

Taiana Valar Dal Grande

**O CONTRADITÓRIO PARTICIPATIVO NA RESOLUÇÃO DAS
DEMANDAS REPETITIVAS**

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo de Avelar Lamy

Florianópolis/SC

2019

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Dal Grande, Taiana Valar Dal Grande

O contraditório participativo na resolução das demandas repetitivas / Taiana Valar Dal Grande ; orientador, Eduardo de Avelar Lamy, 2019.

192 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2019.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Direito Processual Civil. Modelo Cooperativo de Processo. Contraditório participativo. Demandas repetitivas. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Recursos Repetitivos. I. Lamy, Eduardo de Avelar. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Taiana Valar Dal Grande

O CONTRADITÓRIO PARTICIPATIVO NA RESOLUÇÃO DAS DEMANDAS REPETITIVAS

Esta Dissertação foi julgada adequada para obtenção do Título de “Mestre” e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Florianópolis, 28 de fevereiro de 2018.

Prof. Arno Dal Ri Junior, Dr.
Coordenador do Curso

Banca Examinadora:

Prof. Eduardo de Avelar Lamy, Dr.
Orientador
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Marcus Vinícius Motter Borges, Dr.
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Julio Guilherme Müller, Dr.

AGRADECIMENTOS

A realização desse sonho não seria possível sem a colaboração, participação e incentivo de algumas pessoas, para que eu conseguisse superar os desafios e alcançar essa conquista.

Agradeço ao meu sócio Bruno Carreirão, por ter embarcado junto comigo nessa etapa do mestrado, e, em muitos momentos, foi o ombro amigo, para que fosse possível conciliar os árduos dias de trabalho no escritório, com a escrita da dissertação.

Agradeço à minha querida amiga Malu, que não mediu esforços para me emprestar diversas obras que foram essenciais para este trabalho.

Ao meu querido Hugo César e toda a minha família, pelo carinho e acolhida nos momentos mais difíceis dessa jornada. Em especial a minha mãe, pela atenta leitura deste trabalho, sou grata.

Agradeço ainda ao meu orientador, professor Eduardo Lamy, pelos ensinamentos que me fizeram crescer e buscar melhorar sempre, bem como ao professor Léo Cunha, que me impulsionou o tema deste trabalho e pela receptividade em sua terra nordestina.

“A democracia tem de ser julgada não apenas pelas instituições que existem formalmente, mas também por diferentes vozes, de diversas partes da população, na medida em que de fato possam ser ouvidas”.

Amartya Sen, A ideia de justiça

RESUMO

A partir da nova sistemática, estabelecida pelo Código de Processo Civil de 2015, a respeito dos precedentes, e mais especificamente a resolução de demandas repetitivas, que compreende o novel Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e os Recursos, especiais e extraordinários, repetitivos, observa-se que é por meio de uma decisão paradigma que as causas repetitivas serão resolvidas, com o objetivo de garantir a igualdade e a segurança jurídica. Diante disso, a preocupação do presente estudo é observar como se manifesta o princípio do contraditório na criação dessa decisão paradigmática que resolve as causas repetitivas, a partir de um modelo cooperativo de Processo Civil. Isso implica em compreender o papel do *amicus curiae*, além de como são realizadas as audiências públicas, e qual o limite da requisição de informações pelo relator, bem como os limites de manifestações de processos sobrestados e representativos.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Modelo Cooperativo de Processo. Contraditório participativo. Demandas Repetitivas.

ABSTRACT

Based on the new system, established by the Code of Civil Procedure of 2015, regarding the precedents, and more specifically the resolution of repetitive demands, which includes the novel Incident of Resolution of Repetitive Demands and the repetitive appeal, special and extraordinary, observes is that it is through a paradigm decision that the repetitive causes will be solved, thus aiming at equality and legal certainty. Therefore, the concern of the present study is to observe how the contradictory principle is manifested in the creation of this paradigmatic decision that solves repetitive causes, based on a cooperative model of civil process. This implies understanding the role of the *amicus curiae*, as well as how the public happen, and the limits of the request for information by the rapporteur, as well as the limits of manifestations of processes that are over-represented and representative.

Keywords: Cooperative Process Model. Participative counterpart. Repetitive demands.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CPC	Código de Processo Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
EC	Emenda Constitucional
IRDR	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivos
RESP	Recurso Especial Repetitivo
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
1 CAUSAS REPETITIVAS, ESTABILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS E CONTRADITÓRIO	21
1.1 CAUSAS REPETITIVAS.....	21
1.2 DIRETRIZES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 PARA A RESOLUÇÃO DAS DEMANDAS REPETITIVAS	39
1.3 BREVE HISTÓRICO E EVOLUÇÃO LEGISLATIVA BRASILEIRA RUMO À ESTABILIZAÇÃO, UNIFORMIZAÇÃO E ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS VINCULANTES	42
1.4 PRECEDENTES JUDICIAIS TÍPICOS DA DOUTRINA DO <i>STARE DECISIS</i> X PRECEDENTE VINCULANTE	46
1.5 O DIREITO FUNDAMENTAL AO CONTRADITÓRIO NA PERSPECTIVA DO MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO CIVIL – UM MECANISMO DE CONSTRUÇÃO PARTICIPATIVA DA DECISÃO JUDICIAL.....	56
1.5.1 Concepção tradicional (contraditório formal)	58
1.5.2 O contraditório participativo – direito de participação como influência	65
2 A CRIAÇÃO DA TESE PARADIGMÁTICA PARA CAUSAS REPETITIVAS NO DIREITO BRASILEIRO	82
2.1 O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS	83

2.2 RECURSOS REPETITIVOS: RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAIS REPETITIVOS	94
2.3 TÉCNICA DE CISÃO DA COGNIÇÃO JUDICIAL (TESE X CAUSA PILOTO)	98
2.4 A CRIAÇÃO DA TESE PARADIGMÁTICA PARA AS CAUSAS REPETITIVAS	105
3 O DIREITO FUNDAMENTAL AO CONTRADITÓRIO: OPORTUNIDADE DE EFETIVA PARTICIPAÇÃO PARA A CRIAÇÃO DA DECISÃO PARADIGMA NAS DEMANDAS REPETITIVAS	110
3.1 O DIREITO FUNDAMENTAL AO CONTRADITÓRIO NA PERSPECTIVA DAS DEMANDAS REPETITIVAS COMO FORMA DE INFLUÊNCIA PARA O DEBATE QUALIFICADO.....	112
3.1.1 Contraditório destinado a quem?	115
3.2 HIPÓTESES DE MANIFESTAÇÃO.....	125
3.2.1 Amicus Curiae: legitimados, pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia	126
3.2.1.1 Breves noções gerais.....	127
3.2.1.2 Questões específicas nos procedimentos de resolução de demandas repetitivas.....	133
3.2.2 Participação dos sujeitos diretamente interessados (representativos de controvérsia) e dos processos sobrestados	147
3.2.3 Requerimento de informações pelo relator.....	150

3.2.4 Efetividade do debate nas audiências públicas	152
CONCLUSÃO	170
REFERÊNCIAS	178

INTRODUÇÃO

Em linhas gerais, o presente estudo pretende abordar o princípio do contraditório nas demandas homogêneas, com foco na formação da decisão paradigma, a qual servirá de modelo na resolução de casos idênticos.

Para tanto, faz-se necessária uma abordagem preliminar quanto à estrutura do Código de Processo Civil e a sua tentativa de adequação, com vistas a resolver demandas massificadas, para se constatar que, nem o microsistema das demandas coletivas, nem a tutela individual, parecem se adequar à tutela das demandas individuais homogêneas. Assim, esse tipo de demanda, em razão das suas particularidades, deve ser necessariamente tratada a partir de um devido processo legal específico, já que o crescente volume de ações equânimes abarrotava atualmente o judiciário.

Neste contexto, o Código de Processo Civil de 1973, como uma colcha de retalhos, sofreu diversas alterações e foi incorporando instrumentos de tutela coletiva para direitos homogêneos, dos quais destacam-se os recursos especiais e extraordinários repetitivos, incidente de uniformização de jurisprudência, julgamento de improcedência para ações idênticas, dentre outros.

Por sua vez, o vigente Código de Processo Civil, com a nova sistemática de precedentes, trata de manter e aprimorar os instrumentos já existentes anteriormente, e acrescentar o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, como instrumento que coletiviza a tutela das

demandas homogêneas, e inaugura uma espécie de sistema de resolução de demandas repetitivas com o art. 928¹ do CPC.

Desta forma, é possível identificar que o ponto comum dos instrumentos processuais para a resolução das demandas repetitivas está na utilização de uma decisão paradigma aos demais casos idênticos que versem sobre a matéria decidida.

Portanto, o precedente ganha, neste entorno, grande importância, já que a repercussão da decisão paradigma resultará na sua aplicação em centenas ou milhares de outros casos que versem sobre a mesma matéria. Daí por que a importância de estabelecer um estudo sobre a criação da decisão com efeito vinculante, sob a ótica do princípio do contraditório, pois entende-se que é este que legitima a decisão.

Além disso, a análise do princípio do contraditório, sob a ótica das demandas repetitivas, visa identificar se são adequados e suficientes os mecanismos processuais, como por exemplo, a requisição de informações pelo próprio órgão julgador, intervenção de terceiros (*amicus curiae*), intervenção das próprias partes e intervenção do Ministério Público e a realização de audiência pública.

Neste sentido, o objetivo é verificar a observância do direito fundamental ao contraditório substancial quando da criação do precedente para que seja, assim, garantido um amplo e satisfatório debate sobre a

¹ Art. 928 do CPC - Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em: I - incidente de resolução de demandas repetitivas; II - recursos especial e extraordinário repetitivos;

Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.

matéria, pautado na cooperação processual, para a resolução das demandas massificadas.

Parte-se do pressuposto de que não se verifica nos procedimentos de resolução de demandas repetitivas, quando da formação da decisão paradigma, uma verdadeira restrição ao exercício do contraditório, mas sim, uma necessária adaptação do que se entende por contraditório, que prescinde da adequada representatividade.

Por outro lado, é possível constatar uma ampliação (adequação) do contraditório que é absolutamente essencial para a legitimação das decisões, dotadas de eficácia vinculante, que possam alcançar terceiros que não participaram do processo em que a decisão foi produzida.

Apesar disso, estudar o contraditório e sua manifestação nos institutos de demandas repetitivas significa pensar no aprimoramento de cada um desses instrumentos, com o objetivo de trazer à discussão pluralidade e qualidade argumentativa, com vistas à análise de todos os argumentos necessários à resolução da questão de direito, e isso irá garantir o respeito ao princípio constitucional do contraditório, compreendido como direito de influência.

Para tanto, o presente trabalho se divide em três capítulos. O primeiro versa sobre as causas repetitivas, estabilidade das decisões judiciais e contraditório, com a intenção de traçar algumas premissas importantes para o trabalho.

No segundo capítulo serão apresentados aspectos sobre a criação da tese paradigmática que resolve as causas repetitivas no Direito Brasileiro, no que diz respeito ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e Recursos Repetitivos.

E, no último capítulo serão estudadas as formas de manifestação do contraditório, quando da resolução de demandas repetitivas (IRDR e Recursos Repetitivos), com a participação do *amicus curiae*, bem como dos sujeitos diretamente interessados e dos processos sobrestados, além da realização da audiência pública.

Por fim, o método utilizado é o dedutivo, fundado em pesquisa bibliográfica e normativa. Isto é, partiu-se da teoria de base para responder o problema correspondente à solução apresentada na hipótese do trabalho. Além disso, tem como base uma abordagem ampla acerca da completude do ordenamento jurídico e do direito fundamental ao contraditório, no sentido de apontar uma nova perspectiva do Processo Civil Brasileiro, no que se refere às demandas repetitivas como um fenômeno social, e investigar como é possível garantir a efetivação do princípio do contraditório na resolução das demandas repetitivas.

1 CAUSAS REPETITIVAS, ESTABILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS E CONTRADITÓRIO

Neste primeiro capítulo busca-se traçar as premissas essenciais para o entendimento do presente trabalho, a partir da compreensão das demandas repetitivas e a sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro, na tentativa de se adequar a este tipo de demanda, já que a forma de resolução deste tipo de demanda, no Direito Brasileiro, se dá, a grosso modo, por meio de uma decisão paradigma que servirá para os casos semelhantes. Em consequência disso, à priori, quanto mais estabilidade nas decisões judiciais, maior será a segurança jurídica.

Além disso, no decorrer deste capítulo, serão observadas as premissas a respeito do contraditório participativo para o presente estudo, que servirá de base para a abordagem da criação do precedente que resolve demandas repetitivas.

1.1 CAUSAS REPETITIVAS

A Sem a intenção de traçar um estudo historiográfico, faz-se imprescindível, neste momento, algumas digressões sobre as mudanças de paradigmas que ao longo do tempo o Direito Processual Civil sofreu e que impactaram a concepção de processo nos dias atuais.

O Processo Civil é resultado de uma evolução e um produto cultural², desenvolvido por longo período, no qual primeiramente era

² A respeito do direito enquanto produto cultural, convém registrar o entendimento de Daniel Mitidiero (2009, p. 27-28): “A compreensão do direito

compreendido como inerente ao direito material, sem qualquer autonomia científica. A partir da separação do processo do direito material, o direito processual passou por uma importante fase de estruturação e construção de conceitos, que foi de extrema importância para a identificação enquanto ciência autônoma do direito. Dada essa autonomia, identificou-se que a finalidade do Processo Civil é ser instrumento para a efetivação do direito material, na busca de resultados justos³ (DINAMARCO, 2003, p. 259).

Diante disso, a partir do reconhecimento do estudo científico do direito processual até os dias atuais, é possível identificar que o processo passou pela fase denominada de praxismo processual, o qual sequer era visto como um ramo autônomo do direito, e considerado apenas um apêndice do direito material. Em seguida, na fase do processualismo,

como um conjunto de normas formais e abstratas, deduzidas conceitualmente, teve como consequente a sua própria colocação fora do âmbito cultural. O fenômeno jurídico (seus problemas e suas respectivas soluções) acabou congelando no tempo e desligado da realidade social. Nenhuma surpresa, portanto, que já se tenha observado que essa maneira de pensar tenha levado a um inevitável alheamento da ciência jurídica em relação às realidades sociais, políticas e morais do direito. Daí por que, quando hoje se afirma o caráter cultural do direito, sublinha-se justamente as características de humanidade, sociedade e normatividade do jurídico, frisando-se a gênese axiológica e cultural de nossa ciência. A ligação entre sistema cultural e sistema jurídico é hoje insuprimível do horizonte do jurista. [...] Interessa notar, nesse particular, que a dupla acepção do termo contribui para explicar o direito como produto cultural, como algo inerente aos domínios da cultura.

³ Vale destacar que apesar da importância do distanciamento entre o direito processual do direito material. O primeiro se desenvolveu enquanto autonomia científica. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2010, p. 20) identifica que “A absoluta separação do direito material e do direito processual acabou comprometendo a finalidade central do processo – servir à realização do direito material com justiça. O radical distanciamento do processo civil da realidade social produziu um processo incapaz de evoluir junto com os fatores sociais”.

passou a ser visto como um ramo autônomo, com o estabelecimento de uma relação jurídica abstrata que obedece a pressupostos de existência e validade. Na sequência, chegou à fase do instrumentalismo, ocasião em que o processo passou a ser um instrumento a serviço do direito material e dos direitos fundamentais, assumindo um viés político, e articulado a partir da suprallegalidade constitucional (MITIDIERO, 2009, p. 30-40).

Atualmente, o Direito Processual Civil se estabelece na quarta fase metodológica⁴, denominada de formalismo-valorativo⁵, a qual superou a fase instrumentalista, e encerra a ideia de formalismo, e vislumbra o

⁴ A constatação de que estamos na quarta fase metodológica do Direito Processual Civil é apontada por outros autores. Para Daniel Mitidiero (2009, p. 47) “[...] o processo civil brasileiro já está a passar por uma quarta fase metodológica, superando a fase instrumentalista. Com efeito, da instrumentalidade passa-se ao formalismo-valorativo, que ora assume como um verdadeiro método de pensamento e programa de reforma de nosso processo. Trata-se de uma nova visão metodológica, uma nova maneira de pensar o direito processual civil, fruto da nossa evolução cultural”.

⁵ A expressão formalismo-valorativo significa uma nova fase metodológica do processo civil, que impõe um novo método de pensamento para a processualística, se contrapondo ao formalismo excessivo e não valorativo. A expressão foi acunhada pelo processualista Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2010, p. 22), na sua aclamada obra “Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo”: “Tudo conflui, pois, à compreensão do processo civil a partir de uma nova fase metodológica – o formalismo valorativo. Além de equacionar de maneira adequada as relações entre direito e processo, entre processo e Constituição e colocar o processo no centro da teoria do processo, o formalismo-valorativo mostra que o formalismo do processo é formado a partir de valores – justiça, igualdade, participação, efetividade, segurança – base axiológica a partir da qual ressaem princípios, regras e postulados para sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação”.

processo civil como fruto da nossa evolução cultural, dominado pelos valores de justiça, participação leal, segurança e efetividade.⁶

Nesta perspectiva, o pano de fundo do presente trabalho é o formalismo-valorativo, também denominada de neoprocessualismo⁷, destinado, segundo Eduardo Cambi (2010, p. 115), a “construir técnicas processuais voltadas à promoção do direito fundamental à adequada, efetiva e célere tutela jurisdicional”. Para tanto, faz-se necessário enfrentar o problema do “fetichismo das formas”, e encontrar o ponto de equilíbrio entre a garantia do devido processo legal e a aplicação racional das formas.

Ademais, à compreensão da quarta fase metodológica do Direito Processual Civil, pressupõe-se necessário entender a constitucionalização do processo, isto é, adequação do processo à condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo. Portanto, é natural/obrigatório que o Processo Civil acompanhe os valores

⁶ Nesse sentido, Cláudio Madureira e Hermes Zaneti Jr. (2017, p. 93-94) traçam algumas características sobre a atual fase do formalismo-valorativo do Processo Civil: “Essa doutrina jurídica ultrapassa a visão do processo como técnica e diz respeito à totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas voltando a atenção também aos poderes e deveres dos sujeitos processuais, bem como à ordenação do procedimento e organização do processo. [...] Enfim, a proposta do Formalismo-Valorativo é analisar o processo a partir de perspectivas constitucionais, e, em consequência disso, entender a sua configuração como um direito fundamental e a democracia constitucional como uma democracia de direitos”.

⁷ Para certa parcela da doutrina a expressão Formalismo-Valorativo estaria equivocada, e preferem denominá-la de neoprocessualismo, pois o ‘formalismo’ remeteria a uma deformação. Contudo, seja qual for a denominação adotada, o importante é a ideia desta nova fase, a qual visa romper a aplicação formalista do direito processual e o utiliza como instrumento de efetivação de direitos fundamentais (CAMBI, 2010, p. 115).

constitucionais e observe o conteúdo constitucional-ideológico⁸. Vale destacar que a Constituição Brasileira de 1988 prevê uma série de princípios que compõem, então, o modelo constitucional de processo brasileiro, e, dentre eles está o princípio do contraditório que é a peça chave do presente estudo. A respeito da sintonia entre Processo Civil e Constituição, assinala Eduardo de Avelar Lamy (2014, p. 303):

No direito processual, os cientistas tendem a concordar, hoje, com a necessidade de identificar-se uma teoria do processo adequada aos ditames constitucionais, e, portanto, pensada a partir destes e não apenas oriunda dos institutos clássicos da relação processual, ação, jurisdição e defesa.

Cumprido neste ponto destacar que, para parte da doutrina, liderada por Rosemiro Pereira Leal (2012, p. 31), o Direito Processual Civil já superou a fase neoprocessualista e, atualmente, é regido pela teoria neoinstitucionalista, a qual entende o processo como uma instituição instrumentadora e legitimadora da Jurisdição, bem como, “A tutela jurisdicional, que é o provimento (decisão do Estado-juiz) sobre uma questão, há de ser constituída processualmente pela submissão aos princípios jurisdicionais e constitucionais da cidadania”.

Contudo, independente da nomenclatura da atual fase metodológica que se prefira utilizar, o essencial é que o Direito Processual Civil deve ser interpretando em consonância com o Estado Democrático

⁸ Sobre esse assunto, Cândido Rangel Dinamarco (2000, p. 04), acrescenta que “[...] é natural que, como instrumento, o sistema processual guarde perene correspondência com a ordem constitucional a que serve, inclusive acompanhando-a nas mutações por que ela passa. Em princípio, o processo acompanha as opções políticas do constituinte, as grandes linhas ideológicas abrigadas sob o pálio constitucional”.

de Direito e seus princípios basilares descritos na Constituição Federal. Neste sentido, Dierle Nunes (2011, p. 43), acrescenta:

É a partir desse pressuposto que se deve tematizar e entender o processualismo constitucional democrático como uma concepção teórica que busca a democratização processual civil mediante a problematização das concepções do necessário resgate do papel constitucional do processo como estrutura de formação das decisões, a partir do necessário aspecto participativo e policêntrico das estruturas formadoras das decisões.

Outrossim, não se pode negar que a figura clássica do Processo Civil denota uma estrutura procedimental voltada à resolução de lides individuais, de tal sorte que os mecanismos de atuação em juízo são, em regra, destinados ao titular do direito, a quem se confere a legitimidade da postulação judicial⁹. Em várias situações, tal estrutura demonstra ser insuficiente à defesa de direitos difusos e coletivos, visto serem indeterminados seus titulares, faltando, por conseguinte, instrumentos processuais que lhes conferissem a pronta tutela judicial.

Vale destacar que o CPC de 1973 tinha suas estruturas firmemente cravadas em concepções individualistas de Processo Civil. Tal entendimento é sustentado por Ovídio Baptista da Silva (2006, p. 56).

A influência exercida pelo individualismo sobre o processo civil é enorme, uma vez que todos os institutos e o conjunto de categorias de que se utiliza a doutrina processual foram concebidos para a tutela de direitos e interesses individuais (...). É

⁹ Em referência a esse tema, Dierle Nunes (2011, p. 42) leciona: “O processo civil clássico foi idealizado para dimensionar conflitos privados e individuais (prioritariamente questões envolvendo propriedade, relações contratuais, família e sucessões: a denominada litigiosidade individual.

nisto que reside a dificuldade com que se debate o processo civil quando tem de lidar com direitos supra individuais, com as ações coletivas, para as quais a maioria das categorias tradicionais tornam-se imprestáveis.

Diante desse cenário, o sistema processual brasileiro passa por grandes dificuldades de adaptação decorrentes do surgimento de novos litígios, típicos de uma sociedade contemporânea: a partir dos serviços a atacado; das conquistas científicas e tecnológicas em decorrência das dimensões globais; da instantaneidade das informações e meios de comunicações; e do estabelecimento de economias de mercado. Portanto, pode-se dizer que, em razão deste panorama global, vivemos numa sociedade de massa. Ou seja, de um lado vê-se o crescimento exponencial de litígios levados ao Poder Judiciário, oriundos do aumento populacional, das relações jurídicas subjacentes, e do alargamento do acesso à justiça. De outro, o sistema de produção capitalista, com a distribuição seriada de produtos, serviços, bens e valores, faz com que essas demandas sejam cada vez mais padronizadas e massificadas (BASTOS, 2010, p. 88-89).

Com efeito, a atividade econômica moderna, corolária do desenvolvimento do sistema de produção e distribuição de bens em série, conduziu à insuficiência da máquina do Judiciário para atender ao crescente número de feitos que repetem situações pessoais idênticas, acarretando a tramitação paralela de significativo número de ações coincidentes em seu objeto e na razão da sua propositura.

Ou seja, nesse cenário, percebe-se que se eliminaram as particularidades nas relações levadas a juízo, numa reprodução de enredos fáticos, teses jurídicas e pedidos. Isto é, passaram-se a ser narrados os

mesmos acontecimentos, pedindo-se a mesma resposta jurisdicional, o que acarretou na padronização das peças levadas ao juízo.

Neste panorama, o Direito Processual Civil clássico, destinado a resolver litígios essencialmente individuais, tornou-se, incapaz de pacificar com justiça essa explosão de demandas isomórficas¹⁰. Os anseios sociais ensejaram a criação de mecanismos processuais específicos, aptos a salvaguardar os direitos que se apresentam de forma homogênea a diversos jurisdicionados¹¹.

Assim, diante deste novo contexto fez-se necessário pensar em mecanismos processuais com o objetivo de conter essa litigiosidade excessivamente repetitiva, já que a sobrecarga de trabalho dos órgãos judiciais e a maior frequência de decisões antagônicas para casos que deveriam ter tratamento homogêneo, estavam inviabilizando a concretização de princípios constitucionais, dentre eles, destacam-se a segurança jurídica e a razoável duração do processo, colocando em xeque a eficiência¹² do processo.

¹⁰ Com efeito, Leonardo da Cunha (2009, p. 237) alerta que: “Na sociedade atual, caracterizada pela crescente complexidade das relações jurídicas, há um enorme agigantamento na quantidade de litígios [...]. Tais litígios exigem soluções rápidas e eficazes, não se justificando mais a adoção dos instrumentos tradicionais de condução dos processos judiciais”.

¹¹ Dessa perspectiva surgiu a ideia de que os defeitos da legislação processual são os maiores responsáveis pelos problemas da atividade jurisdicional. A partir de então, realizaram-se diversas reformas processuais no Brasil, por meio das quais foram criados inúmeros mecanismos no intuito de conter a litigiosidade de massa (CAVALCANTE, 2016, p. 35).

¹² A exigência de o Processo Civil seguir os ditames da eficiência (art. 37 da CFRB/88) recentemente ganhou destaque nas discussões acadêmicas, haja vista a sua previsão expressa no Código de Processo Civil, segundo o qual o

A alteração da configuração dos litígios levados ao Judiciário evidenciou, então, a necessidade de compatibilização das leis e de sua interpretação aos novos anseios de sua sociedade de regência. Tal movimento, destacado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 51) como a “terceira onda renovatória do acesso à justiça”, pressupôs a adequação dos instrumentos processuais, num movimento que é entendido pela afirmativa que “a visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundindo com uma concepção social, coletiva”.

Em consequência disso, surgiu a previsão legal de verdadeiras ações coletivas¹³, as quais buscam tutelar os direitos difusos e coletivos em sentido estrito e os direitos individuais homogêneos de forma conjunta, dentre as quais destacam-se a ação civil pública e o tratamento das regras ínsitas à defesa coletiva, introduzidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

juiz, ao aplicar o ordenamento jurídico, atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência. Desse modo, é preciso estruturar a atividade jurisdicional para que sejam alcançados os fins estabelecidos pelos princípios da duração razoável do processo, da efetividade, da segurança jurídica, da isonomia, da ampla defesa, do devido processo legal, do contraditório, da boa-fé processual etc (CUNHA, 2014, p. 65-66).

¹³ Segundo Marcos Cavalcante (2016, p. 35): “Uma das primeiras medidas adotadas pelo legislador brasileiro foi permitir, com a edição do CDC, o ajuizamento da ação civil pública para a defesa dos direitos individuais homogêneos. Contudo, apesar de essa ampliação do objeto da ação civil pública ter sido uma revolução para a época, não conseguiu reduzir ou eliminar o contencioso de massa na justiça brasileira. Diversas são as razões para isso”.

Cumprir registrar ainda que a edição do Código de Defesa do Consumidor, responsável por cunhar a denominação “direitos individuais homogêneos”, estabeleceu uma sistemática processual própria, sob a denominação de Ação Coletiva, em consonância com a anterior Lei de Ação Civil Pública. Assim, a reparação dos danos passou a ser voltada também para os interesses individuais, o que anteriormente não ocorria, uma vez que o ressarcimento do dano visava à coletividade em geral.

Neste sentido, o art. 91 do diploma consumerista passou a prever a Ação Coletiva para defesa dos direitos individuais homogêneos, o que conferiu legitimidade aos entes elencados no art. 82, quais sejam, o Ministério Público, os entes da Administração Pública, direta ou indireta, e associações, para que, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, propusessem a ação de reparação dos danos individualmente sofridos.

Ademais, em ambas as modalidades – direito coletivo e direito individual homogêneo – foram adotadas renovadas concepções para os institutos da legitimidade para a causa e da extensão dos efeitos das decisões, o que exigiu dos operadores do Direito nova compreensão sobre esses temas. Em geral, são conduzidos por alguma ou algumas pessoas escolhidas por lei ou pelo magistrado, que exercerão as prerrogativas de participação em juízo, e podem influenciar na tomada de decisão do julgador. Após a resolução do conflito, a decisão jurisdicional afetará, via de regra, os demais titulares do direito material discutido.

Ao propósito, no Brasil, apesar de a tutela coletiva ter trazido grande contribuição ao Processo Civil Brasileiro, no sentido de transgredir as barreiras do perfil individualista do processo, e garantir a

tutela dos direitos coletivo, esta demonstrou ser insuficiente para resolver todas as questões de massa. O professor Leonardo Carneiro da Cunha (2011, p. 255) aponta três motivos que justificam tal tese: (a) quantidade insuficiente de associações para a propositura de ações, acarretando em sobrecarga ao Ministério Público que passou, na maioria das vezes, a ser o autor; (b) a não admissão das ações coletivas em alguns casos, tais como matéria tributária; (c) além do regime da coisa julgada coletiva, pois só atinge os legitimados coletivos que tem uma limitação territorial e, também por sua extensão que somente poderá ser para beneficiar, o que não impede a propositura das demandas individuais.

Diante do comprovado déficit do microsistema das ações coletivas, e o crescimento das demandas individuais decorrentes da facilitação do acesso à justiça, passa-se a vislumbrar o congestionamento do Judiciário com causas individuais homogêneas¹⁴. Essa profunda alteração dos institutos processuais clássicos fez surgir, assim, uma preocupação na doutrina sobre uma possível colisão entre a almejada celeridade, a efetividade da tutela jurisdicional e o direito fundamental do contraditório. Evidenciou-se, então, a necessidade de instituir mecanismos para a compatibilização desses importantíssimos direitos fundamentais.

¹⁴ Neste ponto cabe trazer a este trabalho definição de direitos individuais homogêneos, segundo o doutrinador Marcos Cavalcanti (2016, p. 40): “são aqueles cujos titulares são determinados ou determináveis; o objeto da pretensão é divisível; decorrem de uma origem comum de fato ou de direito; as questões comuns prevalecem sobre as questões individuais; e recomendam a tutela jurisdicional coletiva no lugar da individual.

Vale ainda acrescentar o importante estudo de direito comparado a respeito dos processos coletivos, realizado em conjunto por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Linda Mulleniz (2008, p. 236), o qual aponta que mesmo os países que não possuem verdadeiros processos coletivos, utilizam as técnicas do processo civil individual, mas com algumas inovações para a tutela dos direitos transindividuais, dentre eles, o mais comum seria o do caso-piloto, e que é aplicado a decisão aos demais casos, como acontece no Brasil, na forma do IRDR e Recursos Repetitivos. Logo, fica evidente que o Processo Civil clássico, estruturado para controvérsias de cunho individualistas, não está apto para resolução de lides sociais. Assim, a tendência é de revisitar os institutos do direito processual clássico e adaptá-los à efetividade dos direitos transindividuais.

Contudo, o que se percebe no Brasil é a convivência das ações tipicamente coletivas, com as demandas que resolvem demandas repetitivas, que se valem tanto dos fundamentos do Processo Civil clássico, para resolver coletivamente, a partir de adaptações.

Nesta esteira, há autores que sustentam a existência de um microsistema das demandas repetitivas, dentre eles José Henrique Mouta¹⁵, Antônio Adonias Aguiar Bastos¹⁶, Leonardo Carneiro da

¹⁵ Conforme sustenta em seu artigo: ARAÚJO. José Henrique Mouta. O devido processo legal e a coletivização dos conflitos. Disponível em: <<http://www.henriquemouta.com.br/textos.php?p=5&>> acesso em 01/08/2013.

¹⁶ Em seu artigo: BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento de demandas em massa. Revista de Processo, São Paulo, p. 87, ago. 2010.

Cunha¹⁷ e Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues¹⁸, Antônio do Passo Cabral¹⁹. Tais autores convergem no sentido de que há a necessidade da criação de uma categoria distinta de processo, uma vez que não se identifica com a tutela de direitos puramente individuais nem com os mecanismos de representação processual típicos da tutela coletiva. Portanto, passaria a coexistir três espécies de processo, quais sejam, individuais, coletivos e repetitivos²⁰.

¹⁷ Nesse sentido, o autor sustenta no seguinte artigo: CUNHA, Leonardo José Carneiro Da. As causas repetitivas e a necessidade de um regime que lhes seja próprio. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pouso Alegre, v. 25, n. 2, p. 236-268, jul/dez 2009

¹⁸ Sobre o assunto, o autor sustenta na seguinte obra: RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Ações repetitivas: o novo perfil da tutela dos direitos individuais homogêneos. Curitiba: Juruá, 2013

¹⁹ Sustenta nesse sentido na seguinte obra: CABRAL, Antônio do Passo. Comentários ao novo Código de Processo Civil / coordenação Antônio do Passo Cabral, Ronaldo Cramer. - Rio de Janeiro: Forense, 2015

²⁰ Optou-se por utilizar a expressão “repetitivas” e não “individuais homogêneos” (como alguns autores classificam) para esta classificação, pois o objetivo é abranger as ações coletivas repetitivas, de acordo com o entendimento do professor Leonardo Carneiro da Cunha (2011, p. 255): “várias demandas individuais podem caracterizar-se como causas repetitivas. De igual modo, várias demandas coletivas podem caracterizar-se como causas repetitivas, o que importa não é o objeto litigioso, mas a homogeneidade, ou seja, a existência de situações jurídicas homogêneas. A litigiosidade de massa é o que identifica as demandas repetitivas, independentemente de o direito ser individual ou coletivo”.

