multiplicação de situações controversas atingindo pessoas distintas, porém, fundadas nas mesmas teses jurídicas.

E, o crescente número de processos em tramitação nos órgãos jurisdicionais⁸¹ juntamente com incremento da atividade jurisdicional em razão das demandas de massa, impõem uma nova maneira de pensar o processo.

⁷⁹ STJ – REsp 1104900/ES, Primeira Seção, Relatória Ministra Denise Arruda, Julgado em: 25.03.2009, DJe 11.04.2009.

⁸⁰ BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. **Revista de Processo**. ano 35, n. 186, ago. 2010. p. 96-98.

⁸¹ Os movimentos de acesso à justiça, responsáveis, inclusive, pela introdução da tutela jurisdicional coletiva, também influenciam de maneira direta à realidade processual ora vivenciada. Evidencia-se a questão pelas modificações introduzidas no sistema processual que serviram para estabelecer formas simples de acesso à justiça, facilitando a litigância e reduzir a chamada litigiosidade contida na sociedade e tiveram como consequência o incremento quantidade da atividade jurisdicional. Para o assunto: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

Com efeito, é comum observar posicionamentos doutrinários que, para sustentar a necessidade de introdução de reformas processuais, defendem que as demandas de massa, aliadas ao volume de processos pendentes de julgamento no Brasil, atravancam a atividade jurisdicional impedindo que o julgamento dos processos seja adequado às exigências constitucionais. Para tanto, afirmam que o sistema processual brasileiro deve ser dotado de técnicas processuais que permitam o julgamento destas demandas de massa de forma isonômica e em um período de tempo razoável. Ou seja, busca-se uma suposta melhoria do sistema processual para permitir o julgamento das demandas de massa tempestivamente e com segurança jurídica decorrente da resolução igualitária⁸² de questões idênticas em um mesmo território.

(...) a atividade econômica moderna, corolário do desenvolvimento do sistema de produção e distribuição em série de bens, conduziu à insuficiência do Judiciário para atender ao crescente número de feitos que, no mais das vezes, repetem situações pessoais idênticas, acarretando a tramitação paralela de significativo número de ações coincidentes em seu objeto e na razão de seu ajuizamento.⁸³

Ocorre que, os fundamentos que justificam a introdução destas técnicas são de várias espécies e serão estudados em capítulo próprio, mas desde já, anota-se a idéia de que a mudança processual para atender essas espécies de demandas é necessária, contudo, as renovações processuais devem respeitar as estruturas processuais clássicas, garantidoras do exercício jurisdicional justo mediante o emprego do contraditório.

A nova reforma virá e a técnica processual, ao que tudo indica, será ainda mais direcionada para o escopo de rápida eliminação da controvérsia; até porque ele é que pode ser explorado perante o grande público, sob a forma de estatísticas, relevantes na perspectiva macroscópica, mas frias – quiçá dolorosas como lógica de guerra – para as pessoas de carne e osso vinculadas pela decisão. Então, quando tivermos eliminado mecanismos predispostos à obtenção de decisões justas, nos perguntaremos: era mesmo o processo o grande vilão da ineficiência da Justiça?⁸⁴

⁸² “Esses mecanismos processuais visam a compatibilizar as decisões jurisdicionais, uniformizando-as, concretizando, dessa forma, o valor constitucional da igualdade no formalismo processual. Acabam por velar, nesse azo, pela unidade do Direito no Estado Constitucional brasileiro, sobre racionalizar a atividade judiciária, importando em notável economia de atos processuais. Além disso, tem por desiderato racionalizar a atividade judiciária, impedindo que recursos em confronto com a orientação dos Tribunais Superiores tenham seguimento, ocupando inutilmente a estrutura judiciária.” MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 20.

⁸³ *Ibid.*, p. 290.

⁸⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. **A elaboração de um novo Código de Processo Civil: falsos e verdadeiros dilemas**. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br>>. Acesso em: 15.04.2010.

Destarte, é necessário pensar em novas técnicas processuais adequadas ao julgamento das demandas de massa, compatíveis com a garantia constitucional de acesso à justiça e a garantia do contraditório. É esta a lição de Antonio Adonias Bastos:

Às causas em bloco não se pode aplicar o *due process of law* com o mesmo delineamento que incide sobre as demandas puramente individuais, com idêntica definição das partes, dos ônus, deveres e direitos processuais, com as mesmas construções doutrinária e legal sobre as regras de estabilização da demanda e de distribuição dos ônus de defesa e da prova, por exemplo, bem como a regulamentação dos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada, tais quais dispostos no vigente CPC.⁸⁵

Necessário concluir, portanto, que precisamos pensar em novas técnicas processuais ou na melhoria daquelas que já foram introduzidas no ordenamento, para que o processo possa atingir seus escopos também em relação ao julgamento das demandas de massa, sem violar as garantias processuais que permitem a prevalência de um processo judicial justo.

Passamos então, nesse contexto, a analisar a crise de quantidade de processos que fundamenta grande parte das técnicas de julgamento das demandas de massa introduzidas no ordenamento jurídico, que a nosso sentir são, em verdade, técnicas que conferem repercussão coletiva aos julgamentos das demandas individuais.

⁸⁵ BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. **O DEVIDO PROCESSO LEGAL NAS CAUSAS REPETITIVAS**. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/antonio_adonias_aguiar_bastos.pdf>. Acesso em: 23.01.2010.

2 CRISE DE QUANTIDADE DE PROCESSOS

Passadas duas décadas da promulgação da Constituição Federal que consagrou a tutela dos direitos e garantias dos cidadãos, bem como, assegurou a tutela da liberdade dos indivíduos, o Poder Judiciário Brasileiro enfrenta sérias dificuldades para adequar a prestação jurisdicional às necessidades vivenciadas dentro de padrões razoáveis de qualidade, eficácia e tempestividade.

O acesso à justiça, enquanto garantia constitucional do cidadão, consagrou-se, na prática forense, em razão das medidas criadas a fim de garantir formas mais simplificadas e facilitadas de acesso ao Poder Judiciário. São exemplos dela, a criação dos Juizados Especiais, a assistência judiciária gratuita, as técnicas de tutela dos direitos coletivos *lato sensu*, dentre outros.

É possível observar, todavia, que a realização da garantia do acesso à justiça trouxe para realidade forense um significativo aumento do número de demandas ajuizadas perante os órgãos jurisdicionais.

O aumento excessivo do número de demandas decorre, paradoxalmente, da adoção de técnicas destinadas a facilitar o acesso à Justiça àqueles que necessitam da tutela jurisdicional. Várias medidas foram inseridas no sistema processual-constitucional – como a assistência judiciária gratuita (CF, art. 5º, LXXIV). Juizados especiais (CF, arts. 24, I e 98, I; Lei 9.009/1995), ampliação da legitimidade do Ministério Público (CF, art. 129) -, todas visando a tornar mais acessível a tutela jurisdicional.⁸⁶

O aumento da demanda não decorre exclusivamente da efetiva realização da garantia do acesso à justiça. Depende, outrossim, de outros fatores, como o aparelhamento dos grandes litigantes, que muitas vezes são representados pelo Estado e suas autarquias, o que lhes confere possibilidade de ajuizar quantidade maior de demandas⁸⁷, a ineficiência do Poder Judiciário em acompanhar as evoluções tecnológicas e de tornar-se mais desenvolvido estruturalmente.

⁸⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 47.

⁸⁷ “(...) é preciso lembrar que 79% dos processos em tramitação perante o Supremo envolvem o Poder Executivo (64% da União, 8,2% dos Estados e 6% dos Municípios; só a Caixa Econômica Federal é responsável por 44% das causas em andamento no Supremo Tribunal Federal.”. Dados diagnosticados pela Fundação Getúlio Vargas em 2004 conforme descreve Ada Pellegrini Grinover. GRINOVER, Ada Pellegrini. *A necessária reforma infraconstitucional*. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. (Coord.). **Reforma do Judiciário**: analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005. p. 501.

Conforme relatório do Conselho Nacional de Justiça, divulgado em março de 2011⁸⁸, 95% (noventa e cinco por cento) dos litígios Nacionais têm como partes os setores públicos federal, estadual ou municipal, o setor bancário e as empresas que prestam serviços de telefonia. Desses, 51% (cinquenta e um por cento) é representado pelo setor público, 38% (trinta e oito por cento) pelo setor bancário e 5% (cinco por cento) pelas empresas de telefonia.

Também de acordo com o relatório, somente o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS é responsável por 43,12% (quarenta e três vírgula doze por cento) de todos os litígios da Justiça Federal, sendo que pertence ao polo passivo de 81% (oitenta e um por cento) dessas demandas.

No caso da Justiça Estadual, 54% (cinquenta e quatro por cento) dos litígios têm como parte o setor bancário, sendo que, em 48% (quarenta e oito por cento) dos processos os Bancos são demandados. O setor público representa 31% (trinta e um por cento) dos litígios, e em 71% (setenta e um por cento) deles figuram no polo passivo.

Evidencia-se, pois, que a realização da garantia do acesso à justiça contribuiu para o aumento da quantidade de litígios em tramitação, até mesmo porque, parcela das demandas ajuizadas em face dos grandes litigantes pode advir de pessoas que ingressaram no Judiciário por meio da efetivação desta garantia.

Contudo, o relatório nos mostra que os litigantes habituais (ou grandes litigantes), que estão nos foros todos os dias nas mais diversas posições, cumprem papel fundamental para que a Justiça Brasileira tenha que lidar diariamente com número tão grande de demandas.

Além disso, não podemos desconsiderar que a mudança do paradigma social, que tornou as relações intersubjetivas mais próximas e frequentes, o desenvolvimento da atividade comercial no País e o aumento da classe média podem, também, servir como causa do incremento da atividade jurisdicional.

⁸⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório 100 maiores litigantes**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 31.03.2011.

As sociedades contemporâneas, e o Brasil muito acentuadamente, sofrem uma crise de gigantismo, tendo em vista o aumento descomunal de jurisdicionados, que procuram a Justiça para as soluções dos seus conflitos. Em particular, os números que retratam esse aumento, em relação ao STF (e também em relação ao STJ), como também os dados existentes do aumento geral do acesso à justiça, são, todos eles, astronômicos (para dados de há cinco anos). Essa inflação de demandas está inserida nos quadros de uma sociedade de consumo, como, ainda, entre nós; somou-se a isso o aumento populacional, de enorme calibre, a mobilização das pessoas para os grandes centros, já há décadas, e, especificamente, depois da vigente Constituição, que, aduza-se, contribuiu bastante para o aumento da litigiosidade. São diversas variáveis e, se são todas convergentes para explicar as razões do aumento de solicitações de prestação jurisdicionais, não fornecem elementos para uma solução equilibrada e dentro das possibilidades reais do País.⁸⁹

De toda sorte, conforme observado nos dados divulgados pelo relatório, os grandes litigantes ocupam quase que a totalidade das demandas que necessitam de apreciação por parte do poder Judiciário.⁹⁰

Não nos importa, nesse momento, esgotar a análise das causas do aumento do número de demandas, mas retratar que é uma realidade atual do nosso país bem como, qual a relação que esse aumento causará nas técnicas processuais existentes para solucionar os litígios postos.

Isso porque o problema da litigiosidade e da “crise de quantidade de processos” faz com que surjam movimentos defensores das reformas legislativas visando reduzir a quantidade de processos em tramitação mediante aceleração do procedimento jurisdicional.

De acordo com Relatório do Banco Mundial – Relatório 32.789-BR⁹¹, as causas ajuizadas em primeira instância, perante a Justiça Estadual, cresceram de forma vertiginosa. Em 1950

⁸⁹ ALVIM, Arruda. A EC N. 45 E O INSTITUTO DA REPERCUSSÃO GERAL. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. alli. (Coord.). **Reforma do Judiciário**: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004. São Paulo: RT, 2005. p. 87-88.

⁹⁰ Tratando sobre os litigantes eventuais e os litigantes habituais, cuja distinção se dá pela frequência de uso do Poder Judiciário, Mauro Cappelletti e Bryant Garth, demonstram que os litigantes habituais são menos eficientes que os habituais: “As vantagens dos ‘habituais’, de acordo com Galanter, são numerosas: 1) maior experiência com o Direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; 2) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos; 3) o litigante habitual tem oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância decisora; 4) ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos; e 5) pode testar estratégias em determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros. Parece que, em função dessas vantagens, os litigantes organizacionais são, sem dúvida, mais eficientes que os habituais. Há menos problemas em mobilizar as empresas no sentido de tirarem vantagens de seus direitos, o que, com frequência, se dá exatamente contra aquelas pessoas comuns que, em sua condição de consumidores, por exemplo, são as mais relutantes em buscar o amparo do sistema judicial.” CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 25-26.

⁹¹ Disponível em: <<http://siteresources.worldbank.org/BRAZILINPOREXTN/Resources/3817166-1185895645304/4044168-1186404259243/29Justica.pdf>>. Acesso em: 03.12.2010.

ajuizava-se menos de 1 milhão de demandas, enquanto, em 2001 já alcançava o patamar de cerca de 15 milhões.

Também de acordo com o relatório, entre os anos de 1990 e 2003, o número de decisões finais proferidas anualmente, por juiz estadual em primeira instância, cresceu de cerca de 750 (setecentos e cinquenta) para algo em torno de 1300 (mil e trezentos).

Portanto, nota-se, que, em cinquenta anos, a demanda aumentou cerca de 1500% (mil e quinhentos por cento), enquanto em treze anos, as decisões finais, proferidas pelo Poder Judiciário, cresceram tão somente cerca de 173% (cento e setenta e três por cento).

Conforme relatório do Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2009, estavam em tramitação, perante a Justiça Brasileira 86,6 milhões de processos. Na época, o Judiciário contava com 16,1 mil magistrados e 312,5 mil servidores e diante do número de processos, a taxa de congestionamento - percentual de processos não julgados - era de 71% (setenta e um por cento), taxa esta mantida desde 2004.⁹²

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça também produz relatório de processos distribuídos e julgados⁹³, nos quais podemos observar o crescimento do quantitativo de processos distribuídos perante a Corte e a capacidade de julgamento dos processos em curso.

Ano base	Processos Distribuídos	Processos Julgados	Processos Pendentes
1989	6.103	3.550	2.553
1990	14.087	10.829	3.258
1991	23.368	17.527	5.841
1992	33.872	28.678	5.199
1993	33.336	31.295	2.041

⁹² Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/9783-pais-tem-quase-90-milhoes-de-processos-em-tramitacao-na-justica>>. Acesso em 22.10.2010.

⁹³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Relatório Estatístico**. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=1&vSeq=168>>. Acesso em: 15.02.2011. p. 19.

1994	38.670	39.034	(+364)
1995	68.576	57.338	11.238
1996	77.032	71.122	5.910
1997	96.376	91.263	5.113
1998	92.107	85.694	6.413
1999	118.977	116.024	2.953
2000	150.738	136.180	14.558
2001	184.478	179.364	5.114
2002	155.959	149.722	6.237
2003	226.440	189.778	36.662
2004	215.411	203.041	12.370
2005	211.128	222.529	(+11.401)
2006	251.020	222.245	28.775
2007	313.364	277.810	35.554
2008	271.521	274.247	(+2.726)
2009	292.103	254.955	37.148
2010	228.981	248.625	(+9.644)

Portanto, de acordo com a tabela acima, somente nos anos de 1994, 2005, 2008 e 2010 o Superior Tribunal de Justiça conseguiu julgar mais processos do que os distribuídos no período, o que demonstra a ineficiência de aumentar a resposta jurisdicional na mesma medida em que crescem os litígios.

Esse crescente número de processos e o acúmulo gerado pela incapacidade de solucionar todos os processos em julgamento, no ano de sua entrada no tribunal, ocasionaram verdadeiros saldos de processos pendentes de solução no Tribunal Superior, tornando a resposta jurisdicional aos pleitos dos cidadãos cada vez mais lenta.

Os dados do Supremo Tribunal Federal⁹⁴ não são diferentes, e, de igual forma, demonstram um vertiginoso aumento no quantitativo de processos distribuídos perante a Corte.

Contudo, é necessário observar que, a análise dos processos em tramitação perante o STF, nos permite concluir pela diminuição do número de processos distribuídos a partir do ano de 2007, visto que o instituto da repercussão geral, sistematizado pelo Código de Processo Civil, já estava em vigor.

Ano Base	Processos Distribuídos	Processos Julgados
1989	6.622	17.432
1990	16.226	16.449
1991	17.567	14.366
1992	26.525	18.236
1993	23.525	21.737
1994	25.868	28.221
1995	25.385	34.125
1996	23.883	30.829
1997	34.289	39.944
1998	50.273	51.307
1999	54.437	56.307
2000	90.839	86.138
2001	89.574	109.692
2002	87.313	83.097
2003	109.965	107.867
2004	69.171	101.690
2005	79.577	103.700
2006	116.216	110.284
2007	112.938	159.522

⁹⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Estatísticas do STF: movimento processual. Brasília 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>>. Acesso em: 15.02.2011.

2008	66.873	130.747
2009	42.729	121.316
2010	41.014	103.869

A diferença criada pelo instituto da repercussão geral no número de processos perante o STF foi objeto de menção no Relatório de Atividades da Corte, referente ao ano de 2010:

Os bons resultados alcançados pelo STF em 2010 decorrem, em grande parte, da aplicação da sistemática da Repercussão Geral, que possibilitou, em pouco mais de três anos, a mudança do perfil dos julgamentos do Tribunal. Desde 2007, houve redução de 38% no número de recursos extraordinários e agravos de instrumento que chegam a Corte. (...) A sistemática da Repercussão Geral foi decisiva para o fortalecimento do papel constitucional da Corte, para o aprimoramento do processo decisório e para a unificação da inteligência de matérias relevantes. Outro destaque foi o trabalho conjunto entre os tribunais, fundamental para administração do sistema e para o estabelecimento de frutífero clima de cooperação e atuação coordenada.⁹⁵

Os dados apresentados demonstram, inequivocamente, uma explosão de litigiosidade perante os tribunais brasileiros e, por outro lado, a incapacidade que os nossos tribunais apresentam em absorver o número de demandas.

Diante do acúmulo de processos em tramitação, o legislador brasileiro foi aos poucos, introduzindo técnicas processuais que garantem a efetividade do processo frente aos efeitos danosos do tempo necessário à tutela jurisdicional definitiva (CPC, art. 273), que conferem poderes ao Magistrado para julgar de forma sumária (CPC, art. 285-A e 557, *caput* e §1º-A), que permitem o julgamento em bloco de questões similares (CPC, art. 543-B e C), que aumentam os requisitos para acesso aos tribunais superiores (CPC, art. 543-A), que potencializam a uniformização jurisprudencial, dentre outros.

Os reformadores estiveram conscientes de que a maior debilidade do Poder Judiciário brasileiro em sua realidade atual reside em sua inaptidão a oferecer uma justiça em tempo razoável, sendo sumamente injusta e antidemocrática a outorga de decisões tardas, depois de angustiosas esperas e quando, em muitos casos sua utilidade já se encontrava reduzida ou mesmo neutralizada por inteiro.⁹⁶

⁹⁵ Supremo Tribunal Federal. **Relatório de Atividades**. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfRelatorio/anexo/Relatorio2010.pdf>>. Acesso em: 10.02.2011. p. 34.

⁹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 1 v. p. 209-210

Aliada às soluções exógenas que conferem maior celeridade aos processos, também foram criados aos poucos, mecanismos que tornam os serviços jurisdicionais menos obsoletos, burocráticos e demorados, a virtualização dos processos pode ser apontada como um exemplo.

Até o presente momento, a maioria das soluções encontradas limita-se ao campo legislativo, no qual se alteram regras processuais, principalmente aquelas relativas a tramitação processual perante os Tribunais Superiores, a fim de tornar o tempo necessário à solução final de um litígio menor.

O mal do congestionamento do judiciário não reside exclusivamente no Supremo Tribunal e no Superior Tribunal de Justiça. A indisfarçável realidade dos 67,7 milhões de processos pendentes em todo o país no fim do ano de 2007 deveria conduzir a reflexões e propostas de âmbito até mais alargado que o do poder vinculante das decisões desses dois Tribunais. Como adiante se dirá, até por coerência legitimar-se-ia a atribuição de tal eficácia generalizada à jurisprudência do próprio Supremo, do Superior Tribunal de Justiça e também dos Tribunais locais (de Justiça e Regionais Federais). (...) Um dado animador, de âmbito mais abrangente, é a implantação do sistema de julgamentos por amostragem no Superior Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça com relação aos recursos repetitivos, em associação com a técnica da verificação do requisito da repercussão geral para o recurso extraordinário (CPC, arts. 543-A, 543-B, 543-C).⁹⁷

Contudo, tais técnicas não são suficientes para remediar por completo a crise de quantidade de processos instalada no Poder Judiciário Brasileiro, mormente, porque não soluciona o mal da multiplicação dos processos em sua origem, tampouco atinge os grandes e constantes litigantes brasileiros que são, na maioria dos casos, os entes estatais e suas autarquias.

Como já tivemos oportunidade de nos manifestar, o presente estudo visa analisar algumas técnicas criadas pelo legislador, com o propósito de permitir, principalmente, que as soluções jurisdicionais sejam mais tempestivas e a adequação das mesmas com a garantia constitucional do contraditório, corolário do processo justo.

⁹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 1 v. p. 216.

3 TÉCNICAS PROCESSUAIS QUE CONFEREM REPERCUSSÃO COLETIVA AOS JULGAMENTOS DAS DEMANDAS INDIVIDUAIS

Como tratado nos capítulos anteriores, a necessidade de criação de técnicas aptas ao julgamento das causas de massa, decorre da crise quantitativa de demandas em curso perante os Tribunais e da obrigação do processo solucionar adequadamente as situações de conflito social que são postas em juízo no contexto atual da sociedade.⁹⁸

As técnicas processuais são os meios criados pelo legislador para regulamentar o processo e garantir que ele possa alcançar os seus escopos. Nas palavras de Dinamarco:

Tem-se por técnica a predisposição ordenada de meios destinados a obter certos resultados. Toda técnica, por isso, é eminentemente instrumental, no sentido de que só se justifica em razão da existência de alguma finalidade a cumprir e de que deve ser instituída e praticada com vistas à plena consecução da finalidade.⁹⁹

No presente estudo, chamaremos de técnicas processuais que conferem repercussão coletiva aos julgamentos das demandas individuais, as normas processuais, formuladas pelo legislador, que permitem o julgamento de questões afins a vários processos, em uma demanda específica que servirá como modelo e fundamento (de persuasão ou de vinculação) para o julgamento das tantas outras demandas que versem sobre a mesma questão. Ou seja, são as técnicas que permitem que o julgamento de uma demanda possa espargir-se para outras demandas.

Utilizemos um dos exemplos já expostos no primeiro capítulo para melhor explicitar a questão, as ações de cobrança das correções monetárias em decorrência dos planos econômicos. Assim que o julgamento de uma ou mais questões preponderantemente coletivas

⁹⁸ Nessa fase do presente estudo não iremos estender uma crítica a respeito da criação de técnicas processuais de aceleração do processo judicial com vistas a solucionar um problema que, no nosso entender, não é verdadeiramente do processo. Esclarecemos que a crise quantitativa é um fato que precisa ser solucionado, contudo, o processo não pode ser visto como o causador do acúmulo de demandas pendentes de julgamento. Sob esse contexto, a análise que ora será desenvolvida visa analisar cada técnica e descrever seus efeitos, consequências, no processo judicial sem que isso importe em uma concordância com a sua utilização.

⁹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 224. Em igual sentido: “*Processo* é o método de solução das crises verificadas no plano de direito material. Ao regulamentá-lo, o legislador procura estabelecer os meios destinados a possibilitar que esse instrumento atinja seu escopo maior. Tenta encontrar os mecanismos mais eficazes. Cria, enfim a *técnica processual*, que deve ser concebida à luz dos princípios que regem o sistema jurídico do país, especialmente aqueles de natureza constitucional.”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 72-73.

forem julgadas em um processo-modelo, todas as demais demandas em curso terão seu julgamento vinculado com a decisão obtida no processo “modelo”. É a sistemática adotada nas causas piloto ou processos teste, conforme explica Cabral,

É a idéia de resolver coletivamente questões comuns a inúmeros processos em que se discutam pretensões isomórficas, evitando-se os problemas de mecanismos representativos de tutela coletiva como a legitimidade extraordinária e as ficções de extensão da coisa julgada. (...) Uma das soluções passíveis adotadas no exterior é das chamadas causas piloto ou processos-teste (*casi pilota*, *Pilotverfahren* ou *test claims*), uma ou algumas causas que, pela similitude na sua tipicidade, são escolhidas para serem julgadas inicialmente, e cuja solução permite que se resolvam rapidamente todas as demais.¹⁰⁰

Grande parte das técnicas estudadas, introduzidas no Código de Processo Civil ao longo dos anos, têm como fundamento a necessidade de garantia de unidade na aplicação do direito e consequentemente para a preservação do Princípio da Igualdade. De acordo com Wambier:

Para que seja preservado o princípio da igualdade, é necessário que haja uma mesma pauta de conduta para todos os jurisdicionados. (...) Aceitar, de forma ilimitada, que o juiz tem liberdade para decidir de acordo com sua própria convicção, acaba por equivaler a que haja várias pautas de condutas diferentes (e incompatíveis) para os jurisdicionados. Tudo depende de que juiz e de que tribunal tenha decidido o seu caso concreto. Temos convicção de que o sistemático desrespeito aos precedentes, compromete o Estado de Direito, na medida em que as coisas passam a ocorrer como se houvesse várias ‘leis’ regendo a mesma conduta: um clima de integral instabilidade e ausência absoluta de previsibilidade.¹⁰¹

E, de fato, tais técnicas servem para eliminar a divergência jurisprudencial, assegurando o tratamento igualitário às causas similares, o que acaba por aproximar os sistemas do *civil law* e do *common law*, na medida em que é observado que a lei não é suficiente para garantir segurança jurídica e estabilidade social.¹⁰²

¹⁰⁰ CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. **Revista de Processo**. ano 32, n. 147, p. 123-146, mai. 2007. p. 129.

¹⁰¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. **Revista de Processo**. ano 34, n. 172, p. 121-174, jun. 2009. p. 145. Em sentido semelhante, manifestando-se acerca da aproximação entre os sistemas da *civil law* e do *common law*: “Dessa forma, a distinção tradicional segundo a qual os primeiros sistemas [*common law*] seriam fundados nos precedentes, enquanto os segundos [*civil law*] nas leis escritas não tem na atualidade – admitindo que verdadeiramente assim o era no passado – algum valor descritivo. De fato, nos sistemas do *civil law* se faz um uso amplo da jurisprudência, enquanto nos sistemas do *common law* se faz uso amplo das leis escritas e áreas inteiras do ordenamento – desde o direito comercial até o direito processual – estão codificadas”. (tradução livre). TARUFFO, Michelle. **Precedente e Guirispudenza**. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2559/39.pdf>>. Acesso em: 25.03.2011.

¹⁰² Tratando especificamente acerca da súmula impeditiva de recursos e do julgamento liminar de demandas, Dierle José Coelho Nunes se manifesta: “Em verdade, percebe-se que a nova norma, seguindo uma tendência anteriormente iniciada pela Lei 9.756/98 e pela própria EC 45/2000, traz uma certa aproximação do sistema brasileiro (de *civil law*) com o sistema americano (de *common law*) ao atribuir enorme importância para os precedentes jurisprudenciais.”. NUNES, Dierle José Coelho. Comentários acerca da súmula impeditiva de

A ausência de respeito aos precedentes está fundada na falsa suposição, própria à *civil law*, de que a lei seria suficiente para garantir a certeza e a segurança jurídica. Frise-se que a tradição do *civil law* insistiu na tese de que a segurança jurídica apenas seria viável se a lei fosse estritamente aplicada. A segurança jurídica seria garantida mediante a certeza jurídica advinda da subordinação do juiz à lei. Contudo, é interessante perceber que a certeza jurídica adquiriu feições antagônicas no *civil law* e no *common law*. No *common law* fundamentou o *stare decisis*, enquanto que, no *civil law*, foi utilizada para negar a importância dos tribunais e das suas decisões. Quando se ‘descobriu’ que a lei é interpretada de diversas formas, e, mais visivelmente, que os juízes do *civil law* rotineiramente decidem de diferentes modos os ‘casos iguais’, curiosamente não se abandonou a suposição de que a lei é suficiente para garantir a segurança jurídica. (...) A segurança jurídica, postulada na tradição do *civil law* pela estrita aplicação da lei, está a exigir o sistema de precedentes, há muito estabelecido para assegurar a segurança jurídica no ambiente do *common law*, em que a possibilidade de decisões diferentes para casos iguais nunca foi desconsiderada e, exatamente por isso, fez surgir o princípio, inspirador do *stare decisis*, de que os casos similares devem ser tratados do mesmo modo (*treat like cases alike*).¹⁰³

Neste contexto, é fato que a divergência jurisprudencial gera instabilidade às relações sociais¹⁰⁴, na medida em que não se pode assegurar a interpretação que será conferida às leis e, conseqüentemente, não se pode afirmar como o Poder Judiciário interpretará as normas ao aplicá-las nas situações concretas veiculadas nas demandas.¹⁰⁵ Por tal razão, não se coaduna com o Princípio da Igualdade, na medida em que a lei deve ser aplicada a todos que se encontram em igual situação, de forma idêntica.

Realmente, para que se possa garantir a supremacia da lei, é preciso que se disponibilizem mecanismos para que ela seja aplicada de modo uniforme a todos que, *no mesmo contexto histórico-social*, encontrem-se na mesma situação. Ora, se o ordenamento jurídico deve manter unidade e coerência, é forçoso concluir que a aplicação da lei deve ser feita de modo idêntico para todos que se encontrem na mesma situação de fato. Construindo o Direito um sistema, deve manter as qualidades de ordenação e de unidade, na medida em que todo sistema contém uma ordem e uma unidade.¹⁰⁶

recursos (Lei 11.276/2006) e do julgamento liminar das ações repetitivas (Lei 11.277/2006) – Do duplo grau de jurisdição e do direito constitucional ao recurso (contraditório sucessivo) – Aspectos normativos e pragmáticos.

Revista de Processo. ano 31, n. 137, jul. 2006. p. 179.

¹⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdição de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista de Processo**. ano 32, n. 172, p. 175-232, jun. 2009. p. 231-232.

¹⁰⁴ De acordo com os relatórios anuais publicados pelo Superior Tribunal de Justiça a taxa de reforma das decisões judiciais realizadas quando do julgamento dos Recursos Especiais é de: 56,53% no ano de 2006; 54,37% no ano de 2007; 49,31% no ano de 2008; 38,60% no ano de 2009; e 39,37% no ano de 2010. Vide: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/?vPortalAreaPai=183&vPortalArea=584>>. Acesso em: 20.03.2011.

¹⁰⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. **Revista de Processo**. ano 34, n. 172, p. 121-174, jun. 2009. p. 144.

¹⁰⁶ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. (Org.). **Leituras complementares de processo civil**. 8. ed. Salvador: JusPodvim, 2010. p. 295.

Em sentido conforme, revela-se atual a orientação de Liebman:

As sentenças decidem sobre a liberdade, sobre direitos e interesses das pessoas e a força da lei é a única defesa, a única garantia e proteção que lhes é assegurada, na medida do possível, a *certeza do direito*, e que exclui, o quanto é viável, o arbítrio do juiz no momento em que julga o seu semelhante em assuntos que dizem respeito à sua personalidade e aos seus bens.¹⁰⁷

O tratamento igualitário das questões de massa é, portanto, instrumento de justiça, na medida em que permite ao cidadão compreender que a lei serve para todos e para todos será aplicada, bem como, confere previsibilidade acerca das condutas que são juridicamente aceitas e tuteláveis.

(...) a função do direito é, em primeiro lugar, a de gerar estabilidade, proporcionando tranqüilidade no jurisdicionado, na medida em que esse possa moldar sua conduta contando com certa dose considerável de previsibilidade. O direito, todavia, tem, também, em nosso sentir, de ser adaptável, já que serve à sociedade e esta sofre alterações ao longo do tempo.¹⁰⁸

Todavia, é necessário analisar as técnicas criadas de forma crítica, visto que, muito embora sua adoção possa propiciar isonomia nos julgamentos dos casos similares, sabe-se que não foi esse o objetivo prioritário da criação das mesmas, e, por tal razão, seu estudo deve ser feito de forma a garantir que sua aplicação seja feita em correspondência com as garantias processuais existentes. O alerta é feito pela doutrina:

Infelizmente, em face de inúmeros fatores, o sistema processual brasileiro costuma trabalhar com a eficiência quantitativa, impondo mesmo uma visão neoliberal de alta produtividade de decisões e de uniformização superficial dos entendimentos pelo tribunais, mesmo que isto ocorra antes de um exaustivo debate em torno dos casos, com a finalidade de aumentar a estatística de casos ‘resolvidos’.¹⁰⁹

Nesse contexto, é necessário conciliar o tratamento isonômico das questões homogêneas com o direito de liberdade de iniciativa individual de propor demandas e ainda, com a garantia do contraditório como forma legítima de influir, por meio do diálogo, a formação da decisão judicial.

¹⁰⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. A força criativa da jurisprudência e os limites impostos pelo texto da lei. **Revista de Processo**. ano 11, n. 43, jul-set., 1986, p. 59.

¹⁰⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. **Revista de Processo**. ano 34, n. 172, p. 121-174, jun. 2009.

¹⁰⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. **Revista de Processo**. ano 35, n. 189, nov. 2010. p. 21-23.

Além disso, é primordial que as demandas sejam julgadas individualmente de acordo com as suas singularidades, não sendo cabível que a necessidade de conferir celeridade aos julgamentos e garantir os índices quantitativos se sobreponham à garantia da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV).

Acerca da importância do tratamento das demandas de acordo com a sua singularidade:

Fala-se muito na necessidade de garantia da igualdade, isto é, que se deve buscar o estabelecimento de uniformidade das decisões porque, o fato de haver divergência sobre um mesmo “tema” viola a garantia constitucional de tratamento isonômico. Mas o que é igualdade? Sabemos que, há muito, igualdade deixou de ter apenas um conteúdo negativo (isonomia), como o era nos séculos XVIII e XIX e passou a incorporar também uma dimensão positiva (direito à diferença). Assim, preserva-se a igualdade quando, diante de situações idênticas, há decisões idênticas. Entretanto, viola-se o mesmo princípio quando em hipóteses de situações ‘semelhantes’, aplica-se, sem mais, uma ‘tese’ anteriormente definida (sem considerações quanto às questões próprias do caso a ser decidido e o paradigma, cf. infra): aí há também violação à igualdade, nesse segundo sentido, como direito constitucional à diferença e à singularidade. Nesses termos a temática se torna mais complexa, uma vez que não é mais possível simplificar a questão almejando tão só resolver o problema da eficiência quantitativa, tendo como pressuposto uma interpretação desatualizada do que representa a atual concepção de igualdade; até porque isonomia e diferença seriam cooriginários na formação da igualdade. (...) A defesa dessa ‘pseudo-igualdade’ para aumentar a eficiência (quantitativa), fomentar uma previsibilidade pelo engessamento dos posicionamentos (em face do modo superficial que o sistema brasileiro impõe a aplicação do direito aos juízes), favorecer uma concepção hierárquica (e não funcional da divisão das competências do Poder Judiciário – com quebra da independência interna) e desestimular o acesso à justiça (que é fruto de uma luta histórica e se tornou um problema funcional, pela ausência de uma efetiva reforma do Judiciário e de um aparato adequado), deve ser tematizada com muita cautela.¹¹⁰

Com efeito, embora tais técnicas possam permitir o tratamento igualitário das questões similares, também podem impedir que uma demanda seja julgada de forma adequada em razão da inobservância de questões singulares do caso em concreto.

Sob esse contexto, dada a necessidade de adaptação processual a fim de permitir que o processo continue sendo um instrumento de pacificação social confiável, não se pode negar que as técnicas analisadas de forma pragmática são aptas a conferir tratamento isonômico às

¹¹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. **Revista de Processo**. ano 35, n. 189, nov. 2010. p. 25-30.

demandas de massa em razão da valorização da jurisprudência, além de possibilitarem a agilização e racionalização da atividade jurisdicional, o que é um desejo social atual.¹¹¹

Essa agilização da atividade jurisdicional pode ser obtida com a redução do tempo de tramitação dos processos. No caso das demandas de massa, a adoção de uma causa modelo torna mais célere o julgamento das demais demandas - sobre a mesma questão - pendentes de julgamento.

Voltemos ao exemplo das demandas que visam a cobrança de correção monetária dos depósitos em cadernetas de poupança, afetados pelos Planos Econômicos Collor I, Bresser e Verão. Ao decidir pela afetação do Recurso Especial nº 1.110.549/RS à 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, por se tratar de recurso repetitivo, o Ministro Sidnei Beneti, suspendeu na origem as causas que versavam sobre a mesma questão, afirmando que muitos recursos idênticos já estavam em tramitação perante o STJ e milhares de outros à caminho.¹¹²

Com a suspensão, assim que a decisão for proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, os recursos sobrestados serão objeto de reapreciação pelos Tribunais locais, em conformidade com o posicionamento adotado pelo STJ, ou, caso contrário, serão remetidos ao STJ que os julgará aplicando a decisão anteriormente proferida. Tudo isso em razão da sistemática prevista no artigo 543-C, do Código de Processo Civil.

Evidencia-se, portanto, que o tempo de tramitação das demandas de massa é severamente reduzido, na medida em que, em muitos casos, não será preciso remeter os autos aos Tribunais Superiores para ver a questão solucionada.

Quanto a racionalização da atividade jurisdicional, as técnicas processuais que conferem repercussão coletiva aos julgamentos das demandas individuais exercem influência direta ao permitirem que o juiz possa fundamentar suas razões em uma decisão já proferida sobre o mesmo tema, mormente, quando se tratar de precedente vinculativo, tornando mais simples a atividade racional persuasiva do magistrado.

¹¹¹ “Nesse sentido, o ordenamento constitucional-processual brasileiro, mediante reformas recentes, vem adotando mecanismos que privilegiam o uso da jurisprudência como técnicas de agilização processual.” CAMBI, Eduardo. **NEOCONSTITUCIONALISMO E NEOPROCESSUALISMO**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: RT, 2009. p. 144.

¹¹² Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=4752901&formato=PDF>>. Acesso em: 25.07.10.

Observamos, dessa forma, que as técnicas estudadas servem aos escopos processuais ao permitirem que o processo tenha seu tempo de tramitação diminuído, garantirem a paridade de tratamento de questões similares em diversos processos e conferirem maior estabilidade às relações sociais. Todos esses aspectos contribuem para a justiça da decisão, na medida em que assegura maior confiabilidade às instituições sociais e confere pacificação social aos conflitos postos. Nesse sentido é a lição de Dinamarco:

No sistema da *common law* costuma ser dito que a força vinculante dos *holdings* (máximas contidas nos julgamentos) propicia a quádrupla vantagem expressa nas palavras *igualdade-segurança-economia-respeitabilidade*. Vendo agora o *avesso* representado pela imensa fragmentação de julgados presente na realidade brasileira, tem-se que nos julgamentos repetitivos e absolutamente desvinculados residem fatores que podem comprometer cada um desses ideais de boa justiça, (a) porque somente os que puderem e se animarem a subir ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça poderão afastar de si os julgamentos desfavoráveis suportados nas instâncias locais; b) por isso mesmo ou por outros fatores, reinarão sempre entre os jurisdicionados angustiosas incertezas sobre o futuro dos litígios em que se acham envolvidos; c) porque o Poder Judiciário prossegue envolvido em um trabalho inútil e repetitivo, quando poderia liberar-se da carga de repetição e dedicar-se com maior proficiência e celeridade a outros casos; e d) porque, havendo mecanismos capazes de uniformizar a jurisprudência de modo idôneo e firme, as decisões do órgão competente para dada matéria ficariam prestigiadas e sobretudo confiáveis, prevalecendo soberanas e com homogeneidade em todos os casos.¹¹³

Todavia, como foi dito, é necessário avaliar se as técnicas processuais estudadas asseguram as garantias processuais conquistadas, como o contraditório que representa o meio pelo qual o processo se desenvolve e permite a prolação de decisões justas e legítimas pelo Poder Judiciário.

Isso se deve porque, como ressaltamos, a justiça da decisão não depende somente do julgamento isonômico de questões semelhantes e da redução do tempo de tramitação das demandas, mas está sujeita, diretamente, à possibilidade de influir na decisão judicial mediante a garantia do contraditório (tema este que será objeto de análise específica no próximo capítulo), como também, se relaciona com a apreciação das singularidades de cada caso concreto apresentado.

Em sentido conforme,

¹¹³ Dinamarco, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 1 v. p. 216-217.

(...) é a existência de outros princípios e garantias fundamentais com as quais a celeridade processual tem de harmonizar-se, para não se tornar causa de retrocesso nas grandes conquistas da humanidade em torno daquilo que se convencionou chamar de devido processo legal. (...) A estrutura de técnicas de julgamento em larga escala (massificados) partindo-se de uma suposta homogeneidade de casos (idênticos), devido às contingências de um sistema com inúmeros problemas operacionais de aplicação e a busca de uma Justiça de números, não pode negligenciar a aplicação coerente dos direitos fundamentais dos cidadãos sob argumentos econômicos e funcionais.¹¹⁴

É de crucial importância observar, outrossim, que o processo escolhido para ter sua decisão espargida para outros tantos, deve estar “maduro” o suficiente para representar a complexidade da questão de direito que será debatida, pois, somente assim, representará adequadamente a controvérsia que atinge uma infinidade de pessoas que não puderam contribuir para a formação dos argumentos lançados no processo que será analisado.