Ainda sobre esse assunto Antônio Adonias Aguiar Bastos (2010, p. 87) acrescenta que: “A contraposição entre homogeneidade e heterogeneidade consiste, portanto, num critério de classificação próprio e indispensável para a interpretação adequada das demandas repetitivas. Ele se distingue das demais formas de classificação e com elas não se confunde”.

Também é importante atentar ao que defende Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues (2013, p. 21): “Assim, passa a despontar a necessidade premente a adaptação da tutela jurisdicional a este cenário. Em

Nesse sentido, as causas repetitivas “consistem numa realidade a congestionar as vias judiciais, necessitam de um regime processual próprio e uniforme, com dogmática específica, que se destine a dar-lhes solução prioritária, racional e uniforme” (CUNHA, 2010, p. 255). Isso implica pensar num regime jurídico próprio com um devido processo legal específico, pois é necessário dar tratamento homogêneo para causas iguais, sob pena de ferir princípios constitucionais²¹.

Entretanto, o microsistema das demandas repetitivas é mais amplo do que somente o IRDR e os Recursos Repetitivos²², e entende-se

outras palavras, ao lado do tradicional processo individual e da tutela coletiva, desenvolvida a partir da teoria da segunda onda renovatória do processo, o sistema processual precisa agora lançar mão de instrumentos adequados às demandas seriadas. Surge então, a necessidade de uma categoria distinta de processo, que não se identifica com os instrumentos utilizados nas demandas puramente individuais nem com os instrumentos de representação processual, típicos da tutela coletiva”.

²¹ Nesse sentido, Antônio Adonias Aguiar Bastos (2010, p. 92) corrobora com essa afirmação: “Confirma-se assim, uma espécie de tutela jurisdicional diversa da individual e da coletiva, com características intrínsecas, que se distingue daquelas outras duas. Este novo paradigma traz consigo a necessidade de uma nova leitura dos institutos do devido processo legal, visando à preservação dos valores fundamentais do processo, garantidos constitucionalmente. O processamento e o julgamento das demandas em massa não devem ser realizados sob o modelo da tutela puramente individual, nem da tutela coletiva, exigindo uma matriz cultural e dogmática particularizada”.

²² A respeito da existência do microsistema de resolução das demandas repetitivas, o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis já se manifestou nesse sentido: “Enunciado (arts. 976, 928 e 1.036). O incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos formam um microsistema de solução de casos repetitivos, cujas normas de regência se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente. (Grupo: Precedentes; redação revista no V FPPC-Vitória)”.

que deve abranger também o julgamento liminar de improcedência²³, pois, apesar deste instrumento não criar o precedente, ele se presta para aplicar a decisão e irá resolver demandas repetitivas. E é justamente por isso que ele não será apreciado no presente trabalho, já que o objeto é o estudo no momento da criação da decisão paradigma que resolve causas repetitivas, e não a sua aplicação.

Enfim, conclui-se que o objeto do microsistema das demandas repetitivas é ter questões de direito repetitivas²⁴, seja no momento de criar

²³ Art. 332 do CPC - Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

§ 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.

§ 2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 241.

§ 3º Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em 5 (cinco) dias.

§ 4º Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu, e, se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias.

²⁴ O Código de Processo Civil restringiu o objeto do IRDR às questões que são exclusivamente de direito. Portanto, está impedido o tribunal de decidir acerca das questões fáticas repetitivas, ao contrário do que ocorre nas ações coletivas. O IRDR busca promover o julgamento coletivo e abstrato (em tese) da questão unicamente de direito submetida à apreciação do tribunal competente. Contudo, alerta-se que existem diversas problemáticas envolvendo essa

o precedente, ou no momento de aplicá-lo. Essa linha de pensamento é corroborada por Luiz Guilherme Marinoni (2016, p. 334) que acredita que os instrumentos de julgamento repetitivos são: “Meios para a fixação de precedentes que atribuem sentido ao direito e, apenas por essa razão, devem regular os demais casos”.

Oportuno registrar ainda que a existência de um microsistema ou regime comum dos processos repetitivos é demonstrada, com precisão, no escólio de Antônio do Passo Cabral (2015, p. 1415):

Em nosso sentir, trata-se de uma opção legislativa que deriva do modelo adotado pelo novo Código e de algumas regras que expressamente estabelecem uma interpretação normativa entre os diversos procedimentos. Por exemplo, o artigo 928 do novo CPC afirma que se consideram “julgamento de casos repetitivos” as decisões proferidas tanto nos recursos especial e extraordinário repetitivos quanto aquelas do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Por outro lado, existem alguns posicionamentos de que seria exagerada essa concepção de um microsistema de demandas repetitivas, e inclusive, chega-se a incorporar o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas como integrante do Processo Coletivo. Dentre eles destaca-se o posicionamento de Marcos de Araújo Cavalcanti (2016, p. 38), o qual afirma que o IRDR tem por finalidade resolver coletivamente questões

questão de fixação de tese, razão pela qual será tratada em tópico específico no presente trabalho.

homogêneas de direito discutidas em demandas de massa, enquadrando-se no microsistema processual coletivo²⁵.

Além disso, o professor Sérgio Cruz Arenhart (2016, p. 299) se posiciona no sentido de que o processo individual tem paulatinamente se aproximado do processo coletivo, já que o que se observa com o advento da reforma processual de 2015 é claramente uma ampliação dos limites da decisão para além das partes incluídas na lide, que é o que ocorre com o efeito vinculante obrigatório. Isso porque, agora, um processo individual é capaz de gerar decisão que venha atingir todos aqueles que sejam titulares de um mesmo tipo de interesse, como é o caso das demandas repetitivas, as quais são objetos do presente estudo.

Sobre tal divergência, para fins do presente estudo, entendeu-se que o Código de Processo Civil, foi bastante claro ao mencionar, conjuntamente, o IRDR e os recursos repetitivos como formas de resolução de demandas repetitivas²⁶, e foi por essa razão que o presente

²⁵ Nesse mesmo sentido, o autor Aluísio Gonçalves de Castro Mendes (2017, p. 4-5) também defende: “Nesse contexto, a primeira afirmação que se procura desenvolver neste trabalho é no sentido de que o novo Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas está inserido no âmbito do Direito Processual Coletivo. Este ramo, por sua vez, pode ser subdividido em três subáreas: a) as ações coletivas ou representativas propriamente ditas, incluindo as suas várias subespécies, como as class actions, ações associativas, ação civil pública, ação popular, ações de grupos etc.; b) os meios consensuais de resolução de conflitos coletivos, como os termos de ajustamento de conduta; c) os instrumentos de solução de questões comuns ou de julgamentos a partir de procedimentos ou casos-modelo como [...] os recursos repetitivos e o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)”.

²⁶ Conforme assim preconiza o art. 928 do CPC: Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em: I - incidente de resolução de demandas repetitivas; II - recursos especial e extraordinário repetitivos.

estudo buscou traçar as compreensões do princípio do contraditório para ambos os institutos, pois estes são relacionados.

Posto isto, o que se verifica ainda é que tanto o IRDR como os recursos repetitivos, ambos têm início a partir de demandas individuais, e, num determinado momento da marcha processual, há o agrupamento para julgamento por amostragem, e somente a partir desse momento é que há a “coletivização da tutela”, sem que necessariamente seja processo coletivo. Isto significa que “ao lado da possibilidade de proteção coletiva desses direitos, deve coexistir também uma técnica de tutela individual que não desconsidere a sua essência massificada” (DANTAS, 2015, p. 46).

Além disso, ambos os institutos (IRDR e recursos repetitivos), à priori, possuem duas funções básicas: a primeira é serem instrumentos de gerenciamento de casos (garantido decisões iguais para casos iguais – segurança jurídica). A segunda função é formar de uma decisão paradigmática que será aplicada pelos juízos dos processos sobrestados. Ou seja, percebe-se que tais instrumentos não servem para resolver casos de maneira direta, pois a aplicação da decisão paradigma será realizada caso a caso pelo magistrado das causas, seja em primeiro grau ou nos tribunais. Destacando a segurança jurídica e igualdade na tutela jurisdicional aos casos semelhantes. Apesar disso, a interferência dos fundamentos do processo coletivo, nestes dois institutos, é inegável, e a sua aproximação faz-se necessária.

Contudo, seja pela incorporação doutrinária de que há a necessidade de entendimento da existência de um microsistema de resolução de demandas repetitivas, ou pela sua incorporação ao processo

coletivo, o certo é que a atual configuração dos litígios pressupõe, como visto, uma tutela adequada e efetiva para este tipo de demanda. Desse modo, se as demandas são repetidas, calcadas na mesma causa de pedir, com a formulação de pedidos muitas vezes idênticos, também devem ser homogêneas as respostas judiciais.

Neste sentido, as demandas individuais e repetitivas devem ser tratadas enquanto tais, repetitivas, e devem ser julgadas de acordo com essa natureza, com resultados semelhantes para situações semelhantes. Esta é a verdadeira expressão da garantia da igualdade estampada no art 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Do exposto, atento a essa nova forma de tutela jurisdicional, pode-se afirmar que o legislador brasileiro tem se esforçado no sentido de instrumentalizar o Processo Civil para a resolução das demandas repetitivas. Em consequência disso, racionaliza-se o julgamento, agiliza-se o resultado e, principalmente, evitam-se divergências jurisprudenciais, com vistas a alcançar a isonomia na prestação jurisdicional às causas que prescindem de tratamento igualitário.

1.2 DIRETRIZES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 PARA A RESOLUÇÃO DAS DEMANDAS REPETITIVAS

Pode-se verificar que dentre as preocupações da Comissão que desenvolveu o Código de Processo Civil de 2015, foi dado especial destaque à efetividade processual, na eterna tentativa de conciliar a celeridade processual com a segurança jurídica. Essa é a mesma discussão que permeia o Processo Civil, desta vez provida pelos avanços científicos

e orientada pelos direitos fundamentais inseridos na Constituição Federal de 1988, sob o viés democrático.

Neste sentido, o Código de Processo Civil de 2015 carrega na sua essência o desejo da integridade jurisprudencial e segurança jurídica, dentre tanto outros. Isto pode ser constatado no art. 926, ao prever que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Também no art. 927, o qual determina que os juízes e tribunais devem “observar” determinadas decisões, tais como as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, os enunciados de súmula vinculante, os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados, e, por fim os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, estes últimos, objetos do presente trabalho.

Neste contexto, pode-se afirmar que tais previsões possuem clara intenção de garantir que causas repetitivas mereçam decisões iguais. A ideia básica dos dois instrumentos é a criação de decisão paradigma que resolve as demandas repetitivas que versarem sobre o tema afetado.

De acordo com essa sistemática, ao invés de forçar o Judiciário a manifestar-se repetidamente sobre a mesma situação jurídica, foram previstos dois mecanismos que permitem que o julgamento de uma só causa seja aplicada automaticamente a todas as outras que tratem da mesma questão. Assim, o objetivo primordial é privilegiar a celeridade,

segurança jurídica e igualdade, afim evitar que múltiplos feitos idênticos tenham que ser instruídos e julgados em separado.

Cumprе registrar ainda que esse sistema corrobora com as premissas traçadas no Código de Processo Civil de 2015, o qual pressupõe uniformidade nos julgamentos em razão da vinculação vertical e horizontal de algumas decisões, conforme se observa na Exposição de Motivos do mesmo, onde coloca o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas entre as figuras criadas com o objetivo de “evitar a dispersão excessiva da jurisprudência” e “atenuar o assoberbamento de trabalho no Poder Judiciário, sem comprometer a qualidade da prestação jurisdicional”²⁷. Além disso, reconhece a inspiração na doutrina do stare decisis e nos sistemas de common law, com o objetivo de diminuir a falta de previsibilidade do nosso Judiciário, e consequente falta de compromisso com a isonomia e segurança jurídica, que sempre foi um dos grandes problemas práticos encontrados pelos nossos juristas.

Assim, é primordial que haja uniformidade na interpretação dos textos legais e na qualificação das situações jurídicas por parte dos tribunais. Ou ainda, é imprescindível que a aplicação do direito seja, em certa medida, estável, com o intuito de que a produção judicial tenha um mínimo de continuidade.

Isto significa dizer que, sem o comprometimento dos julgadores em seguir os padrões decisórios firmados em demandas repetitivas, e a sua vinculação, os dois institutos perdem, quase, a razão de ser.

²⁷ Conforme previsão nos arts. 476 a 479 do Código de Processo Civil de 1973.

Conclui-se, assim, que a variação descuidada das decisões emanadas do Poder Judiciário quanto aos casos semelhantes contradiz o princípio da segurança jurídica de maneira incontestável. Neste sentido, a estabilidade das decisões e, por conseguinte, a uniformidade da jurisprudência são fundamentais ao Estado de Direito Brasileiro, e, portanto, as decisões exaradas em IRDR e Recursos Repetitivos, merecem ser seguidas pelos julgadores.

1.3 BREVE HISTÓRICO E EVOLUÇÃO LEGISLATIVA BRASILEIRA RUMO À ESTABILIZAÇÃO, UNIFORMIZAÇÃO E ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS VINCULANTES

As reformas que aconteceram ao longo dos anos no Direito Processual Brasileiro buscam agregar à ideia de uniformização das decisões conforme será demonstrado adiante. Em consequência disso, o Código de Processo Civil de 2015 seguiu essa tendência e até, de certa forma, acelerou esse anseio, segundo argumentação trazida anteriormente ao estudo em pauta.

Antes de tudo, cabe assinalar que no Brasil imperial a jurisprudência possuía força persuasiva, e o então Supremo Tribunal de Justiça era conferido o poder de “tomar assentos para a inteligência das leis civis, comerciais e criminais, quando na respectiva aplicação surgissem dúvidas manifestadas por julgamentos divergentes” (BARBOSA MOREIRA, 2007, p. 299).

É importante assinalar também que havia um importante instituto que prestigiava a integridade e coerência do entendimento das Turmas ou Câmaras no Código de Processo Civil de 1939, que eram os prejulgados.

Segundo o art. 861, do referido diploma legal, havia previsão de que “a requerimento de qualquer de seus juízes, a Câmara ou Turma julgadora poderá promover a pronunciamento prévio das Câmaras Reunidas sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecer que sobre ela ocorre, ou poderá ocorrer, divergência de interpretação entre Câmaras ou Turmas”.

Vale destacar que o “pronunciamento prévio” é chamado pela doutrina de prejulgado, e não é um recurso, pois não estava previsto no rol do art. 808 do CPC de 1939. Ao contrário, tratava-se de um remédio preventivo, destinado a evitar o próprio recurso de revista e tratava-se de uma verdadeira “revista preventiva”, pois permitia um controle preventivo da divergência, diferentemente do recurso de revista que apenas era utilizado após o julgamento (decisão final) da causa (VIANA, 2001, p. 129).

Ainda segundo Juvêncio Vasconcelos Viana (2001, p. 130), o pronunciamento prévio das Câmaras Reunidas se destinava a promover a interpretação de qualquer norma jurídica, e era um incidente do procedimento recursal, o qual visava resolver “uma questão prejudicial sobre a uniformização de entendimento a respeito de determinada norma jurídica”.

Na sequência, vale ressaltar que a expressão “pronunciamento prévio” foi suprimida no Código de Processo Civil de 1973, porém, foi mantida a natureza de incidente, com algumas alterações no plano

procedimental, e foi criada a “uniformização da jurisprudência”²⁸ em seu lugar.

Ao propósito, a primeira vez que o Brasil atribuiu força vinculante à jurisprudência foi no início do Século XX, com os julgados do Tribunal Superior do Trabalho, os quais eram dotados de verdadeira força normativa. Todavia, esse regramento foi extinto, pois não seria compatível com o princípio da separação de poderes, instituído pela Constituição da República de 1946 (GRECO, 2015, p. 44).

Oportuno dizer ainda que o grande marco da uniformização foi em 1963, com as Súmulas da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, as quais ganharam previsão legal com a atribuição de efeito vinculante, e vieram a exercer grande influência prática para os tribunais e juízes de primeiro grau. Tais súmulas tiveram inspiração no modelo dos assentos portugueses, com enunciados curtos e abstratos, nos moldes dos verbetes sumulares atuais (RODRIGUES, 2017, p. 114).

Já em 1973, com o advento do Código de Processo Civil, surgiu o instituto do incidente de uniformização da jurisprudência, o qual tinha como objetivo a pacificação de entendimentos divergentes dentro de um tribunal.

Em seguida, a Lei nº 9.756, de 1998, deu importante passo rumo à uniformização da jurisprudência, ao conferir nova redação ao art. 557 do Código de Processo Civil de 1973, no qual o relator deveria negar seguimento a recurso em confronto com súmula ou jurisprudência

²⁸ Conforme previsão nos arts. 476 a 479 do Código de Processo Civil de 1973.

dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.

Contudo, foi a Emenda Constitucional nº 45/2004 que promoveu o marco mais representativo rumo à uniformização da jurisprudência brasileira, ao instituir as súmulas vinculantes.

Por seu turno, o atual Código de Processo Civil, avança na almejada uniformização ao instituir o art. 926, o qual prevê que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Além disso, o art. 927 prevê o rol das decisões que deverão ser observadas pelos tribunais e juízes, conforme será abordada tratada no tópico seguinte do presente trabalho, o qual prevê, inclusive, o manejo de reclamação do art. 988, I a IV do CPC, no caso de descumprimento da sua utilização²⁹.

Enfim, ainda que a passos lentos, é possível perceber uma certa evolução no que tange à uniformização de jurisprudência, com o intuito de racionalizar a prestação jurisdicional, em prestígio ao princípio da isonomia entre jurisdicionados que se encontrem em idêntica situação jurídica.

²⁹ Vale destacar as observações de Araken de Assis (2017, p. 80) neste ponto: “Em primeiro lugar, o vínculo estabelecido no art. 927 do CPC brasileiro de 2015 situa-se no plano da eficácia. Assim o caráter vinculante ou persuasivo do precedente dependerá da natureza do vínculo imposto aos órgãos judiciários inferiores, denotado, a mais das vezes, por meio da energia da reação ao seu descumprimento. Por essa linha de raciocínio, vinculante é o precedente que, descumprido, enseja a reclamação do art. 988, I a IV do CPC”.

1.4 PRECEDENTES JUDICIAIS TÍPICOS DA DOCTRINA DO *STARE DECISIS* X PRECEDENTE VINCULANTE

A Antes de adentrar nesse tópico bastante controverso, convém ressaltar de que o presente trabalho não tem a intenção de realizar uma análise aprofundada da chamada, por alguns, de “teoria brasileira dos precedentes”, nem criticar a opção legislativa.

Contudo, abordar a questão dos precedentes neste ponto do capítulo, servirá para fazer uma distinção que será essencial mais adiante, relativa ao modo como as tradições jurídicas da *common law* e a *civil law*, particularmente a *civil law* brasileiro, lidam com os precedentes judiciais – especialmente quanto à sua influência no julgamento de casos subsequentes.

Neste sentido, será apresentada uma introdução ao tema proposto, com o objetivo de compreender a inserção dos Recursos Repetitivos e Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, no sistema de decisões vinculantes, para que, no último capítulo, seja possível discorrer sobre o interesse de intervir e participar nesses procedimentos, com vistas ao contraditório participativo na criação destas decisões vinculantes.

Em primeiro lugar, convém esclarecer que o termo precedente³⁰ representa a denominação para um evento passado que serve de norte para as condutas do presente (DUXBURY, 2008, p. 1), quando há conexões

³⁰ De acordo com Caldas Aulete (1964, p. 3235), no Dicionário da Língua Portuguesa, o verbo “preceder” é definido como “estar adiante de” ou “chegar antes de”. Trata-se este de um verbo transitivo, e precisa de complementação. Quem ou aquilo que precede, precede necessariamente alguém ou alguma coisa.

entre estes eventos, isso é, precedente pressupõe um evento precedido. Ocorre que o precedente assume uma função distinta na tradição na *common law* e na *civil law*, que são os dois principais sistemas de direito: o primeiro, originário da cultura anglo-americana e adotado pelas nações herdeiras da Inglaterra; e o segundo, de tradição romanística e presente nos países latinos e germânicos, dentre eles o Brasil.

Além disso, os sistemas de *civil law* e de *common law* historicamente são compreendidos como antagônicos, eis que são provenientes de contextos e cenários políticos bastante diferentes entre si. Em uma comparação bastante sintética e reducionista, pode-se afirmar que um privilegia a letra da lei; enquanto o outro confere relevo à atuação dos juízes que formam precedentes ao julgar os casos concretos (D. RE, 1994, p. 47).

Igualmente superficial é diferenciar ambos os sistemas pela predominância da oralidade (*common law*) e escritura (*civil law*) ou pela característica de ser o processo adversarial (*common law*) ou inquisitivo (*civil law*). Como adverte Michelle Taruffo (2003, p. 141), há que se “desobstruir o campo de algumas contraposições tradicionais, que foram usadas com frequência para expressar as diferenças fundamentais entre os dois tipos de ordenamento, mas se mostram há tempo superadas e já incapazes de fornecer conhecimentos acatáveis”.

O modelo do *civil law* originariamente compreende a atividade do juiz como consequência de uma racionalidade dedutiva: incumbe-lhe fazer mero exercício de subsunção dos fatos à norma. A hipótese normativa era vista como uma moldura a ser preenchida com elementos fáticos, na concepção positivista de Hans Kelsen. Nessa senda, os códigos

eram vistos como obras perfeitas, com previsões aplicáveis às mais variadas situações (D. RE, 1994, p. 48)

Por sua vez, o *common law*, encara a ênfase na atividade do magistrado que declara ou constitui o direito, conforme o marco teórico adotado. Prepondera uma lógica indutiva, portanto, eis que o juiz parte do caso concreto – e não da lei – para proferir sua decisão; ele não é mero revelador do direito costumeiro, mas, sim, criador do direito (OLIVEIRA, 2013, p. 13).

Convém ressaltar que ambos os modelos sofreram transformações, ao longo do tempo, incorporando aspectos até então característicos do outro sistema. A *common law* observou o advento da lei escrita, a guiar a atuação dos magistrados além do direito costumeiro; a ampliação dos poderes do juiz – que deixa de ser simples mediador do embate travado entre as partes, para exercer maior ingerência na marcha processual, principalmente para coibir comportamentos tidos como *unfair*; a instituição do *pre-trial*, fase preliminar que antecede o debate oral e que na grande maioria dos casos encerra o litígio – através de conciliação e outras técnicas. Em relação à *civil law*, não há, nem nunca houve “um modelo unitário e hegemônico de processo” e há muito tempo se manifestam “fortes influências derivadas dos modelos de *common law*, em particular do modelo norte-americano” (TARUFFO, 2003, p. 141).

A despeito dessa interconexão entre ambos os sistemas, não se pode olvidar que o modelo da *common law* reúne maiores condições de garantir estabilidade, previsibilidade e isonomia, eis que pautado em uma lógica de respeito aos precedentes que garante a coerência do ordenamento jurídico. Muito embora se atribua ao juiz a prerrogativa de,

em última análise, criar o direito, tal função não é exercida sem critérios, mas com estrita observância aos casos já julgados, seja pelos seus pares (tribunais de mesma hierarquia), seja por aqueles que se encontram em posição hierárquica superior (tribunais superiores) (TARUFFO, 2003, p. 141).

Desta forma, ao garantir maior previsibilidade e estabilidade dos entendimentos, concretiza-se o princípio da isonomia: casos semelhantes possuem o mesmo deslinde, ao passo que casos diversos demandam soluções jurídicas distintas. Só então é possível conferir às partes segurança jurídica, “frisando-se a igualdade perante as decisões judiciais e, assim, estabelecendo-se o dever judicial de respeito aos precedentes” (MARINONI, 2016, p. 99).

Daí surge a ideia de que o *common law* não constitui um sistema estanque, que impõe óbices à evolução do direito; pelo contrário, traz em seu bojo técnicas de distinção e superação com o fito de permitir que a aplicação de precedentes seja flexibilizada conforme demandem as circunstâncias do caso concreto.

Neste sentido, na *common law* o precedente é resultado da construção, ao longo do tempo, de uma regra para o caso concreto, em estrita observância às circunstâncias do caso, e somente adquire este *status* a partir da sua aplicação subsequente pelas cortes inferiores (RODRIGUES, 2017, p. 126).

É importante ressaltar ainda que essa obrigatoriedade de observância das decisões anteriores está refletida no conceito de *stare decisis*, que é a imposição de observância aos precedentes tanto sob o aspecto horizontal – respeitar as decisões do próprio tribunal – quanto no

âmbito vertical – respeitar as decisões proferidas por tribunais que se encontram em posição hierárquica superior. Inclusive, o autor Charles D. Cole (1998, p. 11) acrescenta que “*stare decisis* é a política que exige que as Cortes subordinadas à Corte de última instância que estabelece o precedente sigam aquele precedente e “não mudem uma questão decidida”.

Registre-se ainda que a formação do *stare decisis* foi gradual e imbricada na cultura jurídica dos países anglo-saxônicos, e não uma imposição legislativa. Cumpre destacar que a jurisprudência dominante não é o mesmo que *stare decisis*; além das origens diversas, há a diferença gritante que reside no fato do precedente da *common law* ser historicamente indissociável do caso concreto que lhe deu origem, enquanto a jurisprudência vinculante do Brasil é encarada como uma “solução prévia” a casos futuros (D. RE, 1994, p. 49).

Por outro lado, o “precedente” no Brasil é utilizado como reforço argumentativo, a fim de elucidar que determinada orientação encontra respaldo nas decisões do mesmo tribunal ou de um tribunal superior. Além disso, é utilizado para demonstrar a divergência de entendimentos, quando da interposição de embargos de divergência ou de Recurso Especial, com fulcro no art. 105, alínea “c”, da Constituição Federal. Portanto, após reiteradas decisões acerca de determinado tema, costuma-se dizer que a “jurisprudência” é pacífica ou fixou entendimento acerca de determinada questão, orientando-se de uma ou de outra forma.

Ocorre que, no Brasil a elaboração do “precedente” se dá de forma diversa, pois estes já nascem com o *status* de precedente. No caso do julgamento por amostragem, o julgamento de um IRDR e de recurso

especial ou extraordinário repetitivos produzem necessariamente “um precedente judicial”, e essa decisão deverá ser observada pelos demais casos idênticos, no momento da aplicação pelo julgador. Neste sentido, Georges Abboud (2017, p. 217) aponta que as decisões elencadas no art. 927 do CPC “já nascem vinculantes independente da sua própria qualidade”.

Em virtude dessas considerações debatidas anteriormente sobre as diferentes concepções de precedente, pode-se afirmar que no Brasil não é possível considerá-los precedentes autênticos já que há falta de concepção da *stare decisis* da tradição da *common law* e da concepção clássica do instituto. Entretanto, ainda assim, não deixam de ser precedentes, na concepção da palavra.

Em verdade, o que existe são “decisões definidoras de teses jurídicas”, que se desejam tenham efeito vinculante, haja vista os valores de segurança jurídica que é o objeto de desejo³¹ presente em quase todos os ordenamentos que tentam realizá-lo na medida mais ampla possível.

Portanto, a valorização do precedente no Brasil, e a adoção de decisões jurídicas compatíveis com as decisões passadas significa a racionalidade do sistema jurídico, no qual casos iguais demandam soluções iguais. Para tanto, é essencial que os raciocínios jurídicos adotados como razões de decisões para determinado caso sejam universalizáveis e é aqui que integra a importância da fixação das teses (ZANETI JÚNIOR., 2016, p. 352).

³¹ Michele Taruffo (2015, p. 1) utiliza essa expressão “objeto de desejo” ao se referir da uniformidade da jurisprudência.

Convém acrescentar ainda, que esse necessário respeito às decisões pretéritas não implica, como preconiza o senso comum, em um esvaziamento do poder do juiz de primeiro grau. Ao contrário, “o poder do juiz não depende da circunstância de ele estar livre para decidir, mas sim da circunstância de ele fazer parte de um poder que se respeita, que é respeitado e que se faz respeitar” (MARINONI, 2016, p. 134).

Contudo, o discurso da segurança jurídica a partir da aplicação de precedentes induz uma importante temática da ordem das fontes do direito, pois na *common law* não há dúvidas de que o precedente de fato é uma fonte do direito³². Por outro lado, o sistema da *civil law* possui como principal característica a superioridade do processo legislativo como fonte do direito, de modo que as demais fontes jurídicas possuem valor secundário. Assim, o Direito em vigor nas nações latinas e latino-americanas, assim como na Europa continental, funda-se, primordialmente, em enunciados normativos elaborados por de órgãos legislativos próprios (REALE, 2002, p. 142).

Sobre este assunto, Miguel Reale (2002, p. 167) ensina que em nosso sistema o que mais se adequa ao precedente está explicitado na

³² Sobre esse tema, Tercio Sampaio Ferraz Junior (2013, p. 192) sustenta que, por fonte, “quer-se significar simultaneamente e, às vezes confusamente, a origem histórica, sociológica, psicológica, mas também a gênese analítica, os processos de elaboração e dedução de regras obrigatórias, ou, ainda, a natureza filosófica do direito, seu fundamento e sua justificação”.

Na visão de Miguel Reale (2002, p. 140), “por ‘fonte do direito’ designamos os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma estrutura normativa”, dentre os quais é possível entender que as fontes formais são a legislação, o costume, a doutrina e a jurisprudência”.

forma de jurisprudência, todavia, “não se forma através de uma ou três sentenças, mas exige uma série de julgados que guardem, entre si, uma linha essencial de continuidade e coerência“, portanto, “para que se possa falar em jurisprudência de um Tribunal, é necessário certo número de decisões que coincidam quanto à substância das questões objeto de seu pronunciamento”.

Assim, como fonte formal do Direito, a jurisprudência é a regra jurídica extraída de julgados reiterados e uniformes sobre determinada questão jurídica dos tribunais de um Estado ou de um tribunal internacional, que, além de interpretar o Direito vigente à época, muitas vezes influencia diretamente na produção do Direito normativo (REALE, 2002, p. 169).

Portanto, há a divergência em relação ao precedente, enquanto fonte do direito, mesmo que não implique repetidas decisões a respeito do mesmo assunto, que é o caso da jurisprudência, esta sim, assegurada enquanto fonte do direito. Nessa toada trata-se da Teoria do Direito, e não mais matéria de Processo Civil, conforme sustenta Marinoni *et al* (2017, p. 153) que “se um precedente constitui fonte primária do direito, e se, portanto, em eficácia obrigatória é uma questão de teoria do Direito – especificamente, de teoria da interpretação”

Por tais motivos, não se pode negar que os juristas, e agora a legislação, com o art. 927 do CPC, atribuem grande importância aos precedentes, conforme define, José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 255-256):

A demonstrar o importante papel da jurisprudência, basta verificar [...] que os advogados redigem as suas manifestações e os juízes as suas sentenças,

invocando, muito mais do que dispositivos legais, precedentes judiciais, prática essa que, a rigor, não se afasta muito daquela utilizada pelos operadores do direito da *common law*.

Assim, José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 23) sustenta que “na realidade jurídica, os precedentes gozam, para os juízes dos sistemas de tradição romanística, da mesma importância que ostentam aos juízes da *common law*”.

É possível ainda traçar algumas considerações a respeito da falta de sintonia constitucional do art. 927 do CPC, pois, para Rodolfo de Camargo Mancuso (2010, p. 349-350) sustentar o reconhecimento da jurisprudência como fonte formal do direito somente seria possível por meio de uma emenda à constituição, pois implicaria o deslocamento do eixo central no sentido em que a lei consiste em fonte primária no Brasil.

Neste ponto, vale lembrar que o instituto da súmula vinculante, introduzida pela Emenda Constitucional nº 45, tem aplicação que transcende a esfera processual, e desloca a tônica do Estado de Direito, até então adstrita ao princípio da legalidade. Enfim, tal instituto deu um passo decisivo em direção à flexibilização do primado da lei, o qual passando a incorporar a súmula vinculante como fonte primária do direito, tal como se verifica nos ordenamentos de *common law* (RODRIGUES, 2017, p. 135).

Além disso, Marononi, Sergio Arenhart e Daniel Mitidiero (2017, p. 152) defendem que “apesar do CPC de 2015 ter dado realce ao tema dos precedentes não foi este que outorgou força obrigatória aos precedentes”.

Neste contexto, restaria óbice à utilização das demais formas de “precedentes” previstas no modelo brasileiro por legislação infraconstitucional, o que seria possível de questionamento quanto à constitucionalidade do efeito vinculante dessas decisões previstas no rol do art. 927 do Código de Processo Civil.

É importante registrar ainda que a questão cultural brasileira merece ser levada em consideração quando se trata da teoria clássica do precedente, pois pode-se afirmar, tranquilamente, que o Brasil não possui uma cultura de precedente, mas sim, uma crescente valorização da jurisprudência, ainda que a utilização desta encontre dificuldades pelos operadores do direito, no sentido de que há mera transcrição de ementas no momento da fundamentação.