Essa posição é defendida pelo Ministro Herman Benjamin, no julgamento do REsp 911.802/RS que, em seu voto vencido, sustentou o paradoxo da escolha de uma demanda, cuja parte é por ele considerada triplamente vulnerável para servir de paradigma para o debate de uma causa complexa, como ocorreu nas demandas que versavam acerca da assinatura básica da telefonia fixa:

Não resiste aqui à tentação de apontar o paradoxo. Enquanto o ordenamento jurídico nacional nega ao consumidor-indivíduo, sujeito vulnerável, legitimação para a propositura de ação civil pública (Lei 7347/1985 e CDC), o STJ, pela porta dos fundos, aceita que uma demanda individual – ambiente jurídico-processual mais favorável à prevalência dos interesses do sujeito hiperpoderoso (*in casu* o fornecedor de serviços de telefonia) – venha a cumprir o papel de ação civil pública às avessas, pois o provimento em favor da empresa servirá para matar na origem milhares de demandas assemelhadas – individuais e coletivas. Aliás, em seus memoriais, foi precisamente esse um dos argumentos (a avalanche de ações individuais) utilizado pela concessionária para justificar uma imediata intervenção da Seção. Finalmente, elegeu-se exatamente a demanda de uma consumidora pobre e negra (como dissemos acima, *triplamente vulnerável*), destituída de recursos financeiros para se fazer presente *fisicamente* no STJ, por meio de apresentação de memoriais, audiências com os Ministros e sustentação oral. Como juiz, mas também como cidadão, não posso deixar de lamentar que, na argumentação (?) oral perante a Seção e também em visitas aos Gabinetes, verdadeiro monólogo dos maiores e melhores escritórios de advocacia do País, a voz dos consumidores não e tenha feito ouvir. Não lastimo somente o silêncio de D. Camila Mendes Soares, mas sobretudo a ausência, em sustentação oral, de representantes dos interesses dos *litigantes-sombra* (...) ¹¹⁵

Com efeito, pretendemos investigar, por meio do presente estudo, se as técnicas processuais que conferem repercussão coletiva aos julgamentos das demandas individuais são

¹¹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. **Revista de Processo**. ano 34, n. 177, p. 9-46, nov. 2009. p. 11-19.

¹¹⁵ STJ, REsp 911.802/RS, 1ª Seção, j. 24.10.2007, rel. Min José Delgado, Dje 01.09.2008.

verdadeiramente aptas a proporcionar a paridade de julgamento para as demandas similares, mantendo a coerência do sistema sem violar as garantias processuais consagradas, que asseguram ao jurisdicionado a justiça da decisão, mediante a possibilidade de influir na decisão da causa.

3.1 REPERCUSSÃO GERAL

Nos debates prévios à Reforma do Judiciário, um dos pontos de relevo foi a proposta que visava limitar o acesso ao Supremo Tribunal Federal no que diz respeito a abertura existente pela via recursal. É o que ensina André Ramos Tavares:

Nas discussões acerca da Reforma do Judiciário sempre esteve presente a proposta de que se restringisse o amplo e irrestrito acesso, franqueado via recursal, à Constituição do Brasil. ‘Uma ampla abertura para provocar e exigir a manifestação de mérito de um Tribunal Constitucional deve ser evitada, sob pena de prejuízo sério no desenvolvimento a contento, por esse tribunal, das questões cruciais’ Falava-se, nessa linha, da comprovação de ‘alta relevância’ do recurso extraordinário para que fosse aceito a julgamento, sem eliminar esse importante instrumento de subjetivação, de humanização mesmo do controle de constitucionalidade. A *relevância* deveria, pois, servir ao Supremo Tribunal Federal como espécie de filtragem das matérias a serem por ele definidas via recursal.¹¹⁶

A repercussão geral ingressou no sistema brasileiro, de forma genérica, por meio da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que inseriu este novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário¹¹⁷ por meio do artigo 102, §3º, da Constituição Federal de 1988,

¹¹⁶ TAVARES, André Ramos. A repercussão geral no recurso extraordinário. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. (Coord.). **Reforma do Judiciário**: analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005. p. 215.

¹¹⁷ A doutrina classifica a repercussão geral como requisito intrínseco de admissibilidade do recurso. Para demonstrar: “O art. 543-A do CPC (acrescentado pela Lei 11.518/2006), refere que ‘o Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral’. Trata-se de requisito intrínseco de admissibilidade recursal: não havendo repercussão geral, não existe poder de recorrer ao Supremo Tribunal Federal.” MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 33. “Trataremos o modo como o novo requisito da repercussão geral (dentro do cabimento) foi estruturado na Constituição e posteriormente na legislação e jurisprudência. (...)”. THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. **Revista de Processo**. ano 34, n. 177, nov. 2009. p. 23. “A repercussão geral é a implementação de um novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, inserta no ‘cabimento’”. JORGE, Flavio Cheim; SARTÓRIO, Elvio Ferreira. O recurso extraordinário e a demonstração da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. alli. (Coord.). **Reforma do Judiciário**: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004. São Paulo: RT, 2005. p. 188.

posteriormente sistematizado pela Lei 11.418, de dezembro de 2006, mediante a introdução dos artigos 543-A e 543-B no Código de Processo Civil, que assim estão enunciados:

Art. 543-A. 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.

§1º. 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.

§2º. O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência de repercussão geral.

§3º. Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

§4º. Se a Turma decidir pela existência de repercussão geral por, no mínimo 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário.

§5º. Negada a existência de repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§6º. O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§7º. A súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no *Diário Oficial* e valerá como acórdão.

Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

§ 1º. Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º. Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

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

§ 5º. O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.¹¹⁸

A repercussão geral é instituto que se assemelha ao instituto da arguição de relevância, inserida no sistema pátrio, por meio da Emenda Constitucional n.1 de 1969 (e que não foi adotada pela Constituição Federal de 1988), para permitir que o STF – na época competente

¹¹⁸BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília, 11 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 5 set. 2010.

para apreciação das matérias constitucionais e infraconstitucionais – selecionasse os recursos relevantes, pois, somente estes justificariam a manifestação do Supremo Tribunal.¹¹⁹

A introdução do requisito de admissibilidade da repercussão geral tem, como finalidade principal, a filtragem de recursos que não englobem elementos de relevância (econômica, política, social e jurídica) e transcendência (potencialidade de atingir interesses subjetivos de outras partes que figurem em outras demandas).¹²⁰

Está-se, aqui, diante de um sistema de filtro, idêntico, sob o ponto de vista substancial, ao sistema da relevância, que faz com que ao STF cheguem exclusivamente questões cuja importância transcenda à daquela causa em que o recurso foi interposto. Entende-se, com razão, que, dessa forma, o STF será reconduzido à sua verdadeira função, que é a de zelar pelo direito objetivo – sua eficácia, sua inteireza e a uniformidade de sua interpretação – na medida em que os temas trazidos à discussão tenham relevância para a Nação.¹²¹

¹¹⁹ JORGE, Flavio Cheim; SARTÓRIO, Elvio Ferreira. O recurso extraordinário e a demonstração da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. alli. (Coord.). **Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004.** São Paulo: RT, 2005. p. 184. É importante mencionar, conforme expõem os autores, que para a apreciação da arguição de relevância, não havia o dever de fundamentação da decisão que inadmitia o recurso extraordinário “não dotado de relevância”. Em igual sentido: “Pretendeu-se, a toda evidência, reinserir no ordenamento jurídico brasileiro a denominada ‘arguição de relevância’, que teve vigência entre nós durante o período militar. Alteraram-se a denominação e a forma procedimental de examinar-se a repercussão do tema versado no recurso extraordinário, muito embora as finalidades sejam aparentemente as mesmas do sistema anterior: de um lado, reduzir o enorme número de recursos submetidos ao STF; de outro, prestigiar a qualidade dos julgamentos do STF, ressaltando sua característica de Corte formadora de precedentes aos demais órgãos do Poder Judiciário.”. BARIONI, Rodrigo. O recurso extraordinário e as questões constitucionais de repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. alli. (Coord.). **Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004.** São Paulo: RT, 2005. p. 721.

¹²⁰ “Pensamos poderem ser os critérios a orientar a identificação de uma questão de repercussão geral, por exemplo, os de ordem econômica, social, política, e mesmo jurídica, no sentido estrito. A repercussão geral jurídica no sentido estrito existiria, por exemplo, quando estivessem em jogo o conceito ou a noção de um instituto básico do nosso direito, de modo que aquela decisão, se subsistisse, pudesse significar perigoso e relevante precedente, como a de direito adquirido. Relevância social haveria, numa ação em que se discutissem problemas relativos à escola, à moradia ou mesmo à legitimidade do Ministério Público para a propositura de certas ações. Pensamos, aliás, que essa repercussão geral deverá ser pressuposta em um número considerável de ações coletivas. Repercussão econômica haveria em ações que discutissem, por exemplo, o sistema financeiro de habitação ou a privatização de serviços públicos essenciais, como a telefonia, o saneamento básico, a infraestrutura etc. Repercussão política haveria, quando, por exemplo, de uma causa pudesse emergir decisão capaz de influenciar relações com Estados estrangeiros ou organismos internacionais.”. MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. REPERCUSSÃO GERAL E SÚMULA VINCULANTES relevantes novidades trazidas pela EC n. 45/2004, O recurso extraordinário e a demonstração da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. alli. (Coord.). **Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004.** São Paulo: RT, 2005. p. 377. Sobre o binômio relevância e transcendência: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário.** 2. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 32-42 e 80.

¹²¹ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. REPERCUSSÃO GERAL E SÚMULA VINCULANTES relevantes novidades trazidas pela EC n. 45/2004, O recurso extraordinário e a demonstração da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. alli. (Coord.). **Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004.** São Paulo: RT, 2005. p. 374.

Diante do crescente número de recursos e da multiplicidade de teses jurídicas discutidas pelo STF,¹²² a repercussão geral é uma técnica processual que visa solucionar a crise de quantidade de demandas em tramitação perante o STF¹²³, ao conferir repercussão coletiva aos julgamentos das demandas individuais, pois que, a análise de um recurso permite obter resolução para outros tantos recursos que tratem da mesma matéria.

Na hipótese da alínea “a”, o não reconhecimento da repercussão geral terá efeito espargido para outros processos que não aquele cuja análise culminou no reconhecimento da inexistência de relevância e transcendência da controvérsia.

O não-reconhecimento da repercussão geral de determinada questão tem efeito pan-processual, no sentido de que se espalha para além do processo em que fora acertada a inexistência de relevância e transcendência da controvérsia levada ao Supremo Tribunal Federal. O primeiro efeito pragmático oriundo desse não-reconhecimento está em que outros recursos fundados em matéria idêntica não serão conhecidos liminarmente, estando o Supremo Tribunal Federal autorizado a negar-lhes seguimento de plano (art. 543-A, §5º, do CPC).¹²⁴

Assim sendo, reconhecido que a controvérsia não é dotada de repercussão geral, todos os demais recursos, cuja controvérsia for idêntica, poderão deixar de ser conhecidos, liminarmente pela Presidência do STF (artigo 327, *caput*, do Regimento Interno do STF) ou

¹²² “O STF está em crise. Essa assertiva não é nova, mas demonstra a fase atribulada por que passa este órgão, que é incapaz de absorver a quantidade de processos e recursos que anualmente ali são distribuídos.” JORGE, Flavio Cheim; SARTÓRIO, Elvio Ferreira. O recurso extraordinário e a demonstração da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. alli. (Coord.). **Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004**. São Paulo: RT, 2005. p. 183.

¹²³ “Tendo presente essas coordenadas, a adoção de um mecanismo de filtragem recursal como a repercussão geral encontra-se em absoluta sintonia com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e, em especial, com o direito fundamental a um processo com duração razoável.” MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 18.

¹²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 54. Em igual sentido: “O §5º do art. 543-A cria uma espécie de efeito vinculante na hipótese de ser negada a existência da repercussão geral, e existirem outros recursos sobre matéria idêntica. Nesses casos, haverá o indeferimento liminar dos recursos pelo próprio relator. Como referido no item acima, a imposição de repercussão geral como requerido extra para a admissibilidade dos recursos extraordinários, tem o seu efeito potencializado na hipótese de multiplicidade de recursos”. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo**. 3. ed. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2010. p. 291, e “Trata-se de opção política do constituinte derivado, no sentido de limitar a atividade jurisdicional da Suprema Corte, reservando-a aos casos de repercussão geral, de modo que a interpretação constitucional realizada no recurso extraordinário forme precedente que refletirá em outros casos idênticos. A repercussão geral significa o transbordamento dos limites subjetivos do caso submetido ao STF por força do recurso extraordinário, que encontrará eco em outras demandas similares, para as quais a Suprema Corte necessita formar jurisprudência. A título exemplificativo, apresenta-se relevante uma demanda na qual se discute a constitucionalidade da cobrança de determinado tributo. O fato de o recurso extraordinário originar-se de uma demanda de interesse meramente individual do recorrente não lhe retira a repercussão geral, consistente na provável repetição de causas de idêntica natureza.” BARIONI, Rodrigo. O recurso extraordinário e as questões constitucionais de repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. alli. (Coord.). **Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004**. São Paulo: RT, 2005. p. 722.

pelo relator do recurso (artigo 327, §1º, do Regimento Interno do STF). A vinculação ocorrida nessa espécie, é horizontal, ou seja, para o próprio tribunal, como explicam Mitidiero e Marinoni:

A decisão atinente à existência ou inexistência de repercussão geral da controvérsia debatida no recurso extraordinário é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal (art. 102, §3º, da CF c/c art. 543-A do CPC). Seu julgamento a respeito vincula o próprio Supremo Tribunal Federal, importando em vinculação horizontal.¹²⁵

Além do caso da vinculação da decisão que não reconhece a repercussão geral, a Lei nº 11.418 de 2006 também introduziu a repercussão geral quando “houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia” (Art. 543-B do CPC).

Nessa hipótese o exame da repercussão geral se dará por amostragem, na medida em que os Tribunais locais escolherão recursos que representem adequadamente a controvérsia, sobrestando o processamento dos demais recursos com idêntica controvérsia. O não reconhecimento da repercussão geral terá efeito semelhante ao estudado na alínea “a”, visto que, importará na inadmissão dos demais recursos (no caso, sobrestados na origem). Se reconhecida a repercussão geral, o mérito do recurso representativo da controvérsia será julgado pelo Supremo Tribunal Federal e a *ratio decidendi* vinculará os Tribunais locais que poderão: (i) retratar-se, adequando o posicionamento tomado na decisão impugnada com o julgamento do STF; ou (ii) declarar prejudicado os recursos cujas razões não tenham sido acolhidas no julgamento do mérito do recurso representativo pelo STF. Caso a decisão, objeto do recurso extraordinário, seja mantida pelo Tribunal de origem poderá o STF cassar ou reformá-la liminarmente.

Evidencia-se, portanto, que a decisão obtida na análise negativa da repercussão geral, bem como a aquela decorrente da apreciação de mérito do recurso representativo de controvérsia terão seus efeitos espargidos para tantos outros recursos que versarem sobre idêntica controvérsia.

Assim sendo, podemos afirmar que a principal mudança introduzida com a repercussão geral é que a decisão do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso de

¹²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 21-22.

constitucionalidade, atingirá não somente as partes da demanda, mas também todas as demais que figurarem em litígios com matéria idêntica, figurando-se como um verdadeiro instrumento de julgamento de demandas de massa.¹²⁶

Ademais, com a regra examinada, muitos recursos extraordinários deixam de ser encaminhados ao STF, reduzindo o número de processos em andamento, seja pela inexistência de repercussão geral, seja pela retratação do Tribunal de origem, seja pela improcedência da tese recursal, que implicará na perda do objeto do recurso sobrestado em virtude do julgamento da matéria no(s) recurso(s) modelo(s).

3.2 A SISTEMÁTICA DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS

Também chamado de julgamento por amostragem do recurso especial, o artigo 543-C, introduzido ao Código de Processo Civil pela Lei nº 11.672, de maio de 2008, trata da possibilidade de julgamento de um ou alguns recurso(s), como representativo(s) de controvérsia que atinge outros inúmeros recursos, e assim está redigido:

Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

§ 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça.

§ 2º Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

§ 3º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia.

¹²⁶ “Como é sabido, o recurso extraordinário é um dos meios pelos quais o STF pode realizar o controle difuso de constitucionalidade, e que antes podia ser vinculado numa demanda individual, versando exclusivamente sobre os interesses de terceiros estranhos à causa. Com a modificação, o recurso excepcional ganha nova conformação, pois a manifestação do Pretório Excelso sobre o mérito de determinada questão constitucional significará que ela atinge não somente as partes do processo, mas têm abrangência a outras tantas pretensões isomórficas.” BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. **O DEVIDO PROCESSO LEGAL NAS CAUSAS REPETITIVAS**. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/antonio_adonias_aguiar_bastos.pdf>. Acesso em: 23.01.2010. p. 4945.

§ 4º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.

§ 5º Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4º deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias.

§ 6º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de **habeas corpus**.

§ 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:

I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou

II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.

§ 8º Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial.

§ 9º O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo.¹²⁷

Na hipótese do processamento dos recursos especiais repetitivos, o legislador também se vale da seleção de recurso representativo de controvérsia a ser realizado pelos Tribunais locais, que admitirão um ou mais recursos representativos, encaminhando o(s) selecionado(s) ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e sobrestando o processamento dos demais.

Julgado o mérito dos recursos representativos, os recursos sobrestados na origem (i) terão seguimento denegado, quando o acórdão, objeto do recurso, for idêntico à orientação do Tribunal Superior, (ii) serão reapreciados pelos Tribunais de origem, caso o acórdão recorrido for contrário ao posicionamento adotado pelo STJ, e (iii) caso a orientação do STJ não prevaleça, o recurso especial será admitido e encaminhado ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento.

Nota-se novamente a hipótese de repercussão coletiva do julgamento das demandas individuais, na medida em que a decisão tomada em um recurso (representativo) atingirá os demais recursos cuja controvérsia reputou-se idêntica.

Novamente, a racionalização da atividade judiciária, a uniformização das decisões judiciais e a celeridade na tramitação da demanda serão sensivelmente atingidas, na medida em que, com

¹²⁷ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília, 11 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 5 set. 2010.

a análise de um ou mais recursos, o Superior Tribunal de Justiça solucionará uma imensidade de demandas.¹²⁸

3.3 SÚMULAS

Antes de iniciarmos o estudo sobre as súmulas e seus efeitos nos julgamentos das demandas repetitivas, é necessário tratar do significado do vocábulo súmula e estudarmos simplificada a evolução histórica do precedente judicial no Direito Brasileiro.¹²⁹

Quando nos referimos ao termo súmula, geralmente estamos falando de um verbete numerado que externa a posição ou o entendimento de um órgão jurisdicional sobre um determinado assunto.

Em verdade, “o termo súmula quer significar o conjunto da jurisprudência dominante de um tribunal” que retratam o entendimento consagrado do órgão judicial acerca dos mais variados temas de direito analisados. Cada um destes entendimentos, numerados, e que tratam, em regra, de uma determinada questão de direito, dá-se o nome de enunciado.¹³⁰

Conforme nos conta Humberto Dalla Bernardina de Pinho¹³¹, as Ordenações Manuêlinas estabeleceram no direito Lusitano a força vinculante dos assentos (decisões tomadas pela Casa de Suplicação de Lisboa), que eram utilizados para auxiliar a interpretação das leis, nas hipóteses em que se configurassem dúvidas sobre o direito. Com a evolução histórica, a

¹²⁸ “Com essas técnicas de processamento e julgamento, os casos repetitivos são resolvidos com agilidade, conferindo-se um tratamento uniforme a todas as causas que versem sobre a mesma questão jurídica.” CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. (Org.). **Leituras complementares de processo civil**. 8. ed. Salvador: JusPodvim, 2010. p. 312.

¹²⁹ Desde já, salienta-se que neste capítulo não faremos distinção entre os conceitos de precedente e jurisprudência ou súmula, estudo que será realizado nos capítulos posteriores deste trabalho. São várias as características que diferenciam os institutos, por ora, importa mencionar que precedente é, em regra um caso sentenciado que pode servir de exemplo para um caso similar posterior, enquanto jurisprudência é um conjunto de decisões judiciais sobre uma mesma questão de direito que são utilizadas para fundamentar uma forma de decidir em um processo posterior. TARUFFO, Michelle. Precedente e giurisprudenza. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2559/39.pdf>>. Acesso em: 25.05.2011.

¹³⁰ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 253.

¹³¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo**. 3. ed. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2010. p. 280-282. Mancuso também faz uma profunda análise histórica da origem dos precedentes judiciais. MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Divergência Jurisprudencial e súmula vinculante**. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2010. p. 15-46.

utilização dos assentos foi substituída pelas decisões obtidas em conflitos de jurisprudência que serviriam para vincular as decisões que fossem tomadas sobre a mesma matéria.

No Brasil, diante da submissão ao Direito Português, inicialmente os assentos proferidos deveriam seguir aqueles criados pela Casa de Suplicação de Lisboa. A independência permitiu a criação do Supremo Tribunal de Justiça que em 1876 passou a criar os assentos como era realizado em Portugal.

No Código de Processo Civil de 1939 havia previsão do recurso de revista, cuja utilização assemelha-se ao atual emprego do recurso de Embargos de Divergência, eis que servia para uniformizar a jurisprudência interna do tribunal.

Noticia-se que no anteprojeto do Código Buzaid havia previsão de instrumentos para uniformização de jurisprudência por meio da criação de assentos com força obrigatória, que, por serem taxados de inconstitucionais, perderam a sua eficácia vinculante.¹³²

Posteriormente, foram criados os institutos da advocatória e da representação interpretativa, sendo que, ambos serviam precipuamente à uniformização jurisprudencial, pois ensejavam a interpretação do texto controverso pelo Supremo Tribunal.¹³³

Após essa breve análise, chega-se a fase em que as súmulas foram criadas para atribuir uniformidade às decisões judiciais.

(...) desde longa data, a fim de estabelecer uma uniformidade das decisões prolatadas pelos tribunais, chegamos por fim às súmulas do Supremo Tribunal Federal. Em primeira análise, temos as denominadas 'súmulas de jurisprudência predominante', que foram criadas com o objetivo de desafogar o Judiciário, que contava com grande volume de feitos desde os anos sessenta, período de criação do instituto. (...) A súmula de jurisprudência dominante foi idealizada com o intuito de promover auxílio aos próprios membros do STF, visando a facilitação das atividades dos magistrados e dos advogados das partes, posto que teriam como fundamentar suas teorias em casos análogos. (...) Contudo, vale lembrar que nenhuma das súmulas editadas pelo STF até o advento da Lei nº 11.417/06 tem efeito vinculante. Para que sejam vinculantes, as súmulas terão que seguir todo o procedimento previsto nesse

¹³² PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo**. 3. ed. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2010. p. 281.

¹³³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudencial e súmula vinculante**. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2010. p. 332-334.

diploma, a começar pelo quórum de aprovação de dois terços dos membros do STF.¹³⁴

De acordo com José Marcelo Menezes Vigliar, a uniformidade das decisões relaciona-se diretamente com o Princípio da Segurança Jurídica:

(...) a necessidade da adoção de um sistema de jurisprudência vinculante, como um dos mecanismos aptos a proporcionar ao jurisdicionado, consumidor da atividade jurisdicional do Estado e que paga caro por esse serviço, uma maior segurança. (...) Através da jurisprudência vinculativa – e considerando que temos um tribunal constitucional – não seria razoável disseminar a insegurança entre todos os juízes, poder público e cidadãos envolvidos, sobre a constitucionalidade (ou não) de determinada lei ou ato normativo que pudesse criar esse ou aquele direito ou dever, sujeitando-os às consequências jurídicas daí decorrentes. Se inconstitucional ou constitucional, que o seja para todos. O valor jurídico preservado, indiscutivelmente, é o da segurança jurídica, importantíssimo num Estado de Direito.¹³⁵

Podemos conceituar as súmulas como um resumo ou compêndio que contém elementos gramaticais os quais refletem uma tese jurídica reiteradamente dominante e servem como base de argumentação para os julgamentos de casos futuros semelhantes, com o fito de garantir a uniformidade e previsibilidade das decisões judiciais.¹³⁶

A aplicação das súmulas deve seguir as mesmas regras utilizadas para a aplicação dos precedentes. Na doutrina americana, seguida pelo direito brasileiro, são três as formas de aplicação dos precedentes: (i) *distinguishing* que é a forma de diferenciar o caso em concreto de um determinado precedente para fundamentar as razões de sua não aplicação; (ii)

¹³⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo**. 3. ed. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2010. p. 283-284. Anota o autor, também, que a palavra súmula tem origem no latim *summa* que significa pequeno resumo, assim, a utilização técnica da palavra ensejaria a compreensão de que em uma súmula existem diversos enunciados. Contudo, não foi esta a utilização adotada pelo legislador brasileiro e por isso que hoje a criação de uma súmula serve para fixada de um único enunciado. *Ibid.*, p. 283.

¹³⁵ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. A reforma do judiciário e as súmulas de efeitos vinculantes. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. (Coord.). **Reforma do Judiciário**: analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005. p. 285 e 288.

¹³⁶ CAMBI, Eduardo. **NEOCONSTITUCIONALISMO E NEOPROCESSUALISMO**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: RT, 2009. p. 162-162. Em sentido semelhante: “Um deles é o fato de a súmula oferecer uma maior *certeza do Direito*. Através da súmula, identifica-se, rapidamente, a jurisprudência firme, cristalizada (mas não imutável) do tribunal acerca de variados temas jurídicos. Individualmente, verifica-se que cada um dos enunciados da súmula recobre determinado aspecto de lei, ou preenche os espaços vazios por ela deixados, com uma interpretação considerada prevalente e consolidada, assim contribuindo, ponto a ponto, com a *certeza do Direito*. Outro motivo foi a busca da *previsibilidade*: contendo a súmula, de modo seguro, preciso e claro, a verdadeira inteligência da norma legislada, ela é uma ferramenta que muito contribui para tornar previsível, tanto para o Judiciário como para os jurisdicionados, a solução de litígios presentes e futuros. Por derradeiro, pesou o princípio da *igualdade*: a súmula, se não acaba, pelo menos, mitiga bastante a variação de interpretação sobre determinada questão de direito. Ou seja, contribui para a aplicação de uma mesma regra para os casos semelhantes, o que resulta em tratamento igual para todos que, nas mesmas condições, batam às portas do Judiciário.” .” SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 254.

overruling quando o juiz deixa de aplicar um determinado precedente, aplicável ao caso em concreto, por considerá-lo ultrapassado ou injusto; e (iii) *overstatement* quando a aplicação do precedente se dá de forma mais aprimorada.

Aplicadas da maneira correta, as súmulas viabilizam a uniformidade das decisões judiciais, além de racionalizar a atividade judiciária ao reduzir a complexidade do ato de decidir, seja pela aplicação obrigatória do núcleo da súmula, seja pela sua utilização como instrumento de argumentação, dependendo cada uma dessas formas de atuação da natureza da súmula utilizada, como se explicará mais detidamente nos próximos tópicos. Nesse sentido é o posicionamento de Dinamarco:

(...) De minha parte sempre louvei a idéia das súmulas, porque vejo nelas a capacidade de pacificar em tempo relativamente breve a jurisprudência sobre temas relevantes ligados à ordem constitucional, servindo também como instrumento de desafogo dos trabalhos dos tribunais (especialmente do Supremo Tribunal Federal).¹³⁷

3.3.1 Súmulas persuasivas

A Constituição Federal, em seu artigo 103-A, demonstra que a súmula vinculante é uma exceção no sistema ao dispor de regras rígidas e especificações para sua criação e diferenciação das demais súmulas existentes.

Trata-se de uma herança advinda do sistema da *civil law* em que o sistema judicial, por questão abrangida no conceito de segurança, é estritamente vinculado à lei, ao contrário do que ocorre no sistema da *common law* em que a segurança jurídica se relaciona com a vinculação ao precedente (*stare decisis*).¹³⁸

As súmulas persuasivas são aquelas que trabalham na convicção do julgador para que um determinado entendimento seja adotado, não por sua obrigatoriedade, mas em razão da racionalidade de que a atividade jurisdicional deve ser dotada, garantindo o tratamento igualitário aos casos semelhantes, bem como, em razão da própria força persuasiva na fundamentação das razões de decidir.

¹³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 2 v. p. 205.

¹³⁸ CAMBI, Eduardo. **NEOCONSTITUCIONALISMO E NEOPROCESSUALISMO**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: RT, 2009. p. 147.

A súmula de jurisprudência dominante foi idealizada com o intuito de promover auxílio aos próprios membros do STF, visando a facilitação das atividades dos magistrados e dos advogados das partes, posto que teriam como fundamentar suas teorias em casos análogos.¹³⁹

Como brevemente explicitadas no início desta seção, as razões que disciplinam a formulação e utilização das súmulas persuasivas decorrem da necessidade de uniformizar a interpretação jurisprudencial das normas legais, a fim de que o sistema legal mantenha sua coerência e eficácia.

A garantia constitucional da isonomia institui a necessidade de criação de mecanismos de controle da heterogeneidade natural do sistema jurisprudencial lastreado na *commun law*. O regime jurídico que privilegia a norma legal, a existência de órgãos jurisdicionais distintos dotados de competência para analisar matérias idênticas e a autonomia do magistrado para conhecer da demanda e julgá-la conforme suas convicções permitem, inevitavelmente, a ocorrência de divergências jurisprudenciais.

Ocorre que, muito embora seja possível aceitar, dentro da lógica do sistema, a existência de divergências entre os posicionamentos jurisprudenciais, não se pode compactuar para que as divergências sejam constantes e ocorram em larga escala, sob pena de afrontarmos a garantia constitucional da isonomia e a certeza jurídica da qual o ordenamento deve ser dotado.

Partindo da diretriz de que a solução outorgada através do processo deve resultar a mais aproximada possível daquela a que se chegaria se houvesse a resolução do conflito pela voluntária submissão dos interessados ao texto de regência, e considerando-se, de outro lado, que a garantia constitucional da isonomia deve abranger não somente a norma *legislada* (= enquanto produto da atividade parlamentar), mas igualmente a norma *judicada* (= após submetida ao contraste jurisdicional), segue-se que a eficácia da atividade jurisdicional depende de que os operadores do Direito se conscientizem da necessidade de que o ordenamento positivo seja... *justo*, e não, apenas, formalmente *jurídico*.¹⁴⁰

A utilização das súmulas persuasivas serve, dessa forma, para garantir a homogeneidade dos comandos jurisprudenciais, como orientação para julgamentos de casos análogos, de elemento para fundamentação das razões de decidir e como garantia da eficácia do próprio comando

¹³⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo**. 3. ed. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2010. p. 284.

¹⁴⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudencial e súmula vinculante**. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2010. p. 428.

jurisdicional, ao evitar que um julgamento em contrário impeça a execução do comando judicial.¹⁴¹

A homogeneidade do posicionamento jurisdicional e a criação das súmulas foi objeto de reflexão de Marcelo Lamy e Luiz Guilherme Arcaro Conci:

A cultura segundo a qual os homens que se encontram na mesma circunstância fática devem receber pela lei o mesmo tratamento, sem privilégios, já está incorporada historicamente. Casos iguais ou muito semelhantes não podem receber tratamento judicial diferenciado de acordo com a vara, a câmara ou seção de julgamento. A doutrina nacional insiste que tal disparidade na aplicação do direito traz tremenda insegurança jurídica e, ancorados neste embate, apresenta-se à súmula vinculante. (...) Para nós, os autprecedentes e os precedentes hierarquicamente superiores devem possuir efeito vinculante, não por decorrência de dispositivo constitucional ou legal, mas por respeito à igualdade.¹⁴²

Assim sendo, o julgador, em um sistema de respeito aos precedentes e à uniformidade das decisões judiciais, deverá se voltar para análise dos precedentes jurisprudenciais aplicáveis à situação em concreto a fim de constatar se a *ratio decidendi* (argumentação jurídica da qual se baseia o precedente) influenciará na solução da demanda que está apreciando e se as súmulas persuasivas servem claramente a esta função de orientação das decisões jurisdicionais.

O valor persuasivo do precedente deve decorrer da comparação entre o caso em julgamento e os casos já julgados. O precedente tem importância *analógica* ao caso a ser julgado, servindo como estímulo ao pensamento e como um *método de justificação*. Assim, não basta que o juiz conheça a ementa do(s) julgados(s), mas esteja em condições de conhecer a *ratio decidendi*, isto é a inteira argumentação, fática e jurídica, a que o precedente está baseado.¹⁴³

Consideramos as súmulas persuasivas como técnicas de repercussão coletiva dos julgamentos das demandas individuais por que a *ratio decidendi* de um precedente, definido em um julgamento de demanda individual, servirá como instrumento de argumentação e persuasão para o julgamento de outra demanda individual, de forma que o seu julgamento será diretamente influenciado pelo julgamento da(s) demanda(s) que originaram a súmula.

¹⁴¹ “Os juízes e Tribunais, como regra, devem seguir, em todos os casos semelhantes ou análogos, a jurisprudência dos Tribunais Superiores, exceto quando ela estiver equivocada e se mostrar contrária ao direito ou à razão. Assim, assegura-se a *estabilidade* do direito e a *segurança* jurídica, além de se afirmar a noção de justiça como *regularidade*, o que permite tratar isonomicamente os casos essencialmente iguais e, assim, promover o princípio da *igualdade perante a lei*.” CAMBI, Eduardo. **NEOCONSTITUCIONALISMO E NEOPROCESSUALISMO**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: RT, 2009. p. 154.

¹⁴² LAMY, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Reflexões sobre as súmulas vinculantes. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. (Coord.). **Reforma do Judiciário**: analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005. p. 307.

¹⁴³ Ibid. p. 149.

3.3.2 Súmulas vinculantes

Como nos referimos no item anterior, o artigo 103-A da Constituição Federal, disciplinou as súmulas vinculantes, cujo texto legal assim é expresso:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§1º. A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§2º. Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, a revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor ação direta de inconstitucionalidade.

§3º. Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.¹⁴⁴

Como o próprio dispositivo legal prevê, as súmulas vinculantes são limitadas às matérias constitucionais, analisadas reiteradamente pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que tratam da validade, interpretação e eficácia de normas sobre as quais exista controvérsia atual entre órgãos jurisdicionais ou entre estes e órgãos da administração pública que acarretem insegurança jurídica grave e a repetição de demandas sobre a matéria.

Nota-se, como observa José Marcelo Menezes Vigliar, que o objeto das súmulas vinculantes deverá se limitar às matérias que importem em insegurança jurídica e, conseqüentemente, repetição de demandas sobre o tema.¹⁴⁵

As súmulas vinculantes, assim como as súmulas persuasivas, servem para garantir a uniformidade de interpretação de uma determinada norma jurídica, pois, fundamenta-se no princípio da isonomia e na previsibilidade das decisões judiciais.¹⁴⁶

¹⁴⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 jul. 2010.

¹⁴⁵ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. A reforma do judiciário e as súmulas de efeitos vinculantes. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. (Coord.). **Reforma do Judiciário**: analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005. p. 290.

Contudo, as súmulas vinculantes são dotadas de “*eficácia expandida panprocessual*, estendendo-se a todos os órgãos judiciais e à Administração Pública direta e indireta”¹⁴⁷ e seu descumprimento acarreta a cassação da decisão judicial ou a anulação do ato administrativo, desde que demonstrada sua violação na reclamação que será diretamente dirigida ao STF.

Assim, por não se limitar em persuadir a fundamentação e a forma de decidir de um juiz, e por ter sua eficácia espargida em toda sociedade, a súmula vinculante é, ainda mais que a súmula persuasiva, uma técnica que confere repercussão coletiva aos julgamentos das demandas individuais, eis que a criação da súmula, em razão da análise de algumas demandas, implicará no julgamento de todas as demandas que posteriormente venham ser ajuizadas sobre a mesma matéria.

As súmulas vinculantes, outrossim, permitem igual tratamento às questões idênticas, como também conferem maior celeridade ao julgamento das demandas de massa. Nesse sentido, é a posição de Leonardo José Carneiro da Cunha,

A súmula vinculante constitui importante mecanismo para a racionalização das causas repetitivas. Aliás, um dos requisitos para a edição da súmula vinculante é que haja reiteradas decisões do STF em matéria constitucional, o que demonstra que a súmula vinculante guarda pertinência com as demandas de massa.¹⁴⁸

Em igual sentido,

Somados os prós e os contras (e há inúmeros prós e inúmeros contras), sempre nos pareceu conveniente a adoção do sistema de súmulas vinculantes. Sempre consideramos ser uma medida vantajosa, já que, se, de um lado, acaba contribuindo para o desafogamento dos órgãos do Poder Judiciário, de outro lado, e principalmente, desempenha papel relevante no que diz respeito a valores prezados pelos sistemas jurídicos: segurança e previsibilidade. Portanto, consideramos positiva a alteração do sistema nesse ponto, principalmente para os jurisdicionados – já que certamente deve gerar maior segurança e previsibilidade – e boa para o Poder Judiciário – que ficará menos sob recarregado, o que, como se sabe, indiretamente, representa benefício para os próprios jurisdicionados.¹⁴⁹

¹⁴⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo**. 3. ed. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2010. p.284.

¹⁴⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudencial e súmula vinculante**. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2010. p. 344.

¹⁴⁸ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. (Org.). **Leituras complementares de processo civil**. 8. ed. Salvador: JusPodvim, 2010. p. 310.

¹⁴⁹ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. REPERCUSSÃO GERAL E SÚMULA VINCULANTES relevantes novidades trazidas pela EC n. 45/2004, O recurso extraordinário e a demonstração da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. alli.

Também permitirão que os litigantes que não dispõem de recursos suficientes para garantir a defesa de seus interesses de forma eficaz, obtenham a resposta jurisdicional mais efetiva,

A exigência de obediência às súmulas decorre da necessidade de aplicação isonômica do direito em todo o território nacional e privilegia, apesar de muitos não intentarem ver, os litigantes que querem ver garantido direito seu, principalmente, as minorias que não dispõem de representantes para provocar o controle concentrado de constitucionalidade e dependem dos trâmites morosos do processo ordinário, principalmente na busca da concretização de direitos que a Constituição lhes outorga.¹⁵⁰

3.3.3 Súmula impeditiva de recursos

A Lei nº 11.276 de 2006 alterou a redação do artigo 518 ao incluir novo parágrafo ao citado dispositivo, ratificando posicionamento legislativo que visa atribuir importância ao sistema dos precedentes judiciais no direito brasileiro.¹⁵¹ Com a referida alteração, a redação do dispositivo assim restou consagrada:

Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder.

§ 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

Observa-se que, a modificação legislativa permite que o Magistrado inadmita o recurso de apelação quando entender que sua sentença está em conformidade com as súmulas do Superior Tribunal de Justiça e/ou do Superior Tribunal Federal.

(Coord.). **Reforma do Judiciário**: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004. São Paulo: RT, 2005. p. 379.

¹⁵⁰ LAMY, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Reflexões sobre as súmulas vinculantes. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. (Coord.). **Reforma do Judiciário**: analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005. p. 317. Em complementação os autores manifestam-se: “Os grandes perdedores, com a súmula, são os litigantes que buscam, no Poder Judiciário, a postergação do cumprimento de obrigações suas que, muitas das vezes, sabem devidas e, com a existência de um Judiciário abarrotado, vêem neste um *locus* de redução dos danos para o cumprimento da obrigação, uma vez que a realidade brasileira atual é de um país que paga muito bem ao capital financeiro investido. Dentre estes que lucram com as mazelas do Judiciário encontram-se os grandes ‘clientes’ do Poder Judiciário, grandes grupos privados e o próprio Estado, nossos maiores litigantes.” LAMY, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Reflexões sobre as súmulas vinculantes. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. (Coord.). **Reforma do Judiciário**: analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005. p. 317

¹⁵¹ NUNES, Dierle José Coelho. Comentários acerca da súmula impeditiva de recursos (Lei 11.276/2006) e do julgamento liminar das ações repetitivas (Lei 11.277/2006) – Do duplo grau de jurisdição e do direito constitucional ao recurso (contraditório sucessivo) – Aspectos normativos e pragmáticos. **Revista de Processo**. ano 31, n. 137, p. 171-186, jul. 2006. p. 179.

Cria-se, dessa forma, novo requisito de recorribilidade das decisões judiciais, qual seja, a existência de divergência entre o posicionamento adotado na sentença e as súmulas dos Tribunais Superiores Brasileiros.

Nesse sentido,

Da redação percebe-se que o legislador permitiu que o julgador ao realizar o juízo de admissibilidade, no exame do requisito intrínseco do cabimento, possa retirar a recorribilidade da decisão caso essa esteja em conformidade com súmula. Vislumbra-se, dessa forma, a constituição de um processo de cognição de grau único.¹⁵²

Conseqüentemente, com a criação desse novo requisito de admissibilidade, o recorrente terá um ônus de demonstrar, em suas razões, que a aplicação da súmula se deu de forma inadequada na medida em que não se adequa às circunstâncias do caso. Ou seja, cria-se para o apelante o ônus de comprovar que o juiz equivocou-se ao aplicar aquela determina súmula para solucionar a sua demanda.¹⁵³

3.4 INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Como tivemos oportunidade de mencionar, no ordenamento brasileiro, de filiação ao sistema de *civil law*, a segurança jurídica, analisada no contexto clássico, decorre da vinculação do juiz à lei, de modo que, ao apreciar uma demanda, o julgador limita-se a aplicar o dispositivo legal pertinente sem se vincular com os julgamentos anteriores de casos semelhantes.¹⁵⁴

Contudo, a garantia da isonomia perante a lei não pode ser meramente formal - advinda do enunciado legislativo -, mas deve ser realizada na prática judiciária, de forma que o julgador

¹⁵² NUNES, Dierle José Coelho. Comentários acerca da súmula impeditiva de recursos (Lei 11.276/2006) e do julgamento liminar das ações repetitivas (Lei 11.277/2006) – Do duplo grau de jurisdição e do direito constitucional ao recurso (contraditório sucessivo) – Aspectos normativos e pragmáticos. **Revista de Processo**. ano 31, n. 137, jul. 2006. p. 179.

¹⁵³ NUNES, Dierle José Coelho. Comentários acerca da súmula impeditiva de recursos (Lei 11.276/2006) e do julgamento liminar das ações repetitivas (Lei 11.277/2006) – Do duplo grau de jurisdição e do direito constitucional ao recurso (contraditório sucessivo) – Aspectos normativos e pragmáticos. **Revista de Processo**. ano 31, n. 137, jul. 2006. p. 180.

¹⁵⁴ Sabemos que a aplicação da lei dependerá sempre dos conceitos de justiça, de certo e errado inerentes ao próprio ser humano e, portanto, ao julgador. Quando falamos em aplicação da lei sem quaisquer outros questionamentos, pretendemos dizer que no sistema do *civil law*, classicamente, a aplicação da lei deveria ser feita sem referência obrigatória a posicionamentos já adotados pelo julgador em situações anteriores.

deve conferir igual tratamento às situações idênticas levadas a juízo, bem como, analisar o caso concreto de acordo com os Princípios Constitucionais.

O tratamento diferenciado aos casos idênticos contribui, severamente, para o crescimento do número de recursos e ações que hoje tramitam perante o Poder Judiciário e isso se deve porque o litigante insatisfeito será estimulado pela possibilidade de conseguir uma nova e diferente resposta judicial, de forma a satisfazê-lo, bem como terá como fundamento para o seu recurso a divergência jurisprudencial.

Devemos ressaltar, contudo, que a divergência em si não é um problema grave do sistema judicial, na medida em que é, sobretudo, natural em razão da existência de diversos órgãos jurisdicionais aptos a analisar uma mesma matéria.

(...) verifica-se que o *verdadeiro problema* não está (e nem poderia estar na divergência jurisprudencial *em si mesma*, mas no *excesso* e no *descontrole* em que ela se projeta, tornando a ação judicial um exercício de futurologia, fonte de prolongada angústia para as partes, seja quanto ao seu término, seja quanto ao resultado, seja enfim, quanto à sua final exequibilidade, o que tudo refluí para o desprestígio da função jurisdicional e para a desconfiança social quanto ao próprio caráter científico do Direito.¹⁵⁵

Assim sendo, podemos concluir que o verdadeiro problema da divergência jurisprudencial encontra-se no excesso em que a mesma é verificada no sistema jurisdicional, merecendo, para tanto, a criação de métodos de controle da uniformização da atuação jurisdicional em casos idênticos ou de massa. Nesse sentido às lições de Barbosa Moreira são inspiradoras:

No exercício da função jurisdicional, têm os órgãos judiciais de aplicar aos casos concretos as regras de direito. Cumpre-lhes, para tanto, interpretar essas regras, isto é, determinar o seu sentido e alcance. Assim se fixam *as teses* jurídicas, a cuja luz hão de apreciar-se as hipóteses variadíssimas que a vida oferece à consideração dos julgadores. A fixação de uma tese jurídica reflete entendimento necessariamente condicionado por diversas circunstâncias. Mutável que é a realidade social, compreende-se que mude também, como o correr do tempo, o entendimento das normas de direito, ainda quando permaneça invariável o respectivo teor literal. Nada mais natural, assim, que a evolução da jurisprudência através de constante revisão das teses jurídicas fixadas. (...) Outro é, pois, o fenômeno que se tem em vista quando se alude à conveniência de adotar medidas tendentes à uniformização dos pronunciamentos judiciais. Liga-se ele ao fato da existência, no aparelho estatal, de uma *pluralidade* de órgãos judicantes que podem ter (e com freqüência têm) de enfrentar iguais questões de direito e, portanto, de enunciar teses jurídicas em idêntica matéria. Nasce daí a possibilidade de que, num mesmo instante histórico – *sem* variações das condições culturais, políticas, sociais, econômicas, que possa

¹⁵⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública**: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores – Lei 7.347/1985 e legislação complementar. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 260.

justificar a discrepância -, a mesma regra de direito seja diferentemente entendida, e as espécies semelhantes se apliquem teses jurídicas divergentes ou até opostas. Assim se compromete a unidade do direito – que não seria posta em xeque, muito ao contrário, pela evolução *homogênea* da jurisprudência de vários tribunais – e não raro se semeiam, entre os membros da comunidade, o descrédito e o cepticismo quanto à efetividade da garantia jurisdicional. Nesses limites, e somente neles, é que se põe o problema da uniformização da jurisprudência.¹⁵⁶

Dessa maneira, assim como os demais instrumentos, a uniformização da jurisprudência é apta a conferir tratamento isonômico às demandas de massa, pois permite que os órgãos jurisdicionais utilizem o precedente que prevaleceu como fundamentação de sua decisão, em casos similares posteriores, racionalizando a atividade julgadora.

No Código de Processo Civil, o método de uniformização de jurisprudência está disciplinado nos artigos 476 à 479. As partes e os julgadores poderão requerer que uma determinada matéria de direito seja analisada pelo Tribunal, para uniformização da forma de decidir a matéria, antes do julgamento pelo órgão isolado¹⁵⁷.

Pressupõe-se, pois, para a instauração do incidente, a divergência na interpretação do direito, seja quando a divergência já estiver instaurada no órgão julgador ou mesmo no Tribunal (inciso II do artigo 476, do CPC), seja quando no julgamento de uma matéria, o relator deduzir que irá adotar tese contrária àquela já adotada pelo Tribunal (inciso I do artigo 476, do CPC).

No inciso II, alude o dispositivo, especificamente, à diversidade de interpretação dadas à mesma regra jurídica pela decisão da qual se recorreu para o órgão julgador, e por alguma decisão, anterior ou posterior, de outra turma, de outra câmara, de outro grupo ou das câmaras cíveis reunidas (ou de seção, acrescente-se). (...). O círculo de incidência do inciso I é maior que o do inciso II. À luz do inciso I é que se pode afirmar o cabimento do incidente por ocasião de julgamento de uma causa de competência originária, e não apenas por ocasião do julgamento de recurso. Esta última afirmação precisa ser mais extensamente fundamentada, pois em contrário se poderia objetar que, se o órgão está julgando causa de sua competência originária, *ainda não há decisão* suscetível de entrar em conflito com outra, quanto à interpretação do direito. Ao nosso ver, porém, deve entender-se que, se no próprio curso do julgamento já se chega à certeza de que a decisão adotará tese jurídica

¹⁵⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**: arts. 476 a 565. v. 5. p. 4-5.

¹⁵⁷ “A admissão do incidente é uma faculdade judicial (STJ, 1ª Turma, REsp 745.363/PR, rel. Min. Luiz Fux, j. em 20.09.2007, DJ 18.10.2007, p. 270). O incidente de uniformização de jurisprudência não tem natureza recursal – a parte, pois, não tem direito à sua admissão. O requerimento da parte para formação do incidente de uniformização de jurisprudência não vincula o órgão jurisdicional, que poderá ou não admiti-lo consoante critérios de conveniência e oportunidade (STJ, 2ª Seção, AgRg no EREsp 620.276/RS, rel. Min. Jirge Scartezini, j. em 28.06.2006, DJ 01.08.2006, p. 366). MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010. p. 486.

incompatível com a de outra (emanada de órgão *diverso*), tanto basta para que o incidente se torne suscetível.¹⁵⁸

Após a análise do incidente de uniformização de jurisprudência suscitado pelas partes ou pelos julgadores, a interpretação sobre a matéria jurídica vencedora servirá como base para todos os julgamentos de causas semelhantes ou idênticas, a fim de que possibilite a concretude da isonomia entre as partes, no que tange à aplicação da lei.

O tribunal deve se pronunciar tão somente a respeito da questão jurídica objeto do incidente sobre a qual pende dissídio jurisprudencial – qualquer outra questão escapa da cognição do tribunal nesse momento. Ao enfrenta-la, deve fixar a interpretação a ser observada pelo tribunal na decisão dos casos em que debatida a mesma tese ulterior.¹⁵⁹

Releva-se, outrossim, que na Lei 10.259, de 2001, que dispõe sobre a instituição dos juizados especiais cíveis federais, há previsão de técnica processual para uniformização da jurisprudência das Turmas Recursais, conforme disposto no artigo 14 da referida lei.¹⁶⁰

Trata-se de mais uma técnica de uniformização jurisprudencial previstas no ordenamento servindo, precipuamente, para possibilitar efetivamente o julgamento isonômico de demandas idênticas e para a racionalização da atividade judicial, nesse caso, dentro do âmbito dos juizados especiais.

Tem como ponto positivo a correta compreensão de que a divergência se refere apenas às *questões de direito*, isto é, às controvérsias quanto à exegese das regras e dos princípios. O escopo desse instrumento processual, conforme já salientado, é uniformizar as interpretações diferentes, com o intuito de manter um grau mínimo de *previsibilidade* e de *estabilidade* ao Direito, para que as pessoas saibam o que devem ou o podem fazer, levando em consideração os resultados ou consequências imputáveis a suas ações ou omissões. Outro aspecto elogiável desta lei é enfatizar os Juizados Especiais como sendo um *microsistema*, com características peculiares, que merecem a previsão de órgãos, dentro do próprio sistema, destinados a resolver os problemas atinentes à segurança jurídica e à justiça de suas decisões.¹⁶¹

¹⁵⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**: arts. 476 a 565. v. 5. p. 11-12.

¹⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010. p. 487.

¹⁶⁰ “Evidentemente, o objetivo primordial deste incidente é o mesmo do seu precursos, previsto em nosso Código de Processo Civil, arts. 475 a 479: com a uniformização da jurisprudência dos juizados especiais, manter-se-á uma unidade do Direito, evitando, assim, o descrédito que sempre enseja uma voluntariedade na prestação jurisdicional.” SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 245-246.

¹⁶¹ CAMBI, Eduardo. Uniformização das questões de direito nos juizados especiais cíveis estaduais e federais: a criação do recurso de divergência. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis**: de acordo com a Lei 10.352/2001. São Paulo: RT, 2002. v. 5. p. 175.

Podemos concluir que os instrumentos de uniformização de jurisprudência são técnicas aptas ao julgamento das demandas de massa por conferir as mesmas idêntico tratamento e acelerar a tramitação processual, na medida em que conferem repercussão coletiva ao julgamento das demandas individuais que serviram para formar o precedente uniformizado.

3.5. ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA

Há, outrossim, no Código de Processo Civil, previsão de uma outra técnica que visa a unidade jurisprudencial dos Tribunais, quando verificado que a demanda verse sobre relevante questão de direito.

Art. 555. No julgamento de apelação ou de agravo, a decisão será tomada, na câmara ou turma, pelo voto de 3 (três) juízes.

§1º. Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor que seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência esse órgão julgará o recurso.

(...)

Nota-se que o objetivo da técnica descrita acima é de evitar que o julgamento da apelação, ou do agravo pelo relator (unipessoalmente), ou pelas turmas, ou câmaras isoladas, possa criar ou potencializar divergência jurisprudencial dentro do tribunal quando está em julgamento relevante questão de direito. A decisão proferida pelo órgão ao qual o regimento delegar competência terá sido objeto de debates entre os julgadores, a fim de dotar a questão de direito relevante de interpretação adequada e madura, capaz de ser utilizada em outras demandas similares.

Em julgamento de relevante questão de direito, poderá o relator do recurso propor a assunção da competência para julgá-lo por órgão colegiado de maior pluralidade dentro do tribunal (cuja competência para tanto deve constar no regimento interno do tribunal), a fim de que se previna ou dirima controvérsia a respeito da matéria. Acolhida a proposta no órgão originário, cumpre remeter o recurso ao órgão destinatário do feito. Lá reconhecido o interesse público no julgamento de maior latitude (observe-se que a relevância da controvérsia se relaciona intimamente com o interesse público evidenciado pela sua adequada solução), toca a esse órgão

fracionário julgar desde logo o recurso. O resultado do julgamento constitui jurisprudência dominante no tribunal.¹⁶²

Muito embora também se objetive a unidade e estabilização jurisprudencial, a assunção de competência não se equipara à técnica da uniformização de jurisprudência¹⁶³, visto que na assunção de competência, o próprio caso é julgado pelo órgão colegiado, enquanto na uniformização de jurisprudência se realizará julgamento prévio firmando orientação interpretativa que deverá ser adotada posteriormente pelo órgão fracionário, no caso em que o incidente foi suscitado.

Neste novo incidente de uniformização de decisões acerca de questões de direito relevantes, o órgão colegiado decide não só a questão de direito, mas *o próprio recurso*. Não se fixa somente a tese jurídica, mas se decide o caso, à luz do que se terá antes decidido acerca da tese jurídica. Não se volta ao órgão fracionário originário para se decidir o recurso, que é julgado pelo próprio órgão colegiado, que o regimento interno indicar.¹⁶⁴

Ademais, a assunção de competência contempla hipótese preventiva, na qual não é necessário que exista divergência jurisprudencial para que a mesma seja instaurada, de forma que sua aplicação poderá ser feita quando o julgador reputar que a causa ensejará divergência jurisprudencial e a questão de direito for relevante.

Ao empregar, concomitantemente, os verbos ‘prevenir’ e ‘compor’ divergência, o art. 555, §1º, do CPC, evidencia que o instituto da assunção de competência é mais amplo do que o incidente previsto no art. 476 do CPC. Enquanto esse último exige que a divergência entre câmaras ou turmas do tribunal já se tenha exprimido por dois ou mais julgados antagônicos, a assunção de competência tem lugar ainda quando não existe, no tribunal, decisões divergentes sobre o tema.¹⁶⁵

¹⁶² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010. p. 587.

¹⁶³ “Trata-se de mais um expediente ordenado à uniformização da jurisprudência, que naturalmente se espera seja mais eficiente do que o regulado nos artigos 476 e segs. Pode-se até supor que ele venha a ser preferido na prática judicial, subtraindo ao outro instituto parcela de sua importância já diminuta.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**: arts. 476 a 565. v. 5. p. 653.

¹⁶⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**: emenda constitucional n. 45/2004 (reforma do judiciário); Lei 10.444/2002; Lei 10.358/2002 e Lei 10.352/2001. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005. p. 334.

¹⁶⁵ BENETI, Sidnei Agostinho. Assunção de competência e *fast-track* recursal. **Revista de Processo**. ano 34, n. 171, mai. 2009. p. 20.

3.6. O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL)

O Projeto de Lei nº 166/2010 em tramitação no Senado Federal, elaborado pela comissão de juristas presidida pelo Ministro Luiz Fux prevê, em seus artigos 895 e seguintes, o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Pode-se notar que o incidente tem como objetivo garantir a uniformidade jurisprudencial no território nacional, sendo inclusive pressuposto de admissibilidade do incidente em razão do risco potencial de coexistência de decisões conflitantes, além de evitar a multiplicidade de demandas fundadas em idêntica questão de direito, cuja tramitação dificulta a atividade jurisdicional tempestiva e eficaz.

Com efeito, já na exposição de motivos do anteprojeto, é possível observar a intenção legislativa, voltada a alcançar efetividade processual mediante tratamento isonômico das situações jurídicas que poderiam multiplicar a propositura de demandas, ao propor a regulamentação do incidente.

Criaram-se figuras, no novo CPC, para evitar a dispersão excessiva da jurisprudência. Com isso, haverá condições de se atenuar o asoeramento de trabalho no Poder Judiciário, sem comprometer a qualidade da prestação jurisdicional. Dentre esses instrumentos, está a complementação e o reforço da eficiência do regime de julgamento de recursos repetitivos, que agora abrange a possibilidade de suspensão do procedimento das demais ações, tanto no juízo de primeiro grau, quanto dos demais recursos extraordinários ou especiais, que estejam tramitando nos tribunais superiores, aguardando julgamento, desatreladamente dos afetados. Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta. O incidente de resolução de demandas repetitivas é admissível quando identificada, em primeiro grau, controvérsia com potencial de gerar multiplicação expressiva de demandas e o correlato risco da coexistência de decisões conflitantes.¹⁶⁶

Pela redação apresentada pela Comissão de elaboração, o incidente poderá ser instaurado pelo juiz ou desembargador relator (*ex officio*) ou a requerimento das partes, do Ministério Público e da Defensoria Pública, quando identificados que a controvérsia tem potencial de “gerar

¹⁶⁶ Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 10.09.2010.

relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes”.¹⁶⁷

A admissão do incidente permitirá o julgamento da questão de direito, lavrando-se o acórdão que será observado pelos juízes e órgãos fracionários hierarquicamente, vinculados ao órgão prolator da decisão.¹⁶⁸

O incidente deverá ser dotado de ampla publicidade a fim de que as partes, outros interessados, órgãos e entidades que tenham interesse na controvérsia possam se manifestar juntando documentos e requerendo diligências. Tudo para permitir que a questão controversa seja amplamente debatida para sua melhor elucidação. É essa a informação extraída dos artigos 896 e 901.

Art. 896. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos de mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.

Parágrafo único. Os tribunais promoverão a formação e atualização de banco eletrônico de dados específicos sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando, imediatamente, ao Conselho Nacional de Justiça, para inclusão no cadastro.

Art. 901. O Relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de quinze dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida; em seguida, no mesmo prazo, manifestar-se-á o Ministério Público.

Podemos notar que o texto do anteprojeto realmente tem condições de permitir a redução da quantidade de processos em tramitação, cuja questão controversa de direito seja idêntica, bem como reduzir e tornar mais eficaz a prestação jurisdicional seja pela presteza ou pela homogeneidade da jurisprudência.

Também nessa finalidade de obter maior efetividade processual, bem como de assegurar isonomia e segurança jurídica, o projeto prevê normas que estimulam a uniformização e a estabilização da jurisprudência, sobretudo em casos de demandas

¹⁶⁷ Artigo 895. É admissível o incidente de demandas repetitivas sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes. §1º O pedido de instauração do incidente será dirigida ao Presidente do Tribunal: I – pelo juiz ou relator, por ofício; II – pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição. (...)”

¹⁶⁸ Art. 898. O juízo de admissibilidade e o julgamento do incidente competirão ao plenário do tribunal ou, onde houver, ao órgão especial. §1º Na admissibilidade, o tribunal considerará a presença dos requisitos do art. 895 e a conveniência de se adotar decisão paradigmática. §2º Rejeitado o incidente, o curso dos processos será retomado; admitido, o tribunal julgará a questão de direito, lavrando-se o acórdão, cujo teor será observado pelos demais juízes e órgãos fracionários situados no âmbito de sua competência, na forma deste Capítulo.

repetitivas. Assim, dispositivo expresso do projeto estabelece que devem os tribunais velar pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, devendo editar enunciados de sua súmula de jurisprudência dominante e seguir a orientação firmada em precedentes de seus próprios órgãos internos e dos tribunais superiores. A mudança de entendimento sedimentado na jurisprudência há de observar a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando a estabilidade das situações jurídicas.¹⁶⁹

3.7 TENTATIVA DE SISTEMATIZAÇÃO

No estudo das técnicas processuais constatamos a existência de uma série de características comuns a algumas delas que nos permitiriam englobá-las em dois grandes grupos: (i) as técnicas de uniformização jurisprudencial e (ii) as técnicas de julgamento de causas-modelo.

Releva-se que tanto as técnicas que se inserem no primeiro grupo como aquelas que se inserem no segundo grupo descrito servem para conferir tratamento coletivo às demandas individuais, mediante utilização da decisão proferida em uma demanda para tantas outras causas similares. Também viabilizam o tratamento igualitário de questões comuns quando observada a afinidade das questões tratadas e afastadas as singularidades de cada demanda.

A sistematização ora pretendida visa demonstrar, na análise do capítulo 5 do presente trabalho, a relação das técnicas estudadas com o princípio do contraditório, isso porque, a manifestação de tal princípio se averiguará de forma diferenciada em cada um dos grupos de técnicas descritos.

Entendemos que as técnicas de uniformização jurisprudencial são aquelas cuja previsão primária servem para impedir a dispersão jurisprudencial e conferir unidade à interpretação do direito, seja de forma horizontal, seja de forma vertical. Por meio de tais técnicas vinculam-se ou persuadem-se órgãos jurisdicionais para que os mesmos adotem posições já assentadas em casos similares, de forma a julgar demandas similares de maneira homogênea.

Enquadram-se na presente classificação as súmulas (item 3.3), o incidente de uniformização de jurisprudência (item 3.4) e a assunção de competência (item 3.5).

¹⁶⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. ano 36, n. 193, mar. 2011. p. 260.

São técnicas de julgamento de causas-modelo àquelas que, por meio de uma ou de algumas demandas, uma questão relevante e/ou comum a vários processos será analisada e servirá de modelo para todas as demais causas que tratem de questões similares.

Para efeito, um ou alguns recursos são selecionados e, por meio da análise dos mesmos os Tribunais Superiores definem posicionamento e proferem decisão que terá o condão de vincular verticalmente os tribunais e ainda de vincular horizontalmente o próprio Tribunal prolator.

Dessa forma, pela análise do(s) recurso(s) selecionado(s) todos os demais recursos que versarem sobre a questão serão julgados seguindo a orientação veiculada na causa-modelo.

São técnicas de julgamento de causas-modelo a repercussão geral e os recursos extraordinários repetitivos (item 3.1), e a sistemática dos recursos especiais repetitivos (item 2.2).

Muito embora o incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto no anteprojeto do novo código de processo civil (item 3.6), não esteja vigente atualmente em nosso ordenamento jurídico, é dotado de características que permitiriam seu enquadramento como técnica de julgamento de causas-modelo.

Como tivemos a oportunidade de ressaltar, estudaremos no capítulo seguinte o princípio do contraditório, para então analisar a justiça das decisões proferidas com o emprego das técnicas estudadas à luz do contraditório, ou seja, se a garantia do contraditório que assegura aos jurisdicionados a justiça da decisão, a fim de que possam influir no julgamento da questão posta em juízo, será observada efetivamente em razão da aplicação de tais técnicas.

4 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO

4.1 BREVE ANÁLISE DO CONCEITO DE PRINCÍPIO

Para uma melhor compreensão do princípio constitucional do contraditório, faz-se necessário examinar o conceito e objeto dos princípios no ordenamento jurídico brasileiro, bem como, suas aplicações pragmáticas. Desde já, ressaltamos que esta breve introdução não visa abranger em grau de profundidade toda a teoria dos princípios formulada pela doutrina¹⁷⁰. Ao contrário, serve, tão somente, para contextualizar a análise do princípio constitucional do contraditório ao presente estudo.

Inicialmente, os princípios eram vistos como inspiradores dos postulados de justiça, um conjunto de axiomas destinados à orientar a aplicação do direito, de acordo com os ideais de justiça. Trata-se da fase denominada por Bonavides de jusnaturalista:

Aqui, os princípios habitam ainda esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de idéia que inspira os postulados da justiça.¹⁷¹

Posteriormente, já na fase juspositivista, os princípios passam a integrar os códigos como fonte supletiva e subsidiária de aplicação do texto legal, deixando, portanto, de derivar do ideal de justiça para integrar o texto da lei. Os princípios servem para suprir “os vazios normativos que elas [as leis] não puderam prever”¹⁷².

A terceira fase, pós-positivista, surge com as Constituições do século XX que colocam os princípios como fundamento, alicerces e linhas mestras do ordenamento jurídico. Nessa fase, portanto, os princípios passam a ter papel central nas Constituições sobre o qual todo o ordenamento jurídico deverá ser organizado e fundamentado.

¹⁷⁰ “O conceito de princípio jurídico, a partir da década de cinquenta até os dias atuais, ensejou grandes estudos e reflexões no âmbito discursivo da Teoria do Direito. Autores como Joseph Esser, Jean Boulanger, Jerzy Wróblewski, Ronald Dworkin, Kerl Engisch, Wilhelm-Cannaris, Genaro Carrió, entre outros, proclamaram a normatividade dos princípios em bases teóricas, dogmáticas e metodológicas muito superiores à das teses até então consagradas, que defendiam uma mera posição subsidiária, uma auxiliar função integrativa na aplicação do direito, cabível aos princípios enquanto “princípios gerais do Direito” (...). ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 33.

¹⁷¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 259.

¹⁷² ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 63.

A valorização dos princípios neste ensejo é muito bem retratada por Barroso,

*O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.*¹⁷³

Para Bonavides a evolução da teoria dos princípios chega à fase pós-positivista com as seguintes conquistas:

(...) a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; e a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios.¹⁷⁴

A evolução da teoria dos princípios foi calcada na conquista da sua normatividade, deixando para trás o conceito meramente valorativo, cuja utilidade limitava-se a orientar a aplicação do direito e suprir eventuais lacunas.

Nesse ensejo, é importante notar que junto com a evolução da teoria dos princípios, a doutrina demonstrou a necessidade de repensar o método de interpretação do texto constitucional.

Por isso, o método de interpretação constitucional realizada pela dogmática jurídica tradicional, eminentemente subsuntivo, no qual, em regra, as normas teriam um sentido exato e único, válido para todas as situações as quais incidiam, deram espaço para a introdução de um método no qual a aplicação da norma ao caso concreto dependeria das características próprias que o conflito demonstrasse.

¹⁷³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 349-350.

¹⁷⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 294

A evolução tratada, não defende o abandono do método subsuntivo - aplicável às normas com baixa densidade valorativa -, mas visa introduzir uma forma interpretativa nova, adequada às características das Constituições Modernas.

Destarte, o papel assumido pelos Princípios ganha relevo pois, em se tratando de normas de cunho valorativo, com conteúdo aberto, dever-se-ia reconhecer a necessidade de interpretá-las à luz da realidade subjacente.¹⁷⁵

Nesse contexto, os movimentos doutrinários que visavam elaborar doutrina científica apta a distinguir conceitualmente regras e princípios - espécies da categoria jurídica das normas - se tornam recorrentes e imprescindíveis à compreensão da nova interpretação constitucional. As regras são normas descritivas, aplicáveis às situações mediante juízo de correspondência entre a hipótese descrita hipoteticamente e a situação prática analisada. Os princípios, por sua vez, contemplam hipóteses abstratas aplicáveis a um conjunto indeterminado de situações.

Sob esse aspecto, Humberto Ávila, define com exatidão:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e da parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promulgação.¹⁷⁶

Eduardo Cambi precisa:

As regras se esgotam em si mesmas, não tendo nenhuma força constitutiva fora do que elas mesmas significam. Isto é, proporcionam o critério das ações dizendo como se deve ou não se deve agir, em situações específicas, previstas pelas próprias regras. Em contrapartida, os princípios não dizem, diretamente, como se deve agir, podendo ser aplicados, tão somente, diante de situações concretas. Os princípios são mandamentos (ou comandos) de otimização. Jamais podem ser realizados completamente (v.g., não há como promover a integralidade da dignidade da pessoa humana, ou da boa-fé, ou da liberdade, ou da igualdade etc.) e, mais, podem ser

¹⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 346-345.

¹⁷⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 78-79.

concretizados de modos diferentes, dependendo das diferentes ações concretas a serem adotadas.¹⁷⁷

Assim sendo, os princípios assumem papel interpretativo amplo, ultrapassando o dogma de que sua aplicação é necessária e una, sob pena de afastar sua incidência. Em verdade, diante do caso concreto e em harmonia com os demais princípios orientadores do sistema, essas normas de interpretação aberta podem ter sua aplicação ponderada a fim de garantir efetiva prevalência da coerência do sistema.

Como o princípio possui um conjunto potencialmente infinito de condutas, o comando normativo deve ser visto de forma flexível, o que permite coexistência de normas, em um mesmo ordenamento jurídico, sem que haja exclusão ou a eliminação de uma delas, quando surgem conflitos (postulado da concordância prática). Pela ponderação ou balanceamento, busca-se a melhor solução para a colisão entre dois ou mais princípios jurídicos. Porém, não existe, a priori, uma relação absoluta de precedência entre os princípios.¹⁷⁸

Nesse contexto, a importância da assunção do caráter normativo dos princípios que, como visto, iniciou-se na fase juspositivista, reside, prioritariamente, no reconhecimento de que os princípios podem estabelecer imposições legais além de servirem como normas programáticas do sistema¹⁷⁹, ou seja, os princípios podem regular as situações da vida de forma a estabelecer normas de condutas a serem observadas pelos destinatários do ordenamento.

O problema da actualidade e actualização das imposições constitucionais coloca-se, assim, sob um prisma substancialmente diferente da velha concepção programática das normas constitucionais. Não obstante se apontar ainda hoje um momento utópico a certas imposições constitucionais, estamos já longe dos simples programas, proclamações, exortações morais, declamações, sentenças políticas, aforismos políticos, promessas, determinações programáticas, programas futuros, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade.¹⁸⁰

Assim, as normas constitucionais deixam de ser meramente programas a serem futuramente introduzidos, para que possam assumir posição de vinculação no ordenamento jurídico, de

¹⁷⁷ CAMBI, Eduardo. **NEOCONSTITUCIONALISMO E NEOPROCESSUALISMO**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: RT, 2009. p. 90-91

¹⁷⁸ CAMBI, Eduardo. **NEOCONSTITUCIONALISMO E NEOPROCESSUALISMO**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: RT, 2009. p. 92.

¹⁷⁹ “As normas constitucionais programáticas veiculam princípios, desde logo observáveis, ou traçam fins sociais a serem alcançados pela atuação futura dos poderes públicos. Quando desempenham este segundo papel, não geram para o jurisdicionado a exigibilidade de comportamentos comissivos, mas investem-nos na faculdade de demandar dos órgãos estatais que se abstenham de quaisquer atos que contravenham as diretrizes traçadas. Vale dizer: não geram direitos subjetivos na sua versão positiva, mas geram-nos em sua feição negativa. (...)”. BARROSO, Luis Roberto. Proteção ao meio ambiente na Constituição Brasileira. **Revista Trimestral de Direito Público**. n. 02, 1993. p. 63.

¹⁸⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 298-299.

forma a abalizar e direcionar a maneira de realização das funções legislativa, executiva e jurisdicional.

Por outro lado, dentro do contexto normativo do tema estudado, pensamos ser necessário alinhar, também, a divisão feita pela doutrina constitucional acerca do âmbito de abrangência dos princípios, identificando-os como princípios fundamentais, gerais e setoriais.

De acordo com Barroso, os princípios fundamentais expressam a organização política do Estado, disciplinando a forma, o regime e o sistema de governo, além do princípio da dignidade da pessoa humana destacado como valor fundamental do Estado Democrático de Direito. Os princípios gerais são elementos dos princípios fundamentais que traduzem de forma direta e mais concreta as situações jurídicas asseguradas pela Constituição enquanto direitos fundamentais. Por fim, os princípios setoriais são aqueles relacionados diretamente a um tema da Constituição (limitando-se ao mesmo), cuja aplicação se dá de forma suprema. Podem ser exemplificados pelos princípios que regem a administração pública, a ordem social, dentre outros.¹⁸¹

Identificada a diferenciação do âmbito de abrangência dos princípios e já solidificado seu papel normativo do sistema, é nesse contexto que os princípios norteadores do processo devem ser analisados, pois a interpretação das normas processuais deve ser feita de acordo com a moderna temática constitucional de maneira a se realizar conforme a constituição e concretizar os direitos fundamentais assegurados no plano constitucional.

Por derradeiro, registra-se que na mesma medida em que o processo deve ser analisado à luz dos preceitos constitucionais, a fim de conferir coerência constitucional às normas processuais, visto que é instrumento do Estado Democrático de Direito à realização dos valores e das garantias constitucionais na prática.

Com efeito,

Um outro desdobramento que também diz respeito à assunção de o direito processual civil precisar ser estudado a partir da ótica constitucional relaciona-se com a temática dos direitos fundamentais. Se a ênfase do constitucionalismo atual é

¹⁸¹ A divisão apresentada é feita por Luís Roberto Barroso e pode ser consultada em: BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 374-376.

justamente o asseguramento dos direitos fundamentais (na Constituição brasileira, vale o destaque dos arts. 1º, III, e 3º), o direito processual civil como um todo e, em particular, o próprio processo, como mecanismo de atuação do próprio Estado Democrático e de Direito, não podem ficar aquém deste desiderato constitucional. É dizer de forma bem direta: o direito processual civil e todos os seus institutos devem ser compreendidos de maneira a realizar os direitos fundamentais tais quais assegurados no plano constitucional.¹⁸²

Reconhecido o papel dos princípios na temática constitucional e observada a sua função de fundamento, fonte de interpretação e normatividade de todo o ordenamento e das atividades do Estado, podemos resumidamente definir, como finalidades básicas dos princípios: (i) atribuir direção às políticas fundamentais do Estado, delimitando os valores e as garantias a serem asseguradas; (ii) impor regras de condutas, sejam elas positivas ou negativas, às três esferas do Poder; (iii) consagrar os direitos fundamentais dos cidadãos; (iv) estipular técnicas de tutela dos direitos dos cidadãos e limites para a realização das mesmas.

No contexto ora estudado, é importante ressaltar que dotados de normatividade, os princípios não deixam de lado o caráter valorativo, de forma a direcionar as técnicas para a sua exata realização:

Os valores fundamentais, sobre os quais se erige aquele ordenamento, passam a integrar esse mesmo ordenamento, ao serem inscritos no texto constitucional. A consecução desses valores, por sua vez, requer a intermediação de procedimentos, para que se tome decisões de acordo com eles, sendo esses procedimentos, por seu turno, igualmente estabelecidos com respeito àqueles valores. O processo aparece, então, como resposta à exigência de racionalidade, que caracteriza o Direito moderno.¹⁸³

Conclui-se, portanto, de forma clara que o processo civil - como técnica para a realização dos princípios constitucionais - deve ser estabelecido e realizado na prática de acordo com os limites e valores constitucionais consagrados pelos princípios esculpidos na constituição a fim de garantir a sua realização na prática.

Ademais, é forçoso assentar que a análise da exata realização prática dos princípios por meio do processo se dará pela análise do caso em concreto, observando, precipuamente, se naquele contexto fático a aplicação e valorização de um determinado princípio em detrimento de outro é adequado à realização e proteção do direito alegado.

¹⁸² BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 56.

¹⁸³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre a natureza processual da constituição. **Revista de Processo**. ano 22, n. 87, jul./set. 1997. p. 180.

4.2 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

O contraditório representa função elementar para o processo, principalmente diante da concepção de que o exercício do poder só é legítimo quando realizado mediante a participação dos interessados, daqueles que sofrerão as medidas do ato. Nesse ensejo, o processo como método estatal de resolução de conflitos terá sua legitimidade relacionada de forma estrita com a participação dos destinatários do ato na preparação do mesmo.

Por ser tão inerente ao processo Elio Fazzalari o qualifica o processo como procedimento em contraditório, demonstrando que o contraditório é o que eleva o procedimento ao *status* de processo.¹⁸⁴

Já Nelson Nery Júnior entende que para efetivação do princípio do contraditório não seria necessário que o legislador fizesse expressa menção na Carta Constitucional, pois bastaria a previsão do princípio do devido processo legal¹⁸⁵ para que todos os princípios que dele derivam, como é o caso do contraditório, fossem efetivados.

O princípio fundamental do processo civil, que entendemos como a base sobre a qual todos os outros princípios e regras se sustentam, é o do *devido processo legal*, expressão oriunda da inglesa *due process of law*. A constituição Federal brasileira de 1988 fala expressamente que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o *devido processo legal*” (CF 5º LIV). Em nosso parecer, bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios e regras constitucionais são espécies. Assim é que a doutrina diz, por exemplo, serem manifestações do ‘devido processo legal’ a publicidade dos atos processuais, a impossibilidade de utilizar-se em juízo prova

¹⁸⁴ “ (...) o ‘processo’ é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades. (...) Existe, em resumo, o ‘processo’, quando em uma ou mais fases do *iter* de formação de um ato é contemplada a participação não só – e obviamente – do seu autor, mas também dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório, de modo que eles possam desenvolver atividades que o autor do ato deve determinar, e cujos resultados ele pode desatender, mas não ignorar.” FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p.118- 120.

¹⁸⁵ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 jan. 2011.

obtida por meio ilícito, assim como os postulados do juiz natural, do contraditório e do procedimento regular.¹⁸⁶ (grifos do original)

Contudo, sem negar o posicionamento ora demonstrado, pensamos que para fins de adequação do presente estudo, o princípio do contraditório estudado autonomamente seria mais eficaz. Ademais, entendemos que sua análise da forma feita, consagra uma opção política feita pelo legislador brasileiro de prevê-lo expressamente mesmo que decorra diretamente do princípio do devido processo legal.¹⁸⁷

No processo civil, o princípio do contraditório, também compreendido classicamente como bilateralidade da audiência, visa assegurar a oportunidade conferida aos litigantes para participar da discussão do processo com paridade de armas e tratamento, mediante a ciência dos atos processuais praticados.

Nelson Nery Júnior assim define o pensamento científico clássico a respeito do contraditório:

Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis. Garantir-se o contraditório significa, ainda, a realização da *obrigação de noticiar (Mitteilungspflicht)* e da obrigação de *informar (Informationspflicht)* que o órgão julgador tem, a fim de que o litigante possa exteriorizar suas manifestações. (...) O julgador deve dar a mais ampla possibilidade de o litigante manifestar-se no processo.¹⁸⁸ (grifos do original)

Atualmente, a clássica conceituação do contraditório limitada a possibilidade das partes participarem do processo encontra-se em vias de superação, se não já superada.¹⁸⁹ Fala-se em

¹⁸⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 79. Em igual sentido: “Desse modo, em que pesem opiniões contrárias, entendemos que o princípio do devido processo legal se constitui fonte primária dos princípios do direito processual civil, apesar de não estar atrelado apenas às normas de direito processual.” RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. 3. rev., atual., ampl. São Paulo: RT, 2003. p. 98.

¹⁸⁷ “Ainda que haja autores que reputam suficiente a previsão do princípio do devido processo legal, porque todos os outros princípios seriam dele decorrentes, não há como negar a explícita opção *política* do direito brasileiro quanto à previsão expressa de uma série de princípios do processo civil, ainda que eles possam, em casa caso concreto, ter incidência conjunta. Importante destacar, a propósito, que os *princípios constitucionais do processo* são dados pelo direito positivo.” (grifos do original). BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 45.

¹⁸⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 210/211.

¹⁸⁹ “Torna-se, assim, palpável a insuficiência do conceito do contraditório, tal como geralmente entrevisto na doutrina brasileira, ou seja, como mera ciência bilateral dos atos do processo e possibilidade de contradita-los. Tal concepção, convém sublinhar, encontra-se ainda fortemente atrelada ao prejuízo antigo de que o direito deveria ser dito exclusivamente pelo Juiz, sem a interferência das partes. A realidade, porém, é muito mais complexa, a impor permanente disquisição em conjunto do órgão judicial e dos participantes do litígio

contraditório como a possibilidade dos litigantes participarem do processo de forma efetiva, de maneira que o juiz deve franquear tal participação, como também, na necessária participação do juiz na formação final da causa, seja na realização de provas, seja na direção do processo, seja (principalmente) no diálogo com as partes de forma a permitir que manifestem-se irrestritamente acerca das matérias de fato ou de direito que irá se pronunciar. Ou seja, atualmente compreende-se que o Magistrado tem o dever - além de dirigir o processo e indicar os meios de prova necessários à formação de sua convicção - de expor todas as matérias (de fato ou de direito), sobre as quais formará o seu convencimento a fim de permitir que as partes possam se manifestar antes da prolação da decisão.

A garantia do contraditório, imposta pela Constituição com relação a todo e qualquer processo – civil, penal, trabalhista, ou mesmo não-jurisdicional (art. 5º, inc. LV) -, significa em primeiro lugar que a lei deve instituir meios para a participação dos litigantes no processo e o juiz deve franquear-lhe esses meios. Mas significa também que o próprio juiz deve participar da preparação do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório. A garantia deste resolve-se, portanto, em um direito das partes e deveres do juiz. É do passado a afirmação do contraditório exclusivamente como abertura para as partes, desconsiderada a participação do juiz.¹⁹⁰

Sabe-se, contudo, que a garantia de ampla participação dos litigantes e do juiz no processo foi alcançada após longa evolução histórica do papel das partes no processo.

4.2.1 Contexto Histórico

José Carlos Moreira Alves informa que no direito romano, durante o período pré-clássico, no qual prevaleciam características como o rígido formalismo (a prática do ato deve ser realizada com observância da forma) e materialismo (a vontade daquele que pratica o ato é prescindível se a forma foi devidamente observada) dos atos e ainda a participação dos jurisconsultos (pontífices e, posteriormente, os juristas leigos) na construção dos *ius ciuile* (normas advindas do costume aplicáveis aos cidadãos romanos). A cientificação do processo era realizada pelo autor que deveria chamar o réu à juízo para comparecer perante o magistrado (instância “*in iure*”) para a fixação das fórmulas, momento em que era estabelecido o contraditório.¹⁹¹

processual.”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista de Processo**. ano 18, n. 71, jul-set. 1993. p. 34.

¹⁹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 1 v. p. 517.

¹⁹¹ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 72/73.

Formalmente, ao que demonstra o citado autor, o contraditório se fazia pelos atos solenes praticados pelo autor e réu ou seu representante, atos estes que eram circundados de aspectos simbólicos e até místicos, cuja prática era imprescindível para a formalização do processo.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira descreve com rigor as características do processo existente no período pré-classico do direito romano:

O direito das *legis actiones* é constituído pelo ordenamento procedimental dos antigos aldeões, *ius civile*, criado pelo cidadão romano para o cidadão romano. No início formado pelo praxe, os seus princípios fundamentais foram estabelecidos pela Lei das XII Tábuas, com acréscimos de leis posteriores. Todo esse sistema, que servia parte ao processo de cognição e parte ao processo de execução, mostra as características típicas do formalismo romano primitivo, com suas rigorosas formas verbais e ritos simbólicos, cuja mínima falta retira ao ato qualquer validade. (...) No processo da *legis actiones*, e posteriormente no formulário, já se constatava a vigência de princípios processuais hoje considerados inafastáveis para a justiça do processo: publicidade, oralidade, imediatidade da recepção da prova e audição de ambas as partes.¹⁹²

Nota-se, portanto, que o princípio do contraditório já fazia parte do processo romano, visto que a participação das partes na formalização dos atos solenes, era condição para que o processo se desenvolvesse perante o magistrado.

No período clássico desenvolvia-se o processo formulário, também dividido em duas instâncias sucessivas a *in iure* (perante o magistrado) e a *apud iudicem* (perante o juiz popular). Contudo, o processo tornou-se menos formal, sua característica oral foi renunciada se tornando escrito e a atuação do magistrado ganhou relevo. O processo se iniciava junto ao magistrado perante o qual as partes deduziam as questões controversas a fim de que fosse elaborada a fórmula (documento escrito que limita o ponto controvertido) que serviria de base para a condenação ou não do réu pelo juiz popular na segunda fase (*apud iudicem*).¹⁹³

No processo formulário não se encontra o formalismo rígido do sistema das ações da lei. Não se pronunciam palavras imutáveis; não se fazem gestos rituais – em consequência, não mais se perdem causas por desvios mínimos de formalidades. (...) É a fórmula, porém, o traço marcante do processo formulário; dela advém-lhe a própria denominação: processo *per formulas*. Trata-se – como veremos adiante – de um documento escrito onde se fixa o ponto litigioso e se outorga ao juiz popular

¹⁹² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 19-20.