Diante do exposto, pode-se afirmar que o Direito brasileiro está adotando a técnica dos precedentes como padrões decisórios, mas isso não implica dizer que se tenha, com isso, levado o ordenamento jurídico brasileiro a afastar-se da tradição de *civil law* mas, sim, que houve uma influência horizontal do *common law*. Daí se extrai, que será preciso “compreender como a técnica dos precedentes se aplica no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da compreensão do Direito que se tem no Brasil” (CÂMARA, 2017, p. 68).

Em suma, de acordo com o que foi analisado até o momento no presente estudo, os precedentes no sistema processual brasileiro confirmam a sua importância e respeito, pois promovem a estabilidade necessária à segurança jurídica, no sentido de que casos iguais sejam decididos igualmente. Isto quer dizer que o Direito Brasileiro se mantém

vinculado à tradição jurídica da *civil law*, mesmo com o emprego de padrões decisórios vinculantes.

1.5 O DIREITO FUNDAMENTAL AO CONTRADITÓRIO NA PERSPECTIVA DO MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO CIVIL – UM MECANISMO DE CONSTRUÇÃO PARTICIPATIVA DA DECISÃO JUDICIAL

A respeito do direito fundamental ao contraditório, faz-se necessário traçar um paralelo da sua concepção tradicional à visão contemporânea a partir do marco teórico do modelo cooperativo de processo, pautado na visão democrática do Processo Civil Brasileiro.

O ponto de desataque do princípio do contraditório reside no fato de ser o único dentre todos os princípios constitucionais que integra o próprio conceito de processo, o qual deve ser compreendido como um procedimento em contraditório, conforme se extrai da obra de Elio Fazzalari (2006, p. 33), um dos marcos teóricos deste estudo:

Se, pois, no procedimento de formação do provimento, ou seja, se nas atividades preparatórias por meio das quais se realizam os pressupostos do provimento, são chamados a participar, em uma ou mais fases, também os ‘interessados’, em contraditório, colhemos a essência do ‘processo’: que é, exatamente, um procedimento ao qual, além do autor do ato final, participam, em contraditório entre si, os interessados, isto é, os destinatários de tal ato.

Esta concepção de processo como procedimento em contraditório desenvolveu-se no Brasil a partir da contribuição de Aroldo Plínio Gonçalves (1992, p. 112), para quem

O provimento implica na conclusão de um procedimento, pois a lei não reconhece sua validade, se não é precedido das atividades preparatórias que ela estabelece. Mas o provimento pode ser visto como ato final do procedimento não apenas porque este se esgota na preparação de seu advento. Pode ser concebido como parte do procedimento, como seu ato final, como o último ato de sua estrutura. É na possibilidade de se enuclearem os provimentos, em conjunto, segundo essa ótica, pela qual eles são o próprio ato final do procedimento, que FAZZALARI encontra a perspectiva própria para o estudo do processo.

O processo começará a se caracterizar como uma ‘espécie’ do ‘gênero’ procedimento, pela participação na atividade de preparação do provimento, dos ‘interessados’, juntamente com o autor do próprio provimento. Os interessados são aqueles em cuja esfera particular o ato está destinado a produzir efeitos, ou seja, o provimento interferirá, de alguma forma, no patrimônio no sentido de *universum ius*, dessas pessoas.

No decorrer da obra de Plínio Gonçalves (1992, p. 113), ele também ensina a respeito da participação dos interessados.

O processo começa a se definir pela participação dos interessados no provimento da fase que o prepara, ou seja, no procedimento. Mas essa definição se concluirá pela apreensão da específica estrutura legal que inclui essa participação, da qual se extrairá o predicado que identifica o processo, que é o ponto de sua distinção: a participação dos interessados, em contraditório entre eles.

Nesta esteira, Elio Fazzalari (2006, p.119) afirma que a característica do processo é o próprio contraditório, e esta é uma ideia perfeitamente compatível com o atual modelo constitucional do Processo

Civil Brasileiro, que determina a observância do princípio do contraditório em todos os processos judiciais³³.

A partir dessas premissas, faz-se necessário traçar algumas considerações sobre o modo como tradicionalmente se compreendeu o contraditório, e desta forma avançar para a visão contemporânea, frise-se aqui, a mais compatível com a atual ordem de Estado Democrático de Direito.

1.5.1 Concepção tradicional (contraditório formal)

Antes de tudo é importante registrar que a noção de contraditório não surgiu com a Constituição da República de 1988, com a previsão expressa em seu art. 5º, LV, nem com a obra de Elio Fazzalari (2006), como assim creem alguns autores quando iniciam as suas considerações a respeito do contraditório³⁴.

³³ Art. 5º, LV, da Constituição Federal - 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.

³⁴ Essa preocupação, de que o contraditório tem concepções mais remotas é explicitada por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2012, p. 97), quando afirma que “[...] com o intuito de afastar ideias distorcidas, laboradas em equívoco, as quais, algumas vezes, parecem ficar sugeridas em textos da doutrina brasileira, em dissertações de mestrado e teses de doutorado, no sentido de considerarem que temas relacionados à estrutura dialética do procedimento, ao contraditório e devido processo legal, somente entraram nas cogitações da ciência do processo e de seus pesquisadores depois da Constituição de 1988 ou após a divulgação da teoria de Fazzalari, ao conceber o processo como procedimento em contraditório”.

O autor Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2012, p. 96) aponta que Adolf Wach, um dos precursores do chamado processualismo científico, elaborou uma importante obra, publicada em 1865, que destacava o contraditório e o caráter dialético do processo, “observando que sua finalidade atendia a dois interesses em colisão, o interesse de tutela jurídica afirmada pelo autor e o interesse contraposto sustentado pelo réu”, isto é, “se prestava tanto para o ataque como para a defesa”.

No Brasil, o princípio do contraditório e ampla defesa³⁵ somente foi expressamente consagrado aos litigantes no Processo Civil com a atual Constituição Federal em seu art. 5º, 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”. Contudo, vale destacar que a ausência de previsão nos textos constitucionais anteriores não era suficiente para que a doutrina medisse esforços para interpretar dispositivos constitucionais que dessem margem a consagração desta garantia democrática do processo, como é o caso da constituição de 1967, em que anotava que “a lei assegurará aos acusados

³⁵ A respeito da previsão conjunta do princípio do contraditório com o da ampla defesa, convém trazer alguns esclarecimentos, apontados por Walder Queiroz dos Santos (2018, p. 47), que servem para justificar a razão pela qual o presente trabalho está limitado ao contraditório, sem se aprofundar na ampla defesa: “Durante muito tempo o contraditório e a ampla defesa foram tidos como sinônimos. O contraditório era relacionado à ampla defesa, e a ampla defesa relacionada ao contraditório. Embora garantidos pelo mesmo dispositivo constitucional, contraditório e ampla defesa são garantias diversas. A ampla defesa deve ser compreendida como garantia das partes terem condições adequadas, efetivas e concretas de deduzirem as alegações que sustentam a pretensão ou defesa, bem como contraditar as contrárias, antes de os efeitos decorrentes da decisão judicial possam ser sentidos pela parte adversa”.

a ampla defesa [...]”, de acordo com Gil Ferreira de Mesquita (2003, p. 119).

Portanto, a ausência de disposição expressa que garanta o contraditório e a ampla defesa no âmbito do Processo Civil, não impediu o desenvolvimento da doutrina a respeito do contraditório. Inclusive, vale destacar que a Declaração dos Direitos dos Homens, de 1948 em seu art. 8º já previa que: “Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei”, e isso também dava embasamento suficiente para a doutrina fazer lançar sobre o Processo Civil as luzes do contraditório e ampla defesa (PORTANOVA, 2008, p. 161).

Hoje a previsão expressa na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LV), acrescido da disciplina no Código de Processo Civil, com os diversos dispositivos que tratam de regular o contraditório, é suficiente para embasar o princípio do contraditório (PORTANOVA, 2008, p. 161).

Convém ressaltar ainda que no desenvolvimento doutrinário do direito processual se reconhecia a importância do contraditório, mas numa perspectiva formal, ou seja, compreendido como uma garantia de informação e possibilidade de manifestação, de acordo com a obra de Chiovenda (1998, p. 349) “Normalmente não se pode dispor sobre uma demanda sem ouvir ou citar devidamente a parte contra a qual se propôs, ao afirmar que se propôs (princípio do contraditório: *audiatur et altera pars*)”, e no mesmo sentido Carnelutti (2000, p. 91) afirma que “A ação não corresponde a uma parte, e sim a cada uma das duas. A atividade de

cada parte no processo favorece a finalidade deste, sempre que se integrar e retificar por meio do contraditório”.

Ao propósito, tradicionalmente, o contraditório, alcançava apenas autor e réu, o que se denota até mesmo pela terminologia “bilateralidade da audiência”, contudo, diante de sua concepção material, conforme será demonstrado adiante, o contraditório passou a ser enfrentado como um dever de todos os envolvidos, e, conseqüentemente, também o Magistrado. Desta forma, não basta que a lei preveja o contraditório, faz-se necessário que o juiz faça valer na prática tais dispositivos. Neste sentido, o próprio juiz “deve participar da preparação do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório. [...]. É do passado a afirmação do contraditório exclusivamente como abertura para as partes, desconsiderada a participação do juiz” (DINAMARCO, 2001, p. 213-214).

Inclusive, historicamente, o princípio do contraditório era considerado um “símbolo dos direitos naturais” sendo que a literatura europeia costumava fundamentar como um “princípio de razão natural”, inseparável do processo, e comparava as desigualdades existentes no processo. Reconhecia-se, portanto, um caráter ético inato no contraditório, pela busca da verdade e a compensação de forças entre os litigantes. O que ocorreu foi que a transição do originário processo comum (extraído da tradição italiana, séculos XIII a XV) ao *Prozess-Ordnung* da Prússia (1781) representa a passagem de uma ordem isonômica para uma ordem assimétrica com a decorrente redução do (atualmente chamado) princípio do contraditório para uma ótica mecânica de contraposição de teses - dizer e contradizer (THEODORO JÚNIOR; NUNES, 2009, p. 180).

Além disso, no fim do século XIX, percebe-se o exaurimento do seu caráter ético e da sua associação ao direito material, remetido a um papel secundário, e perdeu, assim, o seu liame com a essência do fenômeno processual. Neste período de transição também de Estados liberais para Estados sociais, as partes dominavam o processo, no primeiro, e o juiz era considerado um espectador que prolataria a sentença; e, no segundo, o juiz assume um papel mais ativo na estrutura processual para que o Estado conseguisse atuar sua função judiciária para o bem da sociedade (THEODORO JÚNIOR; NUNES, 2009, p. 181).

Daí por que, o processo, que durante o liberalismo privilegiava o papel das partes e, que após os grandes movimentos reformistas pela oralidade e pela instauração do princípio autoritário implementou um ativismo judicial que privilegiava a figura do juiz, passa ao Estado Constitucional democrático, com a releitura do contraditório, a permitir uma melhora da relação juiz-litigantes, de modo a garantir um efetivo diálogo e comunidade de trabalho entre os sujeitos, na forma de cooperação, tema que será abordado adiante.

A partir dessa transição, Humberto Theodoro Júnior e Dierle Nunes (2009, p. 181) apontam que houve o enfraquecimento do debate e do contraditório, na medida em que este 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, o que possibilitou às partes a devida informação e possibilidade de reação. Entretanto, alertam que esta visão de um contraditório estático somente pode atender a uma estrutura procedimental dirigida pela perspectiva unilateral de formação do provimento pelo juiz, numa aplicação formal do contraditório, na lógica de direitos e obrigações.

Nesta seara, a versão tradicional/formal do princípio do contraditório se restringia à simples e tempestiva ciência das partes quanto aos atos processuais, além do respeito da bilateralidade na audiência. Compreendia o direito de ser ouvido, de acompanhamento dos atos processuais, de produção de provas, informação de irregularidade processual, além do direito à motivação das decisões judiciais, e o direito de impugnar as decisões (CUNHA, 2012a, p. 57).

Portanto, a visão tradicional do contraditório constitui (i) o direito à informação ou à comunicação dos atos processuais e (ii) a possibilidade de reação (manifestação/impugnação), pois ambos os aspectos constituem aspectos meramente formais e com aplicação somente às partes, o que resulta afirmar que o órgão jurisdicional não estaria submetido ao princípio do contraditório (SANTOS, 2018, p. 57).

Neste contexto, nas palavras de Ada Pellegrini Grinover (1975, p. 93-94), acrescenta que contraditório consistia “[...] na ciência, por ambas as partes, do que se faz ou se pretende fazer no processo, e na possibilidade de contrariar”, e vinculava a “condição de participação” ao princípio da isonomia.

De acordo com o exposto pode parecer, equivocadamente, que a visão aqui abordada como “tradicional”, estaria toda desprezada, para a concepção atual do princípio do contraditório. Ocorre que, a atual aceção do princípio do contraditório contempla diversos aspectos. O primeiro aspecto é a concepção tradicional da audiência bilateral, compreendida como a notificação adequada e tempestiva do ajuizamento da causa e de todos os atos processuais por meio de comunicações preferencialmente reais. Assim, Leonardo Greco (2015, p. 517) se refere a este primeiro

aspecto como “ampla possibilidade de impugnar e contrariar os atos dos demais sujeitos, de modo que nenhuma questão seja decidida sem prévia audiência das partes”. O processo, nesse viés, deve formar-se e desenvolver-se em permanente contraditório.

Na sequência, o segundo aspecto do princípio do contraditório é o conjunto de prerrogativas que compõe a ampla defesa. No Brasil essas prerrogativas têm foro constitucional, já que a ampla defesa está explicitada como garantia no art. 5º, LV, da Constituição Federal. Esta garantia pode ser sintetizada no direito de apresentar, alegar, propor e produzir provas, de participar na produção daquelas postuladas pela outra parte ou determinadas de ofício pelo juiz. Enfim, de adotar “todas as providências que possam ter utilidade na defesa dos seus interesses, de acordo com as circunstâncias da causa e as imposições do direito material” (GRECO, 2015, p. 516).

E, por último, a contemplação do contraditório participativo, que será melhor explorado no próximo item, o qual prima a “dignidade da pessoa humana que impõe, em qualquer processo, o poder das partes de influir nas decisões” (GRECO, 2015, p. 517).

Assim, é possível perceber que o alcance do contraditório se restringia à ciência bilateral dos atos e termos do processo, e possibilidade das partes os contrariar, sem qualquer preocupação com a qualidade substancial deste contraditório, e sem a perspectiva de influência no julgamento. Contudo, conforme exposto, esta visão formal do contraditório não se coaduna com a ordem constitucional do Estado Democrático de Direito, razão pela qual foi necessário aprimorar e compreender a face substancial do princípio do contraditório e a sua

perspectiva enquanto influência na decisão do julgador, tema que será abordado no item seguinte

1.5.2 O contraditório participativo – direito de participação como influência

De acordo com o que foi exposto anteriormente nesse trabalho, o contraditório, enquanto ciência bilateral dos atos e termos do processo, e possibilidade das partes os contrariar, sem qualquer preocupação com a qualidade substancial deste contraditório, não mais se coaduna com as diretrizes constitucionais democráticas, e encontra-se inteiramente ultrapassada³⁶. A perspectiva contemporânea é no sentido de que o contraditório é mais do que uma garantia formal, e deve abranger como uma garantia substancial.

Também, na perspectiva do marco teórico do Processo Civil denominado formalismo-valorativo, influenciado pela perspectiva do Estado Democrático de Direito, e da dimensão participativa do processo, restou evidenciado que o direito fundamental ao contraditório tomou nova expectativa e passou a exercer uma dimensão intrínseca ao próprio conceito de processo, que se estabelece como o direito dos sujeitos

³⁶ Alexandre Freitas Câmara (2017, p. 102), já alertava sobre a visão tradicional/formal do contraditório ser ultrapassada: “Esta visão do contraditório, porém, encontra-se inteiramente ultrapassada. O contraditório meramente formal não é condizente com o Estado Democrático de Direito, do qual se extrai a necessidade de participação efetiva dos interessados na construção dos provimentos capazes de afetar suas esperas jurídicas”.

processuais – partes e juiz – a participarem do processo e influenciarem o convencimento do juiz³⁷.

De certo modo, a colocação do contraditório em um pedestal tem o seu auge na doutrina do italiano Elio Fazzalari (2006, p. 119-120), o qual tem posicionamento de que o contraditório está intrinsicamente relacionado ao conceito de processo³⁸, pois processo sem contraditório não é processo, mas, tão somente, uma sequência de atos procedimentais. Em outras palavras, processo pressupõe dialeticidade.

A partir disso, pode-se afirmar que o contraditório enquanto característica própria do processo, sustentada por Elio Fazzalari (2006, p. 119), encontra-se perfeitamente compatível com o modelo constitucional

³⁷De igual forma, Daniel Mitidiero (2009, p. 93) complementa: “Pressupondo o contraditório como direito a participar do processo, a influir positivamente sobre o convencimento judicial, tem-se entendido que as partes têm direito de se pronunciar também sobre a valoração judicial das questões postas em juízo, mesmo sobre aquelas questões que devem conhecer de ofício. Objetiva-se, assim, evitar decisões que apanhem de surpresa as partes, havendo a evidente concretização da cooperação no processo pela mão do dever de consulta às partes que toca ao órgão judicial, inerente à construção de um processo civil pautado pela colaboração”.

³⁸Neste sentido, Elio Fazzalari (2006, p. 120) explicita: “Existe, em resumo, o ‘processo’ quando em uma ou mais fases do *iter* de formação do ato é contemplada a participação não é – 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”. E mais, “[...] 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”.

de processo, o qual determina a observância do contraditório em todos os processos judiciais, sem qualquer ressalva, limitação ou restrição³⁹.

Em posição contrária à de Elio Fazzalari (2006), o processualista brasileiro, Araken de Assis (2015, p. 414 - 415), critica esse posicionamento, e assevera que toda atividade estatal se submete ao devido processo legal, e, portanto, ao contraditório. Logo, associar o conceito de processo ao de contraditório conduziria à perda da marca distintiva do processo judicial em relação às demais atividades do Estado, sobretudo ao processo administrativo.

Além da posição defendida por Araken (2015), acredita-se que o contraditório, atualmente, deve ser compreendido como expressão do princípio político da participação democrática, na percepção de Leonardo Greco (2015, p. 513). Portanto, o contraditório não é mais exclusivo do processo judicial, já que se amplia a todas as atividades dos poderes públicos das quais possam resultar decisões que afetem a liberdade, o patrimônio ou a esfera de interesses de cidadãos determinados.

Registre-se ainda que a releitura do princípio do contraditório que se expõe, implica em acrescentar ao já apresentado binômio informação

³⁹A fim de corroborar, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2012, p. 104) sustenta que: “A nosso ver, esse considerado trinômio estrutural do contraditório – informação-reação-diálogo – que se instala a dinâmica do procedimento acarreta a correlação do princípio do contraditório com o princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais. Por consequência, no Estado Democrático de Direito, é esta forma de estruturação procedimental que legitima o conteúdo das decisões judiciais proferidas ao seu final, fruto de participação dos sujeitos do processo (juiz e partes contraditórias), gerando a implementação técnica de direitos de direitos fundamentais ostentados pelas partes”.

e reação, da visão tradicional do princípio do contraditório, a ideia de participação dos sujeitos processuais no desenvolvimento do processo e da vedação da decisão surpresa (SANTOS, 2018, p. 73).

Dessa forma, a concepção mais moderna do princípio do contraditório, surgiu a partir da doutrina alemã, que passou a determinar o contraditório não como uma mera garantia formal de bilateralidade de audiência, mas como possibilidade/direito de influência sobre o conteúdo das decisões e sobre o desenvolvimento do processo, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de que o resultado surpreenda as partes (NUNES, 2008, p. 226).

Para isso é necessário considerar o contraditório, também, como o “direito de ser ouvido”, e isso requer ir além a garantia formal do direito de manifestar-se. Afinal, de nada adianta falar sem ser ouvido, o que muitas vezes acontece na prática forense brasileira, em que decisões são proferidas sem que os argumentos das partes sejam levados em consideração⁴⁰ (CÂMARA, 2017, p. 104).

⁴⁰ São diversas decisões judiciais em que afirma que “o magistrado não está obrigado a se manifestar expressamente sobre todos os argumentos levantados pelas partes, pois pode deliberar de forma diversa da pretendida, sob outro prisma de fundamentação, sem incorrer em negativa de prestação jurisdicional”. (trecho retirado de BRASIL, STJ. EDcl no AgRg no REsp 1136500/PR, rel. Min. Jorge Mussi, j. em 02/12/2014). Contra esta prática, porém, houve reação legislativa, a qual é percebida no texto do art. 489, § 1º, IV, do CPC de 2015. Não obstante isso, já depois da entrada em vigor do CPC de 2015, o STJ proferiu acórdão (EDcl no MS 21315/DF, j. em 08/06/2016), em que se afirmou expressamente que o “juiz não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A previsão trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo

Essa perspectiva do contraditório, do direito das partes de terem seus argumentos considerados na decisão jurisdicional, está intimamente ligada a fundamentação das decisões, já que o magistrado deve conhecer os fundamentos apresentados pelas partes, bem como ponderá-los, a partir de uma decisão motivada e fundamentada⁴¹ (SANTOS, 2018, p.83).

Essa releitura do princípio do contraditório que se propõe está intimamente relacionada com o princípio do Estado Democrático de Direito⁴², explicitado por Cássio Scarpinella Bueno (2010, p. 141) da seguinte forma:

Contraditório é realização concreta, também em juízo, das opções políticas do legislador brasileiro sobre o modelo de Estado adotado pela Constituição brasileira. Contraditório é forma pela qual se efetivam os princípios democráticos da República brasileira, que viabiliza ampla participação no exercício das funções estatais.

Por conta disso é possível perceber que a

Democracia no processo recebe o nome de contraditório. Democracia é participação; e a

Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida”.

⁴¹ No que diz respeito a fundamentação das decisões judiciais, o Código de Processo Civil de 2015, inova ao estabelecer os requisitos essenciais da decisão ser considerada fundamentada, conforme dispõe o §1º, do art. 489. Inclusive destacando que o magistrado deve enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão aditada pelo julgados (inciso IV).

⁴² No mesmo sentido Daniel Mitidiero (2009, p. 76) acrescenta: “O estado constitucional revela aqui a sua face democrática, fundando o seu direito processual civil no valor participação, traduzindo normativamente no contraditório. O valor participação, a propósito, constitui a base constitucional para a colaboração no processo. A condução para um processo isonômico”.

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. Quais são os elementos que compõem a garantia do contraditório? Esta garantia desdobra-se em duas facetas. A face 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. Mas não é só isso. Há o elemento substancial dessa garantia. Há um aspecto, que eu reputo essencial, denominado, de acordo com a doutrina alemã, de "poder de influência". Não adianta permitir que a parte, simplesmente, participe do processo; que ela seja ouvida. Apenas isso não é o suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do magistrado (DIDIER JR, 2015, p. 45).

Portanto, o que se sustenta é que não se pode admitir, em um Estado Democrático de Direito, que o princípio do contraditório tenha como núcleo apenas o binômio informação-reação (SANTOS, 2018, p. 73). Assim,

Do quanto se disse pode ser extraída a conclusão de que um contraditório substancial, pleno, efetivo e dinâmico, capaz de viabilizar a comparticipação, é essencial para que o processo se desenvolva de modo compatível com o Estado Democrático de Direito. Daí por que a única concepção de processo compatível com o Estado Constitucional brasileiro é a que o define como procedimento em contraditório, visto o contraditório como garantia de participação com influência e de não-surpresa. E por conta disso é que o resultado do processo deve, sempre, ser produzido através de um

contraditório participativo, eliminando-se qualquer possibilidade de decisões surpresa, produzidas solipsisticamente (CÂMARA, 2017, p. 112).

Dáí por que, como assevera Luiz Guilherme Marinoni (2017, p. 447) ”o processo, nessa perspectiva, mais do que instrumento de poder, é instrumento para a participação no poder, contribuindo para a otimização da participação do povo ou, em outros termos, para democratizar o processo através da participação”. E mais, a participação é um fator de legitimação da jurisdição, já que “a noção de democracia está intimamente ligada à de participação, uma vez que a participação no poder é da essência da democracia”.

Essa percepção de que democracia recebe o nome de contraditório no processo (DIDIER JR, 2015, p. 45) é de extrema valia para o presente estudo, pois o que se busca sustentar é de que na resolução das demandas repetitivas, o contraditório deve ocorrer de maneira ampliada e democrática, para que haja a devida legitimação da decisão que julgará milhares de casos idênticos. Desta forma, o que irá legitimar a decisão que julga as causas repetitivas é a realização do contraditório na sua perspectiva participativa⁴³.

⁴³ Esse tema é sustentado por Alexandre Freitas Câmara (2017, p. 116): “[...] a legitimidade democrática dos padrões decisórios vinculantes não resulta da mera observância de uma forma predeterminada, do procedimento na lei. É preciso que se desenvolva um método participativo, a ser levado a sério por todos os atores do processo, tanto na sua formação como na sua aplicação. Só assim se terá, com pleno respeito ao devido processo constitucional e de forma compatível com o Estado Democrático de Direito, a formação e aplicação legítimas dos padrões decisórios vinculantes”.

Há de se considerar ainda que existe um grande número de procedimentos judiciais que cumprem a finalidade de permitir a participação do cidadão no poder e na vida social. Nesse sentido, Canotilho (2003, p. 665) aponta que os procedimentos coletivos implicam em procedimentos mais justos, e que é extremamente importante possibilitar a intervenção dos cidadãos na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais de grande relevância social e coletiva, ou seja, procedimentos de massa para a defesa do ambiente, da saúde, do patrimônio cultural, dos consumidores, etc. Ademais, adverte Luiz Guilherme Marinoni (2017, p. 530) adverte que a cidadania exige a abertura para a participação nas discussões de relevo para a sociedade. Por isso, não há como o processo judicial se desobrigar da sua responsabilidade, não contribuindo para a otimização da participação. Nesse norte, as ações coletivas e a ação popular são autênticas vias de participação popular. São verdadeiros instrumentos atrelados à ideia de democracia participativa ou “de incremento da participação direta no poder e na vida social”.

Nessa perspectiva, o processo é encarado como um canal de participação e não somente de tutela jurisdicional, e atua como um instrumento da jurisdição para a participação do cidadão na busca da concretização e proteção dos direitos fundamentais e do patrimônio público. Isto é, mais do que um instrumento do poder, é instrumento de participação no poder. Aliás, Pedro Manoel Abreu (2008, p. 440), afirma que o processo é “um microcosmo da democracia, porque concretiza os objetivos fundamentais do Estado democrático de direito, como *locus* da cidadania”.

Cabe ainda registrar que o Supremo Tribunal Federal tem proferido decisões em que demonstram ser esta a forma como aquela Corte compreende o princípio do contraditório no âmbito do procedimento administrativo. Merece destaque o acórdão proferido pelo STF no julgamento do MS 24268/MG, assim ementado:

Mandado de Segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. 7. Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 8. Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo. 9. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público.

10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º LV).

Ademais, no voto do Ministro Gilmar Mendes, condutor do acórdão, encontra-se o seguinte elucidativo trecho:

[...] Apreciando o chamado ‘*Anspruch auf rechtliches Gehör*’ (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala o *Bundesverfassungsgericht* que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (Cf. Decisão da Corte Constitucional alemã – BVerfGE 70, 288-293; sobre o assunto, ver, também, Pieroth e Schlink, *Grundrechte – Staatsrecht II*, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis, Ulrich, Gusy, Christoph, *Einführung in das Staatsrecht*, 3ª edição, Heidelberg, 1991, p. 363-364).

Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos: 1) direito de informação (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; 2) direito de manifestação (*Recht auf Äusserung*), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; 3) direito de ver seus argumentos considerados (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas (Cf. Pieroth e Schlink, *Grundrechte – Staatsrecht II*, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis e Gusy, *Einführung in das Staatsrecht*, Heidelberg, 1991, p. 363-364; Ver, também, Dürig/Assmann, in: Maunz- Dürig, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 103,

vol. IV, nº 85-99). Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (Recht auf Berücksichtigung), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (Beachtebspflicht), pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento (Kenntnisnahmepflicht), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (Erwägungspflicht) (Cf. Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 103, vol. IV, nº 97). É da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões (Decisão da Corte Constitucional – BVerfGE 11, 218 (218); Cf. Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 103, vol. IV, nº 97). (BRASIL, STF, Rel. Min. Gilmar Mendes, MS 24.268 / MG, 2004).

A respeito desta importante decisão do Supremo Tribunal Federal, a afirmação de que o princípio do contraditório assegura aos interessados o “direito de manifestação” e o “direito de ver seus argumentos considerados”, bem como o dever do juiz de conferir atenção aos argumentos das partes, considerando-os séria e detidamente, resulta no dever de fundamentar.

Apesar disso, no âmbito jurisdicional, o entendimento corriqueiro do Supremo Tribunal Federal apresenta-se, paradoxalmente, lastreado numa perspectiva formal, cujo resultado é impedir a análise de recursos extraordinários que aleguem ofensa ao princípio do contraditório, sob o argumento de que seria necessário o exame de matéria infraconstitucional, transferindo ao Superior Tribunal de Justiça a análise da matéria.

Nessa via discursiva do STF não se vislumbra o contraditório como um dos principais eixos estruturais da democracia, ao assegurar um

direito fundamental de participação em processos de formação da opinião e da vontade. Isto é, sem a observância dos princípios constitucionais máximos, tais como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e a legalidade, é impossível realizar a garantia fundamental da tutela efetiva a que se refere o art. 5º, XXXV, da CRFB/88, na disciplina dos procedimentos judiciais.

Por outro lado, contra o aludido entendimento da ofensa reflexa dos princípios processuais constitucionais⁴⁴, o Supremo Tribunal Federal, para nosso alento, se manifestou em termos:

PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL – NORMAS LEGAIS – CABIMENTO. A intangibilidade do preceito constitucional que assegura o devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da tese de que a ofensa à Carta da República suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo apreciar a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em

⁴⁴ “O Supremo Tribunal Federal deixou assentado que, em regra, as alegações de desrespeito aos postulados da legalidade, do devido processo legal, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da “prestação jurisdicional” podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição, circunstância essa que impede a utilização do recurso extraordinário. Precedentes”. (BRASIL, STF, 2a T., AgRAI 360.265, Rel. Celso de Mello, 2002). No mesmo sentido: “[...] esta Corte firmou entendimento no sentido de que, em regra, a análise da ofensa aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal ensejaria o exame da legislação infraconstitucional. A ofensa à Constituição Federal, se existente, seria reflexa”. (BRASIL, STF, RE 405321/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2005). “A violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa não dispensa o exame da matéria sob o ponto de vista processual, o que caracteriza ofensa reflexa à Constituição e inviabiliza o recurso extraordinário” (BRASIL, STF, 1ª TRE-AgR 491923/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2006).

que versada, com procedência, a transgressão a texto do Diploma Maior, muito embora se torne necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito: o da legalidade e o do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais.⁴⁵

Esse entendimento do STF, representa um novo e esperançoso passo na interpretação em direção à verdadeira importância dos princípios processuais em perspectiva dinâmica, a partir do modelo constitucional do Estado Democrático de Direito o qual permite que o cidadão assuma a função de destinatário dos provimentos cujos efeitos sofrerá.

Nesta seara, pode-se afirmar que são anuláveis as decisões construídas sem observância de um contraditório pleno, efetivo e prévio, bem como as decisões surpresa, já que não são o resultado de um verdadeiro procedimento em contraditório, capaz de assegurar às partes a participação com influência na construção de seu conteúdo⁴⁶.

Por outro lado, o Código de Processo Civil de 2015 lançou, infraconstitucionalmente, o princípio do contraditório (art. 9º e 10⁴⁷) e o

⁴⁵ BRASIL, STF, 1ª T, RE 428.991/RS, j. 26/08/2008, p. DJe n. 206, 30/10/2008.

⁴⁶ Sobre este tema, Nelson Nery Júnior (2010, p. 214) ratifica a tese abordada: “Ofensa ao princípio do contraditório caracteriza cerceamento de defesa, causa de anulação do processo ou procedimento”.

⁴⁷ Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica: I - à tutela provisória de urgência; II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III; III - à decisão prevista no art. 701.

modelo-princípio⁴⁸ da colaboração⁴⁹, cooperação⁵⁰ ou participação^{51,52}, os quais se combinaram como o núcleo do processo justo⁵³⁻⁵⁴, exige que todos os sujeitos do processo dialoguem

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

⁴⁸ Acerca da dualidade jurídica da colaboração, entendendo ser princípio e modelo processual: MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil – pressupostos sociais, lógicos e éticos*, 2009.

⁴⁹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil – pressupostos sociais, lógicos e éticos*, 2009.

⁵⁰ DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 46.

⁵¹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*, 2008.

⁵² É oportuno consignar, desde já, que o presente trabalho adota como sinônimas as expressões *cooperação*, *colaboração* e *participação*, da forma como é corrente na doutrina.

⁵³ Neste sentido, Humberto Theodoro Júnior (2013, p. 25) complementa: “Nessa moderna concepção do processo justo, entram preocupações que não se restringem aos aspectos formais ou procedimentais ligados à garantia de contraditório e ampla defesa. Integram-na também escopos de ordem substancial, quando se exige do juiz que não seja apenas a “boca da lei” a repetir na sentença a literalidade dos enunciados das normas ditadas pelo legislador. Na interpretação e aplicação do direito positivo, ao julgar a causa, cabe-lhe, sem dúvida, uma tarefa integrativa, consistente em atualizar e adequar o enunciado da norma aos fatos e valores em jogo no caso concreto. O juiz tem, pois, de complementar a obra do legislador, servindo-se de critérios éticos e consuetudinários, para que o resultado final do processo seja realmente justo, no plano substancial. É assim que o processo será, efetivamente, um instrumento de justiça”

⁵⁴ Antes mesmo da previsão expressa do princípio da cooperação no Código de Processo Civil de 1973 (hoje previsto no art. 6º do CPC de 2015), Humberto Theodoro Júnior e Dierle Nunes (2009, p. 201) já alertavam que “a dimensão do contraditório preconizada pela ideia de participação efetiva dos sujeitos processuais no desfecho da causa não atrita sequer com o sistema vigente do nosso Código de Processo Civil. Apesar da ausência de um dispositivo legal

incessantemente para que se produza, democraticamente, o resultado final a que o processo se dirige. Neste sentido:

Com base no princípio do contraditório e, por consequência, no da efetividade normativa, faz-se necessária a implementação do diálogo incessante entre os sujeitos processuais, de modo a impedir decisões surpresa por parte do juiz e a imposição de argumentos estratégicos e persuasivos de uma parte bem assessorada tecnicamente. Somente argumentos normativos e legítimos deveriam formar a decisão compartilhada – ou seja, argumentos que possam ser fundamentados normativamente (NUNES, 2008 p. 241).

Impende observar que a adição da ideia de participação ao conteúdo do princípio do contraditório, faz com que o juiz, juntamente com as partes, seja sujeito do contraditório e tenha deveres que decorrem do princípio da cooperação. Portanto, o juiz também é, juntamente com as partes, destinatário do contraditório, e deve participar ativamente, dirigir o processo, ter iniciativa probatória, e manter o diálogo entre os sujeitos processuais, para que não haja surpresa na decisão (SANTOS, 2018, p. 73). Ou ainda, como afirma Daniel Mitidiero (2009, p. 74) “toda condução do processo dá-se com a observância, inclusive com relação ao próprio juiz, do contraditório”.

Nessa seara, a respeito da participação do juiz, enquanto sujeito do contraditório, a doutrina aponta quatro deveres relativos à sua

em nosso CPC (desnecessário, como já dito, em face da previsão constitucional), similar aos existentes nas legislações processuais de outros países, percebe-se, por meio de uma leitura sistemática, a presença entre nós da vinculação e comprometimento do legislador ordinário com a garantia do contraditório, em moldes dinâmicos”.

cooperação: (a) o dever de esclarecimento do órgão jurisdicional com as partes a partir da fundamentação clara e transparente; (b) o dever de prevenção, seria um dever assistencial do órgão jurisdicional de prevenir as partes da quanto a necessidade de aperfeiçoamento de seus articulados, como é o caso da emenda ou complemento da petição inicial; (c) o dever de consulta impõe ao juiz submeter ao contraditório prévio de todos os fundamentos da futura decisão, garantindo que as partes não sejam surpreendidas por decisão surpresa; por fim, (d) o dever de auxílio impõe ao juiz que este deve ajudar as partes a superar as possíveis dificuldades de exercer o seu direito, como é o caso reabertura de prazo, quando há sucumbência recíproca e houve a carga do processo pela outra parte, impedindo o recurso (SANTOS, 2018, p. 76-78).

Além dos deveres expostos anteriormente, impõem-se também, ao julgador, a vedação da decisão surpresa, que é um dos pilares do princípio da cooperação⁵⁵. De acordo com Welder Queiroz dos Santos (2018, p. 88), não pode o julgador proferir uma decisão que “contenha como fundamento matéria que não tenha sido previamente oportunizada, em nenhum momento processual manifestação dos sujeitos processuais a seu

⁵⁵ A respeito da vedação da decisão surpresa, convém trazer os estudos de Daniel Mitidiero (2009, p. 137), na sua importante obra a respeito da colaboração no Processo Civil, onde expõe a respeito da vedação de decisão: “No processo civil, é de rigor que o pronunciamento jurisdicional contenha uma apreciação completa das razões levantadas pelas partes para a solução da controvérsia. Evidentemente para a configuração do diálogo no processo é de rigor que tanto o demandante como o juiz e o demandado falem a propósito das questões suscitadas pelo juiz. Do contrário, há monólogo no lugar do diálogo, com claro prejuízo à feição democrática do processo. Como facilmente se percebe, o problema prende-se ao fiel perfilhamento do conteúdo do dever de motivar as decisões dentro do processo civil contemporâneo”.

respeito”. Vale lembrar que tal premissa, digna de aplausos, está expressa no art. 10⁵⁶ do Código de Processo Civil.

Neste ponto, a atividade jurisdicional deixa de ser encarada como resultado de um trabalho exclusivo do juiz para se tornar fruto de uma atuação conjunta, onde existem influências recíprocas e constantes entre os sujeitos que participam do processo. Assim, a decisão judicial ganha em legitimidade, uma vez que será proferida com fundamento em um pressuposto dialógico e participativo, momento em que ganha fôlego um outro princípio, ou seja, o da cooperação, que, dentre as suas axiologias, reverbera que o magistrado deve deixar de ser o único autor das decisões judiciais

Diante da posição de destaque do princípio do contraditório no Processo Civil e para o Estado Democrático de Direito, pretende-se, no decorrer do presente trabalho, realizar estudo sobre como tal princípio se manifesta nas demandas repetitivas para, então, verificar se os mecanismos processuais existentes são suficientes para garantir o contraditório participativo e evitar julgamentos surpresa e pouco debatidos na resolução das demandas repetitivas.

⁵⁶ Art. 10 do CPC - O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

2 A CRIAÇÃO DA TESE PARADIGMÁTICA PARA CAUSAS REPETITIVAS NO DIREITO BRASILEIRO

Antes de tudo, convém ressaltar que não é realidade exclusiva do cenário brasileiro a litigiosidade massificada. É possível identificar que no direito estrangeiro diversos instrumentos processuais estão se desenvolvendo nos últimos anos, com o objetivo de resolução de causas repetitivas, com vistas a assegurar a isonomia dos julgamentos. A Alemanha, por exemplo, desenvolveu a técnica de *Musterverfahren*; a Inglaterra, a *Group Litigation Order (GLO)*⁵⁷.

Como se depreende, o ordenamento jurídico brasileiro, confrontando-se com a necessidade de estabelecer adequados meios processuais para a tutela dos direitos individuais homogêneos, oriundos de uma sociedade de massa e, diante da inaptidão das ações coletivas, passou a buscar a implantação de instrumentos adequados e a criação de um regime processual próprio para tratar dessas ações repetitivas, já que novas realidades exigem novos institutos.

Em decorrência disso, constata-se que no Código de Processo Civil de 2015 é que houve a preocupação em sistematizar a resolução das demandas repetitivas, já que no seu art. 928 definiram-se quais são as formas de julgamento de casos repetitivos, quais sejam: incidente de

⁵⁷ Sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e o *Group Litigation Order* Britânica, vale citar o artigo de Daniel de Andrade Lévy: “O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no anteprojeto do novo Código de Processo Civil examina à luz da *Group Litigation Order* Britânica (2011, p. 165), o qual tem importante contribuição para o tema.

resolução de demandas repetitivas, recurso especial e extraordinário repetitivos.

Neste ponto, cumpre ressaltar de que a situação de massa não reside na natureza do direito material controvertido, mas na multiplicidade de demandas existentes para tutelar uma mesma situação, seja ela de natureza material ou processual⁵⁸.

Na sequência desse trabalho, passa-se à análise das principais características dos institutos que tratam de resolver demandas repetitivas: Incidente de resolução de demandas repetitivas e recursos especiais e extraordinários repetitivos.

2.1 O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

O Em primeiro lugar, é preciso reconhecer que o Poder Judiciário brasileiro precisa ser aperfeiçoado objetivando a efetividade na prestação jurisdicional. Casos iguais, a ele conduzidos para julgamento, não têm merecido a mesma decisão. O que acontece é que, pretensões idênticas, às vezes, recebem decisões inteiramente antagônicas (ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2009, p. 60). Ademais, como bem ressalta Pedro Miranda de Oliveira (2010, p. 53), “o atual estágio do processo civil brasileiro reflete

⁵⁸ Nesse sentido prevê o art. 928, Parágrafo único, do Código de Processo Civil de 2015: “O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual”.

um movimento destinado a identificar e tentar corrigir as mazelas que atingem o sistema processual”.

Em virtude dessas considerações, é importante assinalar que o cenário hodierno da litigância judicial fomenta melhoramentos impreteríveis, mormente no que concerne às demandas repetitivas.

Registra-se ainda que, tanto várias demandas individuais, quanto diversas demandas coletivas, se caracterizam como causas repetitivas, o que torna possível afirmar que o que as qualifica de tal forma não é o objeto litigioso, mas a homogeneidade, isto é, a existência de situações jurídicas homogêneas. Assim, o que as identifica é a litigiosidade de massa, em matéria constitucional ou infraconstitucional, independentemente de o direito ser individual ou coletivo.

Em verdade, essas ações que, na maioria das vezes, repetem situações pessoais idênticas, de maneira a acarretar a tramitação paralela de considerável quantidade de processos coincidentes em seu objeto e na razão de seu ajuizamento, demandam um padrão decisório por parte do Poder Judiciário. Isso porque, a prolação de decisões distintas para casos homogêneos gera incoerência ao sistema, retirando-lhe a segurança e ofendendo o direito à isonomia na prestação jurisdicional (BASTOS, 2010, p. 98).

Inclusive, esse contexto de litigiosidade atual exige a elaboração de ferramentas de solução das lides em escala, ou seja, de técnicas de processamento diferenciado a fim de tutelar e resolver de maneira adequada essas demandas isomórficas, que se repetem em larga escala, congestionando as vias do Poder Judiciário. Nesse sentido, com o objetivo de assegurar isonomia e segurança jurídica, o Código de Processo Civil

de 2015 prevê normas que estimulam a uniformização e a estabilização da jurisprudência, sobretudo em casos de demandas repetitivas, de modo a garantir a padronização de tratamento dessas causas (CUNHA, 2011, p. 260).

Sobre esse assunto, Marcos de Araújo Cavalcanti (2016, p. 43) faz uma importante observação a respeito do nome do instituto, pois entende que não é o mais adequado se falar em “demandas repetitivas”, mas sim “questões repetitivas”, já que o incidente não irá resolver as causas repetitivas, e que essas serão julgadas pelo juiz do caso concreto, ou seja, a tese jurídica fixada no incidente será aplicada ao processo repetitivo pelo juiz de origem.

Convém ressaltar que o Código de Processo Civil de 2015, no art. 976 e seguintes, prevê que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas terá cabimento quando identificada a controvérsia com o 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.

Portanto, o objetivo é estabelecer decisões paradigmas a serem seguidas pelos órgãos Judiciários na qualidade de precedentes obrigatórios. Isso porque a técnica em análise pretende atribuir força vinculante à decisão padrão proferida no julgamento de ações similares, as quais possuem por objeto circunstâncias fáticas ou fundamentos jurídicos idênticos.

Além disso, apresenta-se como um mecanismo que permite aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais julgar por amostragem demandas repetitivas que contenham o objeto controvertido

uma mesma questão unicamente de direito, sempre que houver “risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”. Ou seja, objetivo é “a definição prévia de uma tese jurídica central comum a diversas ações individuais repetitivas, a qual deverá ser obrigatoriamente adotada nos demais casos” (MENDES; RODRIGUES, 2012, p. 194).

A respeito do procedimento do IRDR, vale destacar que o incidente será instaurado junto ao presidente do tribunal em razão de provocação do juiz, do relator, de uma das partes, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, e, em todos os casos, o pedido deve ser acompanhado dos documentos que justifiquem o requerimento⁵⁹.

Registre-se também que, o julgamento do IRDR competirá ao órgão definido no Regimento Interno do Tribunal de Justiça ou do Tribunal Regional Federal, dentre os que são responsáveis pela uniformização de sua jurisprudência⁶⁰.

Uma vez instaurado o incidente, deverá ser dada ampla publicidade e específica divulgação, mediante registro eletrônico junto ao Conselho

⁵⁹ Art. 977 do CPC - O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal: I - pelo juiz ou relator, por ofício; II - pelas partes, por petição; III - pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.

Parágrafo único. O ofício ou a petição será instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente.

⁶⁰ Art. 978 do CPC - O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal.

Parágrafo único. O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente.

Nacional de Justiça (CNJ)⁶¹. O incidente deve ser julgado no prazo de um ano, e ostenta de prioridade em relação aos demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*. Ultrapassado esse prazo sem que seja julgado o incidente, cessa sua eficácia suspensiva, a não ser que o relator profira decisão fundamentada em sentido contrário⁶²

Ao examinar sua admissibilidade, o órgão colegiado competente verificará se os requisitos para a instauração do incidente estão preenchidos e se há efetivamente conveniência de se fixar uma tese jurídica a ser aplicada aos casos repetitivos⁶³. Caso seja entendido não

⁶¹ Art. 979 do CPC - A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.

§1º Os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro.

§2º Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterá, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados.

§3º Aplica-se o disposto neste artigo ao julgamento de recursos repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário.

⁶² Art. 980 do CPC - O incidente será julgado no prazo de 1 (um) ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*.

Parágrafo único. Superado o prazo previsto no caput, cessa a suspensão dos processos prevista no art. 982, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário.

⁶³ Art. 981 do CPC - Após a distribuição, o órgão colegiado competente para julgar o incidente procederá ao seu juízo de admissibilidade, considerando a presença dos pressupostos do art. 976.

estarem presentes os requisitos, a instauração será rejeitada e o curso do(s) processo(s) de onde se originou o IRDR será retomado.

A decisão que admite o incidente possui consequências relevantes, como a possibilidade de requisitar informações ao juízo em que tramitam os processos de onde se originou o IRDR, a intimação do Ministério Público para que se manifeste acerca da matéria e a suspensão dos processos repetitivos pendentes que veiculem o mesmo assunto⁶⁴. No incidente deve haver a participação democrática na formação da decisão padrão, de modo que, segundo a regra contida no dispositivo, o relator ouvirá as partes e demais interessados, no prazo comum de 15 (quinze) dias, respeitando, assim, o direito de influência para a formação da

⁶⁴ Art. 982 do CPC - Admitido o incidente, o relator: I - suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso; II - poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, que as prestarão no prazo de 15 (quinze) dias; III - intimará o Ministério Público para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias.

§1º A suspensão será comunicada aos órgãos jurisdicionais competentes.

§2º Durante a suspensão, o pedido de tutela de urgência deverá ser dirigido ao juízo onde tramita o processo suspenso.

§3º Visando à garantia da segurança jurídica, qualquer legitimado mencionado no art. 977, incisos II e III, poderá requerer, ao tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário ou especial, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado.

§4º Independentemente dos limites da competência territorial, a parte no processo em curso no qual se discuta a mesma questão objeto do incidente é legitimada para requerer a providência prevista no § 3º deste artigo.

§5º Cessa a suspensão a que se refere o inciso I do caput deste artigo se não for interposto recurso especial ou recurso extraordinário contra a decisão proferida no incidente.

decisão a ser proferida⁶⁵, matéria que será explorada no capítulo seguinte do presente estudo.

Oportuno mencionar ainda que tal previsão tem por objetivo permitir a participação ampla para que seja formado um precedente que tenha passado pelo contraditório, com o debate da matéria, e esta, talvez seja uma das principais qualidades do incidente (LÉVY, 2011, p. 168).

A decisão que julga o incidente deve enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo pelas partes e que são capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada⁶⁶. Então o julgamento firmado no incidente será aplicado a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitem no âmbito da competência territorial do tribunal⁶⁷. Neste

⁶⁵ Art. 983 do CPC - O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo.

§1º Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria.

§2º Concluídas as diligências, o relator solicitará dia para o julgamento do incidente.

⁶⁶ Art. 984 do CPC - No julgamento do incidente, observar-se-á a seguinte ordem: I - o relator fará a exposição do objeto do incidente; II - poderão sustentar suas razões, sucessivamente: a) o autor e o réu do processo originário e o Ministério Público, pelo prazo de 30 (trinta) minutos; b) os demais interessados, no prazo de 30 (trinta) minutos, divididos entre todos, sendo exigida inscrição com 2 (dois) dias de antecedência.

§1º Considerando o número de inscitos, o prazo poderá ser ampliado.

⁶⁷ Art. 985 do CPC - Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: I – a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive

momento, a tese jurídica definida no incidente poderá ser objeto de revisão pelo tribunal, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública⁶⁸. Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça apenas conhecerão do incidente caso interposto recurso extraordinário ou especial, respectivamente, em face da decisão de mérito nele proferida⁶⁹.

Além disso, o resultado do julgamento do IRDR é aplicado tanto aos processos em curso, quanto aos supervenientes, de sorte que abrange toda e qualquer ação idêntica à paradigma, seja atual ou futura, sem distinção, conforme expresso no do dispositivo legal:

àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região; II – aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.

§1º Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação.

§2º Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

⁶⁸ Art. 986 do CPC - A revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo menos tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados mencionados no art. 977, inciso III.

⁶⁹ Art. 987 do CPC - Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso.

§1º O recurso tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida.

§2º Apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito.

Art. 985 do CPC - Julgado o incidente, a tese jurídica **será aplicada**: I – a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região; II – **aos casos futuros** que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986 (grifou-se).

Sobre o tema, Karol Araújo Durço e Éric da Rocha Chehuen (2011, p. 563) destacam que:

As ações supervenientes, ou seja, aquelas propostas quando o incidente já tiver sido admitido, serão atingidas pela decisão do tribunal competente para seu julgamento, bem como as ações já ajuizadas quando do início de sua tramitação.

Logo, é notório que o efeito da decisão paradigmática tem aplicabilidade imediata sobre os processos em curso e os que vierem a ser distribuídos, em decorrência disso possuem efeito vinculante ao entendimento jurídico adotado pelo tribunal.

Ao contrário disso, se a tese jurídica decidida não vinculasse os processos posteriores, todo o procedimento do incidente se mostraria despropositado, uma vez que é totalmente desarrazoável instaurar outros incidentes sobre uma mesma questão de direito já apreciada anteriormente.

Aliás, não teria sentido que a decisão do incidente valesse, tão somente, para os casos já instaurados, já que se isto acontecesse, a toda nova ação ajuizada o tribunal teria que voltar a se manifestar, o que causaria enorme desperdício de tempo e energia, comprometendo a duração razoável do processo e a eficiência da prestação jurisdicional.

Portanto, toda a técnica de julgamento do instituto em questão, apenas apresenta coerência se a decisão proferida vincular as ações presentes e as intentadas após o seu julgamento, sendo desnecessário o julgamento reiterado pelos tribunais a respeito de demandas repetitivas, até alguma mudança de posicionamento por parte do tribunal. Essa revisão do entendimento, na forma da possibilidade preconizada pela novel lei processual, é deveras importante porquanto impede a fossilização da jurisprudência.

Nessa linha argumentativa, “pode se cogitar a ideia de que, independentemente do processo atual ou futuro, toda ação idêntica teria sua submissão quase que inexorável à decisão paradigma” (CAMBI; FOGAÇA, 2015, p. 45).

Neste sentido, a decisão final terá aplicação tanto favorável quanto desfavorável aos indivíduos interessados. Logo, o julgamento proferido pelo tribunal será, necessariamente, aplicado à ação individual ajuizada sobre a mesma tese jurídica, ainda que tal aplicação seja prejudicial ao autor.

Em outras palavras, todas as ações individuais análogas já propostas, ou as demandas idênticas protocoladas após a tramitação do incidente estão submetidas à decisão nele proferida, seja ela favorável ou desfavorável aos interesses dos demandantes.

Assim, o incidente de resolução de demandas repetitivas, se utilizado do modo como se espera, desempenha papel consideravelmente importante no processo judicial brasileiro, tendo em vista que confere segurança jurídica e assegura o tratamento isonômico dos indivíduos perante às decisões judiciais, bem como, acelera a prestação jurisdicional.

Entretanto, em caso de inobservância da tese adotada no incidente, é cabível Reclamação⁷⁰, a ser ajuizada perante qualquer tribunal⁷¹, com vistas a garantir a autoridade dos julgamentos proferidos no IRDR.

Nessa esteira, percebe-se que a reclamação, no que concerne ao incidente de resolução de demandas repetitivas, é o mecanismo que lhe confere efetividade e eficácia, de modo a assegurar a superioridade do precedente desenvolvido nesse instrumento processual. Inclusive, Lucas Buriel de Macêdo (2014, p. 425) ratifica:

Assim, prolatada decisão que constitui precedente obrigatório, seguida de posterior ato judicial ou administrativo que deixe de aplicar ou aplique equivocadamente esse precedente, seria possível propor reclamação constitucional diretamente para o Tribunal Superior, que, julgada procedente, cassaria a decisão ou ato e determinaria a sua correta aplicação, ou a não aplicação da *ratio decidendi*, conforme as peculiaridades do caso.

Feitos alguns apontamentos para situar o leitor a respeito do procedimento do IRDR, não se pode deixar de mencionar que diversos autores tecem severas críticas⁷², sobretudo no que diz respeito à violação

⁷⁰ Art. 985 do CPC - [...] §1º Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação.

⁷¹ Art. 988 do CPC - [...] §1º A reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal, e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir.

⁷² Vale trazer a opinião de Marinoni (2016, p. 329) a respeito do IRDR: “o modo como o incidente foi desenhado pelo legislador, frio e neutro em relação aos direitos discutidos e, especialmente, ao direito de discutir, torna-o um instrumento ilegítimo, destinado a viabilizar os interesses do Estado que não tem compromisso com a adequada tutela dos direitos, fim básico de todo e qualquer Estado Constitucional”

do direito constitucional de participar em contraditório. Para Luiz Guilherme Marinoni (2016, p. 328), a solução para a preservação da técnica processual e evitar a inconstitucionalidade do IRDR, como não há a possibilidade de chamar todos à participação individualizada, visto que inviabilizaria por completo o procedimento, a melhor alternativa é tornar presente os legitimados, e garantir que os interesses dos grupos estejam devidamente representados, da mesma forma que ocorre na Lei da Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor.

2.2 RECURSOS REPETITIVOS: RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAIS REPETITIVOS

Feitas estas digressões a respeito do IRDR, passa-se à breve análise de outro instrumento importante no sentido de “dimensionar a litigiosidade repetitiva, conter a dispersão jurisprudencial, e, sobretudo, ao viabilizar a formação de precedentes, assegurar as garantias fundamentais de isonomia processual e segurança jurídica” (FREIRE, 2018 p. 25). Trata-se dos Recursos Repetitivos, cujas regras estão previstas nos art. 1.036⁷³ e seguintes do Código de Processo Civil de 2015, as quais permitem o julgamento por amostragem por parte do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, quando houver multiplicidade de recursos com idêntica controvérsia.

⁷³ Art. 1.036 do CPC - Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

A princípio, o julgamento de recursos repetitivos segue a lógica de enfrentar a litigiosidade de massa com o seguinte modelo de procedimento: seleção de um ou mais recursos representativos de controvérsia, em seguida o sobrestamento dos demais recursos que discutiam as mesmas questões e o julgamento do recurso afetado e irradiação da tese para todos os processos sobrestados (DANTAS, 2015, p. 68).

Vale lembrar que essa sistemática já estava presente desde a concepção do requisito da repercussão geral com a EC 45/04 e regulamentada pela Lei nº 11.418/06, com a inclusão das alíneas B e C ao art. 543 do CPC de 1973, e constituiu uma verdadeira inovação no julgamento das demandas repetitivas. Foi um produto da terceira fase da reforma do CPC/73⁷⁴, que tinha como foco a maior celeridade processual, consubstanciada no princípio da razoável duração do processo, por meio da diminuição do número de processos a serem julgados pelo STJ, e a uniformidade na prestação jurisdicional (RIBEIRO, 2010, p. 617-622).

⁷⁴ A respeito da terceira fase de reformas do CPC, Antônio Pereira Gaió Júnior (2009, p. 141) acrescenta: “Neste sentido, observa-se como ponto comum no corpo das últimas reformas legislativas operadas no campo do processo civil pátrio, a presença constante, até porque igualmente necessária em nosso sistema, do binômio “celeridade-efetividade”, traduzindo-se aí na preocupação do legislador em enfrentar patologias em constante crescimento, não somente pelo volume de cidadãos que todos os dias batem na porta do Poder Judiciário em busca de uma prometida chiovendiana “vontade da lei” acerca das mais diversas demandas, mas, sobretudo, pela incipiência pragmática de institutos construídos sobre outras realidades, quer sociais e mesmo científicas, onde, no terreno das construções dogmáticas, enfrentam a quebra de paradigmas operadas por constantes evoluções do próprio sistema de proteção de direitos fundamentais, como o é o direito a um processo justo, tradução exata do encontro entre”.

Além do claro objetivo da prestação jurisdicional racional e célere, a recente lei dos recursos repetitivos visou ainda otimizar o trabalho dos ministros da elevada corte, que, por consequência, racionalizou o julgamento de demandas com matéria que se repete e, por consequência, a dispor de mais tempo para outras demandas que necessitam de maior análise. Portanto, o STJ cumpre seu papel de uniformizador de jurisprudência e consegue assim desafogar a corte superior de processos que contenham a mesma matéria de Direito sendo impugnada (RODRIGUES NETTO, 2008, p. 235).

Acerca do procedimento dessa sistemática no Supremo Tribunal Federal, a Suprema Corte analisará se há repercussão geral nos Recursos Extraordinários, julgando um ou alguns dos recursos que reproduzam a mesma questão de direito, e todos os demais serão sobrestados, até que, julgado o mérito, passa a ser estendido a todos os recursos.

Igualmente, caberá ao Superior Tribunal de Justiça admitir um ou alguns recursos representativos da controvérsia – quando houver multiplicidade de recursos especiais com fundamento em idêntica questão de direito – suspendendo-se os demais, de modo a conferir tratamento uniforme às causas que versem sobre a mesma questão.

Assim, o Código de Processo Civil de 2015 estabelece, em seu art. 1.036, que, sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais “com fundamento em idêntica questão de direito”, haverá afetação para julgamento de dois ou mais recursos representativos da controvérsia. Neste caso, então, haverá “julgamento por amostragem”, cabendo ao Tribunal de Superposição – STJ ou STF – julgar dois (ou mais) recursos representativos da controvérsia e produzir uma decisão

que servirá de paradigma para a solução de casos idênticos (seriais ou repetitivos), nos quais se discute a mesma questão de direito.

A respeito da expressão “múltiplos recursos com fundamento em idêntica questão de direito”, trazida no texto normativo, art. 1.036 do CPC de 2015, Alexandre Freitas Câmara (2017, p. 224), traz uma crítica, pois, o que se tem nos casos repetitivos é uma multiplicidade de casos nos quais se discute a mesma questão de direito. Não se pode confundir “questões idênticas” com “a mesma questão”. Vale frisar que o “caráter repetitivo dos recursos excepcionais se manifesta quando em múltiplos recursos se discute a mesma questão de direito”.

Posto isso, Alexandre Freire (2018, p. 37) acrescenta que por ser a finalidade dos recursos repetitivos a “apresentação de uma pauta de conduta para julgamentos dos demais recursos repetitivos”, sustenta tratar-se este de um “incidente”, e outorga ao instituto a nomenclatura de “incidente de resolução de recursos repetitivos”.

No que concerne ao efeito vinculante das decisões emanadas de recursos excepcionais repetitivos, isto resulta expressamente do disposto no art. 1.040 do CPC de 2015. Isto por que, nos termos daquele dispositivo, publicado o acórdão paradigma, deverá ser negado seguimento a recurso especial ou extraordinário que estivesse sobrestado no tribunal de origem, sempre que o acórdão recorrido coincidir com a orientação fixada pelo tribunal superior (art. 1.040, I); deverá haver retratação do órgão prolator da decisão atacada pelo acórdão impugnado através do recurso especial ou extraordinário sobrestado no tribunal de origem sempre que aquele pronunciamento não estiver em conformidade com a decisão paradigma (art. 1.040, II); a tese fixada no acórdão

paradigma será aplicada aos processos ainda não julgados que estivessem suspensos perante qualquer órgão jurisdicional (art. 1.040, III), assim como será a mesma tese aplicada aos processos que posteriormente vierem a ser instaurados.

Diante do exposto, os recursos excepcionais repetitivos, integram a sistemática de resolução de demandas repetitiva, e seguem a sistemática de julgamento por amostragem.

2.3 TÉCNICA DE CISAÇÃO DA COGNIÇÃO JUDICIAL (TESE X CAUSA PILOTO)

A O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e os Recursos Repetitivos têm por objetivo firmar uma tese em abstrato. Ocorre que, conforme explanado anteriormente, o precedente trabalha os fatos jurídicos relevantes que compõem o caso examinado pela jurisdição e que determinaram a prolação da decisão da maneira como foi, de modo que pode ser identificado com a *ratio decidendi* de um caso ou de uma questão jurídica (MITIDIERO, 2012, p. 70-71). Com efeito, o autor Lucas Buril Macêdo (2014, p. 92-93) ratifica o posicionamento:

Na verdade, em sentido estrito, o precedente pode ser definido como sendo a própria *ratio decidendi*. Em sentido próprio, continente ou formal, é fato jurídico instrumento de criação normativa, em outras palavras: é fonte do Direito, tratando-se de uma designação relacional entre duas decisões.

Apesar disso, entende-se que os precedentes judiciais são, assim como os enunciados legislativos, textos dotados de autoridade que carecem de interpretação, e que o aplicador do direito deve extrair a *ratio*

decidendi – o elemento vinculante – do caso a ser utilizado como paradigma (BUSTAMANTE p. 259).

Por *ratio decidendi* denomina-se o fundamento determinante ou o motivo essencial da decisão. Ou seja, constitui uma generalização das razões adotadas como passos necessários e suficientes para decidir um processo ou as questões de uma demanda pelo juiz, e deve ser formulada por abstrações realizadas a partir da fundamentação da decisão judicial. Logo, a *ratio* é uma razão necessária e suficiente para resolver uma questão relevante do caso (MITIDIERO, 2012, p. 71).

Destarte, a *ratio decidendi* é o principal elemento que compõe a decisão proferida pelo magistrado, e é possível utilizá-la como razão para adotar a decisão anterior como paradigma no julgamento de outro caso. Desta forma, é, na verdade, a *ratio* que possui caráter obrigatório/vinculante ou persuasivo, pois, muito embora tenha sido realizada para um caso concreto, pode ser universalizada.

Vale frisar que o precedente será considerado obrigatório quando possuir eficácia vinculativa em relação aos casos que, em situações similares, lhe forem posteriores. Nesses casos, a *ratio decidendi*, formulada na decisão judicial anterior, deve obrigatoriamente ser adotada pelo órgão jurisdicional na fundamentação do atual julgamento, porquanto, forma uma norma jurídica geral com caráter vinculativo.

A respeito dos precedentes, convém colacionar a lição de Maurício Martins Reis (2013, p. 397):

Um precedente vinculará tanto quanto incidirá o seu teor argumentativo perante outros casos semelhantes, ante o pressuposto de o seu critério ser o mais adequado ou correto perante os demais.

[...] Precedentes de tribunais superiores merecem ser acatados, porquanto a uniformidade jurisprudencial por eles almejada toma como pressuposto a resposta constitucionalmente correta ou adequada.

De modo geral, diante da criação de uma tese jurídica, está-se tratando do universalismo jurídico, o autor Neil MacCormick (2008, p. 103-104) explica que este no fenômeno consiste em uma decisão proferida em determinado caso possa fornecer uma regra aplicável também a outros casos, ou seja, uma regra universalizada.

Para esse modelo é possível tecer duas críticas contundentes: primeiro por ser um modelo mais burocrático, substancialmente autoritário, no qual as cortes têm o monopólio de “dizer o direito” de maneira vinculante. E, segundo por ser um modelo que leva ao engessamento da jurisprudência (RODRIGUES, 2017, p. 146-147).

Diante disso, contra a instauração de um modelo universalista para resolução de demandas homogêneas, o ordenamento brasileiro traz soluções que parecem, no mínimo satisfatórias.

A primeira questão é quanto ao risco de engessamento do sistema, no qual o Código de Processo Civil de 2015 ampliou as hipóteses de *overruling* (superação de precedente), ou seja, na qual a não adoção do precedente não importa necessariamente em afirmar que o precedente está equivocado ou que deve ser abolido. Tal atitude refere-se a sua inutilidade para solucionar a situação *sub judice*.

Ou ainda, mediante a técnica intitulada *overruling*, na qual o magistrado modifica o precedente. Isto é, trata-se de caso análogo ao que gerou o precedente, contudo, a solução adotada mostra-se equivocada, de

modo que não há motivos para a sua manutenção, e o referido precedente ser revogado e substituído por outro.