¹⁹³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 20-23.

poder para condenar ou absolver o réu, conforme fique, ou não, provada a pretensão do autor.¹⁹⁴

Com efeito, constata-se, outrossim, que no período clássico o processo conservava fortes características privadas, de forma que se mantém o predomínio das partes sobre os atos processuais, o que por consequência limitava o contraditório à participação voluntária dos litigantes, porque com o início da fase *in iure* era necessária a presença do réu após o autor providenciar o seu comparecimento em juízo.¹⁹⁵ Ainda, nesse período, na fase *apud iudicem*, as partes compareceriam perante o juiz popular designado para julgamento para efetivar a fase probatória, sobre a qual vigorava o ônus da prova àquele que alega o fato.¹⁹⁶

Na fase pós-clássica, desenvolvia-se o processo extraordinário ou a *cognitio extraordinária*, por meio do qual, a concepção do processo sofreu uma profunda modificação, adquirindo características publicísticas de forma que o controle dos atos processuais deixa de ser exclusivamente das partes e torna o papel do juiz mais destacado.¹⁹⁷

Nessa fase, demonstra José Carlos Moreira Alves, que a citação passou a ser um ato do Estado e se consolidou o entendimento de que o processo poderia ser desenvolvido e julgado sem a presença do réu, de forma a se aproximar efetivamente do atual conceito de audiência bilateral.¹⁹⁸

Alvaro de Oliveira mostra ainda que com a evolução da civilização, as relações sociais se tornaram mais complexas, demandando ordenamentos que consagrem mais garantias aos cidadãos. Nesse contexto, o direito romano-canônico estabeleceu maior participação dos litigantes no processo, visando eliminar o predomínio do juiz em razão da grande desconfiança existente em torno da sua imparcialidade.

¹⁹⁴ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 219.

¹⁹⁵ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 229.

¹⁹⁶ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 235. Em sentido contrário: “De outro lado, nenhuma norma jurídica regulava de modo específico a atividade do *iudex* no tocante à assunção e à valorização das provas: nos limites da fórmula, gozava da mais ampla liberdade de consciência, e nada vinculava o seu convencimento pessoal. (...) A única exceção aos princípios expostos encontrava-se nas regras reguladoras do ônus da prova, verdadeiros preceitos jurídicos limitadores da liberdade do convencimento do *iudex*, incidentes apenas em casos particulares e específicos. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 22-23.

¹⁹⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 24-25.

¹⁹⁸ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 255-259.

Em face das condições concretas então imperantes, não se pode negar ter o processo romano-canônico ou italiano-medieval constituído verdadeiro avanço, visto que aperfeiçoa os meios de controle dos fundamentos de fato e de direito dos julgamentos, contribuindo além disso para estabelecer nítida separação entre juiz e as partes e entre o juiz e os sujeitos e objetos da prova, proximidade então considerada ameaçadora de sua imparcialidade.¹⁹⁹

Assim, cresce a participação das partes na produção das provas e no processo, de forma a aproximar o direito de defesa e de produção probatória do princípio do contraditório, como meio de investigação da verdade. Nesse diapasão, arremata o autor,

Por isso, era reconhecido ao *ordo judicarius* (entendido como *ordo quaestionum* e *ordo probationum*) um caráter extraestatal, no sentido de que não dependia de uma vontade ordenadora externa, mas dos princípios da dialética. O seu esteiro era representado pelo contraditório, considerado como metodologia de investigação da verdade. (...) O juiz se revestia de um caráter profissional e não burocrático, assumia uma posição neutra, mas não passiva, visto que a sua função era a de escolher, no contraditório das partes, entre duas hipóteses argumentativas (...)²⁰⁰

Alvaro de Oliveria²⁰¹ descreve que no Brasil Colônia, as Ordenações (que tinham como principal fonte o direito romano) determinavam o predomínio do procedimento escrito e o distanciamento do juiz na colheita das provas. As partes dirigiam o processo desde a formação até a reprodução dos fatos e demonstração do conjunto probatório sobre o qual o Magistrado iria julgar, que era advertido sobre a impossibilidade de julgar com provas, fatos e elementos que não estivessem nos autos, inclusive de acordo com a sua própria convicção.

Inexistia, portanto, livre convicção e segundo as Ord. Fil., liv. 3, tít. 66, o juiz devia julgar 'segundo o que achar alegado e provado de uma e de outra parte, ainda que lhe a consciência dite outra coisa e ele saiba a verdade ser em contrário do que no feito for provado, porque somente ao Príncipe, que não reconhece Superior, é outorgado por direito que julgue segundo sua consciência.'²⁰²

Continua o autor a informar que após a promulgação da República, somente a partir da vigência do Decreto nº 763 de 1890, que aplicou às causas cíveis a disciplina introduzida para

¹⁹⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 28.

²⁰⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 31-32.

²⁰¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 36-37.

²⁰² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 36.

as causas comerciais, por meio do Decreto nº 737 de 1850, o processo civil deixou de ser regido pelas Ordenações.²⁰³

Com a promulgação da República, as Constituições Federais de 1891²⁰⁴, de 1934²⁰⁵, de 1937²⁰⁶ de 1946²⁰⁷, de 1967²⁰⁸ e de 1969²⁰⁹ previam o princípio do contraditório expressamente para o processo penal.

²⁰³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 37 e 50-51.

²⁰⁴ “Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...)§ 16 - Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso e assinada pela autoridade competente com os nomes do acusador e das testemunhas.” BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm>. Acesso em: 10 jan. 2011.

²⁰⁵ “Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 24) A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a esta.” BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 10 jan. 2011.

²⁰⁶ “Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...)11) à exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada; a instrução criminal será contraditória, asseguradas antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa;”. BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 10 jan. 2011.

²⁰⁷ “Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 25 - É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro em vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória.” BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 10 jan. 2011.

²⁰⁸ “Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 15 - A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção.” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em: 10 jan. 2011.

²⁰⁹ “Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 16. A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu.” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antec1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 10 jan. 2011. Nery Júnior demonstra que a doutrina manifestava-se acerca da aplicação do princípio do contraditório descrito na Constituição Federal de 1969 para o processo civil. NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 208.

A grande inovação, portanto, na Constituição Federal de 1988, foi a expressa menção da extensão do princípio do contraditório ao processo civil e aos processos administrativos, assegurando:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;²¹⁰

Com a elevação do princípio do contraditório à categoria dos direitos fundamentais dos cidadãos, aplicável tanto ao processo penal quanto ao processo civil e ao processo administrativo, consagra-se o direito de participação das partes na formação da convicção do julgador como forma de legitimar a manifestação Estatal.

4.2.2 O Princípio do Contraditório em seu aspecto formal

Como ressaltamos no início desse capítulo, o princípio do contraditório deriva do princípio do devido processo legal, que é o princípio fundamental do processo civil. Por tal razão, podemos dividir o contraditório em dois aspectos: um formal e outro substancial.

A concepção do princípio do contraditório, em seu aspecto formal, se relaciona intimamente com o conceito clássico de bilateralidade de audiência das partes, que nada mais é do que a necessidade de assegurar oportunidade aos litigantes para que eles participem da discussão do processo com paridade de armas.²¹¹

Nesse contexto, assegurar o contraditório depende, tão somente, garantir à parte a oportunidade de se contrapor à manifestação de parte contrária.²¹²

²¹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 jan. 2011.

²¹¹ “Deve existir de modo efetivo no processo civil a oportunidade de se fazer ouvir, ou seja, permitir que, sobre todos os argumentos e provas produzidas, as partes tenham o direito de ser ouvidas. (...)” RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. 3. rev., atual., ampl. São Paulo: RT, 2003. p. 115.

²¹² “Volvendo ao tema, há que se consignar que a própria expressão ‘princípio do contraditório’ se origina no fato de que a razão de ser da audiência do réu, objetiva, no processo, que a pretensão formulada pelo autor possa ser objetivamente contraditada, ou seja, que o réu, ciente do pedido posto pela outra parte, possa a ele se

E para permitir que o litigante possa se contrapor às manifestações de seu “adversário”, a cientificação da prática de um determinado ato processual é imprescindível. E a ciência às partes dos atos praticados pela outra é feita mediante a audiência bilateral.²¹³

Com efeito, garantir a aplicabilidade do princípio do contraditório, em sua faceta formal, depende exclusivamente de possibilitar que as partes fossem informadas dos atos processuais e que lhes fosse garantida a possibilidade de reação.

A faceta básica, que eu reputo a formal, é a da participação; a garantia de ser ouvido, de participar do processo, de ser comunicado, poder falar no processo. Isso é o mínimo e é o que quase todo mundo entende como princípio do contraditório. De acordo com o pensamento clássico, o magistrado efetiva, plenamente, a garantia do contraditório simplesmente ao dar ensejo à ouvida da parte, ao deixar a parte falar.²¹⁴

Assim, o julgador assume papel passivo de simplesmente observar se às partes foi oportunizada manifestação.

A manifestação, nesse contexto, deveria ser realizada com paridade de armas como igualdade de oportunidade de manifestação. Se o princípio do contraditório se efetiva com a possibilidade de reação das partes aos atos praticados pela parte contrária, esta deveria ser feita em igualdade de posições (paridade de armas)²¹⁵.

contrapor.”. MARCATO, Antonio Carlos. Preclusões: limitação ao contraditório?. **Revista de Processo**. ano 5, n. 17, jan./mar. 1980, p. 111.

²¹³ “Ademais, o princípio da igualdade das partes impõe a audiência bilateral das mesmas, tanto no processo penal quanto no civil, já que a possibilidade de reação de qualquer delas à pretensão da outra depende sempre da informação (ciência) do ato praticado. Daí porque, com concisão admirável, haver Canuto Mendes de Almeida conceituado o contraditório como ‘a ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los’”. MARCATO, Antonio Carlos. Preclusões: limitação ao contraditório?. **Revista de Processo**. ano 5, n. 17, jan./mar. 1980, p. 111. É necessário ressaltar que quando o autor menciona que a audiência bilateral decorre do princípio da igualdade o faz no contexto de que a igualdade no processo é viabilizada no processo pelo princípio do contraditório.

²¹⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 11. ed. Salvador: JusPodvim, 2009. p. 57.

²¹⁵ “Também o princípio da igualdade das partes relaciona-se intimamente com o contraditório, como veremos a seguir, já que esse, princípio informativo do processo, neste viabiliza aqueles dois preceitos constitucionais, o da ampla defesa e o da igualdade. Daí por que, com rara precisão, terem Sanseverino e Komatsu posicionado o contraditório como a combinação daqueles dois princípios, valendo transcrever-se a lição: “Assim, o princípio constitucional da igualdade jurídica, do qual um dos desdobramentos é o direito de defesa para o réu, contraposto ao direito de ação para o autor, está intimamente veiculado a um cânon eminentemente processual: o da bilateralidade de ação, surgindo, da composição de ambos, o princípio da bilateralidade das audiências (contraditório). MARCATO, Antonio Carlos. Preclusões: limitação ao contraditório?. **Revista de Processo**. ano 5, n. 17, jan./mar. 1980, p. 111.

Portanto, no contexto formal do contraditório via-se a igualdade como forma de efetivação da paridade, ao conferir as mesmas oportunidades de manifestação com observância da paridade de armas na atuação processual.

Evidencia-se, nesse contexto, que a necessidade da informação e a possibilidade de reação não se relacionavam com a construção da decisão judicial, mas simplesmente com a possibilidade de ser ouvido, mesmo que sua manifestação não fosse levada em consideração pelo julgador.

Este [o contraditório] foi relegado a uma mecânica contraposição de direitos e obrigações ou, como se tornou costumeiro afirmar, tão-somente como um direito de bilateralidade da audiência, possibilitando às partes a devida informação e possibilidade de reação. (...) Tal contraposição de teses nem mesmo necessitava encontrar ressonância nas decisões (...). É a aplicação do denominado direito de ser ouvido pelo juiz. Assim, bastariam o dizer e o contradizer das partes para garantir o seu respeito, mesmo que estas ações não encontrassem ressonância na estrutura procedimental e no conteúdo das decisões, permitindo, deste modo, tão-somente uma participação fictícia e aparente.²¹⁶

Mostra-se, que tal concepção, refletia diretamente a posição hierárquica do juiz e a formação da decisão judicial unilateralmente como ato de expressão do poder estatal, o julgador deveria ficar distanciando de ambas as partes, a fim de garantir que as oportunidades conferidas a uma fossem idênticas às oportunidades dadas à outra.²¹⁷

Resumindo de forma clara a visão do contraditório sobre o prisma formal:

A informação processa-se através da citação e da intimação (visto que o atual CPC exclui a notificação como ato de ciência das partes), sendo que a primeira se liga tão intimamente ao contraditório que a sua inexistência ou invalidade tornam nulos o processo e a sentença nele proferida. De fato, a ciência, pelo réu da pretensão deduzida na inicial é exigência impostergável, já que a reação corresponde só assim será possível, pena de ser desigual o tratamento dispensado às partes no processo. Já a reação caracteriza-se pela possibilidade (e não necessidade ou obrigatoriedade) que tem a parte de se contrapor à pretensão ou alegação da outra. Assim, no sistema onde impera o contraditório formal – como é o caso do direito pátrio – o fato de o

²¹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**. ano 34, n. 168, fev. 2009. p. 118.

²¹⁷ “O juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistante delas: ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra; somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor suas razões, de apresentar suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz. Somente pela soma da parcialidade das partes (uma representando a *tese* e a outra, a *antítese*) o juiz pode corporificar a *síntese*, em um processo dialético.”. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 55.

réu, regularmente citado, ter decretada a sua revelia pela ausência de defesa oportuna e tempestiva não importa, em absoluto, violação do princípio.²¹⁸

4.2.3 O Princípio do Contraditório em seu aspecto substancial

A evolução do pensamento processual conduziu a ideia de que o contraditório não se limitaria a possibilidade conferida às partes de participar do processo, mas pelo contrário, deveria ser visto como uma garantia de influência sobre a formação da decisão judicial.

Entende-se, na moderna concepção do processo assegurado pelo Estado Democrático de Direito, que o contraditório é mais do que a audiência bilateral das partes, é a garantia da participação e da influência efetiva das partes sobre a formação do provimento jurisdicional. Daí que o juiz não pode deixar de ouvi-las, não pode deixar de levar em conta questões que suscitem nem pode decidir sem responder, na obrigatória fundamentação do julgado, às alegações adequadamente arguidas.²¹⁹

Ao participar do *iter* processual, deduzindo as questões pertinentes, apresentando documentos, propugnando pela produção de provas, rebatendo posições argumentadas, o litigante utiliza as “armas” colocadas à sua disposição para formar a convicção do julgador²²⁰, de que o direito alegado deve ser tutelado, participando efetivamente da formação do ato por meio da realização do contraditório substancial.

Com o contraditório, torna-se inviolável o direito do litigante de propugnar, durante o processo, com armas legais, a defesa de seus interesses, a fim de convencer o juiz, com provas e alegações, de que a solução da lide lhe deve ser favorável. Para isso, cumpre que lhe seja permitido fazer provas, tomar ciência das alegações de seu adversário e das provas que também este produzir. O juiz não pode decidir, e tampouco impor restrições a qualquer das partes, sem ouvi-las devidamente, cumprindo-lhe, por outro lado, mantê-las, no curso do procedimento, em situação de igualdade. (...) Vulnerar esse princípio, no curso da relação processual, é violar a própria Constituição, uma vez que o contraditório, sendo consequência imediata do artigo 5º, XXXV, é por sua vez princípio constitucional (...).²²¹

²¹⁸ MARCATO, Antonio Carlos. Preclusões: limitação ao contraditório?. **Revista de Processo**. ano 5, n. 17, jan./mar. 1980, p. 112.

²¹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 52. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1. p. 36.

²²⁰ Cassio Scarpinella fala em contraditório como a possibilidade das partes influenciarem na formação do ato estatal: “O que se deve destacar a respeito é que o princípio do contraditório deve ser entendido como a possibilidade de o destinatário da atuação do Estado influenciar – ou, quando menos, ter condições de buscar *influenciar, incluir* – em alguma medida, a decisão a ser proferida”. BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 54.

²²¹ MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. 9. ed. Campinas: Millennium, 2003. v. 1. p. 492-493.

Nesse contexto, em que o contraditório é percebido como garantia de efetiva participação e influência na decisão judicial, importa no dever estatal de garantir que os sujeitos processuais tenham possibilidades concretas de influir na decisão em situação de igualdade.²²²

E, o julgador para ver efetivada a atuação processual calcada em igualdade substancial deveria agir ativamente para conferir os meios necessários, para que a atuação das partes pudesse ser simétrica na prática.

Como bem explicita Nelson Nery Júnior, a efetivação do princípio do contraditório importa em assegurar outras garantias conferidas pela Constituição Federal, como a igualdade das partes e o direito de ação, além de outras manifestações processuais do mesmo como a igualdade de armas.

O princípio do contraditório, além de se constituir fundamentalmente em manifestação do princípio do *estado de direito*, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e o do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o *direito de ação* quanto o *direito de defesa* são manifestações do princípio do contraditório. (...) como decorrência do princípio da paridade das partes, o contraditório significa dar as mesmas oportunidades para as partes (*Chancengleichheit*) e os mesmos instrumentos processuais (*Waffengleichheit*) para que possam fazer valer os seus direitos e pretensões, ajuizando ação, deduzindo resposta, requerendo e realizando provas, recorrendo das decisões judiciais etc. Trata-se de *cláusula geral processual*, na medida em que o juiz, na situação específica que lhe é submetida, deve dar concretude ao preceito, decidindo o que significa igualdade de armas na hipótese.²²³

²²² “Não bastam, ainda, a simples ouvida das partes e a permissão a que apresentem seus elementos de convicção; é indispensável, para respeitar-se o contraditório, que os argumentos dos litigantes sejam considerados e analisados pelo julgador, tanto para acolhida como para rejeição. O juízo há de ser lógico e exaustivo em torno de todo o debate produzido nos autos, de modo que todos os sujeitos do processo tenham real oportunidade de influir na formação do julgado”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 52. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1. p. 37.

²²³ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 209 e 244. Especificamente sobre a igualdade Ruy Portanova defende que o contraditório deve servir para a efetivação da igualdade material, em suas palavras: “Na concepção tradicional, o contraditório é visto estaticamente, em correspondência com a igualdade formal das partes. Contudo, do ponto de vista crítico, menos individualista e mais dinâmico, o princípio do contraditório postula a necessidade de ser a equidistância do juiz adequadamente temperada. O plano da concreta aplicabilidade da garantia do contraditório tem íntima relação com o princípio da igualdade, em sua dimensão dinâmica (princípio igualizador). Assim, o contraditório opera com vistas à eliminação (ou pelo menos diminuição) das igualdades, jurídicas ou de fato, entre os sujeitos do processo.” PORTANOVA, Ruy. **Princípios do Processo Civil**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 164. Por sua vez, em relação a participação processual em paridade de armas manifesta-se Marinoni: “Na verdade, o legislador e o juiz estão obrigados a estabelecer as discriminações necessárias para garantir e preservar a participação igualitária das partes, seja considerando as dificuldades econômicas que obstaculizam a participação, seja atentando para as particularidades do direito material e do caso litigioso. Para expressa a noção de participação em igualdade de condições, parte da doutrina, sobretudo a italiana, fala em participação em *paridade de armas*. Ora, não é legítimo o poder exercido em um processo em que as partes não podem efetivamente participar ou em que apenas uma possui efetivas condições de influir sobre o convencimento do juiz. Um processo desse tipo certamente não é um ‘processo justo’ ou um processo democrático. Daí por que se

Nota-se, portanto, que não há mais espaço para a compreensão do contraditório como a simples oportunidade conferida às partes de ciência da existência da demanda²²⁴, mas que no atual estágio da ciência processual, cuja análise é voltada à efetivação das garantias Constitucionais, o princípio do contraditório exemplifica a garantia conferida às partes contra o arbítrio Estatal, meio de realização democrática da dialética processual, mediante a efetiva participação delas no *iter* processual até a formação da decisão judicial, ou seja, o contraditório se efetiva por meio da real manifestação das partes no processo.²²⁵

Não pertence, portanto, ao conteúdo substancial do contraditório a simples possibilidade de atuação das partes no processo. A efetivação do contraditório depende da posição ativa de um

diz que as partes não só têm o direito de participar do processo, como também o direito de participar com paridade de armas.” MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**: teoria geral do processo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. p. 418.

²²⁴ No Brasil tornou-se clássica a conceituação de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, de constituir o contraditório expressão da ciência bilateral dos atos e termos do processo, com a possibilidade de contrariá-los. Contudo, na atualidade, o conteúdo do princípio é tão cheio de importância, que dificilmente uma síntese poderia projetar a sua extensão. PORTANOVA, Ruy. **Princípios do Processo Civil**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 161.

²²⁵ Nesse ensejo, não defende que a inércia do réu impede o exercício do contraditório e consequentemente inexistente processo, mas, defende-se a ideia de que o contraditório não pode ser visto simplesmente, como regra geral, de acordo com o conceito de audiência bilateral. Nesse sentido defende Dinamarco: “Atenta a esse quadro de participação dos litigantes, a doutrina vem há algum tempo identificando o contraditório no binômio *informação-reação*, com a ressalva de que embora a primeira seja absolutamente necessária sob pena de ilegitimidade do processo e nulidade de seus atos, a segunda é somente *possível*. Esse é, de certo modo, um culto ao valor da *liberdade* no processo, podendo a parte optar entre atuar ou omitir-se segundo a sua escolha. No processo de conhecimento, o réu que não oferece contestação considera-se *revel* e a lei, legitimamente, endereça-lhe a pesada sanção consistente em mandar que em princípio o juiz tome por verdadeiras todas as alegações verossímeis feitas pelo autor em matéria de fato (CPC, art. 319) Nem por isso, contudo, peca esse processo por falta de contraditório – dado que, com a citação regularmente feita, o demandado ficara ciente e isso significa que decorrem de sua própria omissão as consequências que ele suportará.” DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1. p. 223. Também: “O contraditório assenta-se em fundamento lógico e político. A bilateralidade do processo (e a contradição recíproca) é o fundamento lógico. O sentido de que ninguém pode ser julgado sem ser ouvido é o fundamento político. Sustentado sobre esses dois pilares, o princípio dinamiza a dialética processual e vai tocar, como momento argumentativo, todos os atos que preparam o espírito do juiz. Assim não basta intimar a parte para manifestar-se, ouvi-la e permitir a produção de alegações e provas. Mais do que isso, o contraditório tem que ser *pleno e efetivo*, e não apenas nominal e formal. Mais do que acolher as razões das partes, o contraditório preocupa-se com o fato de estas influírem efetivamente no convencimento do juiz e até de criar dúvida em seu convencimento. (...)”. PORTANOVA, Ruy. **Princípios do Processo Civil**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 161. Em igual sentido: “É que o contraditório, no contexto dos ‘direitos fundamentais’ (...), deve ser entendido como o direito de influir, de influenciar, na formação da convicção do magistrado ao longo de todo o processo. Não se deve entendê-lo somente do ponto de vista negativo, passivo, defensivo. O Estado-juiz, justamente por força dos princípios constitucionais do processo, não pode decidir, sem que garanta previamente amplas e reais possibilidades de *participação* daqueles que sentirão, de alguma forma, os efeitos de sua decisão.” BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 1. v. p. 108.

juiz na produção probatória, na instrução processual e na condução do processo, além do conceito já consolidado de obrigatoriedade de fundamentar as razões de decidir.²²⁶

A efetiva *direção do processo*, pelo impulso e saneamento constitui fator importantíssimo para a celeridade da oferta de tutela jurisdicional, evitando atividades inúteis e retrocessos indesejáveis. Outro dever do juiz moderno é o de ter *iniciativas probatórias* em certos casos e em alguma medida. A visão tradicionalista do processo, com exagerado apego àquela idéia de um *jogo* em que cada um esgrima com as armas que tiver, levava a crença de que o juiz, ao tomar alguma iniciativa de prova, ariscar-se-ia temerariamente a perder a *imparcialidade* para julgar depois. Tal era o fundamento do *princípio dispositivo*, naquela visão clássica segundo a qual só as partes provariam e o juiz permaneceria sempre *au-dessus de la mêlée*, simplesmente recebendo as provas que elas trouxessem, para afinal examiná-las e valorá-las. Mas a vocação solidarista do Estado moderno, que não permanece naquele *laissez faire, laissez passer* da filosofia liberal, exige que o juiz seja um personagem participativo e responsável do drama judiciário, não mero figurante de uma comédia. Afinal, o processo é hoje encarado como um instrumento público que não pode ser regido exclusivamente pelos interesses, condutas e omissões dos litigantes – ele é uma instituição do Estado, não *um negócio combinado em família* (Liebman). Por isso, o *princípio dispositivo* vai sendo mitigado e a experiência mostra que o juiz moderno, suprindo deficiências probatórias do processo não se desequilibra por isso e não se torna parcial. Isso não significa que o juiz assuma paternalmente a *tutela* da parte negligente. O que a garantia constitucional do contraditório lhe exige é que saia de uma postura de indiferença e, percebendo a possibilidade de alguma prova que as partes não requereram, tome a iniciativa que elas não tomaram e mande que a prova se produza.²²⁷

²²⁶ “Pode-se dizer que o princípio do contraditório começa antes da citação e não termina depois da sentença. Se já na elaboração da inicial a idéia de bilateralidade tem seus reflexos, por igual a sentença, com a necessidade de motivação, é informada pelo princípio. Com efeito, ao julgar, o juiz reflete a importância que deu ao direito da parte de influir em seu convencimento e esclarece os fatos da causa.” PORTANOVA, Ruy. **Princípios do Processo Civil**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 163.

²²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1. p. 228-229. Em igual sentido manifesta-se Bedaque: “Entre as garantias que a Constituição assegura ao modelo processual brasileiro encontra-se a do contraditório. Trata-se de postulado destinado a proporcionar ampla participação dos sujeitos da relação processual nos atos preparatórios do provimento final. Sua observância constitui fator de legitimidade do ato estatal, pois representa a possibilidade que as pessoas diretamente envolvidas com o processo têm de influir em seu resultado. Visão moderna desse princípio considera essencial para a sua efetividade a participação ativa do órgão jurisdicional. Tanto quanto as partes, tem o juiz interesse em que sua função atinja determinados objetivos, consistentes nos escopos da jurisdição. Não mais satisfaz a idéia do juiz inerte e neutro, alheio ao *drama dela competizionee*. Essa neutralidade passiva, supostamente garantidora da imparcialidade, não corresponde aos anseios por uma Justiça efetiva, que propicie acesso efetivo à ordem jurídica justa. Não há qualquer incompatibilidade entre o contraditório e a participação mais ativa do juiz na relação processual. Muito ao contrário. Conceito moderno desse princípio processual, que se pretende efetivo e equilibrado, não prescinde da intensa atuação daquele a quem foi conferida a função de conduzir o processo, assegurando aos sujeitos parciais real igualdade de tratamento e de oportunidades. Em outras palavras, cabe ao juiz conferir conteúdo substancial, não apenas forma, à igualdade das partes, assumindo a direção material do processo. (...) Por esse ângulo, correto afirmar que o contraditório representa não simplesmente instrumento destinado às partes, mas, principalmente, instrumento operativo do juiz, imprescindível à adequada condução do processo.” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência** (tentativa de sistematização). 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 95-96.

E a efetiva participação das partes no processo deve ser buscada pelo julgador porque no Estado Democrático de Direito a participação política nos atos de poder, seja de forma representativa ou não, decorre da necessidade de legitimação social de tais atos. No processo judicial, a prolação de decisões e sentenças que importarão na esfera de direitos do jurisdicionado também podem ser considerados um ato de poder e, por tal razão, sua legitimação se dará mediante efetiva participação das partes na formação do ato jurisdicional.

Acerca da legitimação das decisões estatais por meio da participação popular, na produção do ato, descreve Dinamarco,

A participação a ser franqueada aos litigantes é uma expressão da idéia plantada no mundo político, de que o exercício do poder só se legitima quando preparado por atos idôneos segundo a Constituição e a lei, com a participação dos sujeitos interessados. Tem-se por ponto de partida a essencial distinção entre *atos de poder*, que atingirão a esfera jurídica de pessoas diferentes de quem os realiza, e *atos de vontade*, ou negócios jurídicos, que se destinam à *auto-regulação* de interesses (autonomia da vontade). A força vinculante destes tem origem e legitimidade na vontade livremente manifestada. A daqueles, na participação dos destinatários segundo as regras pertinentes. Tal é uma derivação da conhecida tese da *legitimação pelo procedimento*, lançada em sede de sociologia política e de valia em relação a todas áreas do exercício do Poder (Niklas Luhmann). Na realidade, o que legitima os atos de poder não é a mera e formal observância dos procedimentos, mas a *participação* que mediante o correto cumprimento das normas processuais tenha sido possível aos destinatários. Melhor falar, portanto, em *legitimação pelo contraditório e pelo devido processo legal*.” (os grifos são do original).²²⁸

De fato, o contraditório legitima, no processo, as decisões estatais, visto que possibilita a participação dos seus interessados, destinatários, na formação do provimento, compatilizando

²²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 1 v. p. 517-518. Em igual sentido é a posição defendida por Marinoni: “Não há dúvida de que o juiz profere atos de positivação de poder. As suas decisões – e não se fala aqui apenas da sentença – podem ser impostas, já que o poder jurisdicional é inevitável, pouco importando a vontade do particular, que não pode se subtrair ao poder do juiz. Mas o juiz, como se sabe, não é eleito. (...) Quem toma parte em um litígio certamente será atingido pelos efeitos das decisões proferidas no processo. E, mais especificamente, pela coisa julgada material – qualidade que confere imutabilidade e estabilidade à decisão, a qual se torna sujeita apenas à ação rescisória (art. 485 do CPC), que permite a desconstituição da coisa julgada em hipóteses excepcionais, como a de corrupção do juiz. No processo jurisdicional, o exercício do poder deve prestar contas aos litigantes, isto é, àqueles que são atingidos pela coisa julgada material e por todas as decisões proferidas pelo juiz. Embora a sua base esteja no princípio político da participação, entende-se que o mecanismo técnico jurídico capaz de expressar o direito de alguém participar de um processo que o afeta em sua esfera jurídica é o do contraditório, presente na Constituição Federal na qualidade de direito fundamental.”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: teoria geral do processo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. p. 415. De forma similar, tratando especificamente sobre o processo executivo, se manifesta Flavio Cheim Jorge demonstrando que a efetivação do contraditório é forma de controle dos atos do Estado: “O contraditório na execução é mitigado ou reduzido, mas não inexistente, pois se permite o controle dos atos executórios e das condições de existência e procedibilidade da demanda e do processo. Isto é feito no próprio processo de execução, recurso, objeção de pré-executividade e também mediante ação própria e específica, qual seja, dos embargos do executado.” JORGE, Flavio Cheim. **Relação processual e contraditório nas diversas espécies de execução**. **Revista de Processo**. ano 29, n. 114, mar./abr. 2004. p. 307.

o processo judicial com o Princípio Democrático previsto na Constituição Federal de 1988 (art. 1º).

Democracia no processo recebe o nome de contraditório. Democrática é participação; e a participação no processo se opera pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como manifestação do exercício democrático de um poder.²²⁹

Deve-se, compreender, nesse pormenor, na linha do que expõe Dinamarco, que destinar a garantia do contraditório às partes e defender, conseqüentemente, uma posição ativa do julgar, decorre da ideia já consolidada de que o processo é um instrumento estatal à disposição das partes, mas que visa exercitar a função pública de prestar a jurisdição.²³⁰

E, como instrumento de exercício da função pública, o processo deve ser realizado de forma a resguardar os valores da Constituição, inclusive, aquele em que ela se funda a democracia.

Nesse ensejo, em que é evidenciada a necessidade de o juiz participar ativamente do curso processual, a fim de garantir que as partes possam verdadeiramente influenciar em suas decisões, o princípio do contraditório adquire uma nova faceta que impõe ao julgador uma postura diferenciada na condução do processo. De simplesmente garantidor da efetiva participação das partes no contraditório, o juiz passa a se submeter ao contraditório.

²²⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11. ed. Salvador: JusPodvim, 2009. p. 57.

²³⁰ A garantia constitucional do contraditório endereça-se também ao juiz, como imperativo de sua função no processo e não mera faculdade (...) A participação que a garantia do contraditório impõe ao juiz consiste em atos de *direção*, de *prova* e de *diálogo*. A lei impõe ao juiz, entre seus deveres fundamentais no processo, o de participar efetivamente (...) A direção do processo é exercida em primeiro lugar mediante o impulso do procedimento, do qual a lei expressamente encarrega o juiz (CPC, art. 262, parte final – o *impulso oficial*): não-obstante seja das partes o interesse primário pela solução dos conflitos em que estão envolvidas, nem por isso se pode desconsiderar que o processo é o instrumento público de exercício de uma função pública – a jurisdição. Embora possam as partes ter a disponibilidade das situações de direito material pela qual litigam, não pode o Estado-juiz permanecer inteiramente à disposição do que ela fizerem ou omitirem no processo, sem condições de cumprir adequadamente sua função. O processo não é um negócio, ou mesmo um jogo entre os litigantes, mas uma função estatal. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1. p. 226-227.

4.2.4 O Princípio do Contraditório como cooperação

Atualmente a doutrina brasileira discorre sobre o princípio da cooperação²³¹ como aquele que impõe ao juiz uma série de deveres, inerentes ao exercício da dialética, durante o curso processual.

Define-se a cooperação como aquele “que orienta o magistrado a tomar uma posição de agente-colaborador do processo, de participante ativo do contraditório e não mais de um mero fiscal de regras.”²³²

Entendemos, na linha do que expõe Cassio Scarpinella Bueno²³³, que o denominado princípio da cooperação, que tem regulamentação própria na legislação estrangeira, é, na verdade, uma nova faceta do princípio do contraditório, desta vez destinada ao julgador.

No contexto da cooperação, o contraditório além de assegurar a posição ativa do Magistrado na instrução processual, seja para a formação das provas, seja para garantir a participação efetiva das partes no processo, impõe ao juiz o dever de diálogo durante o curso do processo de forma que o julgador também é submetido ao contraditório.

De uma visão que relacionava o princípio somente às partes, à possibilidade de atuação das partes, é correto o entendimento que o vincula também o juiz. Assim, o princípio do contraditório tem abrangência dupla. A lei deve instituir meios para a participação dos litigantes no processo, e o juiz deve franquear-lhes esses meios. Mas significa também que o próprio juiz deve participar da preparação e do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório. A garantia resolve-se, portanto, num direito das partes e em deveres do juiz.²³⁴

²³¹ Cita-se como autores que manifestam-se acerca do Princípio da Cooperação: DIDIER JÚNIOR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. **Revista de Processo**. ano 30, n. 127, p. 75-79, set. 2005. e MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: RT, 2009.

²³² DIDIER JÚNIOR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. **Revista de Processo**. ano 30, n. 127, set. 2005. p.76.

²³³ “A doutrina brasileira, fortemente influenciada pela estrangeira, já começa a falar em um ‘princípio da cooperação’, que nada mais é do que uma específica faceta – quicá uma ‘atualização – do princípio do contraditório, entendendo tal princípio como um necessário e constante diálogo entre juiz e as partes, preocupados, todos com o proferimento de melhor decisão para a lide. Nesse sentido, o princípio da cooperação inserido no ambiente dos direitos fundamentais, que hipertrofia a tradicional concepção dos princípios como meras garantias dos particulares contra eventuais abusos do Estado na sua atuação concreta.” BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 55.

²³⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 109.

Segundo Andrea Proto Pisani, a doutrina clássica da primeira metade do século XX tratava o princípio do contraditório como a obrigatoriedade de possibilitar à parte contrária contradizer aquilo que a outra parte defende, contudo, o autor demonstra (como forma de evoluir o conceito) a necessidade de o Tribunal agir em colaboração com as partes.

Segundo a doutrina clássica formatada na primeira metade deste século, o conteúdo necessário e suficiente do princípio do contraditório é permitir que a parte contrária tenha a possibilidade de contradizer (...) Eu diria que é necessário cada vez mais defender a ideia de que o efetivo funcionamento do contraditório durante o curso do processo depende de conferir poderes de iniciativa para o tribunal e centrar-se essencialmente com a colaboração do tribunal com as partes. (tradução livre)²³⁵

Nesse ensejo, Dinamarco também discorre sobre a dupla destinação do princípio do contraditório:

A garantia do contraditório, imposta pela Constituição com relação a todo e qualquer processo – jurisdicional ou não (art. 5º inc. LV) – significa em primeiro lugar que *a lei* deve instituir meios para a participação dos litigantes no processo e o *juiz* deve franquear-lhes esses meios. Significa também que o próprio juiz deve *participar* da preparação do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório. A garantia deste resolve-se portanto em um direito das partes e uma série de deveres do juiz. É do passado a afirmação do contraditório exclusivamente como abertura para as partes, desconsiderada a participação do juiz.²³⁶

Nicola Picardi arremata em sentido conforme:

Neste quadro o contraditório não constitui somente um instrumento de luta entre as partes, quando, em vez disso, um instrumento operacional do juízo e, portanto, um momento fundamental do juízo (...) o processo (pelo menos no seu momento fundamental: o julgamento) obedece a uma lógica diversa, a técnica argumentativa e justificativa. Depois de mudar o ângulo de visão para o juiz, o contraditório torna-se a base da investigação dialética, realizada com a cooperação das partes. (tradução livre).²³⁷

²³⁵ “Secondo la doutrina classica formatasi nella prima metà di questo secolo, il contenuto necessario e sufficiente del principio del contraddittorio consisterebbe nel porre la controparte nella possibilità di contraddire (...) direi che si va sempre più diffondendo l’opinione che al fine del funzionamento efetivo del contraddittorio durante lo svolgimento del processo è necessario attribuire poteri di iniziativa ufficiosa al giudice e puntare soprattutto sulla collaborazione del giudice com le parti.” PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**. 3. ed. Napoli: Jovene, 1999. p. 218-219.

²³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1. p. 220.

²³⁷ “In questo quadro il contraddittorio non costituisce tanto uno strumento di lotta fra le parti, quanto, piuttosto, un strumento operativo del giudice e, quindi, un momento fondamentale del giudizio (...) il processo (quanto meno nel suo momento fondamentale: il giudizio) obbedisce ad una logica diversa, a tecniche argomentative e giustificative. Una volta spostato l’angolo visuale sul giudice, il contraddittorio diviene il cardine della ricerca dialettica, condotta com la collaborazione delle parti.” PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. **Rivista di diritto processuale**. anno LIII, n. 3. Padova: CEDAM, p. 673-681, luglio-settembre 1998. p. 680.

A participação do juiz, nesse contexto, não decorre exclusivamente da postura ativa que já se defende após a compreensão de que os valores constitucionais devem ser aplicados ao processo civil e eliminou a posição inerte do julgador do Estado Liberal. Em verdade, a participação do juiz em cooperação deverá ser mediante postula dialética, na qual tem o dever de compartilhar com as partes as dúvidas sobre as questões deduzidas, apontar as nulidades processuais sanáveis e discutir questões não debatidas, que podem servir para a formação de sua convicção, mesmo quando se tratem de matérias de ordem pública.²³⁸

O processo cooperativo parte da idéia de que o Estado tem como dever primordial propiciar condições para a organização de uma sociedade livre, justa e solidária, fundado que está na dignidade da pessoa humana. (...) O juiz tem o seu papel redimensionado, assumindo uma dupla posição: mostra-se paritário na condução do processo, no diálogo processual, sendo, contudo, assimétrico no quando da decisão da causa.²³⁹

Conforme demonstra Lucio Grassi de Gouveia, o princípio da cooperação tem origem no direito alemão e “corresponde ao direito de perguntar do juiz (*Fragerecht*), que corresponde a um dever de perguntar e esclarecer (*Fregeund Aufklärungspflicht*)”.²⁴⁰

Como dito, o princípio da cooperação está disciplinado nos ordenamentos estrangeiros, especificamente, nas legislações processuais Alemã, Francesa e Portuguesa²⁴¹, impondo ao

²³⁸ “Essa participação não se resumiria à ampliação dos seus [do juiz] poderes instrutórios ou de efetivação das decisões judiciais (art. 131 e 461, §5º do CPC). O magistrado deve adotar uma postura de diálogo com as partes e com os demais sujeitos do processo: esclarecendo suas dúvidas, pedindo esclarecimentos quanto estiver com dúvidas e, ainda, dando as orientações necessárias, quando for o caso. Encara-se o processo como produto de atividade cooperativa: cada qual com as suas funções, mas todos com o mesmo objetivo comum, que é a prolação do ato final (decisão do magistrado sobre o objeto litigioso) Traz o magistrado ao debate processual; prestigiam-se o diálogo e o equilíbrio. Trata-se de princípio que informa e qualifica o contraditório. A obediência ao princípio da cooperação é comportamento que impede ou dificulta a decretação de nulidades processuais – e, principalmente, a prolação do juízo de inadmissibilidade.” DIDIER JÚNIOR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. **Revista de Processo**. ano 30, n. 127, set. 2005. p.76-77.

²³⁹ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: RT, 2009. p. 102. O autor explica a dupla posição assumida pelo juiz da seguinte forma: “A isonomia está em que, embora dirija processual e materialmente o processo, agindo ativamente, fá-lo de maneira dialogal, colhendo a impressão das partes a respeito dos eventuais rumos a serem tomados no processo, possibilitando que essas dele participem, influenciando-o a respeito de suas possíveis decisões (...) Decisões, alias, gestionadas em um ambiente democrático, mas impostas assimetricamente pelo Estado-juiz, dada a imperatividade inerente à jurisdição. MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: RT, 2009. p. 75-77.

²⁴⁰ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. **Cognição Processual Civil: Atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real**. **Revista Dialética de Direito Processual**. n. 6, set. 2003. p. 47.

²⁴¹ Como nos informa Didier: “§139 da ZPO Alemã, alterado pela Lei 27.07.2001: (...) Em vernáculo, de acordo com a tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (...) §139 – Condução material do processo. (1) O órgão judicial deve discutir com as partes, na medida do necessário, os fatos relevantes e as questões em litígio, tanto do ponto de vista jurídico quanto fático, formulando indagações, com a finalidade de que as partes esclareçam de modo completo e em tempo suas posições concernentes ao material fático, especialmente para suplementar referências insuficientes sobre fatos relevantes, indicar meios de prova, e formular pedidos baseados nos fatos

órgão jurisdicional o dever de discutir as questões dos autos para que as partes possam esclarecer efetivamente as suas posições, além de impedir que o órgão jurisdicional decida com base em alguma questão não debatida, sendo certa, a obrigatoriedade de colocar em pauta de discussão questão que será utilizada nas razões de decidir e que não foi submetida ao diálogo.

O dever de cooperação, como ampliação do conteúdo do princípio do contraditório, impõe, portanto, um diálogo claro entre os sujeitos processuais a fim de que não sejam prolatadas decisões surpresas, bem como, impede que o Magistrado reconheça vícios processuais sem oportunizar que sejam sanados.

As decisões lastreadas em questões que não foram objeto do debate, mesmo quando cognoscíveis de ofício, são consideradas pela doutrina como decisões surpresa, ou como é chamada na doutrina italiana decisões de terceira via.²⁴² Especificamente acerca este tipo de decisão, manifesta-se Nelson Nery Júnior,

A proibição de haver *decisões surpresa* no processo, decorrência da garantia instituída pelo princípio constitucional do contraditório, enseja ao juiz o poder-dever de ouvir as partes sobre todos os pontos do processo, incluídos os que possivelmente poderão ser decididos por ele, seja a requerimento da parte ou interessado, seja *ex officio*. Trata-se da proibição da sentença de terceira via.²⁴³

afirmados. (2) O órgão judicial só poderá apoiar sua decisão numa visão fática ou jurídica que não tenha a parte, aparentemente, se dado conta ou considerado irrelevante, se tiver chamado a atenção para o ponto e lhe dado conta ou oportunidade de discuti-lo, salvo se se tratar de questão secundária. O mesmo vale para o entendimento do órgão judicial sobre uma questão de fato ou de direito, que divirja da compreensão de ambas as partes. (3) O órgão judicial deve chamar a atenção sobre as indicações conforme essas prescrições devem ser comunicadas e registradas aos autos tão logo seja possível. Tais comunicações só podem ser provadas pelos registros nos autos. Só é admitido contra o conteúdo dos autos prova de falsidade. (5) Se não for possível a uma das partes responder prontamente a uma determinação judicial de esclarecimento, o órgão judicial poderá conceder um prazo para posterior esclarecimentos por escrito. Art. 16 CPC do novo Código de Processo Civil Francês: (...) O juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele mesmo o princípio do contraditório. Ele não pode considerar, em sua decisão, as questões, as explicações e os documentos invocados ou produzidos pelas partes a menos que estes tenham sido objeto de contraditório. Ele não pode fundamentar sua decisão em questões de direito que suscitou de ofício, sem que tenha, previamente, intimado as partes a apresentar suas observações. Art. 266 do CPC de Portugal: 1. Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio. DIDIER JÚNIOR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. **Revista de Processo**. ano 30, n. 127, set. 2005. p.76-77.

²⁴² GRADI, MARCO. Il principio del contraddittorio e le questioni rilevabili d'ufficio. **Revista de Processo**. ano 35, n. 186, ago. 2010. p. 114-123.

²⁴³ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 226. Em igual sentido: “De modo algum pode-se admitir sejam as partes, ou uma delas, surpreendidas por decisão que se apoie, em ponto decisivo, numa visão jurídica que não se tenham apercebido, ou considerada sem maior significado: o Tribunal deve dar conhecimento de qual direção o direito subjetivo corre perigo. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista de Processo**. ano 18, n. 71, jul-set. 1993. p. 34.

Fredie Didier sistematizou o dever do Magistrado atuante em contraditório em cooperação como (i) dever de esclarecimento, mediante o qual o órgão jurisdicional deverá se esclarecer a respeito de eventuais dúvidas acerca das questões debatidas, dos pedidos formulados e das alegações veiculadas, evitando-se assim, prolação de decisões lastreadas em situações equivocadas; (ii) dever de consulta - que implica na vedação do julgador basear seu entendimento em questões que não foram debatidas no processo - impondo-lhe, também, o dever de consultar as partes sobre questões não debatidas, que poderão servir como fundamento de decidir, mesmo quando se tratar de matéria de ordem pública; e (iii) o dever de prevenir, que determina que o Magistrado aponte vícios e defeitos nos requerimentos e alegações das partes, principalmente, se tais vícios puderem frustrar o êxito da demanda.²⁴⁴

Por sua vez, Daniel Mitidiero, acrescenta um quarto o dever, qual seja, o de auxílio, por meio do qual o órgão jurisdicional deverá colaborar para que as partes possam solucionar situações que “impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais.”²⁴⁵

Com efeito, conclui-se que, no Estado Democrático de Direito, aos litigantes deve ser assegurada efetiva participação no processo, de forma a influir na formação da decisão judicial e contribuir para que a sua prolação possa resultar em manifesta resolução da lide, a fim de que o processo retrate da forma mais fidedigna a realidade dos fatos.²⁴⁶

Para tanto, o juiz deverá assumir posição ativa, participar em diálogo com as partes durante o *iter* processual, estabelecer as questões da demanda, apontar os eventuais erros das partes

²⁴⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. **Revista de Processo**. ano 30, n. 127, set. 2005. p.77-79. Dinamarco sem sistematizar como deveres decorrentes do princípio da cooperação, demonstra que o julgador, ao participar em contraditório também pelo diálogo, deve adotar postura compatível com os deveres de esclarecimento, prevenção e consulta. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1. p. 230.

²⁴⁵ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: RT, 2009. p. 76. Assim também o faz: GOUVEIA, Lúcio Grassi de. **Cognição Processual Civil: Atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real**. **Revista Dialética de Direito Processual**. n. 6, set. 2003. p. 50-57.

²⁴⁶ “No estágio atual da evolução do pensamento do processo civil não há mais como admitir deve ele se contentar com uma outra verdade que não aquela que corresponda, na medida do possível, àquilo que realmente ocorreu ou está para ocorrer no mundo dos fatos e, por isso mesmo, dá ensejo à propositura da ação.”. BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 59.

permitindo que sejam solucionados e principalmente garantir que as partes tenham se manifestado sobre todos os fundamentos utilizados na decisão.

Diante dessa visão do contraditório como instrumento destinado a atribuir direitos às partes e deveres ao juiz, de maneira a garantir que o processo seja movimentado em constante diálogo entre os sujeitos do processo, analisaremos no próximo capítulo a compatibilidade das técnicas processuais que conferem repercussão coletiva essas que foram estudadas no capítulo anterior, com essa conformação do princípio do contraditório.

5. AS TÉCNICAS DE REPERCUSSÃO COLETIVA SOB À LUZ DO CONTRADITÓRIO

No primeiro capítulo deste trabalho tivemos a oportunidade de demonstrar que após a evolução do estudo do processo, a doutrina processual volta-se para a necessidade de observar o fenômeno processual como instrumento que visa a aplicação do direito material e, conseqüentemente, como meio estatal de solução de litígios.

Não obstante, o estudo do processo de forma científica idealizado pelas escolas autonomistas - que tiveram mérito em constatar que a ciência processual é independente do direito material e por isso é dotada de institutos próprios - não poderia se deixar de lado a compreensão de que a independência processual não se confunde com total desvinculação do processo com o direito material.

Nesse contexto, o processo civil não pode ser pensado à margem do direito material, visto que, o processo só tem sentido se pensado para o direito material, ou seja, se pensado como instrumento para a aplicação do direito material.

Diversos institutos processuais civis só tem sentido, é esta a grande verdade, quando analisados à luz do plano do direito material. É importantíssimo, destarte, que o estudo do processo tenha consciência de que o plano material lhe diz respeito também e influencia, de forma mais ou menos tênue, consoante o caso, o próprio 'ser' do direito processual civil. O direito processual civil, não obstante tenha identidade, função, finalidade e natureza próprias, *serve, atende e volta-se* para a aplicação concreta do direito material. O direito processual civil *realiza* o direito material, e, por isto mesmo, deixa-se influenciar de forma mais ou menos intensa por ele. Nesta perspectiva, o direito processual civil desempenha a finalidade de *instrumento* do direito material.²⁴⁷

A instrumentalidade do processo, inaugurada no direito Brasileiro por Cândido Rangel Dinamarco, teorizou a concepção do processo civil como meio (instrumento) do exercício do poder pelo próprio Estado de acordo com as suas finalidades ou escopos a fim de concretizar o direito material.²⁴⁸

²⁴⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1., p. 49-50.

²⁴⁸ “Na literatura Brasileira, Cândido Rangel Dinamarco, Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, é o mentor daquilo que foi chamado (e com este nome amplamente divulgado) de ‘instrumentalidade do processo’, ou seja, a concepção de que o direito processual civil como um todo e o processo em particular só podem ser concebidos e entendidos como *instrumentos* do direito material, como instrumentos do exercício do poder pelo próprio Estado. Mas – e é aqui que reside o fundamental de sua

A instrumentalidade do processo é vista (...) pela preocupação em extrair do processo, como instrumento, o máximo de proveito quanto à obtenção dos resultados propostos (os escopos do sistema); infunde-se com a problemática da ‘efetividade do processo’ e conduz à assertiva de que ‘o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais’.²⁴⁹

Tal circunstância ganha ainda mais relevo quando analisada sob o prisma do Estado Constitucional,

No Estado Constitucional, pretender que o processo seja neutro em relação ao direito material é o mesmo que lhe negar qualquer valor. Isso porque ser indiferente ao que ocorre no plano do direito matéria *é ser incapaz de atender às necessidades de proteção ou de tutela reveladas pelos novos direitos e, especialmente, pelos direitos fundamentais.*²⁵⁰

Como retratado no primeiro capítulo deste estudo, Dinamarco elegeu como escopos do processo o social, o político e o jurídico.

O escopo social relaciona-se intimamente com a ideia de justiça mediante concretização dos direitos materiais e a garantia de sua fruição no plano prático, bem como, com o ideal de paz social decorrente da resolução dos conflitos.

O escopo político, quando relacionado com a promoção da estabilidade das instituições estatais e dos valores de cidadania reflete, estritamente na necessidade de participação do cidadão nas decisões Estatais como forma de legitimá-las.

Os escopos *políticos*, de seu turno, trazem à tona a necessidade de o Estado-juiz, na sua atuação ter condições de afirmar a sua autoridade, o seu *poder* perante a sociedade, poder este, contudo, que no modelo de Estado adotado pela Constituição de 1988 não é ilimitado mas, muito pelo contrário, mitigado e vinculado ao atingimento de finalidades públicas, finalidades do próprio Estado e estranhas aos exercentes da autoridade, do poder, *em nome* do Estado. Por isto que na compreensão do ‘escopo político’ do processo não há como deixar de lado as preocupações tão clássicas e tradicionais como indispensáveis da ‘liberdade’ dos indivíduos (‘direitos subjetivos públicos’, assim entendidos os direitos dos cidadãos exigíveis do próprio Estado) e, mais amplamente, a ampla possibilidade (e

construção -, como todo instrumento, sua perfeita compreensão repousa na identificação de quais são suas *finalidades* ou, como prefere o próprio Dinamarco, os seus *escopos*. A própria *utilidade* do processo só tem condições de ser medida e avaliada na proporção em que se saiba quais são os fins que ele deve atingir e em que grau estes fins são ou conseguem ser alcançados.”. BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1, p. 54.

²⁴⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 319.

²⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: teoria geral do processo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1, p. 240.

necessidade) de *participação* dos destinatários da atuação do Estado nesta própria atuação.²⁵¹

Por fim, o escopo jurídico representa a realização do processo mediante sua função concretizadora do direito material.

Sob esse contexto, o processo civil somente alcançará seus escopos – dentro do contexto que nos interessa nesse trabalho – se o direito material for efetivamente aplicado pelo processo, mediante participação do cidadão na formação do ato estatal, que conferirá legitimidade ao mesmo em decorrência da realização da função jurisdicional.

Nota-se, portanto, e revigorando o tratado no capítulo anterior, que os escopos do processo estão diretamente relacionados com a atuação do processo em respeito a ampla possibilidade das partes participarem do procedimento, assegurando assim, o exercício do contraditório nas mais amplas vertentes que o mesmo pode ser analisado.

O contraditório, nesse contexto, é a garantia processual voltada à realização dos escopos processuais, na medida em que visa permitir o controle do exercício da atividade estatal, evitando arbitrariedades e conferindo legitimidade a sua atuação.²⁵²

Legitima-se a decisão, por meio do controle da atuação estatal e da participação efetiva das partes na formação do convencimento do julgador, visto que, no atual estágio do direito processual não se pode pensar o processo sem a efetiva realização da dialética como instrumento democrático de participação nas decisões que serão impostas aos interessados.²⁵³

²⁵¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1., p. 54-55.

²⁵² “Garantia processual não é o resultado, mas meio pelo qual se busca controlar o exercício do poder – de sorte a evitar que ele seja exercido de forma arbitrária – e permitir que as partes possam contribuir para a formação do convencimento de quem as julga.” YARSHELL, Flávio Luiz. **A elaboração de um novo Código de Processo Civil**: falsos e verdadeiros dilemas. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br>>. Acesso em: 15.04.2010.

²⁵³ Como método de trabalho, processo tem o desenho de uma *série de atos interligados e coordenados ao objetivo de produzir a tutela jurisdicional justa, a serem realizados no exercício de poderes ou faculdades ou em cumprimento a deveres ou ônus*. Os atos interligados, em seu conjunto são o *procedimento*. O conjunto de situações jurídicas ativas e passivas que autorizam ou exigem a realização dos atos é a *relação jurídica processual* (poderes, faculdades, deveres e ônus). E o processo, no modelo traçado pela Constituição e pela lei, é uma *entidade complexa*, integrada por esses dois elementos associados – *procedimento e relação jurídica processual*. Cada ato do procedimento *pode* ser realizado porque o sujeito que quer realizá-lo tem a faculdade ou o poder de fazê-lo; ou deve ser realizado porque ele tem um dever ou um ônus. O conceito de processo, segundo os modelos impostos por superiores razões políticas, não se exaure no procedimento nem coincide com o de relação processual. Processo é, ao mesmo tempo, uma relação entre atos e uma relação entre sujeitos (Liebman). DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 2, p. 25-26.

Assim, o contraditório, visto como instrumento de participação dos interessados do ato jurisdicional é o elemento legitimador da atuação estatal, pois, realizada de forma democrática e asseguradora das liberdades dos cidadãos.

Ademais, o princípio do contraditório serve também como instrumento para que o escopo jurídico – realização do direito material por meio do processo de forma adequada ou correta aplicação da norma aos fatos – seja alcançado. Isso porque, no exercício da dialética processual, as partes poderiam trazer melhores elementos para subsidiar a decisão e aproximá-la da realidade eventualmente vivenciada.

Com efeito, evidencia-se que as normas processuais que buscam alcançar qualquer dos escopos do processo (jurídico, político ou social, vistos no primeiro capítulo) devem se pautar na efetiva realização das garantias processuais para que o escopo seja alcançado por meio de uma decisão legítima e justa.

Nesse ensejo, como objetivo deste trabalho, passamos a analisar a adequação das técnicas que conferem tratamento coletivo às demandas individuais repetitivas com a garantia do contraditório.

5.1. REPERCUSSÃO GERAL

No terceiro capítulo demonstramos ser a repercussão geral um requisito de cabimento do recurso extraordinário que serve como uma técnica de filtragem daqueles recursos que angariarem as qualidades de relevância e transcendência para garantir sua análise pelo Supremo Tribunal Federal. Por tal razão, em se tratando de requisito de admissibilidade recursal, todos os recursos extraordinários interpostos deverão apresentar a denominada repercussão geral a fim de que sejam conhecidos pelo Supremo Tribunal Federal.

Para análise do requisito “tem o recorrente o ônus de demonstrar a existência da repercussão geral da questão debatida em sede de recurso extraordinário. Não o desempenhando, fadado à

inadmissibilidade está o recurso extraordinário”²⁵⁴, na forma preceituada pelo §2º, do artigo 543-A, do CPC.

Por tal razão, a fundamentação técnica realizada no recurso terá influência direta no reconhecimento (ou não) da repercussão geral e, conseqüentemente, na possibilidade de levar a matéria constitucional alegada no mérito do recurso ao conhecimento do Supremo.²⁵⁵

A importância da qualidade técnica da fundamentação ganha ainda mais relevo quando considera-se que a decisão denegatória da repercussão terá efeito direto em todos os recursos que versarem sobre a mesma matéria que serão, nos termos do §5º, do artigo 543-A, do CPC, indeferidos liminarmente:

Art. 543-A. 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.

(...)

§5º. Negada a existência de repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.²⁵⁶

Nota-se pois, que a decisão na qual não reconhece a existência de repercussão geral da questão em debate no recurso extraordinário terá efeitos para além do processo em que fora proferida, impedindo que vários outros litigantes possam ter acesso ao Supremo Tribunal Federal quando intentados a questionar a mesma matéria.

Nesse aspecto, evidencia-se o desrespeito ao contraditório, na medida em que os demais interessados não podem exercer a dialética que é comum a todo processo judicial a fim de influenciar a decisão judicial a respeito da questão. Observa-se tanto a violação do contraditório como elemento de paridade de armas quanto elemento de participação na formação da decisão judicial.

²⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 44.

²⁵⁵ Pondera-se, contudo, que a fundamentação traçada pela parte não deva vincular o STF, na medida em que, reconhecendo por outros fundamentos a existência de repercussão geral deverá o Tribunal conhecer do recurso, sob pena de negar apreciação judicial da questão constitucional debatida. Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 43-44.

²⁵⁶ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília, 11 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 5 set. 2010.

No primeiro caso, os litigantes que foram atingidos com a decisão tomada no processo analisado não terão sequer a possibilidade de tentar convencer, com os seus fundamentos e “armas” o Supremo Tribunal Federal a respeito da transcendência ou relevância da questão. Nega-se aos mesmos a possibilidade de “lutar” para demonstrar a posição defendida.

Já no que diz respeito a possibilidade de influir na formação da decisão judicial, verifica-se de forma clara, que essa possibilidade também é tolhida, na medida em que, sendo a decisão a respeito da repercussão geral tomada em um processo alheio (ou estranho ao litigante) não poderá o mesmo intervir de forma a participar efetivamente da formação da decisão judicial

Nesse contexto, é necessário relevar que o §6º, do artigo 543-A, do CPC, faz previsão acerca da possibilidade de admissão da manifestação de terceiros:

Art. 543-A. 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.

(...)

§6º. O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.²⁵⁷

A admissão da manifestação de terceiros tem sido realizada por meio do *amicus curiae*, que admitido, poderá apresentar razões por escrito e subscritas por advogado a fim de auxiliar o Tribunal no reconhecimento (ou não) da repercussão geral da matéria, bem como, sustentá-las oralmente em sessão.

A fim de que concretize o ideal de uma ‘sociedade aberta aos intérpretes da Constituição, possibilita-se, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, a participação de terceiros a fim de que se dê um amplo debate a respeito da existência ou não de relevância da questão debatida (art. 543-A, §6º, do CPC). Cuida-se da possibilidade de intervenção de *amicus curiae* na fase de apreciação do recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal, tal como se dá igualmente em sede de controle concentrado aqui (art. 7º, §2º, Lei 9.868 de 1999) e alhures (por exemplo, §27ª, Lei do Tribunal Constitucional Federal alemão). (...) Uma vez admitida a sua participação, subscrita por advogado, poderá ofertar razões por escrito a fim de convencer o Supremo Tribunal Federal da existência ou inexistência de repercussão geral a partir do caso concreto. Note-se o ponto: a participação de terceiros pode orientar-se tanto no sentido da admissão como no da inadmissão do recurso extraordinário relativamente à repercussão geral da controvérsia constitucional ali debatida. Tem-se de franquear ao *amicus curiae*, de

²⁵⁷ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília, 11 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 5 set. 2010.

outro lado, a possibilidade de sustentar oralmente as suas razões por tempo igual àquele deferido às partes.²⁵⁸

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal vem se manifestando nesse sentido:

(...) Isso porque, a partir das mudanças trazidas pela Emenda Constitucional 45/2004, e principalmente dos institutos da repercussão geral e da súmula vinculante, os processos do controle concreto de constitucionalidade, em especial o recurso extraordinário, vêm adquirindo uma feição cada vez mais objetiva. Essa parece ser a orientação dos Ministros desta Corte, que vêm admitindo a intervenção de *amicus curiae* em recurso extraordinário cuja repercussão geral tenha sido reconhecida pelo Plenário. Nesse sentido, arrolo as seguintes decisões monocráticas: RE 586.995, rel. Min. Cármen Lúcia, DJ e 95, publicado em 25.5.2009; RE 566.471, rel. Min. Marco Aurélio, DJ e 92, publicado em 20.5.2009; RE 583.834, rel. Min. Carlos Britto, DJ e 63, publicado em 2.4.2009; RE 576.155, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ e 47, publicado em 12.3.2009. (...) .²⁵⁹

Todavia, impende registrar que a intervenção do *amicus curiae* não é suficiente para que o debate da questão seja realizado por todos os interessados de forma satisfatória, bem como, lhes sejam garantido o contraditório.

Isso porque, muito embora possam figurar entidades de representação dos interessados na resolução do feito, como o caso de uma associação protetora dos consumidores em demandas que versem sobre matérias consumeristas, não há espaço para que os interessados possam participar livre e abertamente do debate processual em sua plenitude.

Nesse sentido, muito embora parcela da doutrina veja a autorização do §6º, do artigo 543-A, do CPC, como uma ampliação do instituto do *amicus curiae*²⁶⁰, que garantiria a intervenção de terceiros juridicamente interessados no resultado da decisão, o Supremo Tribunal Federal, em algumas oportunidades, deixou de admitir a intervenção de um indivíduo no feito, por

²⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 41-42.

²⁵⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 2316**, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) GILMAR MENDES, julgado em 13/01/2010, publicado em DJe 02/02/2010.

²⁶⁰ “Entre as novidades trazidas com a regulamentação está a previsão da intervenção de terceiros no procedimento de análise da repercussão geral (art. 543-A, §6º, do CPC). O relator do recurso extraordinário/agravo de instrumento poderá permitir essa manifestação *ex officio* ou a requerimento do interessado. Tal previsão nada mais é que a ampliação do instituto do *amicus curiae*, positivado entre nós para o controle concentrado de leis (Leis 9.868/99 e 9.882/1992) e mesmo para o controle difuso (§§ 1º a 3º do artigo 482 do CPC, acrescidos pela Lei 9.868/1999). (...). Dessa forma, ‘terceiros’ juridicamente interessados no resultado da análise do tribunal poderão solicitar sua manifestação nos autos, arguindo da presença (ou ausência) de repercussão geral, de forma a ampliar o leque argumentativo e de dados de que disporão os Ministros para decidir.”. THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário*. **Revista de Processo**. ano 34, n. 177, nov. 2009. p. 28-29.

entender que a intervenção de pessoas físicas, na condição de *amicus curiae*, não é cabível, visto não serem dotadas de representatividade.

(...) a) Indefiro o pedido de Alexandre Berthe Pinto, pois em razão da relevância e amplitude da discussão em debate nestes autos, não será admitida a intervenção de pessoas físicas, na condição de “amicus curiae”, senão de órgãos e entidades dotados de maior e mais ampla representatividade; por isso, desentranhe-se a petição de folhas 374 a 399, juntando-se-a por linha; (...) ²⁶¹

Dessa forma, por maior que seja a amplitude conferida pelo legislador ao enunciar o §6º, do artigo 543-A, do CPC, decisões como a apresentada que inadmitem o ingresso das pessoas físicas interessadas no feito, impedem o exercício da garantia do contraditório pelos interessados que ficam refêns de entidades de “maior representatividade” que requeiram a intervenção na condição de *amicus curiae*, a fim de representá-los.

E, a aceitação de memoriais a serem entregues pelos interessados, como é aceito pelo SFT²⁶², não satisfaz a garantia do contraditório, visto como possibilidade de influir efetivamente na decisão judicial.

Constata-se, inclusive, a violação do contraditório por meio das decisões proferidas pelo STF que negam a possibilidade daqueles interessados que tiveram seus recursos sobrestados na origem, por força do disposto no artigo 543-B, do CPC, terem suas razões recursais analisadas pelo Supremo Tribunal.

Decisão: Trata-se de petição de agravo regimental na qual se questiona ato que determinou a remessa dos autos à origem, com base no RE-RG 638.115, de minha relatoria, para os fins do disposto no art. 543-B do CPC. Cumpre destacar que o ato que determina a remessa dos autos à origem para a aplicação da sistemática da repercussão geral é ato de mero expediente e, por isso, não desafia impugnação. O Plenário deste Tribunal decidiu não ser cabível recurso para o Supremo Tribunal Federal contra a aplicação do procedimento da repercussão geral nas instâncias de origem. Transcrevo a ementa do AI-QO 760.358, de minha relatoria, DJe 18.2.2010: **“Questão de Ordem. Repercussão Geral. Inadmissibilidade de agravo de instrumento ou reclamação da decisão que aplica entendimento desta Corte aos processos múltiplos. Competência do Tribunal de origem. Conversão do agravo**

²⁶¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 591797 ED, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 22/03/2011, publicado em DJe 29/04/2011.

²⁶² “ (...) Ademais, a devolução do recurso ao tribunal de origem não impede que as razões da parte sejam conhecidas por esta Corte no julgamento do paradigma, por meio da apresentação de memoriais e eventual **intervenção** como *amicus curiae*, nos termos do art. 543-A, § 6º, do Código de Processo Civil. (...)”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AI 836034 ED, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 16/05/2011, publicado em DJe 23/05/2011.

de instrumento em agravo regimental. 1. Não é cabível agravo de instrumento da decisão do tribunal de origem que, em cumprimento do disposto no § 3º do art. 543-B, do CPC, aplica decisão de mérito do STF em questão de repercussão geral. 2. Ao decretar o prejuízo de recurso ou exercer o juízo de retratação no processo em que interposto o recurso extraordinário, o tribunal de origem não está exercendo competência do STF, mas atribuição própria, de forma que a remessa dos autos individualmente ao STF apenas se justificará, nos termos da lei, na hipótese em que houver expressa negativa de retratação. 3. A maior ou menor aplicabilidade aos processos múltiplos do quanto assentado pela Suprema Corte ao julgar o mérito das matérias com repercussão geral dependerá da abrangência da questão constitucional decidida. 4. Agravo de instrumento que se converte em agravo regimental, a ser decidido pelo tribunal de origem” (grifei). Com mais razão, não cabe recurso contra a aplicação da sistemática por Ministro deste Tribunal, diante da inexistência de conteúdo decisório. Nesse sentido, as seguintes decisões, entre outras: RE-AgR 593.078, Rel. Min. Eros Grau; DJe 19.12.2008; AI 705.038, Rel. Min Ellen Gracie; DJe 19.11.2008 e AI-AgR 696.454, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 10.11.2008. Transcrevo essa última decisão: “O ato judicial que faz incidir a regra inscrita no art. 543-B do CPC não possui conteúdo decisório nem se reveste de lesividade, pois traduz mera consequência – admitida pela própria jurisprudência plenária do Supremo Tribunal Federal (AI 715.423-QO/RS, Rel. Min. ELLEN GRACIE e RE 540.410-QO/RS, Rel. Min. CEZAR PELUSO) – que resulta do reconhecimento da existência de repercussão geral de determinada controvérsia constitucional suscitada em sede recursal extraordinária, tal como sucede no caso ora em exame. **A ausência de gravame, no caso em análise, decorre da circunstância de que, julgado o mérito do apelo extremo em que reconhecida a repercussão geral, os demais recursos extraordinários, que se acham sobrestados, ‘serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se’ (CPC, art. 543-B, § 3º– grifei). A inadmissibilidade de recurso, em tal situação, deriva da circunstância – processualmente relevante – de que o ato em causa não consubstancia, seja a solução da própria controvérsia constitucional (a ser apreciada no RE 567.454/BA), seja a resolução de qualquer questão incidente. Tratando-se, pois, de manifestação que não se ajusta, em face do seu próprio teor, ao perfil normativo dos atos de conteúdo sentencial (CPC, art. 162, § 1º) ou de caráter decisório (CPC, art. 162, § 2º), resulta evidente a irrecorribilidade do ato que meramente ordenou, como no caso, a devolução dos presentes autos ao órgão judiciário de origem, nos termos e para os fins do art. 543-B e respectivos parágrafos do CPC (Lei n. 11.418/2006). Sendo assim, e em face das razões, não conheço, por inadmissível, do presente recurso de agravo.” (destaquei) No mesmo sentido pronunciei-me, ao negar a liminar no MS 28.551, DJe 13.5.2010: “Registre-se que a devolução determinada pela Presidência e cumprida pela Secretaria Judiciária do STF não se reveste de ato jurisdicional, mas simples mecânica que permita aos órgãos de origem examinarem se o caso concreto é, ou não, semelhante a caso paradigma ou representativo da controvérsia já examinado pelo Pretório Excelso. Nesse sentido, tanto o comando constitucional, inserido pela Emenda Constitucional n. 45/2004, quanto as disposições do Código de Processo Civil e do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal convergem para a racionalização do procedimento, de sorte que desobrigue o Tribunal e seus Ministros de examinar repetidas vezes a mesma questão constitucional. Portanto, ausente o indispensável fumus boni juris para concessão da medida liminar pleiteada. Indefiro o pedido de liminar” (grifei). **Ademais, a devolução do recurso ao tribunal de origem não impede que as razões da parte sejam conhecidas por esta Corte no julgamento do paradigma, por meio da apresentação de memoriais e eventual intervenção como amicus curiae, nos termos do art. 543-A, § 6º, do Código de Processo Civil.** Assim, nada há a deferir. Determino a imediata baixa dos autos. Publique-se. Brasília, 9 de maio de 2011. Ministro GILMAR MENDES Relator. (grifos nossos).²⁶³**

²⁶³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AI 820669 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 09/05/2011, publicado em DJe 17/05/2011.

Nesse diapasão, evidencia-se que a possibilidade de influir na decisão que será proferida no recurso-modelo e que terá seus efeitos espargidos para os demais recursos que forem reputados como de “matéria idêntica” é limitada à intervenção do *amicus curiae*, com a apresentação de memoriais pelos interessados, o que evidentemente, não se compatibiliza com o conteúdo do princípio do contraditório estudado no capítulo anterior.

Nota-se que a técnica de julgamento mediante causa-modelo, na qual enquadra-se a técnica da repercussão geral, na forma como prevista no instituto ora estudado, impede a plena participação dos interessados na formação da decisão-modelo, na medida em que, o conhecimento de suas razões pelos julgadores ficam limitadas à apresentação de memoriais.

Ademais, é importante ressaltar que a aplicação do instituto pressupõe limitação aos processos que sejam idênticos àquele julgado como modelo, contudo, muito embora a tese ou o tema tratado no modelo se assemelhe àquele fundamentado em vários outros recursos a apreciação individual do recurso com os aspectos particulares de cada caso pode ensejar a necessidade de tratamento distinto para alguns casos concretos.

Dessa maneira, estar-se-ia classificando como idênticos, vários recursos que tratem fundamentalmente da mesma tese, mas que, por questões particulares e singulares, tenham características distintas capazes de alterar o tratamento jurídico do caso concreto.

Quanto ao mecanismo de sobrestamento de alguns recursos ‘idênticos’ enquanto alguns deles são apreciados pelo tribunal (já que depois a decisão destes predetermina a sorte dos demais), apenas podemos manifestar nossa desconfiança quanto à crença do legislador de que as questões em direito podem ser tratadas de forma tão ‘certa’ que se possa realmente dizer que as causas são idênticas. O que a lei faz é desconsiderar as características do caso e as pretensões que são levantadas em cada um; então um dos recursos servirá para que se tente *sensibilizar* o tribunal da importância de sua apreciação. Caso não consiga, todos os demais recursos perecerão, sem que tenha havido apreciação individual; se conseguir, todos os demais serão julgados da mesma forma, também sem apreciação individual.²⁶⁴

Com efeito, a técnica de julgamento estudada, impede a participação efetiva dos interessados no julgamento do recurso modelo, violando o contraditório.

²⁶⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. **Revista de Processo**. ano 34, n. 177, nov. 2009. p. 36.

5.2 RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS

O julgamento por amostragem do recurso especial é uma técnica que comporta seleção, por parte dos órgãos do Poder Judiciário, do(s) recurso(s) que serão apreciados pelo Superior Tribunal de Justiça a fim de firmar orientação em relação a uma determinada controvérsia que servirá de modelo para os demais recursos sobrestados, em razão de conterem “idêntica questão de direito”.

A orientação firmada terá efeito vinculante no tocante aos recursos sobrestados, quando o acórdão recorrido coincidir com a decisão do STJ, na medida em que terão seguimento denegado na própria origem. E aqueles recursos que impugnarem acórdãos cuja orientação diverge da adotada pelo Superior Tribunal serão novamente julgados, sendo cabível a manutenção da divergência, o que implicará em posterior juízo de admissibilidade do recurso especial para encaminhamento ao STJ.

Nota-se que assim como ocorre na hipótese da repercussão geral, a técnica dos recursos repetitivos contempla a eleição de um ou mais recurso(s) que servirão de modelo para o julgamento da matéria de direito controversa.

De igual forma, portanto, os jurisdicionados, cujas causas deixam de ser “escolhidas” para representar a controvérsia, não obterão apreciação individualizada do seu recurso e, conseqüentemente, serão tolhidos do exercício do contraditório, na medida em que não lhes é possibilitado influir na formação da decisão judicial, mediante exposição de suas razões, voltadas às peculiaridades do caso em concreto.

E nesse particular, é bom ressaltar que o julgamento dos recursos de estrito direito como é o caso do recurso especial, comporta a análise da adequação da aplicação do direito ao caso concreto, desde que não seja necessário reexaminar as provas dos autos.

Em estudo sobre o tema, Teresa Arruda Alvim demonstra que não existe separação perfeita entre matéria de direito e de fato, sendo certo, que sempre haverá uma predominância de uma sobre a outra. Ontologicamente, a aplicação da lei ao caso concreto seria matéria

predominantemente de direito, visto que a qualificação jurídica dos fatos ocorre em momento posterior a análise da ocorrência e da forma de ocorrência dos fatos.

Não se nega que o encaixe dos fatos sob a norma seja matéria essencialmente jurídica e que, se este processo de qualificação se dá de modo equivocado, tudo o que se lhe segue equivocado será. Em outros termos, se a função do recurso especial e do recurso extraordinário é fundamentalmente a de flagrar e a de corrigir ilegalidades, todos os casos em que os fatos foram qualificados erradamente, tendo-se-lhes aplicado norma diferente daquela que, na verdade, deveria ser aplicada, *deveriam* ser reavaliados pelos Tribunais superiores no bojo desses recursos. De fato a correta aplicação da lei não pode ser avaliada se se desconhecem os fatos sobre os quais foi aplicada.²⁶⁵

Contudo, demonstra a doutrinadora, que em alguns casos, para verificar se a qualificação jurídica dos fatos foi feita de forma equivocada, o julgador precisaria reavaliar como os fatos teriam ocorrido, o que, no caso dos recursos de estrito direito, não é cabível, visto ter-se criado critério técnico-processual para distinguir as questões de fato e de direito que se aplica para análise dos recursos mencionados:

Segundo este último critério, classificam-se as questões em fáticas e jurídicas, para efeito de *possibilidade de reexame* por meio de remédios de estrito direito, a partir do *mecanismo processual* por meio do qual deve operar-se este reexame. (...) Parece-nos que a questão será predominantemente fática se, para que se rededica a matéria, houver necessidade de se reexaminarem provas, ou seja, de se reavaliar como os fatos teriam ocorrido. (...) Então, ainda que se tenha que o reexame das provas poderia desembocar numa qualificação diferente dos fatos, daquele que se lhes deu a instância ordinária – o que ontologicamente é questão de direito – segundo o critério técnico processual esta *questão de direito*, seria para este efeito, considerada como *questão de fato*, insusceptível de ser objeto de recurso especial ou extraordinário. Evidentemente, a questão não se coloca quando a inadequação do processo subsuntivo ocorre ou pode ser verificada na própria decisão impugnada, ou seja, quando a instância ordinária descreve um fato e o qualifica erradamente no próprio acórdão de que se recorreu, e este ‘encaixe’ é impugnado pelo recorrente.²⁶⁶

Com efeito, a importância dos aspectos fáticos diferenciadores da demanda, e portanto das peculiaridades de cada caso, ganha relevo na análise da técnica estudada sob o prisma do contraditório. Uma vez que a vedação do diálogo entre as partes dos recursos sobrestados e o Tribunal julgador impede a correta apreciação de possíveis contextos diferenciadores de cada caso julgado.

²⁶⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Questões de fato, conceito vago, e a sua controlabilidade através de recurso especial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**. São Paulo: RT, 1997. p. 452.

²⁶⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Questões de fato, conceito vago, e a sua controlabilidade através de recurso especial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**. São Paulo: RT, 1997. p. 449, 453 e 456.

Novamente, a participação do *amicus curiae* e do Ministério Público, conforme previsão dos §§4º e 5º, do artigo 543-C, do CPC, é importante para ampliar o debate e resguardar, em certa medida, o exercício do contraditório.

Apesar de não haver uma obrigatoriedade entende-se que, ante toda a sistemática idealizada para o julgamento dos recursos repetitivos fundados em idêntica questão de direito, até para que a discussão temática alcance a maior amplitude possível sobre a matéria para que esse acórdão não seja motivo de críticas, até porque a ele será conferido um efeito vinculante a ser adotado, ou não, pelos tribunais locais ou regionais, deve, sim, em todos os casos que envolverem recursos repetitivos, haver a manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.²⁶⁷

Contudo, entendemos que a previsão mencionada não suprirá o necessário exercício dialético das partes interessadas, de acordo com as peculiaridades de cada caso, a fim de tornar a análise judicial coerente com as circunstâncias do processo. Assim, evidencia-se que a técnica adotada impede que o litigante exerça seu direito ao contraditório perante o Superior Tribunal de Justiça.

Deveria pois, para resguardar o contraditório, a possibilidade de intervenção ser estendida às partes interessadas no julgamento da questão de direito controvertida, seja porque integram demanda em que se discute matéria semelhante, seja porque tiveram seu recurso sobrestado na origem.²⁶⁸

No nosso entender, a situação se agrava ainda mais, quando é vedada aos litigantes qualquer forma de irresignação acerca da aplicação da técnica ao caso em concreto, mediante entendimento que impede a subida do agravo de instrumento questionando a aplicação da sistemática dos recursos especiais ao STJ. Nesse sentido, decidiu o STJ, em 18.05.2011.

²⁶⁷ TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin. Recursos fundados em idêntica questão de direito no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Processo**. ano 36, n. 191, jan. 2011, p. 169.

²⁶⁸ Defendendo a necessidade das partes poderem intervir, nos termos do §§4º e 5º do artigo 543-C do CPC: “Entendemos que a previsão contida §4º do artigo 543-A estende-se às partes em cujo processo houve recurso especial que teve sua tramitação sobrestada, em razão da subida de recurso especial ‘com idêntica questão de direito’ interposto por (ou contra) outra pessoa, que poderá manifestar-se, com o intuito de ver provido (ou desprovido) o recurso especial selecionado. É que podem aqueles que são parte no processo em que há recurso sobrestado ter outros argumentos que justifiquem o acolhimento ou rejeição da tese veiculada, argumentos estes não levados em consideração nos recursos escolhidos e nas respectivas contra-razões.” WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Sobre o novo art. 543-C do CPC: sobrestamento de recursos especiais “com fundamento em idêntica questão de direito”. **Revista de Processo**. ano 33, n. 159, maio 2008. p. 219.

DECISÃO

Segunda instância pode impedir subida do agravo aplicando a regra dos recursos repetitivos

Não cabe agravo de instrumento contra decisão que nega seguimento a recurso especial com base na Lei dos Recursos Repetitivos. O entendimento é da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao julgar questão de ordem levantada pelo ministro Cesar Asfor Rocha em processo envolvendo o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - Incra e algumas empresas.

No caso, a Cosan S.A Indústria e Comércio e outra interpuseram agravo de instrumento contra decisão na qual a vice-presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3) não admitiu o recurso especial “pela alegação de violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil e, no que se refere às demais alegações, considerando estar a decisão proferida em consonância com o entendimento consolidado na Corte Superior, nos termos do artigo 543-C, parágrafo 7º, inciso I, do CPC”.

No agravo, as empresas alegam que a vice-presidente invadiu a jurisdição do STJ, “adentrando ao mérito do recurso”. Quanto ao artigo 543-C, do CPC, elas indicam precedentes antigos do Tribunal, publicados em 2004, que decidiram favoravelmente à revogação das contribuições para o Funrural e para o Incra após a edição das Leis n. 7.787/1989 e 8.212/1991.

Em seu voto, o ministro Cesar Rocha destacou que a edição da Lei n. 11.672/2008, que modificou o referido artigo do CPC, decorreu da explosão de processos repetidos junto ao STJ, ensejando centenas e, conforme matéria, milhares de julgados idênticos, mesmo após a questão jurídica já estar pacificada.

Para o ministro, criado o mecanismo legal para acabar com inúmeros julgamentos desnecessários e inviabilizadores de atividade jurisdicional ágil e com qualidade, os objetivos da lei devem, então, ser seguidos também no momento de interpretação dos dispositivos por ela inseridos no CPC e a ela vinculados, sob pena de tornar o esforço legislativo totalmente inócuo e de eternizar a insatisfação das pessoas que buscam o Poder Judiciário com esperança de uma justiça rápida.

Assim, o ministro Cesar Rocha afirmou que a norma do artigo 544 do CPC, editada em outro momento do Poder Judiciário, deve ser interpretada restritivamente, incidindo, apenas, nos casos para os quais o agravo de instrumento respectivo foi criado, ou seja, nas hipóteses em que o órgão judicante do Tribunal de origem tenha apreciado efetivamente os requisitos de admissibilidade do recurso especial.²⁶⁹

Deveria ser observado, como forma de resguardar o contraditório e a possibilidade do litigante influir na decisão judicial demonstrando que aquele paradigma não se aplica ao caso concreto, uma forma de controle das decisões de sobrestamento com a interposição de recurso para o Superior Tribunal de Justiça.²⁷⁰

²⁶⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Sala de Notícias. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=101866>. Acesso em: 18.05.2011.

²⁷⁰ “A nosso ver, havendo sobrestamento indevido da tramitação de algum recurso especial pela presidência do tribunal *a quo*, deverá ser admitido agravo de instrumento para o STJ (cf. Art. 544 do CPC), demonstrando-se que aquele recurso não se insere no rol de recursos com fundamento em idêntica controvérsia selecionados pelo órgão *a quo*.”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Sobre o novo art. 543-C do

Observamos, outrossim, que o procedimento legal para julgamento dos recursos repetitivos elege, como requisito para a seleção dos recursos afetados, a existência de multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito. Nos termos legais, a mera existência de vários recursos sobre a mesma matéria permitiria o processamento mediante o rito dos recursos repetitivos.