Também se admite o *overruling* quando a evolução tecnológica, ao gerar nova realidade, impõe a reconfiguração da doutrina ou da teoria que fundamenta o precedente. O mesmo ocorre quando os valores sociais, que sustentam o precedente, são modificados (MARINONI, 2016, p. 115). No mesmo sentido, Daniel Mitidiero (2012, p. 73) acrescenta:

Tendo em conta a necessidade de desenvolver o direito a fim de mantê-lo sempre fiel à necessidade de sua dupla coerência, um sistema de precedentes precisa prever técnicas para sua superação – seja total (*overruling*), seja parcial. [...] A superação de um precedente (*overruling*) constitui a resposta judicial ao desgaste da sua dupla coerência (congruência social e consistência sistêmica). Quando o precedente carece de dupla coerência e os princípios básicos que sustentam a regra do *stare decisis* – segurança jurídica e igualdade – deixam de autorizar a sua replicabilidade (*replicability*), o precedente deve ser superado.

A segunda questão é quanto à cisão da cognição judicial. Isto é, na primeira etapa há o julgamento exclusivamente da interpretação da questão de direito central, o qual fixará a tese a respeito de determinado assunto, e que deverá ser aplicado aos demais casos similares. Essa seria a “etapa universalista”. Por outro lado, na segunda etapa, a “particularista”, objeto da lide propriamente dita, com todos os seus aspectos fáticos⁷⁵.

⁷⁵ Nesse sentido, Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues (2017, p. 149), também se reporta à fase denominada universalista.

Isso quer dizer que no momento da resolução do IRDR o tribunal deve resolver o caso modelo, mas sua obrigação não se encerra com isso. A lei prevê expressamente no parágrafo único do art. 975 do CPC, que “o órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente”.

Neste ponto, fica evidente que o legislador desejou que o órgão julgue o incidente (caso concreto), bem como fixe a tese jurídica. Nesse sentido, o julgamento simultâneo está intimamente ligado à natureza prospectiva do IRDR, pois nesse julgamento simultâneo, o tribunal define uma tese genérica que deverá ser aplicada aos casos sobrestados e futuros.

Em virtude disso, pode-se afirmar que a fixação de tese nos remete a questão do universalismo e retoma um problema antigo a respeito da separação de questões de fato e questões de direito, como se fosse possível fazer a perfeita cisão entre eles.

Sobre este tema, Júlio César Goulart Lanes (2014, p.139) defende que é necessário relativizar essa separação artificial entre fato e direito:

Não se pode fechar os olhos ao entrecruzamento de fato e direito. É como já se insistiu, o fato sem o direito, no processo, nada diz. Do mesmo modo, o direito é sempre interpretado e aplicado tendo-se em apreço um qualquer aspecto fático, sob pena de absoluta inutilidade, para o que, indiscutivelmente, não tem vocação o processo.

A questão é que fato e norma são dois aspectos de um só fenômeno, e a tentativa de distanciá-los causa sempre um “artificialismo estéril”. A par disso, Teresa Arruda Alvim (1998, p. 253-271) demonstra que é impossível fazer a distinção integral entre questão de fato e de direito,

uma vez que o fenômeno do direito ocorre no momento da incidência da norma no mundo real, no mundo empírico.

Mister ressaltar neste momento que a autora Tereza Arruda Alvim (1998, p. 253-254) trouxe importante contribuição com o seu estudo, relativo à problemática entre impossibilidade da cisão total entre questão de fato e de direito, assim como à admissibilidade dos recursos extraordinários, no qual demonstra ser mais adequado falar em questões predominantemente de direito e questões predominantemente de fato. Isso significa que, embora o fenômeno jurídico não ocorra distante do mundo da vida, o aspecto problemático desse fenômeno pode ter grau de preponderância, ou seja, a problemática está na compreensão e aplicação do mandamento legal.

Em virtude disso, é importante ainda registrar as considerações de Tereza Arruda Alvim (1998, p. 254), a qual alega que “questões de fato reclamam por provas, ao passo que questões de direito reclamam por argumentos”.

Nessa lógica, Sofia Temer (2016, p. 71) aplica a distinção ao IRDR e explica que quando o aspecto problemático for predominantemente jurídico (ou seja, não compreender questão de fato alegado), será possível apontar em questão de direito se o julgamento pretender resolver temas como: a) como deve ser entendido o texto normativo e quais as consequências jurídicas extraídas; b) qual a norma aplicável a uma determinada situação fática; e c) a compatibilidade entre texto normativo e outras normas e Constituição.

Com isso, fica evidente que para tal corrente, no incidente, não seriam apurados os fatos, ou seja, se ocorreram ou como ocorreram.

Porém, o tribunal deve estar preocupado em definir a compreensão de textos normativos, e considerar os fatos do caso paradigmático. Portanto, o aspecto problemático seria predominantemente de direito, sem, contudo, excluir totalmente os fatos. Neste sentido, o tribunal deverá identificar uma situação fática padrão para a sua atividade de cognição. Isto significa que o incidente não se confunde com os casos concretos que lhe dão respaldo.

Essa ideia de situação fática padrão⁷⁶, a qual se traduz num padrão de semelhanças de dados da realidade está relacionado com a natureza das coisas, e, por isso, tem proximidade com a situação que se repete nas demandas, desprezando as particularidades que cada uma pode vir a apresentar.

Desta forma, percebe-se, que o tribunal, seja no julgamento dos recursos repetitivos ou no IRDR, deverá abstrair as circunstâncias de fato e projetar um fato-tipo, sem se ater a elementos subjetivos e às mínimas particularidades das situações concretas, mas sim, descrever elementos relevantes que se repetem e os padrões observados na causa piloto.

Isso é, ainda que se observe a criação da cognição judicial, no momento da criação da tese e do julgamento da causa piloto, essa dicotomia não se demonstra ser absoluta, pois o tribunal, no momento da criação da tese, não irá inventar um fato-tipo. O fato-tipo deve guardar representatividade com a causa piloto.

⁷⁶ A situação fática padrão é chamada por Antônio Passo Cabral (2014, p. 77) de fato-tipo.

Isso fica claro quando do julgamento dos Recursos Repetitivos, no qual há a necessidade da seleção de dois ou mais recursos⁷⁷ que deverão representar a controvérsia, ou seja, a causa piloto serve justamente para trazer parâmetros a respeito da causa que se repete, e embasar a criação da tese a respeito de determinada questão de direito.

Diante do exposto, pode-se afirmar que esse raciocínio é importante para o presente trabalho, pois o objetivo é explorar o contraditório participativo justamente na fase universalista, quando da fixação da tese, conforme será abordado no capítulo seguinte.

2.4 A CRIAÇÃO DA TESE PARADIGMÁTICA PARA AS CAUSAS REPETITIVAS

A apresentada instituição pela legislação infraconstitucional de decisões que devem ser observadas⁷⁸ pelos juízes e tribunais ao

⁷⁷ Art. 1.036, § 1º do CPC - O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso

⁷⁸ Art. 927 do CPC - Os juízes e os tribunais observarão:

- I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- II - os enunciados de súmula vinculante;
- III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

proferirem decisões, implica em uma nova maneira de se pensar o caso concreto, já que, no momento da criação do precedente, o juiz, ao decidir, deve além de resolver o caso concreto, também firmar uma tese em abstrato do qual os julgadores posteriores poderão extrair uma norma jurídica (*ratio decidendi*) a ser aplicada em casos subsequentes.

Assim, o magistrado deve possuir, no momento da criação da decisão das causas repetitivas, além de um olhar retrospectivo (análise das decisões anteriores que versam sobre o tema), e também um olhar prospectivo, e fazer um exercício quanto às consequências, e as possíveis aplicações dessa nova decisão, que tem por essência ser uma tese para aplicação em casos similares.

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Aprofundando no assunto, a visão retrospectiva reside no juiz, ao construir a sua decisão, o dever de observar o que o próprio órgão julgador e os tribunais superiores já proferiram acerca das matérias de direito, iguais ou similares, que se exponham diante do juiz no caso em julgamento (LAMY; LUIZ, 2015, p. 386). Assim, decidir com base em precedente tem ligação com o passado. O papel do magistrado, portanto, estará atrelado ao que já foi objeto de posicionamento judicial anterior.

Por outro lado, o sentido prospectivo do ato decisório refere-se à preocupação do julgador com o futuro, visto que a decisão de IRDR e Recursos repetitivos será aplicada às demandas futuras. Portanto, o magistrado, ao criar o precedente, deve ter ciência de que ele é dirigido também para a sociedade, e não apenas para as partes. Isto é, são capazes de servir de diretriz para o julgamento de outros casos e, além disso, fixar uma pauta de comportamento para os jurisdicionados, o que enseja a sua formação dinâmica e privilegia o princípio do contraditório pleno na consolidação da segurança jurídica.

A respeito desses dois aspectos importantes, Luiz Guilherme Marinoni *et al* (2016, p. 107) alerta para a questão das consequências da decisão.

O juiz que considera o passado mostra respeito ao Poder de que faz parte e à confiança nele depositada pelo jurisdicionado. No entanto, se o magistrado é consciente de que a sua decisão poderá formar um precedente, o qual deverá ser respeitado pelos seus sucessores e interferirá sobre o comportamento das pessoas, a sua preocupação e responsabilidade pessoal certamente se intensificam. Quando se pensa em termos de precedente, a decisão de hoje não apenas considera o passado, mas também serve para o futuro.

Ocorre que o efeito prospectivo da decisão gera desconfiança, pois requer que o julgador do presente não só faça um exercício de adivinhação de como o juiz do futuro aplicará a sua decisão, mas também as implicações que a decisão irá gerar na sociedade. Isto significa tentar fazer a antecipação de todas as possibilidades futuras de sua aplicação, e de querer “dar respostas antes das perguntas”, quando na verdade sabemos que esse exercício nunca alcançará a complexidade da realidade (LAMY; LUIZ, 2015, p. 399).

Essa preocupação, a respeito do efeito prospectivo das decisões, na sistemática do efeito vinculante, trazida pelo Código de Processo o Civil, está bem elaborada no texto dos autores Eduardo de Avelar Lamy e Fernando Vieira Luiz (2015, p. 383-397), os quais criticam o efeito prospectivo na perspectiva do autor Frederick Shauer. Para os autores, ao fazer essa projeção do futuro nas decisões do presente, deseja-se criar uma regra que esteja desconectada com os fatos do caso, a partir de um caráter genérico e abstrato, que não permitiria a construção de analogias aos novos casos aplicados, o que implica em maior protagonismo e subjetivismo do juiz futuro.

No objeto do presente estudo, a criação da decisão do IRDR e Recursos Repetitivos, ao fixar a tese, deveria haver essa preocupação com o futuro – efeito prospectivo. Conforme visto no item 3.2, a criação da tese estará acompanhada do julgamento do caso concreto que deu origem ao procedimento, seja recurso ou ação representativa da controvérsia. Portanto, entende-se que não se pretende a esterilização da tese ao caso concreto. Na verdade, a tese parte do caso paradigma, do qual será extraída a tese. Isto significa que não se perde, por completo, a referência ao caso concreto, e isso, parece, ao menos, amenizar a questão

do efeito prospectivo da decisão, já que o juiz do futuro poderá se fazer valer dos aspectos concretos do caso do passado que deram ensejo à tese, para utilizar, ou não, a tese do julgamento.

Acrescenta-se a isso, ser imprescindível ampliar o debate processual na formação do precedente judicial, visto que ele terá o condão de atingir pessoas que não participaram de sua constituição. Assim, o precedente é formado a partir dos esforços de advogados, juízes e demais envolvidos na atividade processual, amadurecendo de acordo com a apreciação dos mais diversos pontos de vista expostos durante a tramitação da demanda, até atingir um nível compatível com a fixação de um texto normativo que será interpretado pelos órgãos jurisdicionais seguintes, incumbidos de moldar e extrair a norma do precedente.

Por fim, parece ser o mais adequado, em um Estado Democrático de Direito, que a formação do precedente se forme de maneira democrática, possibilitando e favorecendo a participação mais ampla possível de todos que estejam envolvidos no processo, de modo que a aplicação do precedente se legitime não somente pela autoridade de quem o proferiu, mas também pela sua construção democrática. Essa é justamente a preocupação do presente estudo, que, conforme será visto adiante, o julgador deve ouvir as alegações das partes e as apreciá-las com a finalidade de oferecer às partes uma solução jurídica que não exclua argumentos que possivelmente seriam invocados quando a matéria fosse novamente submetida ao Judiciário.

3 O DIREITO FUNDAMENTAL AO CONTRADITÓRIO: OPORTUNIDADE DE EFETIVA PARTICIPAÇÃO PARA A CRIAÇÃO DA DECISÃO PARADIGMA NAS DEMANDAS REPETITIVAS

Conforme abordado no primeiro capítulo deste trabalho, o contraditório merece ser compreendido sob a perspectiva de um direito fundamental, o qual deve irradiar por todo o processo. De igual forma, deve acontecer quando se trata das demandas repetitivas, nas quais as partes extrapolam aquelas diretamente representadas na lide, que não estão presentes nesse procedimento, mas que serão afetadas pela decisão com efeito vinculante que resolve este tipo de demanda.

Vale destacar, portanto, que a criação de um sistema de padrões decisórios vinculantes exige que seja observado o modelo constitucional de processo, em especial a sua face democrática, pautado no valor da participação, traduzido normativamente no contraditório, na sua perspectiva cooperativa, para proporcionar o debate dinâmico e efetivo.

Nesse sistema de decisões vinculantes, exige-se, portanto, especial atenção da participação (contraditório) em dois momentos distintos: o da criação da decisão paradigma, com efeito vinculante, e o momento da sua aplicação aos casos posteriores.

O foco do presente trabalho se estabelece no primeiro momento, qual seja, na criação da decisão paradigma que irá ser aplicada aos demais casos (sobrestados e futuros). Para tanto, sustenta-se que a legitimidade dessa decisão com efeito vinculante, passa, necessariamente, pela

ampliação do princípio do contraditório, com mecanismos que possibilitem a ampla participação qualificada⁷⁹.

Cumpra deixar claro que o ponto de partida do contraditório que se pretende abordar no presente trabalho, se dá partir da delimitação da questão de direito submetida a julgamento, pois será a partir dela que o contraditório participativo deverá se desenvolver, pois sem que se tenha clareza da questão, a realização do contraditório poderá ficar comprometida.⁸⁰

Em outras palavras, a correta e clara fixação quanto aos pontos que serão objetos do julgamento é de extrema importância, pois sobre estes pontos é que deverá ficar restrito o contraditório, cabendo aos participantes trazerem variantes e argumentos para fomentar e subsidiar a tomada de decisão dos julgadores⁸¹.

⁷⁹ A respeito dos dois momentos distintos (criação e aplicação do padrão decisório), Alexandre Freitas Câmara (2017, p. 178-179) expõe que a doutrina brasileira vem se debruçando sobre o tema dos precedentes voltados para a sua aplicação, mas não para a sua formação. Alerta ainda que há quem dedique algum esforço em traçar pontos a respeito da formação dessas decisões, sem, contudo, dar a devida atenção a atuação das partes e de outros sujeitos na formação dessas decisões, dando a impressão de que de que a formação do precedente se dá a partir da atuação exclusiva dos órgãos jurisdicionais.

⁸⁰ Nesse sentido, cumpre destacar o Enunciado nº 2 do Fórum permanente de processualistas civis: (arts. 10 e 927, §1º) Para a formação do precedente, somente podem ser usados argumentos submetidos ao contraditório. (Grupo: Precedentes 2)

⁸¹ Vale registrar o adendo do prof. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes (2017, p. 199): “As considerações expostas acima são importantes porque, além disso, o legislador brasileiro parece também ter atribuído certo papel de controle ao próprio Poder Judiciário, no sentido de zelar pelo devido processo legal do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Em especial, a preocupação

3.1 O DIREITO FUNDAMENTAL AO CONTRADITÓRIO NA PERSPECTIVA DAS DEMANDAS REPETITIVAS COMO FORMA DE INFLUÊNCIA PARA O DEBATE QUALIFICADO

Os mecanismos de aglutinação para a solução de questão de direito, os quais visam tornar a decisão do tribunal obrigatória para todos os magistrados a ele submetido, afetarão terceiros não participantes da relação jurídica. Ocorre, que essa falta de participação do terceiro que sofrerá as consequências da decisão, poderá demonstrar grave risco à constitucionalidade dessas técnicas, já que, colocada dessa forma, há clara violação ao contraditório. Para que se evite a inconstitucionalidade desses institutos, é importante que se incluam pessoas capazes de representar os interesses dos ausentes, de modo que esses interesses possam efetivamente ser tutelados (ARENHART, 2016, p. 298-299).

Em relação a esse assunto, Luiz Guilherme Marinoni (2015, p. 354) se refere ao princípio do contraditório para a formação do precedente e a necessidade de se repensar o contraditório:

Quando se trata dos precedentes, outro princípio de relevo é o contraditório, pois este sempre foi pensado numa ótica individualista, contudo, quando analisa-se o precedente à luz do contraditório, encaramos este numa concepção mais dialética do processo, que implica na participação efetiva dos sujeitos do processo. E mais, quando analisado na questão do precedente ele vai além, pois transcende a individualidade da decisão, e deve ser visto também como um direito de participação na construção da norma geral (ratio

no sentido da correta definição da questão a ser elucidada e que os fundamentos contrapostos estejam bem representados quanto à amplitude e profundidade”.

decidendi, tese jurídica estabelecida na fundamentação do julgado).

Por outro lado, na posição de Alexandre Freitas Câmara (2017, p. 180-181), em sua tese de doutoramento, o contraditório, na formação dos padrões decisórios vinculantes, assume a função legitimadora, do ponto de vista constitucional, e é ele que vai atribuir o efeito vinculante às decisões descritas no art. 927 do Código de Processo Civil. Logo, para o referido autor, nem tudo, que está no referido artigo terá efeito vinculante, e somente terá efeito vinculante o que for resultado de uma participação subjetiva, ampla e qualificada⁸².

No mesmo sentido, Gisele Mazzoni Welsch (2016, p. 151), também em sua tese de doutoramento, sustenta a necessidade de se estabelecer critérios da participação e intervenção de órgãos e agentes, como forma de gerarem decisões com status de precedente judicial com eficácia vinculante, como forma de legitimar democraticamente a decisão.

Fazendo o raciocínio inverso: sem que houvesse ao menos a possibilidade de haver um amplo contraditório, que passa pela participação de terceiros interessados, como *amicus curiae*, realização de

⁸² Nas palavras do autor da tese: [...] [há] a exigência de uma releitura do princípio do contraditório, que precisa se manifestar de forma subjetiva ampliada para legitimar a formação e a ampliação de padrões decisórios dotados de eficácia vinculante, de modo que somente padrões formados em procedimento cuja estrutura seja composta de modo a impor essa ampliação do contraditório e se desenvolvem segundo uma comparticipação qualificada é que podem, legitimamente, ser dotados de eficácia vinculante, enquanto outros pronunciamentos só podem ser empregados como precedentes argumentativos ou persuasivos (CÂMARA, 2017, p. 20-21).

audiência pública, estes procedimentos de decisões vinculantes tornar-se-iam instrumentos autoritários⁸³, com clara violação ao contraditório, ou seja, com clara violação constitucional.

Sob essa perspectiva, convém frisar, é que o presente trabalho se pauta: o contraditório enquanto legitimador para uma decisão ter o caráter vinculante a ela atribuído.

Nesse ínterim, é que se sustenta, conforme abordado no primeiro capítulo deste trabalho, de que o Direito Processual Civil teve a necessidade de se desvincular da sua posição tradicional individualista. E a partir do modelo cooperativo de Processo Civil, a concepção do princípio do contraditório também passa a se adequar às demandas massificadas, com o objetivo de garantir a cooperação processual por meio da efetiva participação para a construção da tese jurídica paradigmática.

Neste momento, no qual se desenvolve o contraditório na ocasião da criação da decisão que resolve demandas repetitivas (seja IRDR ou Recursos Repetitivos), é uma etapa de preparação para o julgamento, o qual serve para instruir o julgador com informações e manifestações necessárias para que esteja apto a dar o melhor desfecho para a questão controvertida.

Além disso, a opção legislativa, com a criação de mecanismos de gestão e julgamento das causas repetitivas, coletiviza a tutela de direitos

⁸³ Nesse sentido, o autor Ticiano Alves Silva (2010, p. 234), em artigo publicado na Revista dos Tribunais utiliza a expressão “instrumento autoritário” para se referir ao IRDR sem o devido contraditório.

individuais homogêneos, o qual tem por objetivo assegurar tratamento prioritário, adequado e isonômico. Trata-se de uma ruptura quanto às formas de exercício do contraditório, e, conforme será demonstrado no decorrer do presente capítulo, não se identifica uma verdadeira restrição ao exercício do contraditório, mas sim uma “verdadeira adaptação deste megaprincípio processual às necessidades que a sociedade contemporânea impôs à forma de desempenho da prestação jurisdicional” (RODRIGUES, 2017, p. 187).

Por outro lado, a sustentada adaptação do princípio do contraditório passa, necessariamente, pela noção de “adequada representatividade”, tema que será também abordado ao longo do presente capítulo.

Vale destacar, ainda que muitas obras que se dedicam a explorar tanto o IRDR quanto os recursos repetitivos, tratam de maneira bastante superficial este ponto sobre o tema do contraditório na preparação para o julgamento. Isso demonstra o quanto esta etapa do julgamento é tratada, ainda, como de menor importância no procedimento e o quanto precisamos aprofundar o debate a respeito da questão aqui trazida. Enquanto isso, para o presente trabalho, trata-se este do ponto central que legitima todo o procedimento de IRDR e de Recursos Repetitivos.

3.1.1 Contraditório destinado a quem?

O princípio do contraditório é um dos pilares do princípio da cooperação processual, o qual exige a efetiva participação dos sujeitos processuais da lide, que abrange não somente as partes, mas também inclui o juiz (órgão julgador) no dever de cooperação processual. O

objetivo da cooperação processual é evitar o julgamento surpresa, cabendo ao juiz o dever de provocação, para que haja participação no seu convencimento, evitando-se que a decisão judicial não seja fruto exclusivo de um trabalho do juiz, mas do resultado de uma atividade conjunta, em que há a interação dos sujeitos do processo⁸⁴.

Nessa perspectiva, a concepção cooperativa de contraditório implica ainda em repensar quem são os sujeitos a que o contraditório se destina, quando há o julgamento de demandas repetitivas, bem como o conceito de interesse jurídico, pois será a partir do interesse do terceiro que o contraditório poderá se valer, e poderá justificar a presença de terceiros intervindo no procedimento⁸⁵. Além disso, há a preocupação

⁸⁴ Nesse sentido, Daniel Mitidiero (2009, p. 102), acrescenta que: “O processo cooperativo parte da ideia de que o Estado tem como dever primordial proporcionar condições para organização de uma sociedade livre, justa e solidária, fundado que está na dignidade da pessoa humana. Indivíduo, sociedade civil e Estado acabam por ocupar, assim, posições coordenadas. [...] Por essa vereda, o contraditório acaba assumindo novamente um local de destaque na construção do formalismo processual, sendo instrumento ótimo para viabilização do diálogo e cooperação no processo, que implica, de seu turno, necessariamente, a previsão de deveres de conduta tanto para as partes como para o órgão jurisdicional.

⁸⁵ Nesse sentido, cabe as considerações do doutrinador Sérgio Cruz Arenhart (2016, p. 298-299): “Para evitar esse vício [inconstitucionalidade] é necessário tomar diversas cautelas na atuação desses institutos. De início, é necessário que se incluam – nos sujeitos que efetivamente podem participar da formação da decisão que se tornará obrigatória – pessoas capazes de representar os interesses dos ausentes, de modo que esses interesses possam efetivamente ser tutelados naquele processo. Porém, também parece imprescindível que se repense o conceito de “interesse jurídico” – necessário para a intervenção de terceiro – e, sobretudo, de interesse recursal, condição necessária para que alguém possa opor-se a essa decisão. Isso se mostra necessário, quando menos, para se evitar que esses terceiros – que sofrerão os efeitos vinculantes da decisão judicial – sejam apanhados por tais decisões sem que tenham tido, ao

com o ausente que não participou, mas que sofrerá as consequências do julgamento.

Sobre o assunto, Sérgio Cruz Arenhart (2016, p. 302-303), desenvolve um importante raciocínio sobre os efeitos das decisões judiciais com efeitos vinculante em face de terceiros. Primeiramente, parte-se da premissa que por mais que o Processo Civil Brasileiro tente ao máximo delimitar os efeitos da decisão somente às partes, jamais conseguirá medir a sua extensão na sua totalidade⁸⁶, mas deve-se sempre delimitar os efeitos às partes sem prejudicar terceiro, salvo se o terceiro tiver a oportunidade de participar deste contraditório, pois “seria difícil admitir que aquele que não participou do processo – e, portanto não pôde influir na decisão judicial – venha a ser prejudicado pela decisão tomada, sem que possa a esta se opor, o que tornaria a decisão indiscutível para este que, resignado, apenas deveria cumprir o comando judicial”.

Contudo, não se deve estranhar que decisões judiciais atinjam terceiros, mas sim, o que não se pode tolerar é que tais efeitos possam atingir essas pessoas sem que se dê a elas possibilidade reação. É este um dos fundamentos para que se amplie o contraditório quando se trata de

menos, a oportunidade de apresentar seus argumentos e suas versões a respeito daquela controvérsia”.

⁸⁶ “[...] na realidade, o círculo de relações e de pessoas em que operará o comando contido numa sentença não pode ser e não é preventivamente determinado em abstrato, mas dependerá do uso que em concreto fizerem as partes da sentença, e da qualidade e do número das controvérsias que poderão surgir no futuro, e terá por condição certo modo de ser das relações jurídicas, o nexos, e o grau de ligação entre elas existentes” (LIEBMAN; In ARENHART, 2016, p. 302-303)

decisões com efeitos vinculantes, e se estabeleça uma correta representatividade garantido a devida representação dos ausentes.

Por outro lado, para que se determine quem são os terceiros nessa relação, vale traçar algumas considerações sobre quem são as partes, já que este é um conceito que evoluiu na medida em que a teoria civilista sobre o conceito de ação foi substituída pelas teorias publicistas, com o reconhecimento da autonomia da relação jurídica processual.

Os autores clássicos encaravam o conceito de parte a partir da relação de direito material: autor seria designação atribuída ao credor quando postulava em juízo; réu, o nome pelo qual se designava o devedor. Contudo, atualmente, a doutrina prevalecente, liga o conceito de parte à atividade tutelar do Estado mediante a atividade dos órgãos do Poder Judiciário, proteção que a Constituição a todos promete e assegura (CF de 1988, art. 5º, XXXV)⁸⁷. E vale desde logo destacar que a circunstância de que uma pessoa "seja parte numa lide, ou seja terceiro, como observa Chiovenda, é da maior importância, pois só as partes serão atingidas pela coisa julgada, nunca os terceiros que não tenham participado da relação processual" (BAPTISTA DA SILVA, 1997, p. 135).

⁸⁷ O autor José Francisco Lopes de Miranda Leão (*apud*: CARNEIRO, 2009, p. 3) esclareceu que se cuida "de conceito pura e eminentemente processual. Não se trata de perquirir a relação de direito material, nem mesmo de analisar a legitimidade ou ilegitimidade do interessado em razão desta; o autor é parte, neste sentido, desde o momento em que ajuíza sua demanda, e parte será até o final, mesmo que a sentença venha a declará-lo "parte ilegítima". Ilegítima, mas parte". E o réu, este adquire a qualidade de parte pela citação, "e a adquire queira ou não queira".

Com efeito, Carnelutti (2000, p. 90) propõe a distinção do conceito de parte, na sua perspectiva material e formal⁸⁸, pois mesmo que para o processo se apresente apenas a parte em sentido formal, a perspectiva material também deve ser observada, quando estas suportarem os efeitos da decisão judicial, como ocorre no caso de alienação de coisa litigiosa no curso do processo, prevista no art. 109, §3º do CPC⁸⁹, ocasião em que serão estendidos os efeitos da sentença proferida entre as partes originárias ao adquirente ou cessionário.

Além do vínculo formal de parte, as informações oriundas do direito material são de extrema relevância para os fins do presente estudo, já que é o direito material que irá definir a separação entre partes legítimas, terceiros interessados ou terceiro indiferente⁹⁰.

⁸⁸ “Na contraposição entre sujeito do litígio e sujeito da ação, parte em sentido material serve para indicar o primeiro e parte em sentido formal o segundo. Por isso, o interventor adesivo é parte apenas no sentido formal” (CARNELUTTI, 2000, p. 90-91).

⁸⁹ Art. 109 do CPC - A alienação da coisa ou do direito litigioso por ato entre vivos, a título particular, não altera a legitimidade das partes.

§ 1º O adquirente ou cessionário não poderá ingressar em juízo, sucedendo o alienante ou cedente, sem que o consinta a parte contrária.

§ 2º O adquirente ou cessionário poderá intervir no processo como assistente litisconsorcial do alienante ou cedente.

§ 3º Estendem-se os efeitos da sentença proferida entre as partes originárias ao adquirente ou cessionário.

⁹⁰ Nesse sentido, convém trazer as considerações de Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero (2016, p.86), sobre a importância do direito material para a configuração de quem não é parte: “[...] as informações oriundas do direito material são relevantes para a fixação não do conceito de parte, mas para a separação que aqui se pretende fazer entre a ideia de parte legítima, e terceiro interveniente. É o grau de interesse que vai atribuir ao sujeito a condição de parte legítima, de terceiro interessado ou, ainda, de terceiro indiferente. Esse

Portanto, diante dessa perspectiva de “parte”, quando se trate do julgamento das demandas repetitivas, devemos compreender que são “parte”, para fins de contraditório, todos aqueles sujeitos (terceiros) interessados na resolução da lide, e a sociedade como um todo, pois o resultado deste julgamento será aplicada também aos “ausentes”⁹¹, que não participaram diretamente do contraditório.

Por outro lado, nos procedimentos de formação das decisões com efeito vinculante, parece claro que esse terceiro, nominado como *amicus curiae*, dificilmente será enquadrado como terceiro interessado (que não é parte, mas poderá sofrer as consequências da decisão), para que possa participar do processo. Certamente sua participação é fundamental para legitimar a força que esse precedente terá sobre sua situação jurídica.

Isso causa uma evidente exclusão, com risco à garantia do contraditório, pois, muito embora esses terceiros não possam participar da decisão, serão afetados por ela de forma indireta. É justamente por isso que é adequado pensarmos em mecanismos eficazes para a representação dos interesses envolvidos na lide, muito semelhante com o que acontece na tutela coletiva.

grau de interesse é medido não com base no direito processual, mas sim, de acordo com critérios de direito material, segundo os reflexos da decisão da causa sobre a esfera jurídica do sujeito”.

⁹¹ Os ausentes são os sujeitos que serão atingidos pela tese jurídica formada sem que tenham tido a possibilidade de participação pessoal e direta para influenciar a construção da decisão judicial. No caso do incidente de resolução de demandas repetitivas, refere-se aos sujeitos que tiveram ou deveriam ter os processos sobrestados, para posterior aplicação da tese jurídica definida (TEMER, 2016. p. 162).

Desta forma, o contraditório deve ser expandido não somente para os sujeitos da relação processual, que compreende as partes e o juiz, mas também voltar-se para os terceiros engajados na melhor solução e julgamento da matéria, como por exemplo, as associações e entidades representativas de um determinado segmento da sociedade⁹², que exercem a adequada representatividade dos interesses a serem tutelados na lide.

Assim, para fins desse estudo, entende-se que quaisquer terceiros, independente de interesse jurídico na lide, podem ser admitidos para manifestarem-se. Caberá, todavia, ao juiz, conforme o caso concreto, admitir ou não a participação, nos termos do art. 138 do CPC⁹³, bem como definir os poderes.

⁹² “Investe-se em um modelo deliberativo, com contraditório concentrado e participação de todos os interessados, de experts e membros da administração pública para a negociação da melhor solução possível sob condições de provisoriedade e transparência (NUNES, 2011, p. 44).

⁹³ Art. 138 do CPC - O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§ 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Para tanto, entende-se que somente deverá o juiz inadmitir a intervenção do terceiro interessado, quando entender que a representação dos interesses a serem tutelados pelo terceiro já estejam devidamente representados. Ou ainda, se por ventura, entender que este terceiro interessado não possua representação adequada, ou também, que não preencha os requisitos estabelecidos no regimento interno do tribunal. Caso contrário, deverá admitir.

É certo que essa possibilidade de o relator inadmitir o ingresso do terceiro na lide é essencial para o bom andamento do processo, pois tornar-se-ia inviável finalizar o processo diante de uma multidão de terceiros. Portanto, em que pese a abertura para a participação de terceiros causar preocupação, por outro lado, a restrição também poderá representar clara violação ao contraditório. Preciso, pois, é compatibilizar essas duas necessidades processuais, encontrando o ponto equilíbrio, de acordo com o caso concreto, não sendo possível, muito menos aconselhável, que haja determinação legal para isso.

A perspectiva de Sérgio Cruz Arenhart (2016, p. 314) vem a corroborar com o descrito acima:

O fundamental é que o interesse desses terceiros (e os argumentos que poderiam oferecer) estejam adequadamente representados no processo, sendo indiferente que a defesa desse ponto de vista se dê pessoalmente pela “parte” ou por “terceiro”. Por outras palavras, os conceitos de parte, terceiro interessado ou terceiro indiferente, para os fins aqui examinados, acabam mostrando-se irrelevantes. O fundamental é que os diversos interesses e os vários pontos de vista que podem incidir sobre a decisão da questão de direito que se tornará vinculante tenham sido adequadamente demonstrados, debatidos e examinados.

Por outro lado, se a concepção de parte necessita de uma adequação quando do julgamento das demandas repetitivas, importante também destacar que o papel do julgador merece ser revisto. Torna-se urgente que o juiz deixe de ser um sujeito fora da relação processual, mas sim um participante que dirige o processo isonomicamente, cooperando com as partes, e tem o dever de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio para com os litigantes.⁹⁴ Podemos afirmar que a figura de juiz que melhor se adequa na resolução das demandas repetitivas, seria, portanto, do juiz-mediador.⁹⁵

Nessa perspectiva, o direito fundamental ao contraditório assume uma feição mais democrática e, ao mesmo tempo, significa rechaço das formalidades exacerbadas.

Nesse sentido, Dierle Nunes (2011, p. 43) alerta que, “não é mais possível associar melhor defesa com uma defesa de maior formalidade processual, uma vez que qualquer argumento nesse sentido, além de falacioso, impede a visão de uma das principais funções de qualquer

⁹⁴ Conforme assim sustenta Daniel Mitidiero (2009, p. 75) sobre cooperação processual e o papel que o juiz deve assumir.

⁹⁵ Sobre a atuação cooperativa do juiz, importante trazer as palavras de Marinoni (2016, p. 83) sobre o assunto: “Note-se que a atuação do juiz, se pode ser vista como uma forma de participação, evidentemente não pode ser confundida com a qualidade que se atribui à participação das partes. O juiz exerce o poder que deve ser legitimado pela participação das partes, que são aquelas que se sujeitam aos efeitos da decisão. O juiz deve participar para garantir que a participação das partes seja igualitária e, assim, para que eventual falha na participação de uma delas possa ser suprida. Nesses termos, a participação do juiz se dá em nome da participação das partes e, por decorrência, para legitimar a sua própria atuação”.

processo constitucional, qual seja, garantir a participação dos interessados na decisão (que sofrerão seus efeitos) ”.

Apesar do contraditório ser a máxima do Processo Civil, não se pode deixar de mencionar que em diversos momentos processuais, o princípio do contraditório merece certas ponderações, sob pena de não conseguir tutelar o direito material objeto da lide, como é o caso da antecipação de tutela *inaudita altera pars*. Neste sentido, é necessária certa ponderação entre o princípio do contraditório e da efetividade jurisdicional, ou, em outros casos, o da razoável duração do processo (CUNHA, 2010a, p 420).

Da mesma forma, de nada adianta pensar num procedimento para as demandas repetitivas que comporte a manifestação de todo e qualquer interessado, promova audiências públicas, dentre outros instrumentos, se o tempo do processo não se tornar razoável, ou não se torne efetivo. Por outro lado, também não se deve utilizar o pretexto da celeridade processual para “sufocar o caráter dialético do processo” (MITIDIERO, 2007, p. 34). É necessário encontrar a ponderação entre contraditório, razoável duração do processo e efetividade processual nas demandas repetitivas.

Diante do exposto, pode-se assegurar que o contraditório não pode ser o obstáculo da razoável duração do processo, nem tampouco para a efetividade processual. Isso implica dizer que, as limitações ao contraditório, como limitação de tempo para manifestação, prazos, quantidades de participantes, dentre outras, são necessárias para que o processo se desenvolva sem prejudicar outros princípios constitucionais, também, importantes.

3.2 HIPÓTESES DE MANIFESTAÇÃO

A partir da constatação da necessidade de se formar um contraditório que contemple o direito de manifestação, de informação e de vedação da não surpresa, além da necessidade de ser levado em consideração pelo julgador os argumentos trazidos, são necessárias ferramentas que garantam o amplo debate para um julgamento maduro sobre matéria a ser pacificada.

Diante dos procedimentos de resolução das demandas repetitivas, explorados no segundo capítulo, observa-se que a legislação processual é bastante cautelosa em prever mecanismos processuais que contemplem a participação não só das partes diretamente envolvidas, que são aquelas que são representativas da controvérsia, mas também de terceiros interessados, como por exemplo, as associações. Também previu a possibilidade de o órgão julgador promover requisição de informações, se entender necessário, o que deixa, dessa forma, evidente o caráter ativo e cooperativo do julgador, bem como a intervenção de terceiros, e a realização de audiências públicas.

O objetivo deste momento do contraditório, que seria uma espécie de instrução para o julgamento do IRDR e Recursos Repetitivos, está no relator colher as diversas nuances em torno da questão controvertida, esclarecer os aspectos técnicos da questão, como por exemplo, ouvir especialistas, e ampliar os argumentos, que, por ventura, não estejam contemplados nos processos representativos da controvérsia, considerando que a decisão a ser proferida pelo tribunal deve enfrentar,

de modo mais amplo possível, os fundamentos. Somente assim, poderá haver o famigerado efeito vinculativo⁹⁶.

Feitas essas digressões, passa-se à análise de cada uma dessas hipóteses de participação contempladas na legislação vigente, com o objetivo de desenvolver uma análise crítica.

3.2.1 Amicus Curiae: legitimados, pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia

Dentre os instrumentos que visam promover o princípio do contraditório, é a possibilidade de intervenção de terceiros interessados no julgamento por amostragem nos tribunais superiores e no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que se destaca. Trata-se de uma forma de intervenção de terceiros, na qual está prevista a possibilidade do relator admitir a manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, com o intuito de colaborar no sentido de fomentar o debate e a pluralidade de argumentos, para que assim proporcione a adequada representatividade de grupos e interesses dentro dos procedimentos.

⁹⁶ “O escopo é reunir um quadro mais completo possível sobre o objeto do IRDR. Nesse sentido, é de fundamental que o tribunal tenha, diante de si, as diversas variáveis possíveis, em termos de fundamentos e argumentos, relacionados à questão posta no incidente. Não se trata, apenas, de buscar os dois lados da moeda, ou seja, as alegações oriundas das duas partes postas em conflito nos processos originários (MENDES, 2017, p. 198).

3.2.1.1 Breves noções gerais

O amicus curiae ou amigo da corte⁹⁷, que chegou a ser a ser qualificado como um “terceiro enigmático”⁹⁸ pela doutrina, encontra previsão legal no art. 138, do CPC⁹⁹. Em linhas gerais, o artigo legal prevê que este terceiro será admitido, de ofício, ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, seja pessoa natural, jurídica, órgão ou entidade, pelo relator, no prazo de 15 dias¹⁰⁰.

Vale destacar que não existe consenso na doutrina sobre a natureza jurídica do *amicus curiae*, pois para alguns, trata-se de uma intervenção

⁹⁷ “O novo Código, contudo, dá um mau exemplo no uso da expressão latina, *amicus curiae*, em vez da portuguesa “amigo da corte” descumprido o preceito por ele próprio insculpido no art. 192, caput, dispondo que, em todos os atos e termos do processo é obrigatório o uso da língua portuguesa [...]. Se o próprio Código não prestigia a língua portuguesa, na transmutação de institutos alienígenas, como o *amicus curiae*, para a ordem jurídica interna, perde toda a autoridade para exigir que os partícipes do processo a respeitem na prática de atos processuais. Não é por que alhures o instituto se chama *amicus curiae*, que deva, também no Brasil, ser assim chamado, em rota de colisão com o princípio do respeito à língua nacional, consagrado pelo ordenamento processual. ” (CARREIRA, 2017, p. 162)

⁹⁸ Na obra clássica de Cassio Scarpinela Bueno sobre o assunto, o título já remete a figura do *amicus curiae* como um terceiro enigmático: “*Amicus Curiae* no Processo Civil Brasileiro: um terceiro enigmático”, 2012.

⁹⁹ Art. 138 do CPC - O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

¹⁰⁰ Esse mesmo prazo de 15 (quinze) dias para manifestação de terceiros, também está previsto no art. 983 do Código de Processo Civil, ao tratar do procedimento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

atípica; para outros uma espécie de assistência, ou ainda como uma modalidade de intervenção de terceiros. Por fim, há corrente que entende que não passa este de um auxiliar do juízo, sendo que para o Superior Tribunal de Justiça tem-se o entendimento de ser “*um simples colaborador informal da Corte*”¹⁰¹ (CARREIRA, 2017, p. 163).

No entanto, essa visão de simples colaborador já está ultrapassada. Hoje a participação do *amicus curiae* está ligada à vertente democrática, a partir do interesse institucional¹⁰², que é o que legitima a sua participação. Nesse sentido, convém trazer a lição de Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero (2016, p. 105).

O que move [o *amicus curiae*] é o interesse institucional: o interesse no adequado debate em juízo de determinada questão debatida. Esse, aliás, o parâmetro adequado para a aferição da legitimidade da participação do *amicus curiae* no processo: é inclusive a partir do critério que o requisito da representatividade adequada do *amicus curiae* deve ser dimensionado.

O que é importante ressaltar, em linhas gerais, é que este terceiro não é parte, pois não formula pedido ou pretensão; não é demandado, e nem mesmo em tese afirma-se titular de direito material objeto da controvérsia. O *amicus curiae* é um terceiro ao processo. É considerado um amigo da corte e não, propriamente, das partes, muito embora sua atuação seja no sentido de defender a tese jurídica sustentada por uma

¹⁰¹ Expressão utilizada no julgado do Supremo Tribunal Federal: ADI 748 AgR/RS.

¹⁰² A expressão “interesse institucional” é de Cássio Scarpinella Bueno, na sua obra “*Amicus curiae no Processo Civil Brasileiro*”, (2008, p. 504).

delas, por ser de seu interesse que prevaleça¹⁰³. Portanto, o que se espera do *amicus curiae*, e a sua participação, é que não precise tomar um partido, sem qualquer prejuízo caso tome, mas sempre com o objetivo de colaborar, e trazer argumentos para a melhor resolução da lide, para que seja fixada a tese a partir do real debate sobre a matéria.

Cabe registrar que as origens do instituto constam no Direito Romano, mas se desenvolveu, de maneira sistemática, no Direito Inglês, e hoje tem atuação restrita, similar ao que conhecemos como Procurador-geral da República e Advogado Geral da União, que defendia os interesses públicos ou da Coroa Inglesa. Também é bastante recorrente na doutrina, trazer à tona, quando se fala na figura do *amicus curiae*, as referências do Direito Norte Americano, especialmente a sua primeira aparição em 1812, no caso *The Schooner Exchange vs. Mc Fadden*¹⁰⁴. Em princípio, a intervenção do *amicus* assumia papel imparcial dentro dos processos individuais. Contudo, essa concepção foi se alterando, de modo

¹⁰³ “O papel desempenhado pelo *amicus curiae* é de ajudar o órgão julgador em temas pouco comuns no foro, inéditos, difíceis ou controvertidos, ampliando a espera de conhecimento dos juízes para também com base neles proferirem a sua decisão. No fundo, a sua função é chamar atenção do juiz ou tribunal para aspectos da questão jurídica controvertida, que, não fosse a atuação do *amicus curiae*, poderiam passar despercebido” (CARREIRA, 2017, p. 165).

¹⁰⁴ Neste emblemático caso norte-americano, o “Attorney Geral” dos Estados Unidos, foi admitido para que dessa a sua opinião sobre a matéria posta para julgamento, que dizia respeito a questões relativas à marinha. Outro caso que é trazido pela doutrina de Cassio Scarpinella Bueno (2012, p. 93), como um dos primeiros em que um terceiro atuou sobre as vestes de *amicus curiae*, deu-se em 1823, “Green vs. Biddle”, quando o Estado de Kentucky serviu, a pedido da corte, como *amicus*, e demonstrou que a demanda era fraudulenta. Neste caso o relevante era que se tratava de um interesse público, ao mesmo tempo em que era do interesse da corte ter conhecimento das razões verdadeiras que haviam levado os particulares a litigar em juízo.

que a participação do terceiro passou a representar uma interferência comprometida com os resultados que transcendem o conflito individual¹⁰⁵.

Vale ainda destacar que a referência do *amicus curiae* está presente muito mais na tradição de *common law*, como por exemplo no Canadá, Austrália, e Hong Kong, além dos já citados alhures.

Neste contexto, no Brasil, admite-se interferência de terceiros, não pelo mero interesse fático e econômico, mas sim, deve-se demonstrar o interesse jurídico no resultado da demanda, além disso:

O que legitima intervenção do *amici curiae* é o interesse público, em sentido amplo, corolário do Estado Democrático de Direito, voltado à justa solução da causa e a maior legitimação social da decisão judicial. Em síntese, o que qualifica o interesse do amigo do tribunal são os possíveis reflexos que uma dada decisão judicial, em razão das questões discutidas, poderá gerar no grupo social, servindo como precedente a orientar julgamentos, pelo poder judiciário, de casos presentes e futuros (CAMBI; DEMASCENO, 2011, p. 29).

Ademais, o que se pode constatar é que o *amicus curiae* pode ser identificado como um “instrumento de participação em processos cuja questão debatida possua caráter, transcendência ou interesse público”

¹⁰⁵ “A evolução da figura nos Estados Unidos tem condão de demonstrar, entretanto, que a figura “neutra” e “imparcial” do *amicus* passou a se transformar, em algum sentido, em uma figura “interessada” e “parcial”, que busca sua intervenção em juízo muito mais para a tutela de direitos seus do que, propriamente, para cumprimento daquele papel, que, do ponto de vista histórico, estava reservado a ele. De um *amicus* “neutro” passou-se a um *amicus* “litigante” (BUENO, 2012, p. 126).

(CAMBI; DEMASCENO, 2011, p. 16). “Trata-se de evidente concretização da vertente democrática que alicerça nosso Estado Constitucional” (MARINONI, ARENHART, MITITDIERO, 2016, p. 105).

É preciso, porém, registrar, desde logo, que não se pode aceitar a ideia de que o *amicus curiae* seria um terceiro imparcial, cuja atuação no processo se destinaria tão somente a auxiliar o órgão jurisdicional. É que o *amicus curiae* deve ser visto como um sujeito que intervém no processo para defesa de um interesse institucional, razão pela qual exige o art. 138 do Código de Processo Civil de 2015, que seja ele dotado de representatividade adequada.

De certo modo, a expressão “representatividade adequada”, utilizada na legislação brasileira, deve ser melhor explorada, pois é um requisito de admissibilidade para a intervenção do terceiro, na figura do *amicus curiae*. Para tanto, Alexandre Freitas Câmara (2017, p. 190), identifica que o requisito de admissibilidade, qual seja, “representatividade adequada”, deve assegurar que aqueles que integram o grupo dos que podem vir a ser atingidos por uma decisão, mas não participam pessoalmente do processo de sua construção, atuem em tal processo, dele participando e nele sendo ouvidos através de seus representantes, conforme nesse sentido é aceito para os processos coletivos, e, portanto, para as demandas repetitivas de igual forma, já que em ambos, o que se visa é trazer legitimidade para a decisão exarada, e, portanto, assegurar os efeitos decorrentes dela.

Nesse sentido, Sergio Cruz Arenhart (2016, p. 316), relembra um importante caso norte-americano em que a intervenção (de que aqui se

trata) foi admitida justamente por conta dos possíveis efeitos do *stare decisis* que eventual decisão poderia gerar sobre outras situações. Trata-se do caso *Atlantis Development Corp. v. U.S.* (379 F.2d 818 [5th Cir. 1967]), no qual, em um feito envolvendo determinada empresa que explorava conjunto de recifes sem a autorização do Governo Federal, foi por este processada, sob o argumento de que tal área pertencia aos Estados Unidos da América. A empresa *Atlantis Development Corp.* requereu sua intervenção no feito, alegando que havia adquirido os direitos sobre a área de recifes do seu descobridor e sustentando que eventual decisão daquela causa (que entendesse que o local seria patrimônio federal) poderia, por conta do *stare decisis*, importar na aniquilação do direito de propriedade alegado pela empresa *Atlantis*. Por conta disso, entendeu-se por cabível a intervenção, naquela situação.

Em decorrência disso, fazendo uma correlação com o primeiro capítulo do presente trabalho, em especial quando tratou-se do princípio da cooperação processual, é possível identificar que em função da incidência do referido princípio, o *amicus curiae* “legitima-se, ao lado das partes ou de quaisquer outros sujeitos processuais, como portador de informações, elementos, dados, documentos, valores que, de outro modo, poderiam não chegar ao conhecimento do magistrado, que não estaria, rigorosamente falando, apto a proferir a melhor decisão para o caso concreto” (BUENO, 2012, p. 57). É nesse contexto que nos parece que o *amicus curiae* tem aptidão para desempenhar o seu papel de cooperar com o magistrado e com as partes.

A respeito da correlação entre o *amicus curiae* e o princípio do contraditório, Welder Queiroz dos Santos (2018, p. 209), explica bem a questão:

O *amicus curiae* é, portanto, um agente concretizador do princípio do contraditório, na medida em que sua participação pluraliza e democratiza o debate, contribuindo com o Poder Judiciário na busca da melhor decisão possível para determinada questão fático-jurídica.

Destarte, quando se trata, no presente trabalho, da produção de decisões que terão, desde logo, efeitos vinculantes, entende-se que a previsão da participação de *amicus curiae*, vem a corroborar, pois demonstra ser um mecanismo destinado a conferir legitimidade democrática e validade constitucional a tal eficácia. E caberá, ao juiz, de acordo com o caso concreto, verificar quem são os sujeitos que realmente colaboram com a matéria sob julgamento, seja chamando para auxiliar, ou admitindo, ou não, a participação de quem desejar.

3.2.1.2 Questões específicas nos procedimentos de resolução de demandas repetitivas

Em ambos os procedimentos de resolução das demandas repetitivas admite-se a manifestação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, na qualidade de *amicus curiae* (art. 138 do CPC¹⁰⁶), na medida em que, por

¹⁰⁶ Art. 138 do CPC - O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

se tratar de procedimentos que versam a respeito de direitos individuais homogêneos, o interesse público está claramente presente.

Ocorre, que para que haja efetividade e que se oportunize de substancialmente a participação do *amicus curiae*, é essencial que, primeiramente, seja dada a real publicidade do acontecimento do IRDR e Recursos Repetitivos, pois somente com a devida publicidade da instauração dos procedimentos, é que será possível que as pessoas da sociedade, de uma forma ampla, saibam e queiram participar.

É importante também a publicidade neste momento processual, pois somente as partes diretamente ligadas ao procedimento, é que irão receber intimação para manifestação, no prazo comum de 15 dias, podendo requerer a juntada de documentos e realização de diligências necessárias para a elucidação da questão controvertida, conforme previsão do art. 983, do CPC¹⁰⁷ (MENDES, 2017, p. 201). Dessa forma, a publicidade deve ocorrer de maneira ampla e efetiva, ultrapassando os meios tradicionais usualmente utilizados pelo judiciário, como é o caso

§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§ 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

¹⁰⁷ Art. 983 do CPC - O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo.

do Diário Oficial, para que assim possa alcançar a sociedade, e não somente as partes diretamente envolvidas.

Oportuno dizer ainda que é importante que se veicule nos sites oficiais dos Tribunais, Ministério Público, e outros, reportagens explicativas sobre a instauração dos procedimentos, com exposição, de forma bastante simples e direta, sobre quais são as matérias afetadas, para maior visibilidade e, assim, possibilitar a participação dos sujeitos interessados na resolução da matéria, conforme dispõe o art. 979 do Código de Processo Civil¹⁰⁸, no que diz respeito ao IRDR.

Apesar de não haver previsão legal a respeito da publicidade para os Recursos Repetitivos, como há para o IRDR, entende-se que a lógica é a mesma, e, visando a legitimação do procedimento, deve-se sempre zelar a publicidade do processo.

Desta forma, a publicidade da instauração do IRDR e do Recurso Repetitivo demonstra ser um pressuposto para a adequada instrução do processo, para que assim se viabilize o contraditório e efetivo debate substancial da matéria a ser julgada. Ou seja, sem que haja publicidade, não será possível se estabelecer o devido contraditório participativo.

Ao propósito, a fixação do prazo comum de 15 (quinze) dias para a manifestação de qualquer interessado é pertinente à ideia de celeridade processual, bem como com a natureza do pronunciamento, “pois se não

¹⁰⁸ Art. 979 do CPC - A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.

há alegação de fatos, mas sim de teses, estas poderão ser apresentadas concomitantemente” (MENDES; TEMER, 2016, p. 1287).

Vale ainda mencionar que o *amici curiae* pode vir a integrar o procedimento por meio de uma intervenção voluntária, onde assume a função de terceiro interveniente, ou ainda como um auxiliar do juízo quando sua intervenção for provocada, e requerida pelo Juiz¹⁰⁹.

Contudo, seria ingenuidade crer que mesmo quando um sujeito é chamado pelo juiz para auxiliá-lo, sua posição será de neutralidade, e não atua em prol de um interesse jurídico, ainda que tenha interesse institucional de zelar pela coletividade que representa. É importante vislumbrar que o *amicus curiae* têm interesse institucional de contribuir com a decisão que será resultado do procedimento, seja em razão das suas atividades¹¹⁰ estarem relacionadas com o tema, seja porque desenvolvem estudos sobre o assunto¹¹¹, como por exemplo as associações de defesa

¹⁰⁹ Nesse sentido, Gisele Mazzoni Welsch (2016, p. 175), traz essa concepção de terceiro interveniente e terceiro auxiliar do juízo: “O terceiro intervém como *amicus curiae*, figura processual típica do direito anglo-americano, raramente encontrada nos sistemas de *civil law*, embora admitida no STF há algum tempo. Carlos Gustavo Rodrigues del Prá sugere que, para o *amicus curiae*, cabe adequar o instituto a um dos conceitos existentes: será mais adequado qualificá-lo como terceiro interveniente ou auxiliar do juízo?”

¹¹⁰ Neste ponto estariam contempladas as instituições que claramente estão defendendo os interesses de um determinado grupo, como é o caso das associações de consumidores.

¹¹¹ Sobre a questão, Cassio Scarpinella Bueno (2012, p. 503) leciona: “Para nós, o único ônus que se pode reconhecer ao *amicus curiae* é que decorre de sua própria razão de ser e que, em última análise justifica (legítima) sua própria intervenção em juízo. Referimo-nos aqui, ao que já acentuamos precedentemente, quando tratamos do ingresso e da imparcialidade do *amicus*. Sua intervenção deve trazer algo novo para o processo. Ele deve acrescentar algum elemento, alguma informação, algum dado, alguma coisa, enfim, para

de consumidores, atuando em um julgamento atinente à relação de consumo.

O importante é que nos procedimentos de demandas repetitivas, sejam admitidas ambas as formas. Isto é, se o relator, na sua perspectiva cooperativa¹¹², entender que para a melhor resolução da demanda será necessário ouvir uma determinada instituição ou entidade, ou ainda uma pessoa específica, deverá intimar para que este terceiro o auxilie. Por outro lado, é importante que, quando uma entidade ou pessoa desejar intervir no processo como terceiro interveniente, o relator avalie e permita a intervenção de igual forma.

E ainda, pode-se cogitar ampliar essa intervenção espontânea para qualquer pessoa que estiver devidamente representada por advogado, e que conseguir demonstrar seu interesse na melhor solução da causa, como é o caso de um possível litigante futuro a respeito da matéria afetada para julgamento, como, por exemplo, um consumidor que passou pela situação de fato afetada, mas que ainda não ingressou com a ação.

Neste contexto, a posição de relevo do *amicus curiae*, no procedimento das demandas repetitivas, demonstra ser ainda mais

que o juiz tenha melhores condições de julgar a causa. Todos esses dados, evidentemente, devem sempre ser rentes a interesse institucional que qualifica a intervenção do *amicus curiae* e devem ser analisados daquela perspectiva. É isso, repetimos que justifica sua intervenção”.

¹¹² A temática do relator na sua perspectiva cooperativa, será melhor explorada no item 3.2.3 quando se for tratar da possibilidade do relator requerer informações a órgãos e demais tribunais (segunda e primeira instância).

evidente quando o art. 138, §3º do CPC¹¹³, concede o poder ao *amicus curiae* para recorrer da decisão que julgar o Incidente de resolução de demandas repetitivas.

Esse é um importante aspecto que merece ser explorado. Primeiro, ao dar este poder ao *amicus curiae*, deixa-se de lado a visão do *amicus curiae* como somente um auxiliar do juízo. Surge assim, um sujeito com interesse na resolução do caso conforme forem seus interesses, ou do grupo que representa, e afasta a visão do sujeito neutro, que por muito tempo se defendeu. Além disso, essa possibilidade de recorrer, demonstra a importância que tais sujeitos desempenham para colaborar no julgamento da demanda, e o quanto a participação deles serve para legitimar a decisão que resolverá diversos processos em curso, e que fixará uma posição sobre determinado assunto.

Apesar disso, vale destacar que o artigo supracitado é específico ao conceder o poder de recorrer somente no procedimento de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Isto é, o referido artigo não se aplicaria, segundo a sua literalidade, aos Recursos Repetitivos, o qual também é objeto do presente estudo. Todavia, seguindo a lógica dos institutos das demandas repetitivas, e a sistemática consagrado no art. 928, do CPC¹¹⁴, parece ser adequado que se estenda a recorribilidade pelo

¹¹³ Art. 138, § 3º do CPC - O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

¹¹⁴ Art. 928 do CPC - Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:

I - incidente de resolução de demandas repetitivas;

II - recursos especial e extraordinário repetitivos.

amicus curiae também ao procedimento dos recursos especiais e extraordinários repetitivos.

No mesmo sentido, a respeito da ampliação da recorribilidade pelo *amicus curiae*, convém trazer a fundamentação de Marinoni, Sergio Arenhart e Daniel Metidiero (2016, p. 105-106), que justificam a partir de um outro viés. Para os autores “o legislador disse menos do que deveria dizer no art. 138, §3º”. Isso porque o fundamento da intervenção do *amicus curiae*, em qualquer procedimento, é de oferecer razões para fomentar o debate para que as decisões judiciais tenham força de precedente. Portanto, de nada justifica restringir a recorribilidade somente no IRDR, “o *amicus curiae* poderá interpor recurso sempre que do exame da questão pelo órgão *ad quem* possa advir um precedente”, e essa nos parece, de igual forma, ser o significado normativo do art. 138, §3º.

Contudo, J. E. Carreira Alvim (2017, p. 173) faz um alerta, pois, essa permissão de recurso por parte do *amicus curiae*, exclusivamente no caso do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, de acordo com a literalidade do artigo, não é resultado de nenhum critério científico, mas sim de política legislativa, por conta da extensão dessas demandas, já que a tese firmada terá grande repercussão. Ainda assim, isso não retira a importância do *amicus curiae* nos casos de formação de precedentes, que também, se pressupõe, uma grande extensão das decisões.

Vale destacar que essa permissão de recurso para o *amicus curiae* no caso do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é inédita, e sequer constava nos projetos anteriores do Código de Processo Civil, de 2015.

Nessa linha argumentativa pode-se aventar que é o efeito vinculante que faz que seja necessária uma abertura para que a sociedade possa participar do processo de sua formação, inclusive com a possibilidade de recorrer, como se viu. Daí por que, Antônio do Passo Cabral (2004, p. 12) acrescenta:

[...] a força do precedente judicial pode fazer com que uma decisão proferida em relação a um litígio individual produza de algum modo efeitos a todos os futuros processos de mesma natureza. Surge então a necessidade de possibilitar que setores sociais diversos possam influenciar as decisões judiciais, ainda que não possuam interesse ou relação direta com o objeto do processo em que se manifestam. O fundamento do instituto, portanto, é o permissivo de manifestação de terceiros quando o caso puder afetar toda a sociedade, mesmo em processos cuja demanda seja limitada individualmente, permitindo-se que sejam trazidos ao processo elementos que sejam relevantes para a cognição do órgão julgador.

É importante registrar ainda que o que basicamente se busca sustentar nesse tópico é da necessária participação de atores sociais nas causas de natureza repetitivas, pois somente com a adequada representação e com o debate qualificado, é que o procedimento terá legitimidade, sob o viés democrático da decisão, e até mesmo quanto ao efeito vinculante. Portanto, entende-se ser imprescindível que, a depender do assunto, alguns sujeitos sejam necessariamente convocados a participarem, como agentes técnicos e políticos, como órgãos, entidades e agências reguladoras.

Nesse sentido, os principais agentes seriam as agências reguladoras¹¹⁵, as quais possuem condições de atuarem e contribuírem com o processo na condição de *amicus curiae*, em causas repetitivas, visando a formação de precedente adequado, justo e coerente em função do caráter vinculante, sem, contudo, que seja retirada a competência e liberdade de julgamento do Poder Judiciário (WELSCH, 2016, p. 152).

Sobre este assunto, a autora Gisele Mazzoni Welsch (2016, p. 152) acrescenta que a participação das agências reguladoras deveria se dar de forma obrigatória, e não apenas como mera faculdade do juiz quando julgar pertinente¹¹⁶. A título de exemplificação, em uma situação de

¹¹⁵ “A criação das agências reguladoras como autarquias autônomas destinadas à regulação, integrando a estrutura administrativa do Estado, encontra seu fundamento no direito de países estrangeiros, onde a regulação é desenvolvida desta maneira há bastante tempo, sendo trazida para o direito nacional há aproximadamente vinte anos. Foi na Inglaterra, a partir de 1834, que se utilizou a palavra agência para caracterizar um ente regulador de determinada atividade econômica. Esses entes eram criados para concretização dos mandados legais e resoluções das controvérsias deles resultantes. Mas foi nos Estados Unidos que se consolidou o sistema de regulação econômica desenvolvida por órgãos autônomos. Influenciados pela colonização Inglesa, os americanos adotaram o sistema de regulação em 1887, mas com a Depressão Econômica de 1930, várias agências foram criadas para intervir e reestruturar a economia americana, que sempre foi baseada no pensamento liberal. A ideia de regulação nasceu da necessidade de intensificação da presença corretiva do Estado no jogo capitalista, sendo que no Brasil o marco de criação da regulação é a privatização. As agências reguladoras federais foram criadas a partir de 1996, inspiradas pela experiência americana como entes públicos dotados de independência em relação ao Poder Executivo” (WELSCH, 2016, p. 165-166).

¹¹⁶ “Porém, tal previsão [art. 138 do CPC] define mera faculdade do juiz em determinar a intervenção do *amicus curiae* e quando o julgador entender conveniente, o que ainda não assegura uma condição ou critério de legitimidade política e democrática para a formação da decisão judicial (que poderá vir a se tornar um precedente judicial com eficácia vinculante), pois não possui caráter obrigatório, além de não prever objetivamente as matérias e naturezas de ações

massa, na qual a controvérsia versa sobre contratos de telefonia. Parece bastante razoável que o juiz convoque a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações), para intervir no processo, na qualidade de *amicus curiae*, e colabore para a melhor solução da questão.

Ocorre que para a participação das agências se dar de forma obrigatória, na forma sugerida pela autora anteriormente citada, haveria a necessidade de uma alteração legislativa, que poderia ser com a inclusão de um parágrafo no art. 138 do Código de Processo Civil. Assim a redação poderia se dar nos seguintes termos acrescentando o §4 ao art. 138 do CPC: quando a matéria afetada em IRDR ou Recursos Repetitivos versar sobre tema do qual possua agência reguladora específica, deverá esta atuar como *amicus curiae*.

Todavia, bem se sabe, que não há necessidade de se estabelecer a lei, para que o magistrado perceba a importância que se faz intimar a agência reguladora, quando lhe for pertinente a sua temática. Portanto, caberá ao relator assumir o seu aspecto cooperativo diante processo, e chamar para colaborar no julgamento a agência reguladora, pois, conforme tem se sustentado ao longo de todo o trabalho, o objetivo deve ser sempre o de proporcionar o amplo e substantivo debate sobre a questão, para que, ao final, tenha-se uma decisão legitimada a partir de um debate democrático.

Outro ponto que merece ser observado, de uma forma ampliada, é participação da Defensoria Pública, na posição de *amicus curiae*. Isso

em que tal manifestação deva ocorrer, configurando mero arbítrio judicial, o que não consiste fator de segurança jurídica” (WELSCH, 2016, p. 154-155).

porque, apesar de não haver previsão expressa, entende-se necessário, ainda, reconhecer a possibilidade de a Defensoria Pública atuar também como *amicus curiae*, com o objetivo de combater a sub-representação dos litigantes vulneráveis ou daqueles grupos não organizados, sob pena de se fortalecer a posição processual de um grupo economicamente mais fortalecido e organizado.

Além disso, é imprescindível garantir que os legitimados, Ministério Público e Defensoria Pública sejam intimados para, querendo, intervenham na qualidade de *amicus curiae*. Vale destacar que no procedimento previsto no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas¹¹⁷ e nos Recursos Repetitivos¹¹⁸ existe previsão expressa para intimação apenas do Ministério Público, para que este intervenha, pois não haveria como “retirar daqueles que representam terceiros o direito de apresentar petições escritas, realizar sustentação oral” (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO 2016, p. 615).

Por outro lado, cumpre salientar, todavia, que não haverá substituição dos titulares das relações jurídicas substanciais, até porque as relações jurídicas existentes não serão nele decididas, já que se tratará apenas da tese jurídica, que poderá interessar, a um só tempo, a diversas ações coletivas e individuais, não se exigindo que decorram de origem comum. Não se cogita, portanto, substituição processual, já que não existe

¹¹⁷ Art. 976 do CPC - É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: [...] 2º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono.