Nota-se que o legislador não se preocupou em disciplinar a necessidade da matéria controversa estar em grau de discussão avançado, permitindo que a análise dos fundamentos e das teorias aplicáveis fosse feita da forma mais profunda possível, ensejando uma decisão segura e firme.

Com efeito, é possível que uma matéria seja discutida, em sede de recursos repetitivos, sem que haja ampla e detalhada pesquisa acerca de todas as vertentes aplicáveis à solução da controvérsia, bem como das teses aplicáveis e suas consequências na prática judiciária.

Nessa linha, pensamos que na prática pode ocorrer que o resultado obtido no julgamento da matéria, aplicável a um número indeterminado de processos, não seja aquele mais adequado a solucionar a controvérsia de forma efetiva e que estará fadado a modificações futuras de forma a não atender a estabilidade pretendida.

Acerca desta problemática, o Ministro Herman Benjamin se manifestou:

Os pontos complexos que este processo envolve – e são tantos, como veremos no decorrer deste Voto – não se submeterem ao crivo de debates anteriores entre os Membros das Turmas, debates esses necessários para identificar e esclarecer as principais divergências e controvérsias de conflito desse porte, que, embora veiculado por ação individual (e formalmente refira-se com exclusividade a uma única consumidora), afeta, de maneira direta, mais de 30 milhões de assinantes (*rectius*, consumidores). Difícil negar que, no âmbito do STJ, a demanda não estava madura para, de cara, prolatar-se decisão unificadora e uniformizadora a orientar a Seção, suas duas Turmas e todos os Tribunais e juízos do Brasil. Em litígios dessa envergadura, que envolvem milhões de jurisdicionados, é indispensável a preservação do espaço técnico-retórico para exposição ampla, investigação criteriosa e dissecação minuciosa dos temas levantados ou que venham a ser levantados. Do

contrário, restringir-se-á o salutar debate e tolher-se-á o contraditório, tão necessário ao embasamento de uma boa e segura decisão do Colegiado dos Dez.²⁷¹

Outra questão tratada pelo Ministro Herman Benjamin é a violação do contraditório como garantia de paridade de armas, ocorrida na prática forense em decorrência das distinções de representação existente entre os habituais e grandes litigantes, em face dos eventuais e pequenos litigantes.

Como juiz, mas também como cidadão, não posso deixar de lamentar que, na argumentação (?) oral perante a Seção e também em visitas aos Gabinetes, verdadeiro monólogo dos maiores e melhores escritórios de advocacia do País, a voz dos consumidores não se tenha feito ouvir. Não lastimo somente o silêncio de D. Camila Mendes Soares, mas sobretudo a ausência, em sustentação oral, de representantes dos interesses dos litigantes-sombra, todos aqueles que serão diretamente afetados pela decisão desta demanda, (...)²⁷²

É evidente, nesse contexto, que quando a controvérsia analisada pela técnica dos recursos repetitivos atingir milhares de litigantes individuais espalhados no vasto território nacional, grande parte destes - sejam por motivos econômicos, seja por falta ou deficiência de informação - não se farão representar perante o Superior Tribunal de Justiça para que suas alegações sejam apreciadas.

Constata-se que a busca por um procedimento célere, que permita julgar milhares de recursos mediante análise de um ou alguns casos-modelo²⁷³, afeta o direito ao contraditório ínsito ao

²⁷¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 911.802/RS, 1ª Seção, j. 24.10.2007, rel. Min José Delgado, Dje 01.09.2008

²⁷² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 911.802/RS, 1ª Seção, j. 24.10.2007, rel. Min José Delgado, Dje 01.09.2008.

²⁷³ O próprio stj admite que a reforma se deu para permitir a celeridade: “A recente Lei nº 11.672, de 8 de maio de 2008, introduziu alterações no Código de Processo Civil (CPC) de grande importância para desafogar o Poder Judiciário, com a instituição do julgamento uniforme de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Tal modificação configura mais uma etapa na reforma do Processo Civil Brasileiro, voltada basicamente para a celeridade processual, buscando evitar o tortuoso e inócuo procedimento de julgamento de inúmeros processos idênticos pelo STJ. A mudança acresce ao CPC o art. 543-C, que estabelece o procedimento para o julgamento em massa de recursos, tornando mais efetiva a prestação jurisdicional. A norma dispõe que, quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, cabe ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao STJ. Os demais ficarão suspensos até o pronunciamento definitivo do Tribunal.” SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recursos Repetitivos. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=835>. Acesso em: 18.05.2011. Em igual sentido manifestou-se a Ministra Fátima Nancy Andrihgi: “Assim, em 08.05.2008, por intermédio da Lei 11.672, foi acrescido o art. 543-C ao Código de Processo Civil, delineando o novo procedimento para o julgamento dos recursos ditos repetitivos, tudo com o escopo de cumprir a determinação constitucional da razoável duração do processo (...) A inovação legislativa criou um novo procedimento que permite ao Poder Judiciário, por iniciativa do STJ, dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, dar, em um único julgamento, solução para questões de direito reiteradas em múltiplos litígios. Acerca da utilidade, benefícios, boas qualidades e eficiência do incidente, faço eco às notícias recentemente divulgadas na mídia e que apontam para a evidente diminuição dos estoques de recursos que

procedimento judicial que congrega os valores de justiça, igualdade e democracia participativa que são tão caros ao Estado Democrático de Direito.

5.3 SÚMULAS

Como já foi amplamente debatido neste trabalho, a divergência jurisprudencial tem um papel nocivo ao Poder Judiciário, visto que, estimula a interposição desenfreada de recursos, gera insegurança jurídica, desestabiliza as instituições judiciais frente aos jurisdicionados em decorrente da perda da confiabilidade na justiça das decisões diretamente relacionada com o tratamento igualitário em casos semelhantes.

Por outro lado, o debate e a divergência jurisprudencial servem ao amadurecimento de teses jurídicas e posicionamentos defensáveis, sendo este verdadeiro instrumento para a construção de um pensamento jurídico mais coerente e fundamentado.²⁷⁴

William Santos Ferreira relata que o surgimento das súmulas no Brasil decorreu principalmente da introdução de técnicas do *common law*, no ordenamento realizada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Victor Nunes Leal.²⁷⁵

A idéia da súmula surgiu no Brasil principalmente graças ao Min. Victor Nunes Leal que, como um enxerto do *common law* no ordenamento de nosso *civil law*, foi aos poucos, no dizer de Miguel Reale, ganhando força e virtude ‘até o ponto de alterar nosso tradicional e formalista apego à lei até as suas últimas consequências’. Mas leciona o professor e filósofo Miguel Reale que a súmula deve plenamente vincular juízes inferiores, mas deve-se com muito cuidado prevenir-se contra o congelamento das súmulas.²⁷⁶

reposam no STJ.’. ANDRIGHI, Fática Nancy. Recursos Repetitivos. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 35, n. 185, jul. 2010. p. 268-269.

²⁷⁴ Se por um lado as discussões em instâncias inferiores, os posicionamentos divergentes que surgem e, por consequência, as decisões conflitantes sobre um mesmo tema servem, normalmente, para o *amadurecimento* sobre o ponto tratado, sua *eternização*, por outro lado, não lhe confere mais aspectos positivos pois será elemento responsável pelo *acúmulo de demandas* e pelo *emperramento da máquina judiciária*. FERREIRA, William Santos. SÚMULA VINCULANTE – SOLUÇÃO CONCENTRADA: vantagens, riscos e a necessidade de um contraditório de natureza coletiva (*amicus curiae*.) In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. alli. (Coord.). **Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004**. São Paulo: RT, 2005. p. 804.

²⁷⁵ Acerca do exercício da função de Ministros do Supremo Tribunal Federal: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Linha sucessória: Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfComposicaoMinistroApresentacao/anexo/linha_sucessoria_tabela_030311.pdf>. Acesso em: 17.03.2011.

²⁷⁶ FERREIRA, William Santos. SÚMULA VINCULANTE – SOLUÇÃO CONCENTRADA: vantagens, riscos e a necessidade de um contraditório de natureza coletiva (*amicus curiae*.) In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. alli. (Coord.). **Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004**. São

O movimento impulsionado pelo Ministro do Supremo Tribunal devia-se ao fato do acúmulo processual perante o STF, sendo que muitos deles versavam sobre controvérsias similares. A aproximação das técnicas do *civil law* com as do *common law* visavam eminentemente racionalizar a atividade jurisdicional.

Nesse contexto, as súmulas (sejam elas vinculantes ou persuasivas) são aptas a racionalizar a atividade judiciária e alterar o sistema processual conferindo interpretação mais segura e estável da mesma questão de direito em diversos órgãos jurisdicionais de forma a se compatibilizar com os escopos do processo, visto que confere maior confiabilidade aos órgãos estatais (escopo político), é suscetível de alcançar pacificação social mediante tratamento igualitário de questões semelhantes (escopo social) e a conferir segura interpretação à lei (escopo jurídico).

Contudo, não se pode esquecer que a solução encontrada na aplicação da técnica das súmulas é a de formação de um posicionamento jurisprudencial - decorrente da análise de uma determinada questão de direito cujos limites foram traçados nos debates judiciais precedentes - que será aplicado (de forma vinculante ou não) para solucionar outros processos que não fizeram parte do debate de sua criação.

Ou seja, a súmula, como técnica de uniformização jurisprudencial, confere efeitos pan-processuais na medida em que o posicionamento adotado ultrapassa a solução de um único caso, espargindo-se para tantos outros pendentes de julgamento ou que vierem a ser ajuizados.

Nesse contexto, a preocupação com o contraditório é nítida, na medida em que, a súmula não foi editada mediante participação em contraditório ou influência de todos os interessados que por ventura serão por ela atingidos.

Paulo: RT, 2005. p. 804. De forma semelhante: “A origem da súmula no Brasil remonta à década de 1960. Sufocado pelo acúmulo de processos pendentes de julgamento, a imensa maioria versando sobre questões idênticas, o Supremo Tribunal Federal, após alteração em seu regimento (sessão 30.08.1963) e enorme trabalho da Comissão de Jurisprudência composta pelos Ministros Gonçalves de Oliveira, Pedro Chaves e Victor Nunes Leal, este último seu relator e grande mentor, em sessão de 13.12.1963, decidiu publicar oficialmente, pela primeira vez, a Súmula de Jurisprudência, para vigorar a partir de 01.03.1964. A edição da Súmula – e dos seus muitos enunciados individualmente – é resultante de um processo específico de elaboração, discussão técnico-jurídica, aprovação e ao final, publicação para conhecimento de todos e vigência.”. SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 253.

Uma situação que maximiza a possibilidade de participação no processo de aprovação, revisão e cancelamento de súmulas vinculantes é a intervenção do *amicus curiae* como forma de efetivar o contraditório social²⁷⁷ e de legitimar a decisão proferida em decorrência da participação de uma entidade representante dos interesses em discussão.²⁷⁸

²⁷⁷ Expressão utilizada por FERREIRA, William Santos. SÚMULA VINCULANTE – SOLUÇÃO CONCENTRADA: vantagens, riscos e a necessidade de um contraditório de natureza coletiva (*amicus curiae*.) In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. alli. (Coord.). **Reforma do Judiciário**: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004. São Paulo: RT, 2005. p. 820.

²⁷⁸ No STF, a resolução n° 388 de 5 de dezembro de 2008 disciplina o processamento de proposta de edição, revisão e cancelamento de súmulas vinculantes ou não, estabelecendo, em seu artigo primeiro a cientificação para manifestação dos interessados que se dará em sessão plenária quando admitida. “**Resolução n. 388, de 5 de dezembro de 2008** Disciplina o processamento de proposta de edição, revisão e cancelamento de súmulas e dá providências correlatas. *O Presidente do Supremo Tribunal Federal*, no uso da competência prevista no art. 363, I, do Regimento Interno, considerando a necessidade de disciplinar o processamento das propostas de súmulas. **RESOLVE: Art. 1º** Recebendo proposta de edição, revisão ou cancelamento de súmula, vinculante ou não, a Secretaria Judiciária a registrará e autuará, publicando edital no sítio do Tribunal e no Diário da Justiça Eletrônico, para ciência e manifestação de interessados no prazo de 5 (cinco) dias, encaminhando a seguir os autos à Comissão de Jurisprudência, para apreciação dos integrantes, no prazo sucessivo de 5 (cinco) dias, quanto à adequação formal da proposta. **Art. 2º** Devolvidos os autos com a manifestação da Comissão de Jurisprudência, a Secretaria Judiciária, encaminhará cópias desta manifestação e da proposta de edição, revisão ou cancelamento de súmula aos demais Ministros e ao Procurador- Geral da República, e fará os autos conclusos ao Ministro Presidente, que submeterá a proposta à deliberação do Tribunal Pleno, mediante inclusão em pauta. **Art. 3º** A manifestação de eventuais interessados e do Procurador-Geral da República dar-se-á em sessão plenária, quando for o caso. **Art. 4º** A proposta de edição, revisão ou cancelamento de súmula tramitará sob a forma eletrônica e as informações correspondentes ficarão disponíveis aos interessados no sítio do STF. **Art. 5º** Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação. Ministro Gilmar Mendes, Presidente. Publicada no DJ eletrônico de 10-12-2008.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Regimento Interno. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno>>. Acesso em: 17.03.2011. Por sua vez, o regimento interno do STJ é silente quanto a manifestação dos interessados: “**Da Súmula. Art. 122.** A jurisprudência firmada pelo Tribunal será compendiada na Súmula do Superior Tribunal de Justiça. § 1º Será objeto da súmula o julgamento tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram a Corte Especial ou cada uma das Seções, em incidente de uniformização de jurisprudência. Também poderão ser inscritos na súmula os enunciados correspondentes às decisões firmadas por unanimidade dos membros componentes da Corte Especial ou da Seção, em um caso, ou por maioria absoluta em pelo menos dois julgamentos concordantes. § 2º A inclusão da matéria objeto de julgamento na Súmula da Jurisprudência do Tribunal será deliberada pela Corte Especial ou pela Seção, por maioria absoluta dos seus membros. § 3º Se a Seção entender que a matéria a ser sumulada é comum às Seções, remeterá o feito à Corte Especial. **Art. 123.** Os enunciados da súmula, seus adendos emendas, datados e numerados, serão publicados três vezes no Diário da União, em datas próximas. **Parágrafo único.** As edições ulteriores da súmula incluirão os adendos e emendas. **Art. 124.** A citação da súmula pelo número correspondente dispensará, perante o Tribunal, a referência a outros julgados no mesmo sentido. **Art. 125.** Os enunciados da súmula prevalecem e serão revistos na forma estabelecida neste Regimento Interno. § 1º Qualquer dos Ministros poderá propor, em novos feitos, a revisão da jurisprudência compendiada na súmula, sobrestando-se o julgamento, se necessário. § 2º Se algum dos Ministros propuser revisão da jurisprudência compendiada na súmula, em julgamento perante a Turma, esta, se acolher a proposta, remeterá o feito ao julgamento da Corte Especial, ou da Seção, dispensada a lavratura do acórdão, juntando-se, entretanto, as notas taquigráficas e tomando-se o parecer do Ministério Público Federal. § 3º A alteração ou o cancelamento do enunciado da súmula serão deliberados na Corte Especial ou nas Seções, conforme o caso, por maioria absoluta dos seus membros, com a presença de, no mínimo, dois terços de seus componentes. § 4º Ficarão vagos, com a nota correspondente, para efeito de eventual restabelecimento, os números dos enunciados que o Tribunal cancelar ou alterar, tomando os que forem modificados novos números da série. **Art. 126.** Qualquer Ministro poderá propor, na Turma, a remessa do feito à Corte Especial, ou à Seção, para o fim de ser compendiada em súmula a jurisprudência do Tribunal, quando verificar que as Turmas não divergem na interpretação do direito. § 1º Na hipótese referida neste artigo, dispensam-se a lavratura de acórdão e a juntada de notas taquigráficas, certificada nos autos a decisão da Turma. § 2º No julgamento de que cogita o artigo, proceder-se-á, no que couber, na forma do artigo 119. § 3º A Comissão de jurisprudência poderá, também, propor à Corte Especial ou à Seção que seja compendiada em súmula a jurisprudência do Tribunal,

Nesse sentido:

Como já ressaltai, a súmula vinculante deve ser observada pelos órgãos do Poder Judiciário e pela administração direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, portanto é mais uma forma concentrada de controle de constitucionalidade, de *jurisprudência potencializada (rectius: vinculativa)*, devendo ser assegurada aos órgãos de classe e entidades representativas, desde que demonstrado o interesse direito dos representados na solução que será dada, a sua *efetiva participação* no processo, sendo pois um direito e não um favor, cuja base é o princípio do devido processo legal, e, por consequência e operacionalização, os princípios do contraditório e da ampla defesa, que devem ser considerados à luz das peculiaridades desta *forma coletiva de solução*, o que, em última análise, expõe, de maneira viva, as dificuldades do Estado Democrático de Direito, mas também que suas virtudes em muito superam os defeitos.²⁷⁹

Concordamos que legitimar todos os interessados, irrestritamente, à intervenção nos processos de aprovação, revisão e cancelamento da súmula poderá inviabilizar o andamento do procedimento de forma eficaz, contudo, seria a melhor forma de garantir o exercício do contraditório aos interessados no procedimento de aprovação, revisão e cancelamento da súmula.²⁸⁰ E, nesta medida, é importante verificar o que é mais caro para o sistema, a garantia de legitimidade da decisão ou a garantia de celeridade da resolução da controvérsia.

Ademais, ao aplicar o *ratio* da súmula ao caso concreto, o julgador, a fim de legitimar sua decisão e observar o contraditório, terá de consultar as partes, permitindo sua manifestação a respeito da aplicação de determinada súmula no caso em concreto.

quando verificar que as Turmas não divergem na interpretação do direito. **Art. 127.** Quando convier pronunciamento da Corte Especial ou da Seção, em razão da relevância da questão jurídica, ou da necessidade de prevenir divergências entre as Turmas, o relator, ou outro Ministro, no julgamento de qualquer recurso, poderá propor a remessa do feito à apreciação da Seção respectiva, ou da Corte Especial, se a matéria for comum às Seções. § 1º Acolhida a proposta, a Turma remeterá o feito ao julgamento da Seção ou da Corte Especial, dispensada a lavratura do acórdão. Com as notas taquigráficas, os autos irão ao Presidente do órgão do Tribunal, para designar a sessão de julgamento. A Secretaria expedirá cópias autenticadas do relatório e das notas taquigráficas e fará sua distribuição aos Ministros que compuserem o órgão competente para o julgamento. § 2º Proferido o julgamento, cópia do acórdão será, no prazo da sua publicação, remetida à Comissão de Jurisprudência, para elaboração de projeto de súmula, se for o caso.”. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Regimento Interno.** Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/regimento/>>. Acesso em: 17.03.2011.

²⁷⁹ FERREIRA, William Santos. SÚMULA VINCULANTE – SOLUÇÃO CONCENTRADA: vantagens, riscos e a necessidade de um contraditório de natureza coletiva (*amicus curiae*.) In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. alli. (Coord.). **Reforma do Judiciário:** primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004. São Paulo: RT, 2005. p. 822.

²⁸⁰ “Evidentemente que a vedação de intervenção releva uma preocupação legítima de que um número muito grande de pessoas busque atuar no processo inviabilizando o seu andamento. (...)”. FERREIRA, William Santos. SÚMULA VINCULANTE – SOLUÇÃO CONCENTRADA: vantagens, riscos e a necessidade de um contraditório de natureza coletiva (*amicus curiae*.) In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. alli. (Coord.). **Reforma do Judiciário:** primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004. São Paulo: RT, 2005. p. 821.

Isso porque, ao tratarmos do contraditório no capítulo anterior, e mais especificamente, acerca do seu conteúdo como cooperação, foi advertido que é dever do Magistrado consultar as partes previamente das questões que não foram debatidas e que, por ventura, tenham relevância na decisão, ainda que se trate de matéria de ordem pública.

A colocação da súmula como fundamento da sentença, aplicada *ex officio* pelo juiz sem anterior debate com as partes, poderá gerar o aludido fenômeno da surpresa. Ocorre que a decisão surpresa deve ser declarada nula por desatender ao princípio do contraditório. Luiso propugna na Itália que o contraditório possui significado não somente para garantir às partes aduzir aquilo que o juiz não pode conhecer de ofício, mas também pelo fato de garantir que uma questão submetida à discussão será melhor decidida do que quando posta e analisada solitariamente pelo juiz. Afirma, então, que toda decisão proferida solitariamente desrespeita o contraditório.²⁸¹

Nesse contexto, como as técnicas de uniformização de jurisprudência serão aplicadas para encerrar o processo ou uma fase processual, é plenamente viável que o juiz exerça uma “consulta prévia” acerca da aplicabilidade da súmula no caso concreto antes de proferir sua decisão. O magistrado, ao consultar as partes sobre a aplicação da súmula no caso concreto, permite a discussão em torno da matéria analisada na súmula e seu correto enquadramento no caso em análise, a fim de que a decisão possa ser precedida de efetivo debate quanto ao tem.

5.4 INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Como tivemos oportunidade de tratar no terceiro capítulo, a uniformização de jurisprudência é técnica processual apta ao julgamento das demandas de massa, pois o posicionamento jurisprudencial firmado no incidente atingirá outras tantas causas cuja controvérsia seja assemelhada.

Em verdade, o incidente de uniformização é uma técnica que visa prioritariamente superar um problema de interpretação dissonante de uma mesma questão de direito que causa instabilidade e incerteza às relações jurídicas.

²⁸¹ NUNES, Dierle José Coelho. Comentários acerca da súmula impeditiva de recursos (Lei 11.276/2006) e do julgamento liminar das ações repetitivas (Lei 11.277/2006) – Do duplo grau de jurisdição e do direito constitucional ao recurso (contraditório sucessivo) – Aspectos normativos e pragmáticos. **Revista de Processo**, ano 31, n. 137, jul. 2006. p. 181.

Instaurado o incidente e reconhecida a divergência, o Tribunal se manifestará acerca da questão de direito controversa, conferindo a interpretação que entender adequada e que será aplicável a outros casos, cuja discussão se assemelhar, na medida em que a orientação será objeto de súmula.

Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização de jurisprudência.

Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência dominante.²⁸²

Muito embora a súmula tratada no referido artigo não seja vinculante terá efeitos em outros processos mediante aplicação persuasiva como fonte de argumentação da decisão judicial que será proferida. Nesse contexto, a solução adotada em um caso posterior terá relação direta com o julgamento do incidente e o posicionamento adotado na súmula, evidenciando que a técnica de uniformização atingirá outros processos que não aquele cujo incidente foi suscitado.

Mesmo que seus efeitos não sejam *vinculantes* no sentido de serem de observância diuturna pelos mais diversos órgãos jurisdicionais de todos os níveis, significa, a olhos vistos, que seus efeitos *transcendem* e muito a regulação dos interesses e dos direitos do específico caso concreto a partir do qual foi instaurado o incidente aqui discutido. Há, nisso, a exemplo do que se dá com as 'súmulas vinculantes', um quê de *objetivação* no incidente destinado à sua criação, em contraposição à tradição do direito processual civil brasileiro, de se limitar a regulação de situações claramente *individuais e subjetivas*.²⁸³

Por derradeiro, novamente nos deparamos com a hipótese em que o órgão julgador solucionará uma demanda com aplicação de precedente extraído do julgamento de outro processo, cujas partes não foram integrantes de nenhum dos polos da demanda, ou seja, nos deparamos com mais uma técnica de uniformização de jurisprudência.

Com efeito, o contraditório, como técnica de dialética de participação na formação da decisão judicial, não será efetivado em relação aos terceiros cujo entendimento extraído do incidente será aplicado na medida em que a eles não foi permitido dialogar com o juiz e com a parte adversa.

²⁸² BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília, 11 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 5 set. 2010.

²⁸³ BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 5, p. 412.

Dessa forma, é necessário, para resguardar o contraditório, garantir a intervenção daqueles interessados em participar da formação do convencimento do órgão julgador. Nesse sentido se manifesta Cassio Scarpinella Bueno:

É esta a razão pela qual, a despeito do silêncio da lei processual civil, é irrecusável que *terceiros* possam requerer sua intervenção no incidente (“intervenção *espontânea*”), desde que já instaurado, ou, até mesmo, que sejam convocados para dele participar (“intervenção *provocada*”) ofertando a sua própria opinião sobre a *melhor* interpretação da tese jurídica que, uma vez definida, transformar-se-á em súmula do Tribunal. São terceiros que não se confundem e não podem confundir-se com as figuras idealizadas pelo direito processual civil porque sua intervenção não busca a tutela, direta ou indireta, de um *direito* próprio mas, bem diferentemente, de um *interesse* por ele suficientemente representado e que será afetado, em alguma medida, com a fixação de um *precedente* sobre uma dada tese jurídica, esta sim que lhe diz respeito diretamente.²⁸⁴

Ademais, para que a garantia do contraditório seja devidamente observada em cada caso que será julgado posteriormente (adotando a orientação sumulada) o magistrado, advertindo as partes acerca da possibilidade de sua aplicação, deverá permitir o debate em torno da aplicação da súmula no caso concreto.

5.5 ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA

Na assunção de competência, assim como ocorre no incidente de uniformização de jurisprudência, a tese jurídica firmada não terá eficácia vinculante aos futuros processos, mas o julgamento daquele caso formará precedente, cuja aplicação poderá atingir outras demandas que versem sobre hipóteses semelhantes.²⁸⁵

Nesse particular, tendo em vista que o resultado do julgamento consistirá em jurisprudência dominante no tribunal²⁸⁶, a participação dos interessados na resolução do caso deve ser ofertada como forma de garantir o contraditório efetivo.

²⁸⁴ BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 5. p. 412.

²⁸⁵ “A tese jurídica porventura adotada no julgamento do órgão que aceitar a remessa não se revestirá de eficácia vinculante (...).” MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**: arts. 476 a 565. v. 5. p. 653.

²⁸⁶ “O resultado do julgamento constitui jurisprudência dominante no tribunal”. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010. p. 587.

Acerca da intervenção do *amicus curiae*, é irrecusável, a exemplo do que já acentuou o n. 2, *supra*, entender que sua participação, uma vez instaurado o incidente aqui examinado, para *ampliar previamente* a discussão em torno da fixação da melhor interpretação da “relevante questão de direito”.²⁸⁷

E, na mesma forma já defendida na análise das técnicas de uniformização de jurisprudência anteriores, deverá o magistrado a fim de garantir o pleno exercício da dialética, advertir as partes da possibilidade de aplicação do precedente ao caso concreto, permitindo que elas se manifestem.

5.6 O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL)

Como dito no capítulo terceiro, o Projeto de Lei nº 166/2010 em tramitação no Senado Federal, elaborado pela comissão de juristas presidida pelo Ministro Luiz Fux prevê, em seus artigos 895 e seguintes, o incidente de resolução de demandas repetitivas.

A previsão do anteprojeto demonstra que o incidente deverá ser divulgado amplamente, a fim de cientificar todos os possíveis interessados da sua instauração, viabilizando a participação na solução do mesmo.

Art. 896. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos de mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.

Parágrafo único. Os tribunais promoverão a formação e atualização de banco eletrônico de dados específicos sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando, imediatamente, ao Conselho Nacional de Justiça, para inclusão no cadastro.

Art. 901. O Relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de quinze dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida; em seguida, no mesmo prazo, manifestar-se-á o Ministério Público.

²⁸⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 5, p. 414.

É de se notar, portanto, que o projeto prevê amplitude do debate, permitindo que as partes e os interessados influenciem na decisão judicial, que será tomada em plena harmonia com o princípio do contraditório, visto pelo aspecto da cooperação.

Nesse sentido, consagra-se, em combinação com o princípio do contraditório, a obrigatória discussão prévia da solução do litígio, conferindo às partes oportunidade de influenciar as decisões judiciais, evitando, assim, a prolação de decisões surpresa. Às partes deve-se conferir oportunidade de, em igualdade de condições, participar do convencimento do juiz.²⁸⁸

Contudo, é preciso observar que, muito embora haja previsão no texto do anteprojeto de ampla divulgação da questão versada no incidente, não há manifestação específica acerca da acessibilidade que será criada, a fim de permitir que todos aqueles que queiram influir sobre o julgamento, tenham plena possibilidade de atuar na demanda, o que, em um país com extensão continental como o Brasil, pode não ser tão simples, ou mesmo, financeiramente inacessível.

Ademais, o prazo de 15 dias para manifestação poderá ser, em alguns casos, insuficiente para atuação efetiva dos interessados, também se considerarmos a relevância da discussão, suas consequências e as dificuldades financeiras e geográficas já mencionadas.

Por outro lado, uma questão que não foi regulamentada e que é por nós, considerada de extrema relevância, é a necessidade de a controvérsia estar madura para apreciação. Isso porque, pensamos que um tema somente deverá ser submetido à técnica quando acerca dele já tiverem sido expendidos extensos debates, na medida em que quanto maior for a controvérsia, maiores serão os argumentos em torno dela (sejam eles maiores em quantidade ou qualidade).

O que entendemos essencial é que a matéria tenha sido debatida suficientemente, a fim de permitir que a conclusão obtida, amparada no profundo debate, não venha ser objeto de novas discussões e controvérsias.

Para que se possa fixar uma tese a ser aplicada a casos futuros, é preciso que sejam examinadas todos os pontos de vista, com a possibilidade de análise do *maior número possível* de argumentos. E isso não se concretiza se o incidente for preventivo, pois não há, ainda, amadurecimento da discussão. Definir uma tese sem que o assunto esteja amadurecido ou amplamente discutido acarreta o risco de haver

²⁸⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. ano 36, n. 193, mar. 2011. p. 260.

novos dissensos, com a possibilidade de surgirem, posteriormente, novos argumentos que não foram debatidos ou imaginados naquele momento inicial em que, previamente, se fixou a tese jurídica a ser aplicada a casos futuros.²⁸⁹

Assim, faz-se necessário voltar olhos críticos para o anteprojeto a fim de verificar que a criação do incidente, nos moldes definidos, não comprometerá a justiça da decisão que será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito.

5.7 UMA ÚLTIMA QUESTÃO: a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos e a técnica estabelecida para evitar a usurpação do contraditório individual.

Analisadas as técnicas processuais que conferem repercussão coletiva ao julgamento das demandas individuais e considerando que essas técnicas são aplicáveis às demandas que, embora veiculem direitos individuais, os fazem de forma massificada, dentre as quais estão às demandas que versem sobre direitos que poderiam ter recebido tratamento coletivo (direitos individuais homogêneos), faz-se necessário demonstrar - a fim de trazer novos elementos ao debate e fortalecer a ideia defendida de violação ao princípio do contraditório - a técnica processual que evita a usurpação do contraditório pela tutela coletiva para tratamento dos direitos individuais homogêneos.

O modelo brasileiro de tutela coletiva é caracterizado pela escolha *ope legis* da legitimação de agir nas ações que veiculem direitos coletivos *latu senso*, na medida em que não é possível promover o litígio com a presença de todos aqueles sujeitos interessados. Por tal razão, assume grande importância à ideia de representação adequada, isto é os interesses coletivos tutelados na medida em que o objeto da demanda relaciona-se no plano material com os interesses dos sujeitos que não fizeram parte da demanda e do contraditório.

Nesse contexto, como a tutela dos direitos coletivos não será realizada pelos titulares do direito metaindividual, é preciso que aqueles que estiverem representando em juízo tais interesses tenham condições de conduzir a demanda de forma adequada.

²⁸⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. ano 36, n. 193, mar. 2011. p. 262.

É preciso verificar, a bem de garantir a adequada tutela destes importantes direitos, se o legitimado coletivo reúne os atributos que o ternem representante adequado e para a melhor condução de *determinado* processo coletivo (...) a despeito de não existir expressa previsão legal nesse sentido, o ‘representante adequado’ para as ações coletivas é uma garantia constitucional advinda do devido processo legal coletivo, esfera na qual ‘os direitos de ser citado, ouvido e de apresentar defesa em juízo são substituídos por um direito de ser citado, ouvido e defendido através de um representante. Mas não através de um representante qualquer: o grupo deve ser representado em juízo por um representante adequado’.²⁹⁰

A importância da representação adequada para as ações coletivas decorre dos efeitos da coisa julgada que atingirão, nos termos da legislação, os sujeitos interessados no litígio que não participaram do contraditório.

No modelo brasileiro de ação coletiva, atentou-se para que os ‘terceiros’ (*rectius*: indivíduos concernentes ao interesse *coletivo* jurisdicionalizado) não sejam prejudicados nem pelo trâmite (não há litispendência: art. 104 da Lei 8.078/90) nem pelo resultado do pleito coletivo (...)²⁹¹

Especificamente no caso dos direitos individuais homogêneos o legislador brasileiro, ao considerar a circunstância de que os direitos tutelados coletivamente são, em sua essência, individuais, estabeleceu que a extensão da coisa julgada coletiva ao âmbito individual só será realizada nos casos de procedência da demanda coletiva.

A extensão dos efeitos [da coisa julgada] foi regulada, em parte, *secundum eventum litis*, ou seja, dependendo do resultado do julgamento. No caso de o pedido ser julgado procedente, haverá sempre a ampliação subjetiva da eficácia. (...) o julgamento contrário à parte que efetuou a defesa coletiva não produzirá efeitos *erga omnes* (...)²⁹²

Dessa forma, ao regulamentar a extensão da coisa julgada, segundo o resultado do processo (coisa julgada *secundum eventum litis*), o legislador resguarda o contraditório dos sujeitos titulares do direito individual tutelado coletivamente.

Evidencia-se, portanto, que a previsão legal da técnica coletiva não usurpa o contraditório dos indivíduos titulares do direito material que poderão, se for o caso, tomar iniciativa de ajuizamento da demanda para a defesa do direito individual que titulariza.

²⁹⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**, 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, v. 4. p. 205 e 209.

²⁹¹ MANCURSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas**. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 262.

²⁹² MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas: no Direito Comentado e Nacional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010. p. 279.

Situação que é inversa àquela que ocorre nas técnicas estudadas cujo resultado do julgamento da causa-modelo, a *ratio* da súmula ou do precedente, terão efeitos independentemente do resultado que causará às demais ações similares, sem que os jurisdicionados tenham participado do contraditório.

6. PROPOSTAS DE COMPATIBILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS ESTUDADAS COM O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Como estabelecido no preâmbulo de nossa Constituição Federal²⁹³, o Estado Democrático de Direito se destina a assegurar a igualdade, a liberdade, o exercício dos direitos dos cidadãos, a justiça e outros valores importantes para o desenvolvimento da sociedade.

A liberdade do cidadão e o exercício de seus direitos estão diretamente relacionados com a interpretação da lei pelos Tribunais, na medida em que suas condutas terão como pauta a interpretação conferida à lei.

Nesse contexto, a segurança jurídica, que nada mais é do que a certeza do direito, depende da exata compreensão do texto legal e na prática, a compreensão pressupõe a interpretação que será conferida à lei pelos Tribunais.

A divergência jurisprudencial é válida como elemento de aperfeiçoamento da interpretação da lei e amadurecimento dos posicionamentos adotados pelos julgadores, mas também, tem relação com a organização judiciária que prevê inúmeros órgãos jurisdicionais competentes para apreciação de matérias similares.

Como já foi mencionado no presente estudo, o problema da dispersão da jurisprudência ocorre quando ela se torna frequente e em grandes proporções, sendo, assim, um problema de política judiciária que deve ser resolvido para resguardar os direitos dos jurisdicionados.

Um dos maiores problemas enfrentados pelos sistemas jurídicos, especialmente nos casos em que há uma grande quantidade de processos com o mesmo tema, é assegurar uma *uniformidade de posicionamento*, até porque, como já foi dito, a Jurisdição é uma e a lei, em razão de regular a vida em sociedade, deve dentro de padrões razoáveis, ter apenas uma interpretação conferindo segurança e estabilidade, não sendo desarrazoado a sociedade esperar do Poder Judiciário a mesma resposta

²⁹³ “Nós, representantes do povo, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias (...). BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 27 mar. 2011.

para casos idênticos, o que é (*rectius*: deve ser) consequência direta e imediata do *princípio da igualdade*.²⁹⁴

Para que fique claro, pensamos que a divergência jurisprudencial é um problema de política judiciária porque decorre de diversos fatores inerentes ao ato de julgar, e não se relacionam com as leis processuais que há muito tempo prevê técnicas para solucionar a questão.

Assim, a divergência não ocorre porque um determinado artigo de lei disciplina um ato processual, e sim porque os julgadores, cada um com seu convencimento, analisam o enunciado da forma que entendem ser mais coerente sem se preocupar, em tese, com a necessidade de seguir orientação jurisprudencial dos Tribunais Superiores e do tribunal que está vinculado.

É inaceitável que a vitória no reconhecimento de um pedido formulado judicialmente dependa da sorte do litigante em ter seu processo distribuído para um juiz que pense favoravelmente a tese proposta.

Não é a primeira vez que afirmo que a distribuição no tribunal não pode ser o que representa o sucesso ou insucesso de uma demanda, mas em causas que versam sobre temas repetitivos. Isto acontece e não podemos fechar os olhos para o problema.²⁹⁵

Cabe esclarecer que não defendemos um engessamento do pensamento jurídico com a adoção de teses sedimentadas, mas nas hipóteses em que não existem elementos novos, fundamentos pertinentes ou circunstâncias peculiares no processo, deve o juiz ocupar-se de verificar a existência de posicionamento orientador firmado, seja na sua corte (vinculação horizontal) seja nas cortes hierarquicamente superiores (vinculação vertical).

²⁹⁴ FERREIRA, William Santos. SÚMULA VINCULANTE – SOLUÇÃO CONCENTRADA: vantagens, riscos e a necessidade de um contraditório de natureza coletiva (*amicus curiae*.) In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. alli. (Coord.). **Reforma do Judiciário**: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004. São Paulo: RT, 2005. p. 799

²⁹⁵ FERREIRA, William Santos. SÚMULA VINCULANTE – SOLUÇÃO CONCENTRADA: vantagens, riscos e a necessidade de um contraditório de natureza coletiva (*amicus curiae*.) In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. alli. (Coord.). **Reforma do Judiciário**: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004. São Paulo: RT, 2005. p. 801. Em sentido idêntico: “Entretanto, como o fator determinante para o julgamento de um processo não pode ser a sorte ou o azar – já que se assim fosse bastaria substituir os Magistrados por jogadores de dados, prevenido-se, para isso, qualquer procedimento, na medida em que estaria em jogo apenas uma decisão emanada da autoridade do Estado-Juiz – a ciência processual, preocupada com a justiça da decisão, deve pensar técnicas eficazes e capazes de dirimir as *divergências* quanto às teses jurisprudenciais antes que seja a causa definitivamente julgada pelo órgão competente.”. CAMBI, Eduardo. Jurisprudência Lotérica. **Revista dos Tribunais**. ano 90, v. 786, abr. 2001, p. 117.

Isso porque, além de ser nociva para os direitos dos cidadãos, a divergência jurisprudencial também é prejudicial ao próprio sistema, na medida em que a incerteza que o jurisdicionado tem em relação ao posicionamento jurisprudencial, em muitos casos, faz com que interponha recursos e ajuíze demandas, pensando na possibilidade de êxito decorrente do sorte que terá quando do ato de distribuição da causa.

Porque é muito preocupante o sentimento do jurisdicionado que, atingido negativamente por uma decisão judicial, verifica que em hipótese idêntica à sua outro não o foi. (...) Os sintomas são claros: pronunciamentos diferentes, para casos idênticos, mantidos por um tempo considerável são um desastre em termos de política judiciária.²⁹⁶

A divergência jurisprudencial assume papel ainda mais problemático quando constatamos a modificação das relações sociais e a conformação de uma nova realidade de litígio decorrente das demandas de massa ou demandas repetitivas.

E, já que tratamos dos escopos processuais no início do presente estudo, devemos ressaltar que a unidade do direito e a segurança jurídica constituem elementos necessários à realização do escopo social, político e jurídico do processo.

O escopo político visa à afirmação do poder estatal que conduza à legitimação de suas decisões. A divergência jurisprudencial serve para criar incertezas acerca da qualidade do serviço jurisdicional prestado e ainda da coerência dos órgãos julgadores, não se afeiçoando com a ideia de legitimidade das decisões.

Já o escopo social visa à pacificação decorrente da realização da justiça por meio da concretização dos direitos materiais e de sua fruição no plano prático. A igualdade na apreciação de casos semelhantes é, evidentemente, fator necessário à pacificação social, na medida em que, um jurisdicionado só aceitará como justa a decisão do seu processo se em casos semelhantes a mesma decisão for proferida.

²⁹⁶ FERREIRA, William Santos. SÚMULA VINCULANTE – SOLUÇÃO CONCENTRADA: vantagens, riscos e a necessidade de um contraditório de natureza coletiva (*amicus curiae*.) In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. alli. (Coord.). **Reforma do Judiciário**: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004. São Paulo: RT, 2005. p. 802.

Estas duas características: a *insegurança* e a *discussão* são exatamente contrárias aos escopos do processo e da jurisdição, isto é, a *segurança jurídica* e o *controle social através da pacificação de conflitos*.²⁹⁷

Por fim, o escopo jurídico relaciona-se com a realização do direito material por meio do processo, e depende necessariamente da interpretação uniforme do direito material que é o mesmo para todos os cidadãos.

Assim, a uniformização jurisprudencial é uma medida necessária a alcançar a plena realização dos escopos processuais e as alterações legislativas que visam aprimorar técnicas de uniformização servirão para atender essa finalidade, desde que, tais técnicas estejam visando simplesmente introduzir veículos capazes de uniformizar os precedentes no direito brasileiro.

E, nesse ensejo, todas as técnicas estudadas são aptas a conferir unidade de interpretação do direito. Contudo, uma visão crítica das mesmas impõe entender que algumas delas servem, prioritariamente, a outros fins que não uniformizar a jurisprudência.

Nesse contexto, as técnicas sistematizadas como “de uniformização de jurisprudência” alcançam com prioridade o seu fim, que é uniformizar. Somente, terão como reflexo, a racionalização da atividade judicial e conseqüentemente trarão celeridade aos julgamentos, inerentes ao ato de aplicar na prática um posicionamento jurisprudencial consolidado.

Isso porque, por meio das súmulas (persuasivas ou vinculantes), do incidente de uniformização de jurisprudência ou da assunção de competência, permite-se aplicar a *ratio decidendi* extraída de outro julgamento para racionalizar o trabalho judiciário com milhares de demandas similares. Esquiva-se, assim, de longos períodos de tempo para fundamentar as razões de decidir de tais demandas.