¹¹⁸ Art. 982 do CPC - Admitido o incidente, o relator: [...] III - intimará o Ministério Público para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias.

quem pleiteie (em substituição) direito alheio, na forma prevista no art. 18¹¹⁹ do Código de Processo Civil (TEMER, 2016. p. 133-136).

Nesse cenário, afirma Cassio Bueno (2012, p. 467) que o *amicus curiae* “desempenha função que [se faz] necessária para que vozes sem boca, ao menos no plano do direito processual, possam ser ouvidas, devidamente representadas, em prol do aprimoramento e aprofundamento da qualidade da cognição jurisdicional”.

Além disso, no entendimento do Ministro Gilmar Mendes (2018-2009, p. 8) “a admissão de *amicus curiae* confere ao processo constitucional um colorido diferenciado, emprestando-lhe caráter pluralista e aberto, fundamental para o reconhecimento de direitos e a realização de garantias constitucionais no Estado Democrático de Direito”.

Portanto, o *amicus curiae*, incluindo os legitimados, é um mecanismo de compensação de sub-representação, o qual dá voz aqueles que, por dificuldades econômicas ou organizacional, não conseguem se fazer ouvir no processo, especialmente nos procedimentos explorados neste trabalho, os quais possuem efeito vinculante.

Convém ressaltar ainda que a forma de participação do *amicus curiae* pode acontecer por escrito, ou oralmente no momento da Audiência Pública, em data a ser designada pelo o relator, para ouvir

¹¹⁹ Art. 18 do CPC - Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico.

depoimentos, conforme será melhor abordado no tópico específico a respeito da audiência pública (item 3.2.4).

Ressalta-se ainda que o relator possui a faculdade de inadmitir a participação de pessoas, órgãos ou entidades, e cabe a ele o ônus da fundamentação.¹²⁰ A possibilidade de inadmissão é extremamente importante para o bom andamento do processo, pois tornar-se-ia caótico o procedimento se todo e qualquer sujeito quisesse se manifestar no processo¹²¹. Isso colocaria em risco a efetividade e razoável duração do processo. Repita-se, novamente, que somente devem ser aceitas as intervenções que venham agregar novos argumentos, informações, ou legitimar a representação de um determinado segmento da sociedade, pois, caso contrário, não será relevante a intervenção.

Ainda cabe destacar a posição do doutrinador Marco de Araújo Cavalcanti (2016, p. 383-384), a qual merece ser considerada, pois a simples participação do *amicus curiae* no procedimento de IRDR e nos recursos repetitivos, por si só, não é suficiente para garantir a representatividade adequada na defesa da tese jurídica a ser adotada pelos litigantes ausentes, pois, na maioria das vezes participam, contribuindo

¹²⁰ Enunciado 175 do Fórum Permanente de Processualistas Civis - (art. 927, § 2º) O relator deverá fundamentar a decisão que inadmitir a participação de pessoas, órgãos ou entidades e deverá justificar a não realização de audiências públicas. (Grupo: Precedentes).

¹²¹ Nesse mesmo sentido, explica Sergio Cruz Arenhart (2016, p. 299): “ Por outro lado, sabe-se que essa participação plena é muitas vezes impossível, gerando um processo tumultuado e praticamente infinito. Daí a necessidade de se buscar um equilíbrio, capaz de permitir repensar a participação (ou representação) dos sujeitos afetados, sem que isso retire as vantagens da aglutinação buscada.

com esclarecimentos e subsídios técnicos para a fixação da tese, porém, não se trata de uma defesa jurídica de uma determinada tese.

Desta forma, seria importante haver algum controle sobre a qualidade dos representantes do grupo, a partir de critérios que o magistrado devesse analisar para conseguir aferir se a representação de um grupo está realmente assegurada, como por exemplo: competência, honestidade, prestígio e experiência, histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses de um grupo, dentre outros fatores¹²².

Contudo, mesmo não havendo previsão expressa destes requisitos de apreciação da adequada legitimidade, entende-se que o juiz, enquanto participante do processo, na perspectiva cooperativa, deve manifestar um juízo quanto à representatividade adequada de um determinado grupo da sociedade que será diretamente atingido pela decisão, e pode, inclusive, intimar especificamente uma associação/instituição/pessoa, para que participe do procedimento, e garanta, assim, a adequada representatividade.

Em suma, foi possível identificar que a atuação de *amicus curiae* no âmbito do Processo Civil, e mais especificamente nas demandas repetitivas, consiste em um elemento otimizador da legitimação democrática das decisões judiciais, na medida em que aproxima o Poder

¹²² Os requisitos de representação adequada, propostos neste ponto, são sugeridos com base no Anteprojeto do Código de Processo Coletivo que dispõe, minuciosamente critérios que devem ser apreciados pelo magistrado, para que este consiga verificar se há a adequada tutela dos interesses da coletividade, e aqui – nas demandas repetitivas, dos interesses dos ausentes.

Judiciário da sociedade e da realidade, fator que imprime maior justiça e efetividade aos comandos judiciais.

3.2.2 Participação dos sujeitos diretamente interessados (representativos de controvérsia) e dos processos sobrestados

A possibilidade de participação nos recursos repetitivos e no Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva evidencia a preocupação do legislador para que haja amplo debate da matéria. Neste momento estaria contemplada a participação pessoal das partes que estejam diretamente com o seu recurso ou ação como representativa de controvérsia, que deu origem a instauração do procedimento de recursos repetitivos ou do Incidente de Resolução das Demandas Repetitivas. Seriam estes os sujeitos diretamente envolvidos na relação jurídica processual que deu origem ao procedimento, e estes devem ter a oportunidade de se manifestar sobre a questão a ser resolvida pelo tribunal.

Além disso, é possível ainda abrir oportunidade para manifestação daquelas partes que estejam com as suas ações ou recurso sobrestado, aguardando o julgamento da causa-piloto, que tenham interesse em trazer novos elementos e contribuir para a decisão do tribunal. Assim, a participação dos sobrestados, para alguns autores, assume a qualidade de assistente litisconsorcial¹²³ de uma das partes originárias do processo

¹²³ Sobre o assunto, Leonardo Carneiro da Cunha (2011, p. 269) e Marco de Araújo Cavalcanti (2016, p. 288).

judicial pendente no tribunal¹²⁴. Ou seja, esses intervenientes têm interesse jurídico no resultado do julgamento, pois a decisão influirá diretamente na relação jurídica travada entre eles e seu adversário processual (art. 124, do CPC¹²⁵).

Nesse sentido, Alexandre Freitas Câmara (2017, p. 238) defende ser essencial para o contraditório na formação do padrão decisório, a participação das partes que estejam com seus processos sobrestados, aguardando a decisão.

A participação desses interessados [com seu processo sobrestado], portanto, é um poderoso mecanismo – provavelmente o mais importante – de se evitar que a formação de um padrão decisório vinculante se dê de modo a atingir os interesses sub-representados. É fundamental, portanto, que haja um espaço de oportunidade, no procedimento de formação dos padrões decisórios vinculantes, para a participação de quem fale por todos os tipos

¹²⁴ Quando Silva (2010, p. 234) abordou essa questão da participação do sobrestado, afirmou que: “No que toca às modalidades de intervenção de terceiro existentes, a intervenção de sobrestado também não encontra seu lugar em nenhuma delas. Não é oposição porque o recorrente interveniente não pretende ver reconhecido como seu direito ou bem sobre o qual discutem entre si recorrente e recorrido do recurso-amostra. Não é nomeação à autoria porque não está prevista no art. 62 e 63 do CPC e não tem por fim consertar um vício de legitimidade passiva da relação processual. Objetivamente, também não se trata de denunciação da lide porque nada tem de ação regressiva. Não pode ser chamamento ao processo porquanto não se confunda em solidariedade existente entre o terceiro interveniente a parte recorrente ou recorrida. Por fim, não encontra seu lugar no recurso de terceiro. [...] Não atua como amicus, fundamentalmente pela qualidade do interesse de que é titular, vale dizer, interesse da parte, próprio seu, que será atingido, diretamente pela decisão proferida”.

¹²⁵ Art. 124 do CPC - Considera-se litisconsorte da parte principal o assistente sempre que a sentença influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido.

de interesses que poderão vir a ser alcançados pela eficácia vinculante do padrão decisório a ser formado. Fundamental, insiste-se, não é que todas as pessoas participem, mas que todos os interesses possam estar representados no processo de formação do padrão decisório vinculante.

Ocorre que, o fundamental não é a participação de todas as partes que estejam com o seu processo/recurso sobrestado, mas sim, é necessário que a intervenção seja justificável, de acordo com a utilidade, isto significa que o pronunciamento deve trazer elementos, argumentos, fundamentos, enfoques, abordagens diferentes, pois o importante é garantir que todos os interesses estejam devidamente representados no processo de formação da decisão paradigma.

Contudo, cabe mais uma vez o alerta de que se a participação ocorrer de forma ampla e irrestrita, poderá levar a ineficiência do procedimento, pois, se cada sujeito, seja processual ou terceiro interessado, quiser se manifestar, pode-se ferir o princípio da razoável duração do processo. O que deve ser observado é que não se pode perder de vista o fato de que em muitos casos repetitivos, há centenas e milhares de processos instaurados que aguardam a decisão, e isso inviabiliza a participação individualizada de cada sujeito.

Dessa forma, entende-se que há de se permitir exceções à possibilidade individual de intervenção, o que leva a concluir que essa intervenção só deverá ser admitida quando for capaz de verdadeiramente ampliar o debate, trazendo novos argumentos para a apreciação do tribunal julgador.

Enfim, é importante que a parte que deseja integrar como terceiro convença que em seu recurso ou processo sobrestado, trouxe argumentos

que não foram trazidos pela causa-piloto, e que necessariamente, precisam ser abordados na decisão.

3.2.3 Requerimento de informações pelo relator

Outro mecanismo previsto que visa instruir o IRDR (art. 982, II, do CPC¹²⁶) e os Recursos Repetitivos (art. 1.038, III, do CPC¹²⁷) é a possibilidade de o relator requerer informação aos tribunais de segunda instância, ou aos juízes de primeiro grau, a depender da situação. Neste ponto, prescinde-se de uma postura participativa do magistrado, que aja efetivamente como sujeito ativo no processo, e garanta um julgamento fundamentado e sem surpresas.

Neste momento é dada a possibilidade de o magistrado requisitar informações aos tribunais inferiores, ou aos demais tribunais, a respeito, por exemplo, de qual é a estimativa de processos que versam sobre o tema a ser (ou que já esteja) afetado. Ou ainda, buscar maiores informações para a correta definição da questão a ser elucidada, bem como certificar-se de que os fundamentos encontram boa representação, tanto qualitativamente, quanto quantitativamente.

Todavia, vale aqui trazer o posicionamento de Aluísio Gonçalves de Castro Mendes (2017, p. 199). O autor identifica que este momento de

¹²⁶ Art. 982 do CPC - Admitido o incidente, o relator: [...] II - poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, que as prestarão no prazo de 15 (quinze) dias.

¹²⁷ Art. 1.038 do CPC - O relator poderá: [...] III - requisitar informações aos tribunais inferiores a respeito da controvérsia e, cumprida a diligência, intimará o Ministério Público para manifestar-se.

requisição de informação não deve ser “superdimensionado”, pois “não se pretende transferir ao órgão julgador a responsabilidade primária em relação aos direitos, deveres, ônus e faculdade pertinentes às pretensões formuladas perante o Poder Judiciário”. O mesmo autor acrescenta ainda que essa situação traz uma “visão distorcida do princípio da cooperação”.

Contudo, diversamente do defendido alhures, acredita-se que essa atividade ativa do juiz está em conformidade com o modelo cooperativo de Processo Civil, no qual o magistrado está envolvido para a justa resolução da lide. De forma alguma está transferindo ao Poder Judiciário a total responsabilidade pelo processo, mas sim, trata-se este de um momento no qual objetiva-se trazer informações, sejam elas numéricas, como por exemplo da quantidade de processos que versam sobre o tema, ou de fundamentos.

Em defesa do juiz, enquanto sujeito cooperador do processo, convém mencionar Marioni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 79).

Encarar o processo civil como uma comunidade de trabalho regida pela ideia de colaboração, portanto, é reconhecer que o juiz tem o dever de cooperar com as partes a fim de que o processo civil seja capaz de chegar efetivamente a uma decisão justa, fruto de um diálogo efetivo, mias franco, aberto e ponderado (arts. 6º, 7º, 9º, 10). Há um efetivo dever de engajamento do juiz no processo.

Os referidos autores acrescentam ainda que esse “dever de engajamento” está longe de “aniquilar a autonomia individual e a autoresponsabilidade das partes, a colaboração apenas viabiliza que o juiz atue para a obtenção de uma decisão justa”. Trata-se de compreender que

o “processo não é coisa exclusivamente das partes, nem coisa exclusivamente do juiz”, mas sim, a busca pela decisão justa (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO 2016, p. 79).

Portanto, a previsão legal do magistrado poder ir buscar maiores informações sobre o caso, com os demais órgãos, visa agregar informações que possam influir no julgamento da causa.

3.2.4 Efetividade do debate nas audiências públicas

O mais interessante dos instrumentos de participação que estão previstos nos procedimentos de resolução das demandas repetitivas, e que demonstra maior compatibilidade com o modelo cooperativo de processo, é a possibilidade de o relator fixar data para realização de audiência pública¹²⁸.

Isso porque a audiência pública é um mecanismo ligado às práticas democráticas capaz de permitir a tomada de decisões com legitimidade e transparência, com a abertura de espaço para todos aqueles que possam sofrer os reflexos de tais decisões tenham oportunidade de se manifestar.

¹²⁸ Nos recursos repetitivos, a previsão da audiência pública encontra previsão: “Art. 1.038. O relator poderá: [...] II - fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, com a finalidade de instruir o procedimento”.

Por outro lado, no IRDR a realização de audiência pública encontra a seguinte previsão: “Art. 983. [...] § 1º Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria”.

O momento da audiência pública está intimamente conectado com as questões apresentadas a respeito do *amicus curiae*, exploradas no item 3.2.1 do presente trabalho, na medida em que o *amicus curiae*, além de exercer sua manifestação na forma escrita, pode também se manifestar no momento da audiência pública, ocasião em que sua manifestação será exercida oralmente, na data e hora da sessão¹²⁹. No entanto, o momento da audiência pública pode se dar de maneira mais ampliada do que a participação do *amicus curiae*, até porque, enquanto o *amicus curiae* ingressa no processo como um terceiro, na audiência pública pode haver manifestações, sem que haja, propriamente, participação em todo o procedimento (seja o IRDR ou Recursos Repetitivos). Com isso, fica claro que a audiência pública é um instrumento que visa trazer a sociedade para as tomadas de decisões que afetarão ala própria.

A realização das audiências se dá por meio de sessões abertas, em local, data e horário previamente definidos, para os sujeitos (seja individualmente ou representando um determinado grupo/interesses), previamente inscritos – o que significa dizer que a pauta de inscritos será previamente divulgada - possam expor de forma opinativa e sugestiva sobre o tema previamente definido, com o objetivo de promover o princípio da legalidade e da oralidade.

Convém ressaltar que a audiência pública se desenvolve na forma de palestras, em que cada participante, conforme cronograma

¹²⁹ Antônio do Passo Cabral (2006, p. 44), define que “A audiência pública é uma reunião aberta em que a autoridade responsável colhe da comunidade envolvida suas impressões e demandas a respeito de um tema que será objeto de decisão administrativa”.

previamente definido, tem o seu tempo (também previamente definido) para manifestação oral sobre o tema, objeto da audiência. Durante as exposições individuais, não há interrupções, ou debate, naquele momento.

Inclusive, o ideal seria que todos os julgadores que fossem participar do julgamento do incidente, participassem obrigatoriamente da audiência pública realizada, para que tivessem a experiência de ficarem mais próximos da questão, ouvindo os participantes da audiência pública exporem as suas questões. Todavia, isso não é o que ocorre na prática. A presença é somente do julgador (ministro/desembargador) relator que convocou a audiência pública. Vale destacar ainda que o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, exige, que apenas haja a notificação dos Ministros do respectivo Órgão Julgador¹³⁰, contudo, não há exigência da presença deles.

O que se percebe, na prática, é que, como não participam todos os julgadores (tratados aqui de forma ampla, sejam eles ministros ou desembargadores), estes somente tomam conhecimento do que ocorreu na audiência pública, após a ata da audiência ser juntada aos autos. Portanto, tal fato se torna um entrave para que se tenha uma audiência

¹³⁰ Art. 186 [...] § 4º do Regimento Interno do STF - O Ministro que convocou a audiência prevista no inciso I do art. 185 divulgará, com antecedência mínima de trinta dias, as orientações gerais sobre o procedimento a ser adotado, observado o seguinte:

I - o despacho convocatório da audiência pública será amplamente divulgado e delimitará a(s) questão(ões) objeto de debate, fixará prazo para a indicação das pessoas a serem ouvidas e determinará a notificação dos Ministros do respectivo Órgão Julgador e o encaminhamento de convites a pessoas ou a entidades que possuam estreita relação com a questão a ser apresentada;

destinada a ampliar o debate e fomentar a pluralidade de informações e posicionamentos sobre a demanda, o que pode levar a audiência a uma mera formalidade, sem que cumpra, efetivamente a sua finalidade.

Neste contexto, quando se trata especificamente da atuação de *amicus curiae* e da realização de audiências públicas nos processos de controle direto de constitucionalidade perante o STF, o Ministro Gilmar Mendes (2008/2009, p. 8) defende que, “além de contribuir para a qualidade da prestação jurisdicional, garante novas possibilidades de legitimação dos julgamentos”. Isso quer dizer que a ampliação subjetiva do contraditório proporcionada pela intervenção de *amicus curiae* e pela realização de audiências públicas asseguram a qualidade do direito aplicado. Também amplia a legitimidade constitucional de tais decisões, admitindo que produzam efeitos alcançando aqueles que não tenham participado do processo de sua formação, chamados pela doutrina de ausentes.

Oportuno dizer que, é inegável a relação entre a audiência pública e o princípio constitucional do contraditório. Aliás, o autor Antônio do Passo Cabral (2006, p. 45) sustenta tal tese.

[...] os institutos de consulta pública se inserem na abertura do cânone interpretativo do princípio do contraditório como direito de influenciar a formação da decisão estatal no processo administrativo, sendo esse o primeiro grande efeito processual da audiência que procuraremos aqui ressaltar.

Como já tivemos oportunidade de salientar em outra ocasião, conceber as manifestações sociais em processos deliberativos, como o direito de condicionar a tomada de decisões estatais vinculativas, é uma imagem republicana de uma

sociedade policêntrica, em que os polos decisórios não representam nichos de concentração de poder, mas o equilíbrio entre os pontos de vista existentes no corpo comunitário, o balanceamento centrífugo das forças sociais, ainda que divergentes.

Vale lembrar que as audiências públicas encontram maior campo de realização no processo legislativo, como é o caso do Plano Diretor Municipal, bem como no âmbito do executivo, o qual tornou-se mais comum em função do processo de reforma do Estado na década de 1990, especialmente com a criação de agências reguladoras, que se fazem valer das audiências públicas para apurar os interesses do setor regulado em sintonia com as políticas públicas do Brasil.

Ocorre que, cada vez mais as audiências públicas têm sido utilizadas no processo jurisdicional brasileiro, principalmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o qual encontra respaldo no pressuposto democrático, como um instrumento que oferece legitimidade para as decisões.

Registra-se ainda que a realização de audiências públicas no processo jurisdicional brasileiro tem a sua origem no Supremo Tribunal Federal, e sua concepção é baseada na obra de Peter Häberle¹³¹ acerca da

¹³¹ Foi realizada uma breve consulta (no dia 01/12/2018) no site do Supremo Tribunal Federal com a palavra-chave “Peter Häberle” e foi possível identificar mais de 125 acórdãos que fazem referência direta ao autor alemão, dentre eles destaca-se a ADI 4439, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 27/09/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-123 DIVULG 20-06-2018 PUBLIC 21-06-2018, com a seguinte citação: “Peter Häberle complementa essa ideia e aponta que o preâmbulo das Constituições integra a análise do que denomina “constituição como cultura”. Entende haver considerável proximidade entre o texto constitucional e a literatura ou até mesmo a música, e o conteúdo dos preâmbulos é a forma mais clara de ver tal conexão. Para ele,

assim denominada “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, a qual versa sobre a democratização da interpretação constitucional¹³². Nessa obra o autor sustenta que “todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta, ou até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma” (HÄBERLE, 2002, p. 15). Ou seja, todos os intérpretes devem ter a possibilidade de contribuir para a formação da norma, especialmente quando se trata de uma decisão que pode, direta ou indiretamente, vir a atingi-los. Assim, Häberle (2002, p. 13) propõe a seguinte tese:

[...] no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.

Ao propósito, a utilização de Audiência Pública pelo STF se tornou possível a partir da Lei nº 9.868/99, a qual dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória

a função dos preâmbulos “consiste em literalmente ‘sintonizar’ os cidadãos com a obra apresentada a seguir, em linguagem elevada e própria de feriados comemorativos. São, nessa medida, comparáveis a prólogos, aberturas ou prelúdios” (HÄBERLE, Peter. Präambeln im Text und Kontext von Verfassungen. In: Festschrift Broermann, 1982, p. 211).”

¹³² Nesse sentido afirma o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em artigo publicado em conjunto com André Rufino do Vale, no Observatório da Jurisdição Constitucional, ano2 (2008/2009 p. 3), que: “Na jurisprudência, decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em tempos recentes demonstram a inestimável contribuição de Peter Häberle ao desenvolvimento do direito constitucional no Brasil, o que será objeto das considerações a seguir, divididas em quatro tópicos temáticos centrais de seu pensamento: 1) Amicus curiae e audiências públicas; 2) Pensamento de possibilidades; 3) Tempo e Constituição: a mutação constitucional; 4) Estado constitucional cooperativo”.

de constitucionalidade, e com a Lei nº 9.882/99, a qual dispõe sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Porém, foi somente em abril de 2007 que foi realizada a primeira audiência pública na história do Supremo, convocada pelo Min. Ayres Britto, Relator da ADI 3510, a qual impugnava dispositivos da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005). No ano seguinte, foi realizada audiência pública na ADPF 101, convocada pela Ministra-relatora Carmen Lúcia Antunes Rocha, na qual se debatia quanto à possibilidade ou não de importação de pneus usados provenientes de outros países não integrantes do Mercosul. No mesmo ano de 2008, foi realizada a audiência pública na ADPF 54, a respeito da interrupção da gravidez de fetos anencefálicos, e a partir disso desenvolveu-se a prática de realizarem-se audiências públicas, instrumento esse que foi fomentado, ainda mais, com a entrada do Código de Processo Civil em 2015, e a previsão expressa para a realização em mais casos, como os procedimentos estudados no presente trabalho.

No entanto, cumpre destacar que o Código de Processo Civil não prevê um procedimento específico para as audiências públicas, ou seja, cada tribunal regulamenta o seu procedimento. No Superior Tribunal de

Justiça¹³³ e no Supremo Tribunal Federal¹³⁴¹³⁵ há previsão procedimental para regulamentação de audiências públicas, ainda que não muito detalhadas.

¹³³ Regimento interno do STJ com inclusões pela Emenda Regimental n. 22, de 2016:

Art. 186 [... § 4º O Ministro que convocou a audiência prevista no inciso I do art. 185 divulgará, com antecedência mínima de trinta dias, as orientações gerais sobre o procedimento a ser adotado, observado o seguinte:

- I - o despacho convocatório da audiência pública será amplamente divulgado e delimitará a(s) questão(ões) objeto de debate, fixará prazo para a indicação das pessoas a serem ouvidas e determinará a notificação dos Ministros do respectivo Órgão Julgador e o encaminhamento de convites a pessoas ou a entidades que possuam estreita relação com a questão a ser apresentada;
- II - será garantida a participação de pessoas ou de entidades que defendam diferentes opiniões relativas à matéria objeto da audiência pública;
- III - caberá ao Ministro que presidir a audiência pública selecionar as pessoas que serão ouvidas, divulgar a lista dos habilitados, determinar a ordem dos trabalhos, fixar o tempo de que cada um disporá para se manifestar e zelar, na medida do possível, pela garantia de pluralidade de expositores;
- IV - os depoentes deverão limitar-se à questão em debate;
- V - os trabalhos da audiência pública serão registrados e juntados aos autos do processo e ao projeto de súmula e disponibilizados no sítio eletrônico do Tribunal;
- VI - os casos omissos serão resolvidos pelo Ministro que convocou a audiência.

¹³⁴ No âmbito do Supremo Tribunal Federal a regulamentação das audiências públicas se encontra no Regimento Interno da seguinte forma: Art. 154. Serão públicas as audiências:

I - (Suprimido)

II – para instrução de processo, salvo motivo relevante.

III – para ouvir o depoimento das pessoas de que tratam os arts. 13, incis XVII, e 21, inciso XVII, deste Regimento.

Parágrafo único- A audiência prevista no inciso III observará o seguinte procedimento:

De modo geral, as audiências públicas visam permitir a ampla manifestação de qualquer pessoa, desde que previamente inscrita, e de acordo com as disposições procedimentais estabelecidas para seu desenvolvimento. Além disso, faz-se necessário demonstrar a experiência e conhecimento acerca da matéria que se discute no processo, o que viabiliza que se leve ao órgão jurisdicional o conhecimento acerca dos interesses da coletividade que podem, de algum modo, influenciar a decisão.

Para tanto, de início, faz-se necessária ampla publicidade prévia à realização da audiência para que seja permitida a maior participação

I – o despacho que a convocar será amplamente divulgado e fixará prazo para a indicação das pessoas a serem ouvidas;

II – havendo defensores e opositores relativamente à matéria objeto da audiência, será garantida a participação das diversas correntes de opinião;

III – caberá ao Ministro que presidir a audiência pública selecionar as pessoas que serão ouvidas, divulgar a lista dos habilitados, determinando a ordem dos trabalhos e fixando o tempo que cada um disporá para se manifestar;

IV – o depoente deverá limitar-se ao tema ou questão em debate;

V – a audiência pública será transmitida pela TV Justiça e pela Rádio Justiça;

VI – os trabalhos da audiência pública serão registrados e juntados aos autos do processo, quando for o caso, ou arquivados no âmbito da Presidência;

VII – os casos omissos serão resolvidos pelo Ministro que convocar a audiência.

Art. 155. O Ministro que presidir a audiência deliberará sobre o que lhe for requerido.

§ 1º Respeitada a prerrogativa dos advogados, nenhum dos presentes se dirigirá ao presidente da audiência, a não ser de pé e com sua licença.

¹³⁵ A respeito do procedimento para a realização de audiência pública no Supremo Tribunal Federal, vale destacar o artigo de Alexandre Freira (2018, p. 45 e seguintes), que trata de forma minuciosa o assunto.

possível e para que todos compareçam cientes do tema objeto do debate e preparados, a partir de uma pré-compreensão e reflexão detida, para prestar sua contribuição à discussão. Não pode haver comunicação irregular ou insuficiente à coletividade, pois é necessária uma antecedência minimamente razoável que deve ser exigida em respeito ao direito de informação (CABRAL, 2008, p. 46). Para fins do presente estudo, entende-se razoável a comunicação da realização de audiência pública com, no mínimo, 30 (trinta) dias, conforme se verifica em diversos regimentos internos dos tribunais¹³⁶.

Além do agendamento com um tempo razoável para a realização da audiência pública, também, está intrinsicamente ligada a isso a questão da ampla divulgação da realização da audiência pública. É necessário que essa divulgação não se dê somente nas formas tradicionais, mas que possa alcançar a sociedade como um todo, inclusive o cidadão comum, que possa ter interesse em participar, incluindo *sites*, redes sociais, etc.

Vale frisar que tudo isso é para que se alcance a chamada “representatividade adequada”¹³⁷ dos diversos grupos e setores envolvidos no tema, e apesar de ser um termo bastante amplo e que depende de critérios subjetivos – isto é, não está previsto em nenhuma legislação – deve ser perquirido pelo julgador, no momento da audiência pública. Entende-se que cabe ao magistrado mensurar a

¹³⁶ Em conformidade com o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, acrescido pela Emenda Regimental n. 22, de 2016, prevê em seu art. 186, § 4º, a antecedência mínima de trinta dias entre a divulgação e a realização da audiência pública.

¹³⁷ A respeito da “representatividade adequada”, é importante salientar o que já foi explorado no item 3.2.1 quando da abordagem do *amicus curiae*.

representatividade de determinado segmento, por meio de dois critérios, propostos no estudo de caso específico das audiências públicas da saúde (ASENSI; FERREIRA; DIAS, 2012, p. 166): o primeiro critério seria de garantir que pelo menos um participante fale em nome daquela parcela da sociedade; e, segundo, é mensurar a necessidade daquele setor para o que a audiência se propunha a atingir.

Em um estudo de caso elaborado pela FGV Direito Rio, sobre a audiência Pública da Saúde no Supremo Tribunal Federal, que aconteceu nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009, concluiu que, naquela ocasião não houve representatividade suficiente dos diversos setores da sociedade e do Estado, haja vista que, por exemplo, o estado que sofre com a saúde pública é o norte e nordeste, e não havia nenhum representante da saúde daquela região. Foi mais acentuada a presença do Poder Executivo e da União, bem como não contou com nenhum representante do Poder Legislativo, e poucos membros da sociedade civil. Portanto, aquela pesquisa concluiu que não foi tão eficaz, quanto poderia ser, a aproximação da sociedade civil da tomada de decisões políticas (ASENSI; FERREIRA; DIAS, 2012, p. 171).

Não se pode deixar de registrar que apesar das audiências públicas terem a intenção a aproximação da sociedade na tomada das decisões, existe a imposição formal quanto aos trajes que devem ser utilizados nas audiências públicas do Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o art. 16¹³⁸ da Ordem de Serviço nº 11/99 do Diretor-Geral da Secretaria do

¹³⁸ VI - DO VESTUÁRIO - Art. 16. Não são permitidos, a qualquer título, o ingresso e a permanência nas dependências do Tribunal de pessoas com trajes

STF, e sabe-se que esta é a prática de diversos Tribunais, ainda que sem legislação específica. Isso, de certa forma, restringe a participação daqueles que não teriam condições financeiras de arcarem com as “vestimentas adequadas” para a ocasião (ASENSI; FERREIRA; DIAS, 2012, p. 162).

Vale aqui, mais uma vez, a ressalva de que a realização das audiências públicas não podem ser meras formalidades, destinadas a dar a impressão de legitimidade à decisão. É fundamental que o conteúdo produzido na audiência pública seja levado a sério pelo órgão julgador, bem como que os julgadores, ou ao menos o relator, estejam presentes para conferir real sentido de influência do ato.

Isto é, não pode a audiência servir como um álibi retórico, ou ainda um instrumento de legitimação, sem que de fato se considere o que foi falado. Este é o ponto de principal crítica sobre as audiências públicas no âmbito do judiciário.

Registra-se ainda que essa preocupação quanto à efetividade das audiências públicas foi abordada na tese de doutoramento de Alexandre Freitas Câmara (2017, p. 199).

Uma mudança aqui se faz absolutamente necessária. Não haverá processo verdadeiramente participativo se a realização de audiência

em desacordo com o cerimonial, a formalidade e o caráter solene da Corte, ou que sejam atentatórios ao decoro.

§ 1º O uso de uniformes será disciplinado em ato específico.

§ 2º O cumprimento do disposto neste artigo cabe às chefias imediatas, relativamente aos servidores, e à Coordenadoria de Segurança e Transporte, no que se refere ao público externo.

pública for mera formalidade, e o conteúdo trazido ao processo pelos que são ouvidos nessa audiência, todos dotados de experiência e conhecimento sobre a matéria a ser decidida, não for levado a sério na formação da decisão.

É evidente que o órgão jurisdicional não terá que decidir conforme a vontade manifestada pelos participantes da audiência pública (ou pela maioria deles). Entretanto, se o caso for decidido contrariamente à conclusão popular, sobre o órgão jurisdicional, recai um específico ônus argumentativo destinado a justificar tal decisão, já que devem existir “razões mais fortes” para decidir num sentido do que em sentido contrário.

Além disso, conforme se verifica da legislação que versa sobre o IRDR e os Recursos Repetitivos, a realização da audiência pública se trata de uma faculdade do relator do procedimento, o qual irá convocar se entender necessário¹³⁹. Apesar de não ser obrigatória a sua realização, acredita-se ser ônus do relator, argumentar a respeito da sua dispensa. Se não houver uma explicação razoável da dispensa da audiência, entende-se que o procedimento poderá estar fadado à violação do contraditório, e, logo à inconstitucionalidade.

Vale destacar a posição de Alexandre Freire (2018, p. 43-44), ao tratar das audiências públicas nos recursos repetitivos, pois afirmar que

¹³⁹ A respeito da realização da audiência pública, Alexandre Freire (2018, p. 25), possui o entendimento de que o julgamento dos recursos repetitivos deve “obrigatoriamente [ser] antecedido de audiência pública”. Portanto, trata-se de uma imposição a realização da audiência pública.

apesar de a regra prevista no art. 1.038, II¹⁴⁰ do CPC prever que o relator “poderá” designar audiência pública, na realidade deve “ser interpretado como um dever-poder do relator”, a fim de proporcionar “o fomento de uma prática de construção da decisão judicial orientada pelo verdadeiro diálogo social”.