Por outro lado as “técnicas de julgamento de causas-modelo” têm como principal objetivo reduzir a quantidade de processos em tramitação nos Tribunais Superiores e acelerar o julgamento dos inúmeros recursos que se multiplicam a cada dia.

²⁹⁷ FERREIRA, William Santos. SÚMULA VINCULANTE – SOLUÇÃO CONCENTRADA: vantagens, riscos e a necessidade de um contraditório de natureza coletiva (*amicus curiae*.) In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. alli. (Coord.). **Reforma do Judiciário**: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004. São Paulo: RT, 2005. p. 803.

Com a repercussão geral e o julgamento de recursos especiais e extraordinários modelo obtém-se o julgamento coletivo de uma série de outros recursos que sequer serão analisados pelos Tribunais Superiores. Evita-se, desse modo, a remessa de um enorme número de processos retirando dos Ministros das Cortes Superiores grande parte do volume de trabalho que lhe seria inevitavelmente apresentado.

Uma ressalva que deve ser feita é em relação ao instituto da repercussão geral. Ele é visto como requisito para a análise do recurso extraordinário, tendo extrema importância ao sistema processual, por garantir que o Supremo Tribunal Federal se ocupe com o julgamento das causas que sejam relevantes para a toda a nação.²⁹⁸

Os efeitos deletérios do tempo são prejudiciais à efetiva tutela dos direitos, pois de nada adianta reconhecer o direito de um cidadão que, pelo passar dos anos da demanda, não terá oportunidade de fruir do mesmo.

É necessário ressaltar, também, que a celeridade não é de todo um “inimigo” do sistema judicial, visto que, os processos precisam começar e terminar em tempo razoável a fim de que o direito material que se pretende tutelar seja efetivamente resguardado.²⁹⁹

²⁹⁸ Se a nossa sociedade – da mesma forma que muitas outras – vive uma época de crise, exatamente existente – entre muitas razões – por causa do descompasso que se observa entre o aparato estatal e o número de jurisdicionados e as expectativas destes em relação ao Estado muitíssimo maior, coloca-se como manifesto que as instituições de que a sociedade dispõe têm de transmutar-se em suas funções e tornarem-se adequadas, apesar, ou, senão justamente por causa, do gigantismo da sociedade. Deve-se, todavia, sublinhar que, na hipótese do STF, o instituto da repercussão geral, se de uma parte veio a ser implantado *possivelmente* ou *provavelmente* por essas razões de sobrecarga brutal, em rigor, em nosso sentir, é um instituto que se justifica inteiramente, seja pela posição do STF, seja, ainda, pela própria ausência de razão de ser para o julgamento indiscriminado de todos os recursos extraordinários suscetíveis de serem interpostos, com a alegação de lesão à Constituição. ALVIM, Arruda. A EC N. 45 E O INSTITUTO DA REPERCUSSÃO GERAL. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. alli. (Coord.). **Reforma do Judiciário**: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004. São Paulo: RT, 2005. p. 89. Tratando da necessidade de limitação do acesso aos Tribunais Superiores: “É preciso limitar de modo claro e objetivo o acesso aos tribunais superiores, que têm missão maior do que simplesmente atender aos interesses particulares. Por fim, é preciso entender que um sistema processual coerente deve, sim, contemplar recursos, mas só os que bastem para o funcionamento adequado do processo, pois, nesta matéria, *quod abundat, nocet*”. CARMONA, Carlos Alberto. O sistema recursal brasileiro, In: ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Terese Arruda Alvim. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos**. São Paulo: RT, 2000. p. 50. Também: “Assim, em suma, não há, por si só, nada de intrinsecamente errado em pretender-se que os órgãos de cúpula possam, dentre as causas que lhe são submetidas, considerar que algumas são *mais* relevantes, ou que têm repercussão *maior* do que outras. Cumpre, todavia, considerar quais os parâmetros que devem nortear essa decisão, quanto e como deve ser ela motivada (...)”. BRAGHITTONI, R. Ives. **Recurso extraordinário**: uma análise do acesso do Supremo Tribunal Federal: de acordo com a Lei nº 11.418/06 (repercussão geral). São Paulo: Atlas, 2007. p. 81.

²⁹⁹ “Sabemos todos que o processo – por mais velozes que possam ser os procedimentos adotados e por mais eficazes que possam ser os mecanismos de aceleração colocados à disposição dos magistrados – nunca fará justiça de forma imediata, sendo naturalmente agravados, pelo decurso do tempo, a angústia e o desespero dos litigantes; por outro lado, por melhor que possa ser o juiz, é certo que não poderá ele – humano que é –

Porém, não se pode aceitar que a celeridade se torne a principal preocupação do nosso legislador e dos aplicadores do direito, pois um processo justo, decidido corretamente com profunda análise da controvérsia, depende de dispêndio de tempo e de trabalho.

Também não podemos utilizar os dados que nos são postos diariamente para acreditar que a demora da prestação jurisdicional seja o pior dos problemas do Poder Judiciário, cuja resolução tem que ser encontrada a qualquer custo.

As garantias processuais servem para livrar - ou ao menos visam livrar - o jurisdicional do arbítrio do Estado que, no processo, se materializa pela figura do julgador. O que dizer de um processo que é julgado sem o desenvolvimento da fase instrutória e de diálogo entre as partes, que no tribunal é julgado monocraticamente, sendo-lhe aplicado uma tese formulada nos autos de um processo pelo(s) Tribunal(is) Superior(es), e cujo recurso, caso interposto, não será apreciado pelo órgão prolator da tese?

Temos absoluta convicção que o autor da demanda descrita iria preferir um julgamento menos célere e mais democrático. Isso porque, o cidadão não quer ser mais um dado estatístico do Poder Judiciário como “mais uma causa repetitiva”. Quer que o Estado preste a jurisdição de forma eficaz e para ele, para solucionar o conflito que ele deduziu em juízo.³⁰⁰

concentrar todos os conhecimentos necessários para a resolução a tempo e hora de qualquer conflito que lhe seja submetido. BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CARMONA, Carlos Alberto. A posição do juiz: tendências atuais. **Revista de Processo**. ano 24, n. 96, out./dez. 1999, p. 96.

³⁰⁰ Tratando de questão similar em relação aos recursos extraordinários: “Ademais, tal litigiosidade não será resolvida tão-somente com a filtragem dos recursos extraordinários, eis que tais medidas resolvem, em nosso país, apenas os problemas da profusão numérica de feitos nos tribunais superiores, mas sem permitir uma resolução adequada do problema para os cidadãos, que há muito deixaram, em numerosas situações, de ser vistos como sujeitos de direitos que clama por uma aplicação adequada da normatividade e passaram a ser percebidos, de preferência, como dados numéricos nas pesquisas estatísticas de produtividade do sistema judicial.”. THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. **Revista de Processo**. ano 34, n. 177, p. 9-46, nov. 2009. p. 19. Por sua vez Flávio Luiz Yarshell se manifesta: “A nova reforma virá e a técnica processual, ao que tudo indica, será ainda mais direcionada para o escopo de rápida eliminação da controvérsia; até porque ele é que pode ser explorado perante o grande público, sob a forma de estatísticas, relevantes na perspectiva macroscópica, mas frias – quiçá dolorosas como lógica de guerra – para as pessoas de carne e osso vinculadas pela decisão. Então, quando tivermos eliminado mecanismos predispostos à obtenção de decisões justas, nos perguntaremos: era mesmo o processo o grande vilão da ineficiência da Justiça?”. YARSHELL, Flávio Luiz. **A elaboração de um novo Código de Processo Civil: falsos e verdadeiros dilemas**. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br>>. Acesso em: 15.04.2010. Também devemos compreender que o direito não é ciência exata e como tal os processos não podem ser vistos como números estatísticos nos relatórios dos Tribunais. “Com, efeito, o Direito não pode ser considerado uma ‘ciência’ exata, na medida em que pode contemplar a existência de mais de uma resposta correta para o mesmo caso concreto”. CAMBI, Eduardo. Jurisprudência Lotérica. **Revista dos Tribunais**. ano 90, v. 786, abr. 2001. p. 110.

Nesse sentido expressou-se Flavio Luiz Yarshell:

O inconveniente de se contrapor celeridade e garantia processuais reside, dentre outros, na circunstância de que vigora entre nós – inclusive dentre alguns operadores do Direito – a convicção de que vivemos em um estado de quase total impunidade (conceito que, em perspectiva genérica, se estende também à matéria civil); daí a se sustentar que tal mazela decorre do excesso de garantias vai um passo. Vem assim a solução ilusória: quanto menos garantias mais eficiência e, portanto, menos impunidade. Nesse contexto, não raro são colocados num mesmo plano o “direito de defesa” e a indevida protelação do réu que não tem razão (aquele mesmo que desfruta da impunidade). É impressionante que muitos de nós – mesmo aqueles que são profissionais do Direito – aceitem passivamente o sofisma. Custa a crer que não tenhamos aprendido com as lições da História: em momentos de crise, em busca da segurança e de proteção (contra a impunidade!), consentimos em minimizar – ou até mesmo dispensar – mecanismos de controle do poder estatal. Não importa que, para tanto, criem-se condições de se exercer o poder de forma arbitrária e que corramos o risco de nos submetermos a decisões para as quais não pudemos contribuir de forma efetiva. O que importa é que o resultado venha logo, seja ele qual for, superando-se ‘a impunidade reinante’. Amarga ilusão. Esse discurso só é bom quando é para os outros.³⁰¹

Vê-se que a celeridade, muito embora se constitua de fator importante ao julgamento e aos escopos processuais, não pode ser alavancada ao patamar do principal propósito do instrumento de solução de conflitos, e, muito menos, deve o processo ser visto como o único fator da demora do julgamento.

Em palestra proferida no ano 2000, cujo texto foi publicado na série “Temas de direito processual”, Barbosa Moreira trata das ideias que eram (na época) difundidas, no entender do autor (de forma insensata) sendo uma delas o problema da celeridade do processo.

Muitas idéias, sensatas e insensatas, vêm sendo divulgadas a respeito do programa que se há de adotar para aperfeiçoar a Justiça. Não acrescentarei novas sugestões ao conhecido e extenso catálogo. Prefiro, hoje, colocar-me na perspectiva oposta e externar alguns pensamentos relativos àquilo que devemos *afastar* de nossas cogitações. O aspecto mais visível disso a que se costuma chamar ‘a crise da Justiça’ é sem dúvida a duração dos processos, não por acaso vista como excessiva por tantos observadores. Aqui sinto a necessidade de desdobrar em quatro itens esta denúncia: quatro submitos, se assim me posso expressar. (...) Identifico o submito nº 3 na crença de que cabe aos defeitos da legislação processual a maior responsabilidade pela duração excessiva dos pleitos. O chavão, repetido a cada momento – sobretudo em editoriais da imprensa, redigidos, ao que parece, por pessoas que nunca sequer passaram pela porta do Fórum -, acompanha-se de recomendações veementes de que se reduzam prazos e recursos, se cancelem oportunidades para as manifestações das partes, e outras do gênero. (...) No entanto, a demora resulta da conjugação de múltiplos fatores entre os quais não me parece que a lei, com todas as imperfeições que tem, ocupe o lugar de máximo relevo. (...)

³⁰¹ YARSHELL, Flávio Luiz. **A elaboração de um novo Código de Processo Civil: falsos e verdadeiros dilemas.** Disponível em: <<http://www.cartafortense.com.br>>. Acesso em: 15.04.2010.

Teríamos que incluir no catálogo das mazelas o insuficiente preparo de muitos juízes, bem como o do pessoal de apoio; em nosso Estado, e provavelmente não só nele, a irracional divisão do território em comarcas, em algumas das quais se torna insuportável a carga de trabalho, enquanto noutras, pouco movimentadas, se mantém uma capacidade ociosa deveras impressionante; a defeituosa organização do trabalho e a insuficiente utilização da moderna tecnologia, que concorrem para reter em baixo nível a produtividade. Poderia alongar-se a lista; os pontos assinalados bastam, porém, para evidenciar quão unilateral é a apreciação que atira todas as culpas, ou quando nada as maiores, sobre a legislação. Se ainda restar dúvida, atente-se na diferença ponderável de resultados obtidos, no seio de um mesmo tribunal, sob idênticos regimentos e condições de trabalho, pelos diversos órgãos fracionários. (...) Não convém esquecer, por outro lado, que há uma demora fisiológica, conseqüente à necessidade de salvaguardar na atividade judicial certos interesses e valores de que uma sociedade democrática não ousaria prescindir. (...) Ora, um processo de empenho garantístico é por força um processo menos célere. Dois proveitos não cabem num saco, reza a sabedoria popular. É a pretensão desmedida querer desfrutar ao mesmo tempo o melhor de dois mundos. (...) O submitemo nº 4 é talvez o mais perigoso. Consiste em hiperdimensionar a malignidade da lentidão e sobrepô-la, sem ressalvas nem matizes, a todos os demais problemas da Justiça. Para muita gente, na matéria, a rapidez constitui o valor por excelência, quicá o único. (...) Se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que devemos querer é a prestação jurisdicional venha a ser *melhor* do que é. Se para torna-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço.³⁰²

Nota-se que o autor demonstrou, com profícua sabedoria, que o problema da lentidão dos processos estava sendo alçado a um patamar deveras exagerado, conferindo-lhe proporções maiores que as reais e atribuindo-lhe razões diversas das verdadeiras para sua existência.

Podemos evidenciar que o autor estava correto. A proporção que o problema da lentidão dos processos tomou e as causas que lhes foram atribuídas culminou em reformas que violam o contraditório - garantia de um processo democrático e legítimo - tão necessário no Estado Democrático de Direito influenciado pelos direitos constitucionais. Ainda, no mesmo texto, o autor concluiu o que hoje vivenciamos na prática: a existência de novos dispositivos legais que visam solucionar um problema atacando a causa errada.

Nenhuma construção sólida pode ergue-se sobre terreno minado. Se queremos edificar um novo aparelho judicial, isento das chagas que enfeiam a face da Justiça, é mister antes de mais nada que nos libertemos de falsas idéias, como as que acabo de denunciar. Elas turvam a nossa visão e nos induzem a caminhos pelos quais, em vez de avançar, corremos o risco de cair no mais fundo despenhadeiro. (...) Combater enfermidades que não se conhecem bem é desferir às cegas golpes na escuridão. Para saber em que direção nos devemos mover, cumpre ter imã imagem tão exata quanto possível da situação atual. Perseverar no culto de mitos, que a deformam, é condenarmo-nos a procurar a difícil via com os olhos toldados pelo

³⁰² MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. In: **Temas de Direito Processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 1-5.

mais espesso nevoeiro. Não será assim que lograremos assegurar um horizonte ensolarado para o futuro de nossa Justiça.³⁰³

Assim sendo, não nos parece errado pensar que as técnicas criadas, mormente as de julgamento de causas-modelo, não teriam sido pensadas caso o Poder Judiciário tivesse estrutura adequada a prestar a jurisdição de forma eficiente, que tivesse políticas organizacionais aptas a racionalizar as práticas judiciárias, que fosse dotado de funcionários qualificados para fazer o serviço e constantemente treinados para novas práticas, enfim, se o Poder Judiciário fosse gerido qualitativamente como é qualquer grande empresa.

No nosso entender, portanto, caso esse quadro existisse possivelmente o processo não teria sido elegido como o “vilão” de todos os problemas existentes à prestação da tutela jurisdicional tempestiva.

De toda sorte, as técnicas estão postas e são aplicadas diariamente. A uniformização da jurisprudência é uma necessidade e pode ser obtida mediante a aplicação dos institutos estudados e até mesmo a celeridade pretendida. Contudo, as garantias do processo não podem ser violadas e, por tal razão, pensamos que seria necessário apontar algumas formas capazes de compatibilizar a utilização das técnicas estudadas com a garantia do contraditório.³⁰⁴

³⁰³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. In: **Temas de Direito Processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 12-13. Em igual sentido: “As tendências pelo acesso à justiça, amplamente discutidas em todo o mundo, devem viabilizar soluções processuais adequadas à técnicas e à Constituição. A busca desenfreada por uma rapidez mediante alterações legislativas (discutíveis) sem se atacar os tempos mortos do procedimento e sem a oferta de infraestrutura adequada para o Poder Judiciário, jamais obterá os tão almejados resultados úteis, céleres e legítimos que todos desejamos.” NUNES, Dierle José Coelho. Comentários acerca da súmula impeditiva de recursos (Lei 11.276/2006) e do julgamento liminar das ações repetitivas (Lei 11.277/2006) – Do duplo grau de jurisdição e do direito constitucional ao recurso (contraditório sucessivo) – Aspectos normativos e pragmáticos. **Revista de Processo**. ano 31, n. 137, jul. 2006. p. 186.

³⁰⁴ “As exigências em torno da redução da duração do processo e da filtragem dos recursos extraordinários são uma tônica das reformas por que em passando o direito processual contemporâneo em todo o mundo. Não é nosso propósito opor-nos a esse movimento universal, de forma intolerante e radical, mesmo porque ele se insere no terreno dos direitos do homem garantidos pelas Constituições dos Estados Democráticos de Direito e pelos principais tratados subscritos por todos os povos civilizados de nossa era. O que, entretanto, intentaremos demonstrar é a existência de outros princípios e garantias fundamentais com as quais a celeridade processual tem de harmonizar-se, para não se tornar causa de retrocesso nas grandes conquistas da humanidade em torno daquilo que se convencionou chamar de devido processo legal.” THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. **Revista de Processo**. ano 34, n. 177, nov. 2009. p. 10-11. Em sentido semelhante: “O estudo destas alterações carece de sistematização, à luz do devido processo legal, de modo a compatibilizar o interesse individual envolvido em cada demanda com os interesses homogêneos de terceiros, de determinada classe ou da coletividade, que podem ser atingidos pelo julgamento dos conflitos que lhe são semelhantes. (...) O grande volume de causas repetitivas vem assoberbando o Judiciário e provocando a criação de mecanismos legais para a solução *em bloco* destas lides. Ocorre que as reformas pontuais por que passa o ordenamento jurídico brasileiro não se ocupam da sistematização deste fenômeno. Evidencia-se, portanto, a necessidade de estabelecer as características do devido

6.1. INTERVENÇÃO DO *AMICUS CURIAE*

Evidenciamos no capítulo anterior a necessidade de garantir o contraditório efetivo aos interessados no julgamento de uma questão controversa, seja por meio das técnicas de julgamento de causas-modelo ou mediante as técnicas de uniformização jurisprudencial.

Como as técnicas estudadas têm como característica comum a produção de efeitos extraprocessuais, de forma a atingir e influenciar o julgamento de outras demandas pendentes, ou que, sequer foram ajuizadas, a intervenção dos interessados no julgamento do processo (incidente no caso da uniformização) ou na produção da súmula deve ser admitida.

A intervenção que ora se analisa pode não ser compatível com as modalidades de intervenção de terceiros proposta pelo Código de Processo Civil, isso porque, a intervenção pensada não visa resguardar interesse titularizado pelo terceiro interveniente³⁰⁵, mas em regra, pretende tutelar interesses transindividuais que podem ser reproduzidos em milhares de ações em juízo.

Nesse contexto, muito embora o *amicus* possa titularizar de alguma forma, interesse que sua intervenção visa resguardar, o faz não somente em seu benefício, mas em prol de todos aqueles que poderão ser atingidos pela decisão de alguma maneira. Por tal razão, Cassio Scarpinella demonstra porque o *amicus curiae* não se enquadra nas modalidades interventivas clássicas, mormente, na figura da assistência:

Esse elemento, que tanto aproxima como afasra as duas figuras, já adiantamos diversas vezes ao longo deste trabalho, é, para nós, a *qualidade* do interesse jurídico

processo legal e da participação democrática em relação às demandas homogêneas, que não pode mais ser concebidos à luz de um paradigma puramente individualista.” BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. **O DEVIDO PROCESSO LEGAL NAS CAUSAS REPETITIVAS**. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/antonio_adonias_aguiar_bastos.pdf>. Acesso em: 23.01.2010. p. 4949-4952.

³⁰⁵ “O terceiro que intervém como assistente deve ter interesse jurídico na vitória de uma das partes. Esse interesse se verifica sempre que o ‘interveniente adesivo se encontre em tal relação jurídica com as partes ou com o objeto do processo principal que uma sentença desfavorável para a parte assistida influiria, de algum modo, juridicamente, e para seu detrimento, em sua situação jurídica, de Direito Privado ou Público. Isso pode suceder quando está em julgamento uma relação jurídica cuja existência dependa do direito do terceiro interveniente: é o caso do fiador em relação à causa contra o devedor principal. Ou quando o terceiro receie que, vencida uma das partes, recaia sobre ela a obrigação de indenizar os prejuízos: o tabelião tem interesse na causa em que se pede a anulação da escritura, se daí puder advir demanda contra ele para ressarcir danos decorrentes da anulação.” MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Millennium, 2000, v. 1. p. 252.

que motiva tanto a intervenção do assistente como a do *amicus curiae*. E tal diferença acaba por acarretar uma transformação na razão de ser da intervenção do assistente e do *amicus curiae*, bem assim nas possibilidades de sua atuação em juízo. Explicamo-nos. O assistente, simples ou litisconsorcial, é um interveniente *egoísta* no sentido de atuar em tutela de um direito ou de um interesse *seu* que, de alguma forma, será afetado, presente ou futuramente, pelo que vier a ser decidido em juízo. Tais características não existem (não podem e não devem existir) em se tratando do *amicus curiae*. Sua atuação tende a ser, por definição, *altruísta*. Altruísta em dois sentidos bem definidos. Primeiro, porque o *amicus* não atua em juízo em prol de direito ou interesse seu, próprio, “egoísta”. Segundo, porque o interesse que motiva a intervenção e a consequente atuação processual do *amicus* é *institucional*, e, nessas condições, não tem, necessariamente, destinatário certo, preciso, individualizado, subjetivado.³⁰⁶

Uma vez aceito no processo o *amicus curiae* pode exercer um papel fundamental para possibilitar o exercício do contraditório na aplicação das técnicas, porque,

o *amicus* agirá no plano da *instrução*, no plano da formação da cognição judicial, buscando convencer o magistrado de que a solução que melhor captura os valores dispersos pela sociedade ou pelo próprio Estado é tal e não qual. Ele, *amicus*, é, tão-somente, o *portador* daquela “informação”, ainda que em forma de valor, de anseio social, de política pública para o Estado-juiz.³⁰⁷

Com efeito, levará à corte maiores informações a fim de ampliar o debate, questionar os efeitos da decisão, introduzir novas questões. Dessa forma a decisão judicial proferida será qualificada em decorrência da profundidade das questões discutidas e motivada nos mais diversos elementos. O *amicus*, nessa senda, permite que a decisão judicial seja precedida do debate como forma de exercício democrático do processo e legitimação da decisão judicial.³⁰⁸

Isso porque, como dito, o *amicus* age em defesa de interesses transindividuais, de valores constitucionais, não se resumindo a auxiliar uma das partes na defesa das posições subjetivas discutidas³⁰⁹ que, por sinal, já é realizada por seus advogados. Ele atua, em verdade, buscando

³⁰⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 442-443.

³⁰⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 441.

³⁰⁸ “A noção de cognição exauriente pressupõe, por definição, a existência de ‘tempo’ hábil para a formação da convicção do juiz. É nesse sentido que a intervenção do *amicus curiae*, mesmo que entendido da forma como todos nós já ouvimos falar dele, é fator de aprimoramento da *qualidade* da decisão jurisdicional, de melhor aprofundamento e reflexão do magistrado sobre as questões que lhe são dadas para resolução. Trata-se, a intervenção que estudaremos nesta sede, de um fator de *legitimação* da decisão jurisdicional também na exata medida em que ela viabiliza que o magistrado desempenhe, da melhor forma possível, a sua função institucional; apreendendo mais para melhor decidir.” BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 63.

³⁰⁹ “Com o adjetivo “público” pretende-se, em geral, evidenciar que o interesse a ser tutelado pelo *amicus* em juízo transcende os interesses e direitos subjetivados nos integrantes do pólo ativo e passivo da relação processual.” BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 468.

resguardar a própria ordem jurídica seja ela material ou processual.³¹⁰ Assim, o *amicus* pretende resguardar o interesse de uma coletividade indeterminada ou determinável, de pessoas cujo processo em análise possa afetar de alguma forma e para isso, levará questões que não se limitam às posições subjetivas das partes ao conhecimento da corte.

Sobre o interesse que legitima e permite a ação do *amicus curiae* leciona Cassio Scarpinella:

Se, pois, é certo, que há algo de ‘diferente’ no *jurídico* e no *público* que legitimam a intervenção do *amicus curiae*, convém que a ciência o designe diferentemente. Justamente para evidenciar que, do ponto de vista do direito, são coisas diversas. E por isso – só por isso – é que propomos o emprego do nome “interesse institucional” como designativo do interesse que justifica, legitima, o ingresso do *amicus curiae*. O interesse *institucional*, contudo, é interesse *jurídico*, especialmente qualificado, porque transcende o interesse *individual* das partes. (...) O *interesse institucional* também é interesse *público*. E o é justamente porque transcende o interesse individual de cada uma das partes litigantes e, o que para nós é mais saliente, porque transcende o próprio ‘interesse’ eventualmente titularizado pelo próprio *amicus curiae*. O *interesse institucional* é público no sentido de que deve valer em juízo pelo que ele diz respeito às instituições, aos interesses corporificados no *amicus*, externos a eles e não pelos interesses que ele próprio *amicus* pode, eventualmente, possuir e os possuirá, não há como negar isso, legitimamente.³¹¹

O que nos motiva a elencar o *amicus curiae* como forma de minimizar a violação do contraditório pelas técnicas processuais estudadas decorre de entendermos que algumas dessas técnicas servem como forma de solucionar a complexidade das relações jurídicas que hoje são, frequentemente, jurisdicionalizadas, ou seja, que algumas técnicas são importantes para o sistema.

Essas técnicas são, como já foi dito, aptas a alcançar a uniformização jurisprudencial necessária à unidade do direito. Por isso, diante da conjectura enfrentada pelo Poder Judiciário, das relações sociais repetitivas, elas podem contribuir para a conformação de um processo mais igualitário em seu resultado. Contudo, o debate não pode ser prescindido, visto

³¹⁰ “Para nós, o interesse que motiva (que *legítima*) a atuação do *amicus curiae* em juízo é ‘jurídico’. Mas é um ‘jurídico’ diferenciado, que não pode ser confundido ou assimilado com o interesse que conduz um ‘assistente’ ou outro ‘terceiro’ qualquer a um processo entre outras pessoas para nele intervir das variadas formas que o nosso direito, tradicionalmente, lhe reconhece. Não se trata, isto é certo, de um interesse jurídico *subjetivado*. Mas se trata, com essas ressalvas, de um interesse que é *jurídico*. É um interesse jurídico porque é previsto, porque é agasalhado, porque é tutelado, pela ordem jurídica considerada como um todo. E, se é assim, no plano do ‘direito material’, não há razão para que não o seja *também* no plano do direito processual. É interesse *jurídico*, portanto.” BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 505.

³¹¹ BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 506-507.

se tratar de elemento essencial à legitimação da decisão judicial, seja em função do aspecto democrático ou mesmo em função do aprimoramento da decisão pelo diálogo.

Nesse ensejo,

A possibilidade de intervenção do *amicus curiae*, no fundo, é uma resposta do próprio sistema a uma *necessidade* das dificuldades que, gradativamente, têm sido levadas ao Poder Judiciário para resolução. A *participação* dessa figura, destarte, na pesquisa em torno da melhor solução para o caso concreto é providência mais do que necessária para o fortalecimento da própria instituição judiciária.³¹²

Nessa modalidade interventiva, resguardam-se os interesses transindividuais decorrentes da tutela da própria ordem jurídica e por isso, sua ampliação merece ser tema de discussão.

Como apontamos no 5º capítulo, os Tribunais Superiores têm vedado a intervenção de terceiros, na modalidade do *amicus curiae*, quando requeridas por pessoas que, no entender do Tribunal, não são dotadas de representatividade.

Ora, no contexto aqui analisado, não é a representatividade da pessoa ou instituição que irá contribuir para o aprimoramento, a legitimação, e democratização do debate, mas, pelo contrário, a intervenção, seja de quem for (desde que dotado de interesses institucionais, conforme classificação de Cassio Scarpinella) será imprescindível para que o contraditório daqueles que, um dia, serão alcançados pela decisão seja minimamente resguardado.³¹³

Assim, pensamos que a intervenção do *amicus curiae* deve ser ampliada quando sua aplicação se der nas técnicas estudadas no presente trabalho, visto que, as decisões proferidas com o emprego das mesmas atingirão terceiros que não foram submetidos ao contraditório.

Devemos, portanto, buscar meios de efetivar a participação dos interessados no julgamento das demandas que se submetem às técnicas estudadas, a iniciar, pela previsão de intervenção

³¹² BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 488.

³¹³ Para Cassio Scarpinella os *amici* poderão ser: “Há casos em que o *amicus curiae* é ‘público’ no sentido de ser uma pessoa ou órgão do próprio Estado. Em outras situações, o *amicus curiae* é um particular. Não só uma entidade privada, uma empresa, um indivíduo, mas também – e costa que gradativamente mais recentemente – uma associação de classe, uma organização não governamental, qualquer grupo que seja minimamente organizado, enfim.”. BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 488.

dos interessados, inclusive na figura do *amicus curiae*³¹⁴, a fim de auxiliar a corte a colher dados efetivamente eficazes na delimitação da controvérsia apresentada e garantir que a decisão seja dotada de legitimidade em decorrência do exercício do diálogo.

Em relação ao julgamento do mérito recursal, as partes, cujos processos estão sobrestados aguardando solução do recurso extraordinário paradigmático, e que são terceiros com relação a este processo, sofrerão os *efeitos reflexos* desta decisão. Novamente, surgiria um interesse jurídico destes terceiros de assistir o recorrente (ou o recorrido, conforme a posição processual que detenham no recurso extraordinário).(…) concluímos que a intervenção de terceiros junto ao STF e ao STJ deriva da necessidade de legitimação social das decisões paradigmáticas proferidas por estas cortes de justiça. De tal sorte, faz-se necessário um interesse institucional a justificar a autorização de ingresso em processo alheio, sempre no afã de fornecer melhores subsídios ao órgão julgador.³¹⁵

6.2 SISTEMA DE PRECEDENTES

Até o presente momento tratamos os termos jurisprudência e precedentes como sinônimos.

Em artigo específico sobre o tema, Michelle Taruffo demonstra que, muito embora sejam tratados regularmente como sinônimos, os precedentes e a jurisprudência possuem clara distinção.

Dentre os aspectos de diferenciação encontrados, o autor aponta um quantitativo e outro qualitativo. Explica que o precedente é uma regra extraída de uma única decisão relativa a um caso particular, enquanto a jurisprudência é a regra de direito retirada de uma série de decisões uniformes sobre uma mesma questão. Eis o aspecto quantitativo.

Ao tratar do aspecto qualitativo, o autor demonstra que o precedente, por se tratar de uma regra obtida pela análise de um caso particular, permite melhor averiguação de seus contornos que garante ao juiz, ao proceder sua análise, verificar se o precedente se aplica ao caso concreto ou não. Por sua vez, a jurisprudência, formada de uma série de decisões (sendo,

³¹⁴ O regimento interno do STF, artigo 323, §2º, admite, à critério do relator, a intervenção de terceiros, permitindo sua manifestação acerca da repercussão geral, sendo certa a existência de decisões admitindo a manifestação no mérito do recurso extraordinário (AgRg na ADIn 2.130-3/SC, Relatora Ministra Carmén Lúcia.

³¹⁵ RODRIGUES NETTO, Nelson. A intervenção de terceiros nos julgamentos da repercussão geral do recurso extraordinário e do recurso especial paradigmático. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et. alli. **O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos**: estudos em homenagem ao Professo Athos Gusmão Carneiro, São Paulo: RT, 2010. p. 392 e 395

inclusive, em alguns casos, incerta a decisão que deu origem a regra formulada) não permite tal simetria no momento de sua aplicação.

Demonstra então nesse contexto, que ao fornecer a regra do precedente, a análise dos aspectos fáticos é importante para justificação de sua aplicação futura, muito embora, não constituam sua estrutura fundamental. Mas, sua importância decorre da possibilidade de averiguação das características similares entre as demandas, o que permite a sua utilização em outros casos.

A jurisprudência, por não fazer referência aos aspectos fáticos do caso que levou àquela conclusão, faz com que sua aplicação se dê mediante a subsunção do caso concreto à regra geral estabelecida sem apreciação dos contornos processuais em que a regra foi formulada. Por fim, Taruffo demonstra que, sendo a jurisprudência baseada em uma série de decisões sobre um mesmo tema, a possibilidade de que a mesma seja incoerente e contraditória é muito maior do que nos casos dos precedentes.³¹⁶

De forma semelhante, em estudo aprofundado sobre o tema, Marcelo Alves Dias de Souza³¹⁷ esclarece que os termos jurisprudência e precedente são utilizados de forma errônea no linguajar jurídico, porque, em muitos casos são tidos como similares ou utilizados para designar institutos diversos do que realmente representam.

O autor demonstra ainda a diferenciação dos institutos estabelecendo que o precedente é uma decisão proferida em um caso, que fornece exemplo de como decidir situações similares em casos futuros. No sistema do *stare decisis* as cortes devem seguir o precedente existente quando o caso for semelhante e adequar-se aos contornos fáticos do caso anterior. Para tanto, segue-se a orientação firmada pela *ratio decidendi* que pode ser descrita como a regra de direito existente nas razões do juiz para justificação da decisão no caso concreto.³¹⁸

Já a jurisprudência deve ser vista como um conjunto de decisões de vários tipos, que expõem, mediante verbetes individualizados, o entendimento do órgão jurisdicional sobre uma determinada questão de direito, demonstrando que o entendimento é dominante.

³¹⁶ Todas as conclusões foram obtidas da consultado do seguinte material: TARUFFO, Michelle. Precedente e jurisprudência. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2559/39.pdf>>. Acesso em: 25.05.2011.

³¹⁷ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 41, 51, 177, 253.

³¹⁸ O mesmo autor demonstra que a definição de *ratio decidendi* não é tão singela. SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 125-137.

A diferenciação dos institutos é facilmente evidenciada. Os precedentes se reportam aos aspectos fáticos do caso concreto para a formação do entendimento vinculativo, enquanto a jurisprudência – ou melhor, os enunciados que a representam – não contemplam qualquer análise dos fatos e questões existentes nos autos. Consequentemente, para a aplicação do precedente é necessário averiguar o enquadramento da hipótese em análise ao caso anterior. E para a aplicação dos enunciados da jurisprudência basta averiguar a adequação do conteúdo jurídico veiculado para a controvérsia em que será aplicado.

Mas é crucial ficar claro que súmula (ou um enunciado dela) significa algo diverso do precedente obrigatório (*binding precedent*) nos termos da teoria do *stare decisis*. Observando a súmula brasileira e comparando-a com o *binding precedent* (o que é de grande utilidade para a correta compreensão do instituto brasileiro), vê-se, imediatamente, que sua origem é diferente e seu alcance é bem menor. Primeiramente no *binding precedent*, a força obrigatória geral é fruto de uma só decisão, enquanto que um enunciado de súmula é o resultado ou, mais precisamente, o compêndio de uma série de julgados no mesmo sentido, apenas deixando claro e seguro um entendimento que já era dominante. Em segundo lugar, o *binding precedent*, como resposta que é, em força de sentença, a um caso concreto, possui uma *ratio decidendi* (ou, excepcionalmente, mais de uma) e *obiter dicta*, sem falar propriamente na questão dos fatos do caso, aspecto que precisam ser devidamente distinguidos para que se verifique o que verdadeiramente importa ou não; já o enunciado de súmula, na sua formalidade, como verdadeiro extrato ou compêndio de conteúdo eminentemente jurídico, consistente na interpretação de questão de direito, de várias decisões anteriores no mesmo sentido, não possui afirmações a *latere* (conhecidas, na teoria do *stare decisis*, como *obiter dicta*), e todo o seu conteúdo considerado essencial.³¹⁹

É nesse contexto, da importância da diferenciação pelos elementos fáticos do caso-modelo, que defendemos a aplicação da teoria dos precedentes como forma de compatibilizar as técnicas estudadas com a garantia do contraditório.

Como demonstramos no sistema do *stare decisis*, os contornos fáticos do precedente são de extrema importância para que sua aplicação nos casos futuros seja adequada, inclusive, pensamos que é a análise dos fatos fundamentais do caso que permitem a extração da correta

³¹⁹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 255. Em sentido semelhante: “Fala-se em ‘aproximação’ pois o sistema brasileiro de súmulas não pode ser comparado com o sistema anglo-americano de *cases*, pois lá se procura uma identificação discursiva de aspectos entre a causa em exame e o precedente, inclusive nos aspectos fáticos, em uma discussão rica. Já o sistema de súmulas, de verbetes curtos e objetivos, supostamente estabeleceria apenas uma ‘aplicação mecânica’ por parte do julgador, sem levar em consideração todo o suporte de discussão, mesmo jurídico, que conduziu o tribunal a tomar determinado posicionamento.”. NUNES, Dierle José Coelho. Comentários acerca da súmula impeditiva de recursos (Lei 11.276/2006) e do julgamento liminar das ações repetitivas (Lei 11.277/2006) – Do duplo grau de jurisdição e do direito constitucional ao recurso (contraditório sucessivo) – Aspectos normativos e pragmáticos. **Revista de Processo**. ano 31, n. 137, jul. 2006. p. 179.

ratio decidendi, na medida em que, no julgamento o direito é analisado em consideração aos fatos³²⁰.

Evidencia-se que os fatos que irão conferir contornos ao precedente não serão tão específicos e que impossibilitem a aplicação do sistema, pois serão considerados de forma abstrata a fim de que outros semelhantes possam se adequar com maior facilidade.

É pressuposto, para que o julgamento de um caso esteja *obrigado* pela decisão de um precedente, que haja uma identidade entre os fatos dos dois casos. (...) Na verdade, há que se atribuir um nível correto ou apropriado de generalidade ao fato constante do precedente. Ele há de ser considerado, baseado em critérios de generalidade apropriados, como representativo de uma categoria abstrata de fatos. Ao fato é atribuída significância não por si só, mas como membro de uma categoria. (...) O critério para o correto grau de extensão dado à generalização – é importante que se repita – deve ter por parâmetro e limite a constatação de não haver razão jurídica que leve a distinção entre o fato concreto do precedente e fato concreto do caso em julgamento, pertencendo ambos, na situação dada, à mesma categoria de fatos.³²¹

Com efeito, a correta aplicação do sistema, adequando o precedente ao caso concreto seria uma forma eficiente do julgador aplicar a decisão-modelo aos casos futuros, estando os elementos vinculantes da decisão veiculados em uma súmula (como costumamos chamar) ou em uma decisão-modelo.³²² Ao fazer a adequação do caso julgado ao caso concreto o magistrado abriria espaço para o debate, permitindo que as partes demonstrassem, se fosse o caso, a inaplicabilidade do precedente por absoluta divergência de circunstâncias elementares à decisão.

³²⁰ Devemos ressaltar que o autor demonstra várias teorias para determinação da *ratio decidendi* de um caso. SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 126-133. Em sentido semelhante ao tratado: “Entende-se que um precedente é um pronunciamento do juiz *sobre o direito* e que as questões de fato não integram o precedente. Mas é extremamente importante se dizer que as decisões devem ser lidas e compreendidas à luz dos fatos. Isso nos faz pensar poder-se afirmar que, em certa medida, fatos tidos como essenciais para a decisão seriam parte da *ratio decidendi*.” WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. **Revista de Processo**, ano 34, n. 172, jun. 2009. p. 132.

³²¹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 136-137.

³²² É certo que a decisão paradigma utilizada nesse contexto é aquela proferida por meio das técnicas de julgamento de causas-modelo pelos Tribunais Superiores. Sabemos, nessa senda, que os Tribunais julgam questões predominantemente de direito, contudo, dessa afirmação não se pode concluir que não poderiam analisar os fatos, mormente no que tange a sua análise visa verificar sua adequação à norma jurídica. Em verdade, a vedação da análise dos fatos se dá quando para a decisão seja necessário reavaliar como os fatos teriam ocorrido. Nesse sentido: “Parece-nos que a questão será predominantemente fática se, para que se redecida a matéria, houver necessidade de se reexaminarem provas, ou seja, de se reavaliar como os fatos teriam ocorrido.” WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Questões de fato, conceito vago, e a sua controlabilidade através de recurso especial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**. São Paulo: RT, 1997. p. 453.

Ademais, as técnicas utilizadas para aplicação (ou não) do precedente, dependem de minuciosa fundamentação acerca dos aspectos fáticos fundamentais, que levam o julgador a seguir ou não o precedente. Nesse sentido, avaliaremos as técnicas do *distinguishig* e do *overrruling*.

O *distinguishig* é aplicado quando se faz necessário distinguir aspectos fáticos de um precedente para o caso concreto a fim de limitar ou deixar de aplicá-lo, por conter a inadequada solução para a questão.³²³

A técnica do *overrruling* torna o dever de seguir os precedentes, de certa forma, relativo. Isso porque, permite-se que os juízes não apliquem um determinado precedente ao caso concreto, por entenderem que se encontra ultrapassado, incorreto, injusto, etc.³²⁴

Como dito, a aplicação de ambas as técnicas (e das demais existentes no sistema) dependem de fundamentação adequada e profunda, permitindo que as partes controlem a forma de aplicação (ou não) do precedente no caso concreto.

O sistema do *stare decisis*, permite o amplo debate das partes acerca da aplicação do precedente ao caso concreto, na medida em que os contornos fáticos, mesmo que abstratos, que levaram à formação do precedente podem ser controlados, a fim de conduzir a adequação ao caso examinado. O contraditório, como medida de cooperação, será efetivado pelo diálogo.

Evita-se assim a utilização da jurisprudência como ocorre na prática jurisdicional brasileira, sem que sejam avaliados os contornos fáticos que levaram o tribunal àquela conclusão, a fim de permitir o correto enquadramento do caso concreto.

³²³ “Ao que parece, das técnicas utilizadas para não aplicação de um precedente, a da distinção entre os casos (*distinguishing*) é a principal ou, ao menos, a mais comum. Ela nos leva de volta à noção de fatos fundamentais (*material facts*). Em linhas gerais, se os fatos fundamentais de um precedente, analisados no apropriado nível de generalidade, não coincidem com os fatos fundamentais do caso posterior em julgamento, os casos devem ser considerados, pelo tribunal ou juiz do caso posterior, como distintos.” SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 142.