Neste sentido, cabe trazer, a título de exemplo, trecho da decisão que julgou o IRDR do Tribunal de Justiça de Santa Catarina a respeito da necessidade de comprovação da carência de recursos ou hipossuficiência financeira do cidadão nas ações voltadas a exigir prestação positiva do Estado em matéria de medicamentos, cirurgia e demais procedimentos afetos à saúde pública¹⁴¹, na qual tenta justificar a desnecessidade de realização da audiência pública.

Importante esclarecer que pelo teor das intervenções não fora identificada a necessidade de realização da Audiência Pública inicialmente idealizada, notadamente por se demonstrar a discussão de natureza eminentemente jurídica e por se tratar de tema urgente de resolução tanto para a sociedade civil quanto para os entes públicos.

De acordo com o que foi explorado neste trabalho, entende-se que a justificativa apresentada pelo relator, no caso concreto acima citado, não seria suficiente para afastar a realização da audiência. Primeiro porque deixar de realizar a audiência porque a matéria é jurídica, não faz sentido,

¹⁴⁰ Art. 1.038 do CPC - O relator poderá: II - fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, com a finalidade de instruir o procedimento;

¹⁴¹ Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 0302355-11.2014.8.24.0054/50000, de Rio do Sul Relator: Desembargador Ronei Danielli.

já que o IRDR se presta justamente para julgar questão de direito. Segundo, porque a urgência não pode ser pretexto para afastar a realização de audiência, pois, conforme demonstrado neste trabalho, mais do que para resolver demandas individuais, o procedimento se presta para fixar uma tese, e, para isso, é necessário que a matéria esteja madura e tenha havido a ampla participação.

Nesta esteira, parece que o único argumento que se prestaria para dispensar uma audiência pública, é de o relator sustentar que os interesses dos grupos que serão afetados pela decisão, estão devidamente representados, e justificar quem são eles, e por quem se deu a representação, e que houve ampla divulgação que culminou no acolhimento de diversos terceiros, que participaram de todo o procedimento.

Isto é, sem que o relator demonstre estar suficiente o contraditório que justifique a não realização a audiência pública, entende-se que ela deve sim acontecer.

Por outro lado, caso seja realizada a audiência, é necessário que, da mesma forma que se abordou quanto ao *amicus curiae*, que os tribunais admitam a participação, em audiência pública ou daqueles que realmente podem contribuir para a decisão a ser proferida. E cabe ao relator/julgador identificar os indivíduos grupos e organizações cuja participação é necessária para desenvolver e implementar uma solução justa e viável. Caso contrário, deverá indeferir a participação na audiência, sob o pretexto do bom andamento processual, sem tumulto e longa duração.

Mister ressaltar ainda, uma interessante proposta do professor José Isaac Pilati (2015, p. 48-49) para as audiências públicas realizadas no

âmbito da Justiça do Trabalho (TRT da 12ª Região), a qual resultou numa proposta de legislação interna. A configuração das audiências pública seria um instrumento de solução democrática de conflitos coletivos, superando as características tradicionais do processo, por meio de intensa e ampla participação social, configurando a audiência pública como uma forma de autocomposição.

Assim, para o autor da tese defendida anteriormente, a audiência pública não seria mera consulta pública, em que a autoridade ao final decide ao seu gosto. Seria processo de deliberação que se conclui com uma decisão coletivamente construída pelos sujeitos interessados na lide e a autoridade¹⁴² assume o papel de convocar, conduzir e homologar (ou não) a decisão. Essa nova tese de audiência pública participativa proporciona uma noção ampliada dos conceitos tradicionais de parte, conflito, acesso à justiça e processo¹⁴³.

Posto isto, não é possível pensar em algo mais democrático, e voltado para a contemplação do modelo cooperativo de processo, do que a tese de Audiência Pública Participativa, enquanto instrumento de autocomposição e não mero instrumento de consulta. No entanto, sabe-se da difícil tarefa de implementação, afinal, prescinde de uma mudança de

¹⁴² Isso pressupõe uma mudança de perfil da autoridade (juiz), que passa a ser um mediador de conflito.

¹⁴³ A tese do professor José Isaac Pilati (2015) tem por base o Direito Romano que se valia das audiências públicas nessa perspectiva de resolução dos conflitos. Ele traça todo um paralelo histórico abordando a audiência pública e a democracia romana.

paradigmas, bem como retirar o poder da decisão dos juízes para colocá-lo na mão daqueles diretamente interessados na boa resolução da lide.

Contudo, parece-nos que a aplicabilidade para os casos de IRDR e de Recursos Repetitivos, objeto do presente estudo, ficaria prejudicado, já que a intenção dos procedimentos é de firmar uma tese a ser aplicada aos casos presentes e futuros. Para esses casos futuros que ingressem no judiciário com a questão de direito já decidida, o magistrado deverá observar a tese já firmada, nos termos do art. 927 do Código de Processo Civil. Portanto, pensar numa autocomposição que seja aplicada a casos que não estiveram presentes, daí sim, parece violar o contraditório.

Ainda assim, é uma interessante proposta para os processos coletivos, que tutelem os interesses coletivos, entendido como aqueles que possuem natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base, conforme conceito atribuído no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor¹⁴⁴.

¹⁴⁴ Art. 81 do CDC - A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

- I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
- II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
- III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Diante de todo o exposto, parece bastante claro que a utilização das audiências públicas pelo judiciário brasileiro, é recente, e está em constante evolução, tanto por parte do julgador, em entender a importância de se realizar audiências públicas, bem como por parte da própria sociedade civil, em participar. Contudo, ainda assim, é um espaço extremamente importante para a evolução do contraditório na sua perspectiva democrática.

CONCLUSÃO

O Processo Civil Brasileiro detém, na sua essência, características para a resolução de demandas individuais. Entretanto, teve que passar por adaptações para garantir a devida prestação jurisdicional às demandas repetitivas, as quais se tornaram uma realidade no judiciário brasileiro. Assim, o surgimento de novos litígios, típicos de uma sociedade contemporânea, com os serviços a atacado, das conquistas científicas e tecnológicas em decorrência das dimensões globais, da instantaneidade das informações e meios de comunicações, e do estabelecimento de economias de mercado caracterizado por relações impessoais e coletivizadas, geraram direitos que ultrapassam a esfera particular do indivíduo – os direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos.

Neste sentido, mediante à análise da tutela de direitos coletivos, bem como da tutela coletiva de direitos individuais, notou-se a ineficácia do tratamento coletivo a todas as situações necessárias, de sorte que muitos interesses de natureza coletiva têm sido tratados de maneira individual. Esse tratamento individual gera, em verdade, a proliferação de ações repetitivas que versam sobre as mesmas teses jurídicas.

Destarte, é possível constatar que a forma para a resolução de demandas repetitivas se dá por meio de julgamento coletivizado de questões comuns de modo a enfatizar a solução dos litígios em sua dimensão coletiva, a partir do julgamento de um caso piloto que representa a controvérsia.

Nesta seara, o Código de Processo Civil de 2015, foi idealizado dentro de uma tendência de estabilização, uniformização, a partir de

atribuição de efeitos vinculantes, que demonstra o desejo da integridade jurisprudencial e segurança jurídica, na forma do art. 926 do CPC, bem como determina o rol do art. 927 do CPC. Isto significa que os juízes deverão observar algumas decisões, dentre elas, destaca-se o IRDR e os recursos repetitivos, objetos do presente estudo, e que juntos são considerados, nos termos do art. 928 do CPC, os julgamentos de casos repetitivos.

Vale destacar que esse incremento do número de ações repetitivas perante o Poder Judiciário demanda uma valorização da jurisprudência e do precedente judicial na formação da ordem jurídica pátria, de modo que a decisão judicial deve observar os julgamentos anteriormente proferidos sobre a mesma matéria.

De modo a corroborar com a relevância atualmente atribuída ao precedente judicial como fonte do direito, analisou-se o tratamento conferido pelos sistemas jurídicos contemporâneos *civil law* e *common law* às gêneses da ordem jurídica. Mostrou-se, ademais, a importância de visualizar os precedentes judiciais como vinculativos, mormente no que tange aos relacionados às demandas repetitivas, ainda que a ideia de precedente no Brasil tenha outras bases teóricas que divergem da tradição da *common law* e a *stare decisis*.

Por sua vez, apresentou-se a estabilidade e a continuidade da ordem jurídica, assim como a igualdade perante às decisões como os principais fundamentos a ensejar a concessão de uma mesma resposta judicial aos processos repetitivos correlatos.

A partir disso, fez-se necessário analisar os institutos que resolvem as demandas repetitivas, a partir da perspectiva do modelo constitucional

de processo, construído a partir da Constituição da República de 1988, bem como a partir da concepção de processo, enquanto um procedimento em contraditório.

Com isso, a concepção de contraditório tradicional, como uma garantia formal de informação e possibilidade de manifestação, sem qualquer preocupação com a qualidade substancial deste contraditório, deve ser atualizada, com vistas a adequar-se aos ditames do Estado Democrático de Direito. Ou ainda, deve ser compreendido como garantia de consideração dos argumentos apresentados no processo e o direito de participação enquanto influência na construção da decisão judicial.

Além disso, parece adequado que o princípio do contraditório dialogue com o modelo/princípio da colaboração/cooperação/comparticipação, instituído no Código de Processo Civil de 2015. Tal princípio encontra seu fundamento na atual fase metodológica do processo, denominada formalismo-valorativo, a qual mostra que o formalismo no processo deve ser formado de valores.

Logo, constatou-se que o contraditório nos processos que resolvem demandas repetitivas deve ser qualificado em relação ao que se desenvolve nos processos que versam sobre interesses meramente individuais. Com efeito, exige-se a abertura de um espaço para participação a partir do diálogo de todos os interessados, pessoalmente ou por meio de quem os represente, além de especialistas na matéria.

Também foi possível constatar que se requer ainda mais cuidado com o contraditório na criação do precedente que resolve as causas repetitivas, haja vista que a decisão do IRDR e dos recursos repetitivos, será aplicada aos casos que se encontram sobrestados, bem como aos

futuros litigantes que ingressem com ações que tratem sobre o tema. Isto é, sofrerão as consequências de uma decisão judicial os sujeitos que sequer participaram em contraditório. Por isso, é essencial compreender o contraditório sob a perspectiva participativa que legitime esse tipo de decisão.

Ademais, em relação à resolução de demandas repetitivas constatou-se ainda que a resolução de demandas repetitivas será desenvolvida em dois momentos: no julgamento da causa/recurso piloto e na fixação da tese jurídica. Na fixação da tese jurídica, o julgador deverá abstrair as circunstâncias de fato e projetar um fato-tipo, sem se ater a elementos subjetivos e às mínimas particularidades das situações concretas, mas sim, descrever elementos relevantes que se repetem e os padrões observados na realidade. Vale ressaltar que este momento, o da fixação da tese jurídica, foi considerado relevante para o presente trabalho em virtude de abordar como o contraditório participativo se manifesta no procedimento de resolução das demandas repetitivas, e como ele deve ser contemplado de maneira adequada, e de maneira satisfatória para que tenha força suficiente legitimadora para gerar o caráter vinculante.

Portanto, foi identificado que o contraditório, na resolução das demandas repetitivas, deve ser destinado a todos os sujeitos (terceiros) interessados na resolução da lide, e a sociedade como um todo, pois o resultado deste julgamento será aplicada também aos “ausentes”, que não participaram diretamente do contraditório. Isto é, o contraditório deve ser expandido não somente para os sujeitos da relação processual, que compreende as partes e o juiz, mas também voltar-se para os terceiros engajados na melhor solução e julgamento da matéria, como por exemplo, as associações e entidades representativas de um determinado segmento

da sociedade, que exercem a adequada representatividade dos interesses a serem tutelados na lide.

Todavia, caberá ao magistrado ponderar, caso a caso, quem deve/pode participar, e inadmitir quando entender que a representação dos interesses a serem tutelados pelo terceiro já estejam devidamente representados. Ou ainda, se por ventura, entender que o terceiro interessado não possua representação adequada, ou também, que não preencha os requisitos estabelecidos no regimento interno do tribunal. Caso contrário, deverá admitir. Cabe lembrar que, caso o sujeito desejar intervir no processo, deverá demonstrar ao julgador, a sua relevância na resolução da lide.

Também foi importante ressaltar a importância que o juiz tenha uma postura adequada diante da instrução da criação do precedente, e deixe de ser um sujeito fora da relação processual. Ou seja, o juiz deve ser um participante que dirige o processo isonomicamente, cooperando com as partes, com o dever de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio para com os litigantes. Cita-se, como exemplo, a possibilidade de o relator requerer informações aos tribunais de segunda instância, ou aos juízes de primeiro grau, a depender da situação, ocasião em que a postura participativa faz-se presente.

Com base nas razões discutidas neste trabalho, pode-se constatar também que o contraditório, no momento da criação do precedente somente poderá ser desenvolvido de forma satisfatória, nos moldes do contraditório participativo, com qualidade substancial e formal, quando há, primeiramente a publicidade do acontecimento do IRDR e Recursos Repetitivos, pois somente assim os interessados tomarão conhecimentos,

e poderão se manifestar. Também é relevante que a questão controvertida seja fixada de forma clara, pois será a partir da fixação da matéria que os sujeitos irão se manifestar.

Vale lembrar que a etapa de preparação para o julgamento serve para instruir o julgador com informações e manifestações necessárias para que o julgador esteja apto a dar o melhor desfecho para a questão controvertida.

A respeito da participação do *amicus curiae* foi possível identificar que a sua participação está ligada à vertente democrática, a partir do interesse institucional, desde que ele seja dotado de representatividade adequada, nos termos do art. 138 do CPC. Sua admissão no processo deve ser para agregar informações, elementos, dados, documentos, valores para munir o magistrado de tais informações para o seu julgamento. É nessa perspectiva que o *amicus curiae* é um agente concretizador do princípio do contraditório, e tem aptidão para desempenhar o seu papel de cooperar com o magistrado e com as partes na criação do precedente.

Além disso, entende-se coerente ampliar a intervenção espontânea para qualquer pessoa que estiver devidamente representada por advogado, e que conseguir demonstrar seu interesse na melhor solução da causa, como é o caso de um possível litigante futuro a respeito da matéria afetada para julgamento.

Destaca-se ainda que a posição de relevo do *amicus curiae* está demonstrada na possibilidade deste sujeito recorrer da decisão que julgar o Incidente de Resolução de Demandas repetitivas, nos termos do art. 138, §3º, do CPC, e essa previsão deve ser estendida na hipótese dos recursos repetitivos.

Registra-se ainda a importância da participação dos legitimados, Ministério Público e Defensoria, com o objetivo de garantir a adequada representatividade dos interesses dos grupos que sofrerão as consequências do julgamento, a fim de se evitar sub-representação.

Contudo, não é a simples participação de *amicus curiae* e legitimados que será suficiente para garantir a representatividade adequada, inclusive dos ausentes. É necessário que haja o controle da qualidade, e comprometimento destes, por parte do magistrado.

Além do *amicus curiae* também é primordial que seja franqueada a participação dos sujeitos diretamente interessados, ou seja, as partes que estão representando a controvérsia, bem como aqueles que estejam com seus processos sobrestados, desde que, frisa-se mais uma vez, a intervenção destes esteja devidamente justificada, e deverá ser admitida quando for capaz de verdadeiramente ampliar qualitativamente o debate, trazendo novos argumentos para a apreciação do tribunal julgador.

Outrossim, desenvolveu-se uma análise quanto à efetividade do debate nas audiências públicas. As audiências públicas estão ligadas às práticas democráticas, capazes de trazer ao debate, de maneira menos burocrática, oralmente, a manifestação de pessoas, órgãos, e demais entidades com vistas a contribuir na construção da decisão judicial.

Contudo, destaca-se que, para que haja a real e substancial efetividade desse ato, é essencial que todos os julgadores se façam presentes, e não somente o relator, como ocorre em muitas ocasiões. Além disso, é essencial que haja ampla divulgação da sua realização, com um tempo de antecedência razoável, para que seja viabilizada a inscrição, e participação dos interessados. Também demonstra-se ser relevante, que o

jugador se certifique da representatividade dos diversos setores da sociedade e do Estado os quais sofrerão as consequências da decisão, no ato da audiência.

Assim, cabe ressaltar que as audiências públicas não podem ser meras formalidades, destinadas a dar a impressão de legitimidade à decisão. É essencial que o conteúdo produzido no ato seja levado a sério no momento da decisão.

Vale destacar que, apesar de não ser um ato obrigatório nos procedimentos de IRDR e Recursos Repetitivos, concluiu-se ser um poder-dever do julgador. Cabe a ele o ônus de fundamentar razoavelmente a dispensa da audiência pública, cuja justificativa deverá pautar-se na representatividade adequada dos grupos que sofrerão as consequências da decisão, e de que não há mais questões técnicas a serem esclarecidas. Isto é, deverá demonstrar que o contraditório está suficientemente contemplado para que se justifique a não realização da audiência pública.

Diante do exposto, é possível constatar ser necessário aprimorar esses instrumentos de participação para que não sejam meras formalidades, mas sim, sejam efetivos no sentido de proporcionar um debate eficaz, bem como garantir que os argumentos trazidos sejam levados em consideração pelos julgadores, para que se culmine no devido contraditório, na sua perspectiva participativa e substancial.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório. **Revista dos Tribunais**, vol. 240/2015, p. 221-242, Fev 2015.

ABBOUD, Georges. Do genuíno precedente do stare decisis ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferencia. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos et al (Org.). **Panorama atual do novo CPC 2**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. Cap. 15. p. 211-228.

ABREU, Pedro Manoel. **O Processo Jurisdicional como um locus da Democracia Participativa e da Cidadania Inclusiva**. Tese (Doutorado em Direito – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2008.

AGUIAR, Leandro Katscharowski. **Tutela coletiva de direitos individuais homogêneos e sua execução**. São Paulo: Dialética, 2002.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. rev., atual e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010.

AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas”. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 196, p. 237, jun/2011.

ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de solução de conflitos na Inglaterra**. Trad. Teresa Arruda Alvim Wambier. 2. ed. São Paulo: RT, 2012.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. **O devido processo legal e a coletivização dos conflitos**. Disponível em: <<http://www.henriquemouta.com.br/textos.php?p=5&>> acesso em

01/08/2013.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Ações coletivas**: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ARENHART, Sérgio Cruz. Os terceiros e as decisões vinculantes do novo CPC. **Revista TST**, Brasília, vol. 82, nº2, abr-jun 2016.

ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São: Revista dos Tribunais, 2007.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Uniformidade e estabilidade da jurisprudência e o estado de direito: civil law e common law. **Revista dos Tribunais**. Vol. 172, 2009. Paulo

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial. **Revista de processo**. Vol. 92. 1998.

ASENSI, Felipe Dutra; FERREIRA, Arnaldo; DIAS, Daniela Gueiros. Tornar presente quem está ausente? Uma análise da audiência pública em saúde no judiciário. **Confluências**, v. 14, n. 1. Niterói, p. 146-178, dez. 2012.

ASSIS. Araken de. **Processo civil brasileiro**. São Paulo: ED. RT, 2015, v.1.

ASSIS. Araken de. Dos assentos ao precedentes e sua inconstitucionalidade. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos et al (Org.). **Panorama atual do novo CPC 2**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. Cap. 15. p. 211-228

AULETE, Caldas. **Dicionário contemporâneo da Língua Portuguesa**. Vol. IV. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Delta, 1964.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Sentença e coisa julgada**: ensaios e pareceres. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Teoria geral do processo civil.** Revista dos Tribunais, 1997.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O futuro da justiça:** alguns mitos. Revista de Processo, São Paulo, n. 102, p. 229-238, abril-junho 2001.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Súmula, Jurisprudência, precedente:** uma escalada e seus riscos. In: Temas de direito processual (nona série). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 299-313, p. 299

BARROSO, Luís Roberto. **A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da class action norte-americana.** B. Cient. ESPMU, Brasília, a.4, n. 16, jul/set 2005.

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento de demandas em massa. **Revista de Processo**, São Paulo, p. 87, ago. 2010.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. A nova técnica de julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos. **Revista Jurídica**, São Paulo, n. 387, p. 27-52, jan. 2010.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de Direito Processual Civil:** teoria geral do direito processual civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus Curiae no processo civil brasileiro:** um terceiro enigmático. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do precedente judicial:** a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

CABRAL, Antônio do Passo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil /** coordenação Antônio do Passo Cabral, Ronaldo Cramer. - Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CABRAL, Antônio do Passo. Os efeitos processuais da audiência pública. **Revista de Direito do Estado**, vol.2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CABRAL, Antônio do Passo. *Pelas Asas de Hermes: A intervenção do amicus curiae, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares – O amicus e o Vertreter des öffentlichen Interesses.* **Revista de Processo**, vol. 117. São Paulo: RT, 2004.

CÂMARA, Alexandre Antônio Franco Freitas. **Por um modelo deliberativo de formação e aplicação de padrões decisórios vinculantes**: análise da formação e aplicação dos padrões decisórios vinculantes a partir do conceito de contraditório como princípio da não surpresa e da exigência de deliberação qualificada pelos tribunais. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2017.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, n. 243, 2015.

CAMBI, Eduardo; DEMASCENO, Kleber Ricardo. **Amicus Curiae e o processo coletivo**: uma proposta democrática. *Revista de Processo*, n. 192, 2011.

CAMPOS, Túlio Teixeira. Direitos individuais homogêneos: instrumento de tutela coletiva de direitos individuais e a sua identificação sob o exame do caso em concreto. *DE JURE – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, novembro/2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **O processo civil no direito comparado**. Belo Horizonte: Líder, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Primeiras observações sobre a lei dos recursos repetitivos no STJ. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 160, p.

83-86, jun. 2008.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Intervenção de terceiros**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. **Comentários ao novo Código de Processo Civil** / coordenação Antonio do Passo Cabral, Ronaldo Cramer. - Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 250-251.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**: v. 2. São Paulo: Classic Book, 2000.

CARREIRA ALVIM, J. E. Recursos especiais repetitivos: uma tentativa de desobstruir os tribunais. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 162, 2008.

CARREIRA ALVIM, J. E. **Intervenção de Terceiros no Novo CPC**: assistência, denunciação da lide, chamamento ao processo, incidente de desconsideração da personalidade jurídica e amicus curiae. Curitiba: Juruá, 2017.

CAVALCANTI, Marcos. **Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas**. Salvador: Juspodivm, 2015.

CHIOVENDA, Giusepe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 1998. V.2.

CUNHA, Leonardo José Carneiro Da. As causas repetitivas e a necessidade de um regime que lhes seja próprio. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. Pouso Alegre, v. 25, n. 2, p. 236-268, jul/dez 2009.

CUNHA, Leonardo José Carneiro Da. Coisa julgada e execução nas ações coletivas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 784, p. 68, fev. 2001.

CUNHA, Leonardo José Carneiro Da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 193, p. 255, mar. 2011.

CUNHA, Leonardo José Carneiro Da. O princípio do contraditório e a cooperação no processo. In: MONTEIRO, Roberta Corrêa de Araújo; ROSA, André Vicente Pires (Orgs.). **Direito Constitucional**. Os

desafios contemporâneos: uma homenagem ao Professor Ivo Dantas. Curitiba: Juruá, 2012a.

CUNHA, Leonardo José Carneiro Da. **A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil**: uma análise comparativa entre o sistema português e brasileiro. São Paulo: Almedina, 2012b.

CUNHA, Leonardo José Carneiro Da. O processo civil no estado constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 209, p. 349-374, 2012c.

CUNHA, Leonardo José Carneiro Da. A previsão do princípio da eficiência no Projeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v.39, n. 233, p. 65-84, jul./2014.

D. Re, Edward. Stare Decisis. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 73, jan. 1994.

DANTAS, Bruno. **Teoria dos Recursos repetitivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DANTAS, Ivo. **Constituição & processo**. 2. Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 2a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo na reforma do Judiciário. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 128, p. 164, out. 2005.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento / Fredie Didier Jr. – 17. ed. - Salvador: Ed. Juspodivm, 2015, v.1.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 8. ed. Bahia: Juspodium, 2010, v. 3.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos**

da tutela. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2011. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português.** Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 46.

DURÇO, Karol Araújo. As soluções para demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil e suas implicações para o processo coletivo. In: **Processo coletivo** / coordenador, Hermes Zaneti Jr. - Salvador: Juspodivm, 2016.

DURÇO, Karol Araújo; CHEHUEN, Éric da Rocha. O incidente de resolução de demandas repetitivas: uma das propostas centrais do Projeto de novo Código de Processo Civil. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, vol. VIII, ano 5, p. 539-567, jul.-dez. 2011.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedente.** Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual.** Trad. Eliane Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 7ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

FREIRE, Alexandre. O incidente de resolução de recursos extraordinário repetitivos e as audiências públicas no Supremo Tribunal Federal. In Aspectos polêmicos dos recursos civis e assuntos afins 14. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2018.

FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Considerações sobre a ideia da

repercussão geral e a multiplicidade dos recursos repetitivos no STF e STJ. **Revista de processo**. São Paulo, n. 170, p. 140-155, abr. 2009.

GAMA, Lidia Elizabeth Penaloza Jaramillo. Direitos individuais homogêneos. **Revista dos Tribunais**, ano 90, v. 789, jul.2001.

GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, São Paulo, nº 108, out/dez 2002.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v.1.

GRECO, Leonardo. Contraditório efetivo (art. 7º). **Revista eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. 15, 2015.

GREGGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. Trad. Ronaldo Kochem. **Revista de Processo**, São Paulo, nº 206, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil**. São Paulo: Bushatsky, 1975.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. **Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado**. Revista dos Tribunais, 2008.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional** – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e ‘Procedimental’ da Constituição. Trad. bras. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LAMY, Eduardo de Avelar. Súmula Vinculante: um Marco. In: _____. **Ensaio de Processo Civil**, Vol. I. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

LAMY, Eduardo de Avelar. Considerações sobre a Influência dos Valores e Direitos Fundamentais no Âmbito da Teoria Processual. **Revista Sequencia**, vol. 38, n. 69, dez. 2014. Disponível em <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2014v35n69p301> acesso em 21/01/2018.

LAMY, Eduardo de Avelar; LUIZ, Fernando Vieira. Contra o aspecto prospectivo do precedente: uma crítica hermenêutica a Frederick Shauer. **Revista de Processo**, São Paulo, nº 250, ano 40, dez. 2015.

LANES, Júlio Cesar Goulart. **Fato e direito no processo civil cooperativo**. São Paulo: RT, 2014.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

LÉVY, Daniel de Andrade. O incidente de resolução de demandas repetitivas no anteprojto no novo Código de Processo Civil: exame à luz da Group Litigation Order britânica. **Revista de Processo**, 194/165-206, 2011.

MACCORMICK, Donald Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Tradução de Conrado Hubner. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 103,104.

MACÊDO, Lucas Buriel. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil**. Salvador: Jus Podivm, 2014.

MADUREIRA, Cláudio; ZANETI JR, Hermes. Formalismo-valorativo e o novo Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, nº 272, 2017.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Divergência jurisprudencial e súmula vinculante. 4.ed. rev. ampl. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Incidente de Resolução de demandas repetitivas: a luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Incidente de resolução de demandas repetitivas e recursos repetitivos: entre precedente, coisa julgada sobre questão, direito subjetivo ao recurso especial e direito fundamental de participar. **Revista dos Tribunais**, vol. 962/2015, Dez./2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. Ações repetitivas e julgamento liminar. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, 354, ano 55, p. 53-62, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. A transformação do civil law e a oportunidade de um sistema precedentalista para o Brasil. **Revista**

Jurídica, Porto Alegre, n. 380. p. 45-50, jun. 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental à duração razoável do processo. **Revista jurídica**. Porto Alegre, n. 379, p. 11-27, maio 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O projeto do novo CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela de direitos mediante o procedimento comum**. v. 2 Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; OSNA, Gustavo; ARENHART, Sérgio Cruz. **Cumprimento de sentenças coletivas: a pulverização à molecularização**. Revista de Processo, São Paulo, v. 38, n. 222, p. 41-64, ago. 2013.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto de novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 211, p. 191-207, set. 2012.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 243, p. 283-331, mai. 2015.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. Do incidente de resolução de demandas repetitivas; In: STRECK, Lenio Luiz et al. (coord). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1271 – 1293.

MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Observatório da Jurisdição Constitucional** – IDP, Brasília, Ano 2, 2008/2009

MESQUITA, Gil Ferreira de. **Princípios do contraditório e da ampla defesa no processo civil brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa em Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. A força das decisões judiciais. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 136, p. 100-113, jul. 2014.

MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. Concepções sobre acesso à justiça. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 82, p. 43-53, jan. 2010.

MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro; ANDERLE, Rene José. O sistema de precedentes no CPC projetado: engessamento do direito? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 232, p. 307-324, jun. 2014.

MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. A força das decisões judiciais. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 136, p. 100-113, jul. 2014.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 206, p. 61-78, abr. 2012.

MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prê-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. **Revista de Processo**, São Paulo, nº194, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. **Revista de Processo**, 199/41-82, set. 2011.

NUNES, Dierle. Incidente de resolução de demandas repetitivas. **Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro** - Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 24, n. 93, jan. / mar. 2016.

NUNES, Dierle. O princípio do contraditório, **Rev. Síntese de Dir. Civ. e Proc. Civil**. v. 5. n. 29. p. 73-85, Mai-Jun/2004.

NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. **Acesso à justiça democrático**. Brasília: Gazeta Jurídica. 2013.

NUNES, Dierle. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2008.

PICARDI, Nicola. **Audiatur et altera pars As matrizes histórico-culturais do contraditório. Jurisdição e Processo**. Organizador da tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PILATI, José Isaac Pilati. **Audiência Pública na Justiça do Trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2015.

PINTO, Rodrigo Strobel. **Amicus Curiae**: atuação plena segundo o princípio da cooperação e o poder instrutório judicial. *Revista de Processo*, n. 151, 2007.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

REICHELDT, Luis Alberto. O conteúdo da garantia do contraditório no Direito Processual Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n.162, p. 330-

351, ago. 2008.

REIS, Mauricio Martins. Precedentalismo judiciário: precedentes obrigatórios ou persuasivos? A força argumentativa dos julgados do STF. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 102, n. 932, p. 389-421, jun. 2013.

RIBEIRO, Cristiana Hardam. A lei dos Recursos Repetitivos e os princípios do Direito Processual Civil Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, ano 4, vol. 5, jan/jun 2010.

RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. **Ações repetitivas**: o novo perfil da tutela dos direitos individuais homogêneos. Curitiba: Juruá, 2013.

RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. **Precedente formado em casos repetitivos**: eficácia, issue preclusion e teses jurídicas prejudiciais. Curitiba: Juruá, 2017

ROMÃO, Pablo Freire; PINTO Eduardo Regis Girão de Castro. Contraditório, cooperação e precedente: a ampliação do diálogo processual sob a ótica do novo Código de Processo Civil. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 15, 2015

SANTOS, Igor Raatz dos. Os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, nº 192, 2011.

SANTOS, Ramon Ouais; PUGLIESE, William Soares. A teoria dos precedentes como uma teoria normativa da jurisdição. **Revista de Processo**, São Paulo, nº 272, 2017.

SANTOS, Welder Queiroz dos. **Princípio do contraditório e vedação de decisão surpresa**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SHIMURA, Sérgio. A súmula vinculante como mecanismo de tutela coletiva. In *Direito Civil e Processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*, São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2007.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Ticiano Alves e. Intervenção de sobrestado no julgamento por amostragem. **Revista de Processo**, São Paulo, n.182, p. 234, abril. 2010.

STEELE, Jenny; BOOM, Willem H. van. Mass justice and its challenges. In: STEELE, Jenny; BOOM, Willem H. van (org). **Mass Justice: challenges os representation and distribution**. Cheltenham: Edward Elgar, 2011, p. 1.

STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2 ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre. 2014.

STRECK, Lenio; MOTTA, Francisco José Borges. Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou “colaboração no processo civil” é um princípio? **Revista de Processo**. São Paulo. n° 213, 2012

TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law. Trad. José Carlos Barbosa Moreira. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 110, 2003.

TARUFFO, Michele; A jurisprudência entre a casuística e a uniformidade. **Revista Julgar**. Coimbra, n° 25, 2015

TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: JusPodivm, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O novo art. 543-C do Código de Processo Civil (Lei n. 11.672, de 08.05.2008). **Revista Forense**, Rio de Janeiro, vol. 397, p. 193-198, jun. 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, ano 13, n° 1091, 21 de novembro de 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Litigiosidade em massa e a repercussão geral no recurso extraordinário. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 177, p. 8-46, nov. 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle Coelho. Princípio do contraditório: tendências de mudança da sua aplicação. **Revista da**

faculdade de direito do sul de minas. Pouso Alegre. ano XXV. n. 28. Jan/Jun. 2009. p. 177-206.

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

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **História do processo:** uma análise do código de processo civil de 1939 sob o prisma terminológico. Revista PGM - Procuradoria Geral do Município de Fortaleza, p. 129-162, nov. 2001. Disponível em: <http://revista.pgm.fortaleza.ce.gov.br/index.php/revista1/article/view/135>. Acesso em: 06 jan. 2019.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes.** 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

ZAVASCKI, Teori. Processo Coletivo. **Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos.** 4ª ed. - São Paulo: RT, 2009.

WELSCH, Gisele Mazzoni. **Legitimação Democrática do Poder Judiciário no Novo CPC.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.