³²⁴ “Hoje, pode ser dito que a visão absoluta da doutrina do *bindign precedent* não é aceita em qualquer dos sistemas jurídicos filiados à tradição do *common law*. (...) De fato e de Direito, a doutrina do *stare decisis* não exige obediência cega às decisões dos casos anteriores. Ela sugere – e com muita ênfase – que os juízes se abeberem da sabedoria do passado, mas permite, em muitos casos, que se afastem do que considerarem incorreto. (...) A incorreção, injustiça e inconveniência do precedente devem ser claramente constatadas, como também avaliado o ‘prejuízo’ para a estabilidade e predicabilidade do sistema, que, sem dúvida, provoca, em maior ou menor grau, qualquer alteração do direito.”. SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 148-150.

No entanto, tal fenômeno de um “*common law* à brasileira” se dá sem a preocupação científica de consolidação de uma ‘teoria dos precedentes’ para nosso país. Isso porque, no Brasil, a referência às súmulas e mesmo a processos anteriormente julgados se dá de forma desconectada com as questões, debates e teses que lhes deram origem. Assim, ao se invocar certa súmula, esta é autônoma frente à discussão subjacente – diferentemente do que ocorre com os precedentes do país do *stare decisis*, como veremos.³²⁵

Inclusive, por ser mais estruturado, o sistema alcançaria com melhor qualidade e de forma mais adequada a estabilidade e previsibilidade do direito, a igualdade na aplicação do mesmo e a racionalização da atividade judiciária,³²⁶ como se pretende com a utilização da jurisprudência pelas técnicas estudadas.

Com efeito, em termos de angariar ao sistema brasileiro estabilidade, previsibilidade, igualdade e racionalidade na aplicação do direito, o sistema dos precedentes mostra-se eficiente e, ainda, mais adequado com a garantia constitucional do contraditório, na medida em que permite o controle da adaptação do precedente ao caso concreto.

6.3 DEVER DE CONSULTA

Ao tratar do contraditório sob o aspecto da cooperação, destacamos que o Juiz tem um papel relevante e diferenciado na condução do processo, de forma a colocar-se em posição simétrica à das partes durante o desenvolvimento processual e exercer verdadeiro diálogo com elas. Assim, o debate das questões processuais deixa de ser das partes para se tornar de todos os sujeitos processuais, inclusive do juiz que participará ativamente, esclarecendo as questões controversas, questionando as circunstâncias que não estão claras no processo, prevenindo as partes de defeitos em suas manifestações, levando para o debate questões relevantes e que estejam omissas nos autos, etc.

³²⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. **Revista de Processo**. ano 35, n. 189, nov. 2010. p. 41.

³²⁶ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 298-308.

O juiz, nesse diapasão, terá que oportunizar a participação dos litigantes nos rumos do processo e ainda participar com elas desse desenvolvimento processual, esclarecendo sobre as possibilidades existentes e permitindo que opinem de forma a influenciar nas decisões.

O juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na condução do processo e assimétrico no quando da decisão das questões processuais e materiais da causa. Desempenha duplo papel, pois, ocupa dupla posição: paritário no diálogo, assimétrico na decisão. Visa-se alcançar, com isso, um ‘ponto de equilíbrio’ na organização do formalismo processual, conformando-o com uma verdadeira ‘comunidade de trabalho’ entre as pessoas do juízo. A cooperação converte-se em uma prioridade no processo. A isonomia está em que, embora dirija processual e materialmente o processo, agindo ativamente, fá-lo de maneira dialogal, colhendo a impressão das partes a respeito de eventuais rumos a serem tomados no processo, possibilitando que essas dele participem, influenciando-o a respeito de suas possíveis decisões (...)³²⁷

No contexto da cooperação é atribuído ao magistrado o dever de consulta que pode ser definido como o dever de consultar as partes sobre os rumos do processo e sobre as questões que observadas e que não foram objeto de debate, inclusive aquelas que podem ser suscitadas de ofício. Assim, o julgador permite a manifestação das partes sobre as questões³²⁸ e evita proferir decisões surpresas.³²⁹

Tal dever opera-se como um debate preventivo entre as partes e o juiz acerca das questões que podem ser consideradas no provimento jurisdicional, como forma de permitir que as

³²⁷ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: RT, 2009, p. 72-73.

³²⁸ “Assim, a garantia opera não somente no confronto entre as partes, mas transformando-se também num dever-ônus para o juiz que passa a ter que provocar de ofício o prévio debate das partes sobre quaisquer questões de fato ou de direito determinantes para a resolução da demanda.”. THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**, ano 34, n. 168, fev. 2009, p. 120.

³²⁹ As decisões surpresa são aquelas que os fundamentos, as teses, e as normas utilizadas não tenham sido objeto de debate entre as partes. “Nota-se que, uma vez que os poderes do julgador são aumentados, impõe-se a este o dever de informar às partes as iniciativas que pretende exercer, de modo a permitir a elas um espaço de discussão em contraditório, devendo haver a expansão e a institucionalização do *dever de esclarecimento judicial* a cada etapa do procedimento, inviabilizando julgamentos surpresa. A colocação de qualquer entendimento jurídico (v.g. aplicação de uma súmula de jurisprudência dominante nos Tribunais Superiores) como fundamento da sentença, mesmo que aplicada *ex officio* pelo juiz, sem anterior debate com as partes, poderá gerar o aludido fenômeno da surpresa. Desse modo, o *contraditório constitui uma verdadeira garantia de não surpresa* que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que em ‘solitária onipotência’ aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes. Tudo que o juiz decidir fora do debate já ensejado às partes corresponde a surpreendê-las, e a desconsiderar o caráter dialético do processo, mesmo que o objeto do decisório corresponda a uma matéria apreciável de ofício.”. THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**, ano 34, n. 168, fev. 2009, p. 125.

manifestações possam influir no desenvolvimento (mudando os rumos do processo) e no resultado (diante de uma nova perspectiva processual e material ainda não analisadas).³³⁰

No contexto do presente estudo, podemos apontar a aplicação por um julgador da tese de um processo submetido à técnica de julgamento de causas-modelo de uma súmula (vinculante ou persuasiva) ou de um posicionamento adotado em casos anteriores sem a manifestação prévia das partes como decisão surpresa.³³¹

Seria eficiente, no nosso entender, a fim de compatibilizar as técnicas estudadas com o contraditório, a utilização do dever de consulta antes que a decisão seja proferida.

No caso das técnicas de uniformização de jurisprudência o Magistrado deveria consultar as partes acerca da aplicabilidade da súmula ou do precedente no caso em concreto, permitindo que elas se manifestem sobre a adequação da mesma às peculiaridades do caso concreto.

Por sua vez, no caso do julgamento dos processos submetidos à técnica de julgamento de causas-modelo, ao determinar o sobrestamento do feito o órgão julgador (Tribunal Superior ou tribunais locais) deveria permitir a prévia manifestação das partes para que elas também possam se manifestar sobre a adequação do processo-modelo ao caso em concreto, e, sendo o sobrestamento mantido, a possibilidade de interposição de recurso ao Tribunal deveria ser franqueada (item melhor examinado no próximo tópico).

³³⁰ “Afirma, assim, que para a ocorrência da nulidade da decisão o conhecimento solitário do juiz deverá ter violado o direito de defesa da parte prejudicada, devidamente demonstrado perante o Tribunal. E parece ser essa tendência de uniformização do entendimento junto à Corte de Cassação Italiana, eis que se afirmou em recente precedente que o recurso deve ser acompanhado da indicação da atividade processual que a parte poderia ter realizado se tivesse sido provocada a discutir sobre a questão. E tal uniformização parece também dizer respeito ao exame da denominada *decisione de terza via*, pois no referido precedente a Corte, após retrocesso, propugnou que: ‘A corte, andando em conhecido contraste com a Cass. N. 15705, afirma que o juiz que entenda, depois da delimitação do *thema decidendum* ocorrido no curso da audiência preliminar, de levantar uma questão conhecível oficiosamente não considerada anteriormente, deve submetê-la às partes para lhes permitir sua intervenção em contraditório. A falta de indicação comporta a violação do dever de colaboração por parte do juiz e determina a nulidade da sentença por violação do direito de defesa das partes.” NUNES, Dierle José Coelho. Comentários acerca da súmula impeditiva de recursos (Lei 11.276/2006) e do julgamento liminar das ações repetitivas (Lei 11.277/2006) – Do duplo grau de jurisdição e do direito constitucional ao recurso (contraditório sucessivo) – Aspectos normativos e pragmáticos. **Revista de Processo**. ano 31, n. 137, jul. 2006. p. 182.

³³¹ Especificamente sobre a aplicação das súmulas: “A colocação da súmula como fundamento da sentença, aplicada *ex officio* pelo juiz sem anterior debate com as partes, poderá ferir o aludido fenômeno da surpresa. Ocorre que a decisão surpresa deve ser declarada nula por desatender ao princípio do contraditório.” NUNES, Dierle José Coelho. Comentários acerca da súmula impeditiva de recursos (Lei 11.276/2006) e do julgamento liminar das ações repetitivas (Lei 11.277/2006) – Do duplo grau de jurisdição e do direito constitucional ao recurso (contraditório sucessivo) – Aspectos normativos e pragmáticos. **Revista de Processo**. ano 31, n. 137, jul. 2006. p. 181.

Assim, em se tratando da aplicação de uma tese-modelo, de uma súmula ou de um posicionamento adotado em casos anteriores, o magistrado deverá consultar as partes de forma expressa para que elas digam se aquela tese é aplicável ou não ao caso em concreto. Com isso, em razão do dever de fundamentação, o magistrado deverá afastar uma a uma as alegações das partes acerca da aplicação da tese ao caso concreto, avaliando os meandros e as singularidades de cada processo, efetivando, portanto, o contraditório.³³²

6.4 CRIAÇÃO DE REQUISITOS OBJETIVOS PARA A ESCOLHA DOS PROCESSOS SUBMETIDOS ÀS TÉCNICAS DE JULGAMENTO DE CAUSAS-MODELO

Especificamente sobre as técnicas de julgamento de causas-modelo a lei processual não prevê requisitos objetivos para a escolha da causa ou das causas que servirão de modelo para o julgamento da tese que será aplicada aos demais processos tidos como semelhantes.

A criação de alguns critérios seria eficiente para melhor delimitar o tema a ser julgado, as teses utilizadas pelos litigantes no processo modelo e conseqüentemente o controle de sua adequação com os demais processos semelhantes.

Ademais, a escolha do recurso paradigmático é feita sem qualquer debate com os interessados. Não há portanto, segurança alguma sobre o método utilizado pelos Tribunais de origem, eis que, não há participação daqueles que sofrerão os efeitos da decisão prolatada no recurso paradigmático. Sobre o tema especificamente acerca da repercussão geral, manifestam-se Mitidiero e Marinoni:

A escolha para remessa ao Supremo Tribunal Federal tem de ser a mais dialogada possível a fim de que se selecione um ou mais recursos que representem adequadamente a controvérsia. Afigura-se apropriado que os Tribunais ouçam as entidades de classe para proceder à escolha (por exemplo, OAB, MP etc.), quiçá

³³² “Existiria um *dever de consulta* do juiz impondo o fomento do debate preventivo e a submissão de todos os fundamentos (*ratio decidendi*) da futura decisão ao contraditório”. THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**. ano 34, n. 168, fev. 2009, p. 120.

organizando sessão pública para tanto. A matéria inclusive pode ganhar disciplina nos regimentos internos dos Tribunais de origem (art. 24, XI, da CF).³³³

Pensamento sobre a questão da importância da escolha do recurso-modelo foi traçado pelo Ministro Herman Benjamin:

Não resiste aqui à tentação de apontar o paradoxo. Enquanto o ordenamento jurídico nacional nega ao consumidor-indivíduo, sujeito vulnerável, legitimação para a propositura de ação civil pública (Lei 7347/1985 e CDC), o STJ, pela porta dos fundos, aceita que uma demanda individual – ambiente jurídico-processual mais favorável à prevalência dos interesses do sujeito hiperpoderoso (*in casu* o fornecedor de serviços de telefonia) – venha a cumprir o papel de ação civil pública às avessas, pois o provimento em favor da empresa servirá para matar na origem milhares de demandas assemelhadas – individuais e coletivas. Aliás, em seus memoriais, foi precisamente esse um dos argumentos (a avalanche de ações individuais) utilizado pela concessionária para justificar uma imediata intervenção da Seção. Finalmente, elegeu-se exatamente a demanda de uma consumidora pobre e negra (como dissemos acima, *triplamente vulnerável*), destituída de recursos financeiros para se fazer presente *fisicamente* no STJ, por meio de apresentação de memoriais, audiências com os Ministros e sustentação oral. Como juiz, mas também como cidadão, não posso deixar de lamentar que, na argumentação (?) oral perante a Seção e também em visitas aos Gabinetes, verdadeiro monólogo dos maiores e melhores escritórios de advocacia do País, a voz dos consumidores não e tenha feito ouvir, Não lastimo somente o silêncio de D. Camila Mendes Soares, mas sobretudo a ausência, em sustentação oral, de representantes dos interesses dos *litigantes-sombra* (...)³³⁴

Assim, faz-se necessário traçar alguns requisitos para a escolha do recurso-modelo.

Uma primeira questão que colocamos é a necessidade de a tese ser objeto de controvérsia e estar madura para que sua análise possa abranger a maior quantidade de vertentes possíveis.

Como tivemos a oportunidade de mencionar, a divergência é uma forma de aprofundar a discussão sobre uma matéria de forma que seu exame é ampliado às diversas vertentes levantadas e discutidas. A dialética inerente a controvérsia faz com que novas perspectivas de um mesmo problema surjam, angariando novos argumentos e fundamentos que, ao serem submetidos ao debate, se fortalecerão ou serão questionados por outros argumentos que, inclusive, podem ser inéditos.

³³³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 62.

³³⁴ STJ, REsp 911.802/RS, 1ª Seção, j. 24.10.2007, rel. Min José Delgado, Dje 01.09.2008.

Assim, entendemos que é necessário fixar um prazo mínimo para que a controvérsia possa ser objeto de debate - e que sobre ela sejam formuladas as mais variadas teses e pontos de vista - a fim de que a decisão-modelo seja dotada de amplitude suficiente para que sua aplicação possa alcançar as demandas em curso e aquelas que vierem a ser ajuizadas.

A aplicação da técnica de julgamento de processos modelo, nesse diapasão, depende da tese estar madura, a fim de que sua análise pelo Tribunal possa ser eficaz no sentido de abranger todas as perspectivas da controvérsia.

Por esse ensejo, efetiva-se o contraditório em decorrência da solidez das teses analisadas e do resultado obtido, até mesmo porque as teses levantadas já teriam sido objeto do contraditório ao longo do tempo em que se formou a divergência.

A escolha dos recursos-modelo também deverá ser efetuada visando selecionar aqueles que possam levar ao Tribunal a maior quantidade de questões relativas à controvérsia, de maneira que a análise seja ampla e contemple as mais diversas teses e fundamentações suscitadas pelas partes.

Para isso, dever-se-ia adotar nos tribunais de origem ou nos Tribunais Superiores um método de filtragem que permitisse englobar todas as teses suscitadas, em quantas causas forem necessárias, a fim de que, ao proferir a decisão-modelo, o Tribunal o faça após justificar e fundamentar todas as teses levadas ao seu conhecimento. Além de, se for o caso, afetar um quantitativo maior de recursos para representação da controvérsia advindos, quando possível, de tribunais distintos.

Dessa forma, resguarda-se o contraditório, porque os jurisdicionados que tiveram seus recursos sobrestados teriam a garantia que as teses por eles sustentadas também seriam objeto de apreciação pelo Tribunal.

E a escolha dos recursos também deveria ser precedida da oitiva dos jurisdicionados visando permitir que aquele cidadão que quer levar o seu recurso ao Tribunal para apreciação possa fazê-lo quando dotado de fundamentos e argumentos capazes de contribuir para a melhor apreciação da controvérsia. Permitir que o jurisdicionado possa influir diretamente na escolha

dos recursos selecionados para que a apreciação do Tribunal se realize também é forma de garantir o exercício do contraditório.

Por fim, pensamos que deve ser oportunizado aos jurisdicionados que tiveram seus recursos sobrestados a possibilidade de interposição de recurso de agravo de instrumento para que a decisão do sobrestamento possa ser questionada e analisada pelo Tribunal competente para apreciar o recurso interposto (Recurso Especial ou Extraordinário).

O exercício do contraditório acerca da aplicação da técnica para o caso concreto (adequação da mesma) e ainda sobre a escolha do recurso-modelo seria garantido se, por meio do recurso de agravo de instrumento, o Tribunal que julgará a matéria como causa-modelo analisasse as razões dos jurisdicionados que foram “impedidos” de levarem suas irresignações à Corte Superior.

Nessa senda, pensamos que os requisitos mencionados podem contribuir de certa forma para ampliar o contraditório na aplicação das técnicas estudadas e principalmente para o julgamento das técnicas de julgamento de causas-modelo.

Na legislação estrangeira, colhe-se exemplo do Procedimento-Modelo alemão cujo escopo é estabelecer decisão coletiva para questões comuns existentes em litígios individuais. Como demonstra Antonio do Passo Cabral, a disciplina é bem esclarecida no ordenamento Alemão, de forma que se garante a publicidade da instauração do procedimento com registro público e gratuito da decisão, a escolha de líderes das partes litigantes e representantes, a livre intervenção de interessados com a plena possibilidade de acrescentar alegações a fim de auxiliar a decisão judicial, inclusive, alargando o objeto do procedimento modelo, dentre outras questões processuais devidamente disciplinadas.³³⁵

³³⁵ CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. **Revista de Processo**. ano 32, n. 147, mai. 2007. p. 132-143.

CONCLUSÃO

O processo é o instrumento estatal colocado à disposição dos jurisdicionados com o objetivo de solucionar os conflitos sociais visando à pacificação social, à promoção da estabilidade das instituições estatais e à preservação dos direitos inerentes aos cidadãos.

O processo civil, analisado sob o marco metodológico da instrumentalidade, deve ser estudado voltado à realização dos seus escopos, pois, como instrumento de resolução de litígios fornecido pelo Estado, deve ser apto à cumprir sua função.

O escopo jurídico do processo é revelar a norma concreta de forma a fazer incidir no plano prático o direito objetivo.

É certo que a materialização do escopo social – realização de justiça mediante concretização e fruição dos direitos materiais no plano prático – depende, de certa forma, de que a justiça seja realizada de forma tempestiva. O cidadão, ao buscar tutela estatal, pretende uma resposta legítima do Estado, a qual deve vir em tempo suficiente para que ele possa fruir do direito que lhe for assegurado.

Ocorre que, para que o Estado possa ofertar uma resposta legítima e, com isso, realizar o escopo político do processo – conferir estabilidade às instituições e legitimar seus atos -, o processo deverá assegurar garantias processuais contra o arbítrio judicial. Uma das garantias processuais que permite o controle da legitimidade da atuação estatal é o contraditório que, em sua atual concepção, não se limita a uma garantia para as partes, mas a uma obrigação imposta ao juiz.

A legitimação dos atos de estatais depende, no contexto do Estado Democrático de Direito, da atuação dos interessados na formação do mesmo. No caso do processo, que também veiculará um ato emanado pelo Estado no exercício da função jurisdicional, a participação que confere legitimidade está no exercício do contraditório como meio de influenciar o julgador e como dever de dialogar com as partes.

O diálogo entre o jurisdicionado - interessado na solução do litígio – e o Estado – na figura do juiz – deverá ser constante para contribuir na formação de todos os atos que posteriormente serão emanados, de forma democrática.

O diálogo permite, ainda, a concretização de outro escopo processual, o jurídico, na medida em que contribui para que a decisão judicial possa refletir da melhor forma, no plano prático, o direito assegurado objetivamente.

A realização dos escopos processuais deverá se concretizar nas mais diferentes situações postas em conflito e a evolução das relações sociais impõe que o processo se adapte às novas conformações dos litígios.

Atualmente a justiça brasileira vive uma crise de quantidade de processos que é resultado da inaptidão da justiça brasileira em dar resposta satisfatória aos conflitos de interesses deduzidos em juízo.

Os movimentos de acesso à justiça que promoveram à facilitação do litígio, a ineficiência de gestão dos poderes públicos brasileiros, a estrutura deficitária do Poder Judiciário, a falta de qualificação dos servidores e julgadores, dentre outras causas, foram determinantes para que o judiciário vivenciasse a crise atual. Como forma de solucionar o problema enfrentado, o legislador brasileiro introduziu uma série de técnicas processuais visando alterar a estrutura do processo brasileiro. Ocorre que, a crise de quantidade de processos, não se origina de deficiências da lei processual, mas se trata de um problema de política judiciária.

O retrato descrito é evidenciado por meio da análise de comportamento de vários julgadores de um mesmo tribunal, que estão submetidos ao mesmo regimento interno, às mesmas leis processuais e mesmo assim ostentam quantidades díspares de processos em conclusão. Trata-se da realidade evidenciada pelos relatórios mensais “justiça aberta” que podem ser acessados pelos portais eletrônicos de cada tribunal local ou pelo portal do Conselho Nacional de Justiça.

As técnicas processuais estudadas se enquadram nesse contexto descrito, qual seja, de técnicas criadas para solucionar a crise de quantidade de processos. Elas visam, precipuamente, ofertar a justiça de forma célere.

Porém, a problemática central observada em relação a essas técnicas encontra-se na inobservância da garantia constitucional do contraditório, pois elas impedem a realização de debates efetivos para a formação da decisão judicial.

Percebe-se no entanto, que o legislador imbuído no interesse de solucionar um problema extraprocessual (lentidão na tramitação dos processos) realizou modificações endoprocessuais, alterando estruturas consolidadas e violando garantias constitucionais-processuais como o contraditório.

O problema das soluções extraprocessuais que visam eliminar a lentidão dos processos e colocam em risco as garantias processuais já consagradas é que elas não alcançam a finalidade desejada e ainda retiram da decisão seu elemento legitimador. E é certo que o jurisdicionado quer que a tutela jurisdicional seja prestada de forma célere, mas também, é ainda mais certo que ele deseja que a mesma seja prestada a ele, e não a um processo que representa, tão somente, um número em algum relatório.

A verdade é que o direito não é uma ciência exata e que a lei, embora aplicável indistintamente à todos, deve ser realizada no processo de acordo com as circunstâncias peculiares de cada caso. Por isso, pensar no processo como ciência exata na qual se aplica uma fórmula única e universal, viola o próprio conceito de dignidade da pessoa humana consagrado pelo Constituição. Não podemos afirmar que um jurisdicionado que procura o Estado para obter a solução de um conflito foi tratado de forma digna quando o seu processo foi inserido em uma meta, em um relatório e tratado como mais um número estatístico de processos julgados, seja lá como for esse julgamento!

Por outro lado, é certo que a evolução das relações sociais e a conformação de novas modalidades de litígios (no caso estudado, as demandas de massa) importam na criação de técnicas de julgamento que possibilitem a uniformidade de julgamento.

Dissemos que cada processo apresenta uma peculiaridade e como tal deve ser julgado. Não negamos isso. A verdade é que, em alguns casos, será possível observar vínculo de afinidade entre a fundamentação jurídica narrada em diversas demandas, ou mesmo, demandas que

tenham prevalência de questões comuns, ainda que mantenham aspectos particularizados independentes e relevantes.

Por isso, afirmamos que a sociedade atual não apresenta, exclusivamente, relações que se enquadrem nos conceitos “individual” e “coletivo”. Verificamos, com certa frequência, a conformação de situações individualizadas, porém homogêneas que atingem uma infinidade de pessoas. O fenômeno decorre, claramente, da oferta global de consumo e serviços em larga escala, do estreitamento das relações entre os sujeitos decorrentes da facilidade de comunicação à longa distância, do crescimento da economia e do acesso ao consumo, dentre outras circunstâncias. E, para esse tipo de demanda o Estado deve conferir instrumentos para julgamento uniforme.

A evolução do pensamento jurisdicional é necessária em virtude da velocidade em que as relações sociais se modificam, do debate jurisdicional e da divergência que engrandecem as questões jurídicas discutidas e possibilitam a análise de um mesmo problema de forma distinta e mais aprofundada.

Mas a divergência jurisprudencial exagerada cria uma sensação de injustiça entre os cidadãos. Todos pensam que, estando em situações similares, receberão do Estado tratamento similar, afinal a Constituição Federal assegura a igualdade de tratamento a todos, indistintamente.

Assim, não podemos negar, que mesmo de forma equivocada, as técnicas processuais podem ser instrumentos de realização da uniformização da jurisprudência, visto que o modelo processual clássico que comporta a formação subjetiva mínima da demanda não é suficiente para tutelar as situações homogêneas de massa vivenciadas na sociedade atual. Também é ineficaz o modelo de tutela coletiva, já que as situações de massa detêm evidentes características individuais.

Com efeito, mesmo cientes de que a criação das técnicas fundou-se na celeridade processual, e que elas não serão aptas a solucionar o problema da crise de quantidade de processo (que não depende da modificação da legislação processual) e ainda que as técnicas (na forma aplicada atualmente) violem a garantia constitucional do contraditório, não podemos deixar de observar que, para a realização da unidade do direito, elas poderão ser de grande valia. Mas,

para tanto, sua aplicação deverá ser realizada de forma que o contraditório seja resguardado, porque não basta a uniformização, é preciso o respeito às garantias processuais.

A unidade do direito realizada mediante a aplicação das técnicas processuais acontecerá pela aplicação da decisão proferida em uma determinada demanda em outras causas similares.

O legislador estabelece técnicas de julgamento de causas-modelo, por meio das quais, o julgamento realizado em uma ou algumas demanda(s) servirá de modelo que deverá ser aplicado nos demais julgamentos realizados em processos cuja controvérsia for semelhante.

Também estabelece instrumentos de uniformização de jurisprudência, preventivos ou não, visando eliminar e prevenir divergências jurisprudências e evitar a chamada jurisprudência lotérica.

Em ambos os casos, a unidade do direito é obtida pela aderência, persuasiva ou vinculante, ao precedente estabelecido quando do julgamento de alguma das técnicas estudadas.

E a violação do contraditório é nítida porque o precedente que será aplicado aos casos futuros não foi submetido ao contraditório daqueles que sofrerão os seus efeitos.

Nessa senda, sabendo que as técnicas estão vigentes em nosso sistema e que sua aplicação é realizada no cotidiano forense, nos coube, após constatada a violação ao contraditório, elencar propostas que visam compatibilizá-las com a garantia do contraditório. Isso porque, a prestação da tutela jurisdicional deve ser dada de acordo com as garantias constitucionais, na medida em que, sob a égide do Estado Democrático de Direito, o processo se torna efetivo instrumento de realização da Constituição.

Como dissemos, na perspectiva das partes no processo – e analisando o que nos interessa neste estudo – a realização da Constituição se dá, por meio do exercício efetivo do contraditório, como medida dialética e democrática de influir no resultado da demanda.

Nesse diapasão, não se nega a importância da criação das técnicas sob alguns aspectos como, a uniformização da jurisprudência e a isonomia na análise de situações similares. Contudo, não se pode levar a efeito a supressão da garantia do contraditório, que é a forma mais

democrática de legitimar os atos de poder emanados pelo Poder Judiciário, bem como, a maneira mais eficaz de garantir a justiça da decisão aproximando ao máximo a solução jurídica com o problema da realidade apresentado.

Para tanto, é forçoso concluir pela necessidade de estabelecimento de regras que permitam aos interessados plenas possibilidades de influir no julgamento das demandas cujos efeitos lhes afetarão de alguma forma, bem como, voltar olhares críticos e atentos às modificações legislativas que, sob o manto de realizar os escopos processuais, acabam por violar garantias do processo.

É certo que o cientista não pode se conformar com a criação de técnicas processuais para solucionar problemas que não são do processo, mas que são de política judiciária. Principalmente quando observado que estas acabam por violar garantias processuais conquistadas ao longo da evolução da ciência e que representam uma forma legítima dos cidadãos de controlarem o exercício do poder pelos membros do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Ação civil pública e meio ambiente**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ALVIM, Arruda. Ação Civil Pública. **Revista de Processo**, São Paulo, ano. 22, n. 87, p. 149-165, jul./set. 1997.

_____. ALVIM, Arruda. A EC N. 45 E O INSTITUTO DA REPERCUSSÃO GERAL. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. alli. (Coord.). **Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004**. São Paulo: RT, 2005. p. 63-99.

ANDRIGHI, Fática Nancy. Recursos Repetitivos. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 35, n. 185, p. 265-281, jul. 2010.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BANCO MUNDIAL. **Relatório Fazendo com que a justiça conte: medindo e aprimorando o desempenho do Judiciário no Brasil**. 2004. 203 p. Disponível em: <<http://siteresources.worldbank.org/BRAZILINPOREXTN/Resources/3817166-1185895645304/4044168-1186404259243/29Justica.pdf>>. Acesso em: 03.12.2010.

BARIONI, Rodrigo. O recurso extraordinário e as questões constitucionais de repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. alli. (Coord.). **Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004**. São Paulo: RT, 2005. p. 721-734.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Proteção ao meio ambiente na Constituição Brasileira. **Revista Trimestral de Direito Público**. n. 02, p. 58-81, 1993.

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. **O DEVIDO PROCESSO LEGAL NAS CAUSAS REPETITIVAS**. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/antonio_adonias_aguiar_bastos.pdf>. Acesso em: 23.01.2010. p. 4940-4954.

_____. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. **Revista de Processo**. ano 35, n. 186, p. 86-107, ago. 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CARMONA, Carlos Alberto. A posição do juiz: tendências atuais. **Revista de Processo**. ano 24, n. 96, p. 96-112, out./dez. 1999.

BENJAMIN, Antonio Herman. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Edis (Coord.). **Ação Civil Pública: lei 7.347/85 – reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação**. São Paulo: RT, 1995, p. 70-151.

BENETI, Sidnei Agostinho. Assunção de competência e *fast-track* recursal. **Revista de Processo**. ano 34, n. 171, p. 9-23, mai. 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRAGHITTONI, R. Ives. **Recurso extraordinário: uma análise do acesso do Supremo Tribunal Federal: de acordo com a Lei nº 11.418/06 (repercussão geral)**. São Paulo: Atlas, 2007.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília, 11 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 5 set. 2010.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 9 mar. 2009.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm>. Acesso em: 10 jan. 2011.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 10 jan. 2011.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 10 jan. 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em: 10 jan. 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 10 jan. 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 jul. 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 1. v.

_____. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 5. v.

_____. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. **Revista de Processo**. ano 32, n. 147, p. 123-146, mai. 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Tutela Jurisdicional dos Consumidores. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). **Procedimentos Especiais Cíveis**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1079-1133.

CAMBI, Eduardo. **NEOCONSTITUCIONALISMO E NEOPROCESSUALISMO: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: RT, 2009.

_____. Uniformização das questões de direito nos juizados especiais cíveis estaduais e federais: a criação do recurso de divergência. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis: de acordo com a Lei 10.352/2001**. São Paulo: RT, 2002. 5. v. p. 169-178.

_____. Jurisprudência Lotérica. **Revista dos Tribunais**. ano 90, v. 786, p. 108-128, abr. 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

CARMONA, Carlos Alberto. O sistema recursal brasileiro, In: ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Terese Arruda Alvim. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos**. São Paulo: RT, 2000. p. 34-51.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Proceso Civil**. Buenos Aires: Librería El Foro, 1997. v. 1.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002. v. 1.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório 100 maiores litigantes**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 31.03.2011.

COUND, John J. et. al. **Civil procedure: cases and materials**. 7nd ed. St. Paul: West Group, 1997.

COUTURE, Eduardo J. **Interpretação das leis processuais**. Trad. Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada nas ações coletivas. **Revista de Processo**. ano 32, n. 143, p. 42-64, jan. 2007.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. (Org.). **Leituras complementares de processo civil**. 8. ed. Salvador: JusPodvim, 2010. p. 289-314.

_____. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. ano 36, n. 193, p. 255-279, mar. 2011.

DICMAXI MICHAELIS PORTUGUÊS. São Paulo: Melhoramentos. 1 CD-ROM. Office 2000.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 11. ed. Salvador: JusPodvim, 2009.

_____. O princípio da cooperação: uma apresentação. **Revista de Processo**. ano 30, n. 127, p. 75-79, set. 2005.

_____; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**, 4. ed. Salvador: JusPodvim, 2009, 4 v.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2009. 1 v.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2009. 2 v.

_____. **Litisconsórcio**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 1 v.

_____. **A instrumentalidade do processo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

ESTELLITA, Guilherme. **Direito de ação Direito de demandar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Jacinto Editora, 1942.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERREIRA, William Santos. SÚMULA VINCULANTE – SOLUÇÃO CONCENTRADA: vantagens, riscos e a necessidade de um contraditório de natureza coletiva (*amicus curiae*.) In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. alli. (Coord.). **Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004**. São Paulo: RT, 2005. p. 799-823.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: parte geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, 2. v.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognição Processual Civil: Atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. **Revista Dialética de Direito Processual**. n. 6, p. 47-59, set. 2003.

GRADI, MARCO. Il principio del contraddittorio e le questioni rilevabili d'ufficio. **Revista de Processo**. ano 35, n. 186, p. 109-160, ago. 2010.

GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. **Revista de Processo**. ano 33., n. 164, p. 29-56, out. 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

_____. Dalla *class action for damages* all'azione di classe brasiliana (i requisiti di ammissibilità). **Rivista di Diritto Processuale**, Italia, anno LV, n.4, p. 1068-1086, ott./dic. 2000.

_____. A necessária reforma infraconstitucional. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. (Coord.). **Reforma do Judiciário: analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005. p. 501-518.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre a natureza processual da constituição. **Revista de Processo**. ano 22, n. 87, p. 175-185, jul./set. 1997.

JORGE, Flavio Cheim; SARTÓRIO, Elvio Ferreira. O recurso extraordinário e a demonstração da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. alli. (Coord.). **Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004**. São Paulo: RT, 2005. p. 181-189.

_____. Relação processual e contraditório nas diversas espécies de execução. **Revista de Processo**. ano 29, n. 114, p. 301-312, mar./abr. 2004.

LAMY, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Reflexões sobre as súmulas vinculantes. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. (Coord.). **Reforma do Judiciário**: analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005. p. 295-318.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. **AÇÕES COLETIVAS**: história, teoria e prática. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1998.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984. 1 v.

_____. A força criativa da jurisprudência e os limites impostos pelo texto da lei. **Revista de Processo**. ano 11, n. 43, p. 57-60, jul-set., 1986.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública**: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores – Lei 7.347/1985 e legislação complementar. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Divergência Jurisprudencial e súmula vinculante**. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2010.

_____. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**: teoria geral das ações coletivas. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.

MARCATO, Antonio Carlos. Preclusões: limitação ao contraditório?. **Revista de Processo**. ano 5, n. 17, p. 105-114, jan./mar. 1980.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 30.06.2009.

_____. Aproximação crítica entre as jurisdição de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista de Processo**. ano 32, n. 172, p. 175-232, jun. 2009.

_____. **Curso de Processo Civil**: teoria geral do processo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 1. v.

_____; MITIDIERO, Daniel. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

_____; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Millennium, 2000. 1 v.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. 9. ed. Campinas: Millennium, 2003. 1 v.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. REPERCUSSÃO GERAL E SÚMULA VINCULANTES: relevantes novidades trazidas pela EC n. 45/2004, O recurso extraordinário e a demonstração da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. alli. (Coord.). **Reforma do Judiciário**: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004. São Paulo: RT, 2005. p. 373-389.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Sentença emprestada: uma nova figura processual. **Revista de Processo**. ano 31, n. 135, p. 152-150, maio 2006.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas**: no Direito Comentado e Nacional. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: RT, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. In: **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 110-123.

_____. Por um processo socialmente efetivo. In: **Temas de Direito Processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 15-27.

_____. O futuro da justiça: alguns mitos. In: **Temas de Direito Processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 1-13.

_____. Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988. **Revista de Processo**. ano 16, n. 61, p. 187-200, jan./mar. 1991.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**: arts. 476 a 565. 5. v.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10. ed. São Paulo: RT, 2010.

NUNES, Dierle José Coelho. Comentários acerca da súmula impeditiva de recursos (Lei 11.276/2006) e do julgamento liminar das ações repetitivas (Lei 11.277/2006) – Do duplo grau de jurisdição e do direito constitucional ao recurso (contraditório sucessivo) – Aspectos normativos e pragmáticos. **Revista de Processo**. ano 31, n. 137, p. 171-186, jul. 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo. **Revista Processo e Constituição**: Cadernos Galeno Lacerda de estudos de direito processual constitucional, n. 1, Porto Alegre: Faculdade de Direito, UFRGS, 2004. p. 89-121.

_____. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista de Processo**. ano 31, n. 137, p. 07-31, jul. 2006.

_____. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista de Processo**. ano 18, n. 71, p. 31-38, jul-set. 1993.

PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. **Rivista di diritto processuale**. anno LIII, n. 3. Padova: CEDAM, p. 673-681, luglio-settembre 1998.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo**. 3. ed. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2010.

PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**. 3. ed. Napoli: Jovene, 1999.

PORTANOVA, Ruy. **Princípios do Processo Civil**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Relações entre ações individuais e ações coletivas: anotações sobre os efeitos decorrentes da propositura e extinção das ações coletivas para defesa de direito individuais homogêneos em relação às pretensões individuais sob a perspectiva dos arts. 35 e 28 do Projeto de Lei que altera a ação civil pública. In: GAZZOLI, Maria Clara et. al. (Coord.). **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos**: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 413.

_____. Ação Civil Pública. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. (Coord.) **Ações Constitucionais**. 2. ed. Salvador: JusPodvim, 2007. p. 247-318.

_____. Elementos de Direito Processual Civil. 3. rev., atual., ampl. São Paulo: RT, 2003. 1. v.

RODRIGUES NETTO, Nelson. A intervenção de terceiros nos julgamentos da repercussão geral do recurso extraordinário e do recurso especial paradigmático. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et. alli. **O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos**: estudos em homenagem ao Professo Athos Gusmão Carneiro, São Paulo: RT, 2010. p. 383-397.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. **Os Tribunais nas sociedades contemporâneas**. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm>. Acesso em: 02.08.2009.

SANTOS, Marcelo Fausto Figueredo. **Teoria Geral do Estado**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.

SILVA, Carlos Augusto. **O Processo Civil como Estratégia de Poder: Reflexo da Judicialização da Política no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Relatório Estatístico**. Brasília, 2010. 22 p. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=1&vSeq=168>>. Acesso em: 15.02.2011.

_____. **Sala de Notícias**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=101866>. Acesso em: 18.05.2011.

_____. **REsp 911.802/RS**, 1ª Seção, j. 24.10.2007, rel. Min José Delgado, Dje 01.09.2008.

_____. **Recursos Repetitivos**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=835>. Acesso em: 18.05.2011

_____. **Regimento Interno**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/regimento/>>. Acesso em: 17.03.2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Estatísticas do STF: movimento processual**. Brasília 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>>. Acesso em: 15.02.2011.

_____. **Relatório de Atividades**. Brasília, 2010. 80 p. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfRelatorio/anexo/Relatorio2010.pdf>>. Acesso em: 10.02.2011.

_____. **RE 591797 ED**, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 22/03/2011, publicado em DJe 29/04/2011.

_____. **AI 820669 AgR**, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 09/05/2011, publicado em DJe 17/05/2011.

_____. **AI 836034 ED**, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 16/05/2011, publicado em DJe 23/05/2011.

_____. **ADI 2316**, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) GILMAR MENDES, julgado em 13/01/2010, publicado em DJe 02/02/2010.

_____. **Regimento Interno.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno>>. Acesso em: 17.03.2011.

_____. **Linha sucessória:** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfComposicaoMinistroApresentacao/anexo/linha_sucesoria_tabela_030311.pdf>. Acesso em: 17.03.2011.

TAVARES, André Ramos. A repercussão geral no recurso extraordinário. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. (Coord.). **Reforma do Judiciário:** analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005. p. 209-220.

TARUFFO, Michelle. **Some remarks on group litigation in comparative perspective.** Disponível em: <<http://www.law.duke.edu>>. Acesso em: 8 mar. 2009.

_____. Precedente e jurisprudência. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2559/39.pdf>>. Acesso em: 25.05.2011.

TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin. Recursos fundados em idêntica questão de direito no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Processo.** ano 36, n. 191, p. 161-186, jan. 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil:** teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 52. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1.

_____; NUNES, Dierle. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo.** ano 34, n. 168, p. 107-141, fev. 2009.

_____; BAHIA, Alexandre. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. **Revista de Processo.** ano 34, n. 177, p. 9-46, nov. 2009.

_____. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. **Revista de Processo.** ano 35, n. 189, p. 09-52, nov. 2010.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. A reforma do judiciário e as súmulas de efeitos vinculantes. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. (Coord.). **Reforma do Judiciário:** analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005. p. 285-293.

VIGORITI, Vincenzo. Class action e azione collettiva risarcitoria. La legittimazione ad agire e altro. **Revista de Processo.** ano 33, n. 160, p. 181-204, jun. 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. **Revista de Processo.** ano 34, n. 172, p. 121-174, jun. 2009.

_____. Questões de fato, conceito vago, e a sua controlabilidade através de recurso especial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**. São Paulo: RT, 1997. p. 428-463.

_____; MEDINA, José Miguel Garcia. Sobre o novo art. 543-C do CPC: sobrestamento de recursos especiais “com fundamento em idêntica questão de direito”. **Revista de Processo**. ano 33, n. 159, p. 215-221, maio 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**: emenda constitucional n. 45/2004 (reforma do judiciário); Lei 10.444/2002; Lei 10.358/2002 e Lei 10.352/2001. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005.

WATANABE, Kazuo. Demandas Coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. **Revista de Processo**. ano 17, n. 67, p. 15-25, jul./set. 1992.

_____. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. **Revista de Processo**. ano 32, n. 139, p. 28-35, set. 2006.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade**. São Paulo: Malheiros, 1993

_____. **A elaboração de um novo Código de Processo Civil**: falsos e verdadeiros dilemas. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br>>. Acesso em: 15.04.2010.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. **Revista de Processo**. ano 20, n. 78, p. 32-49, abr./jun. 1995.