

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO / PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

VICTOR BARBOSA DUTRA

O DESAFIO DO CONTRADITÓRIO NA TUTELA DE CASOS REPETITIVOS
DO CPC/15

Belo Horizonte

2016

VICTOR BARBOSA DUTRA

**O DESAFIO DO CONTRADITÓRIO NA TUTELA DE CASOS REPETITIVOS
DO CPC/15**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves.

Belo Horizonte

2016

F141p Dutra, Victor Barbosa
O desafio do contraditório na tutela de casos repetitivos do
CPC/15
Victor Barbosa Dutra. – 2016.

Orientador: Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas
Gerais, Faculdade de Direito.

Inclui bibliografia

1. Processo civil – Teses 2. Direito constitucional – Brasil
3. Devido Processo legal 4. Litigiosidade Repetitiva 5.
Princípio do Contraditório
I. Título

CDU (1976)
347.98(81)

342.736

VICTOR BARBOSA DUTRA

**O DESAFIO DO CONTRADITÓRIO NA TUTELA DE CASOS REPETITIVOS
DO CPC/15**

Dissertação apresentada junto ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais visando à obtenção do título de Mestre em Direito.

A banca examinadora da defesa de dissertação considerou o candidato
_____.

Belo Horizonte, _____ de _____ de 2016.

Componentes da banca examinadora:

Professor Doutor Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves (Orientador)
Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

Professor
Universidade

Professor
Universidade

Professor
Universidade

Para tudo há uma ocasião certa
Há um tempo certo para cada propósito debaixo do céu
Ele fez tudo apropriado ao seu tempo.
Também pôs no coração do homem o anseio pela eternidade.
Descobri que não há nada melhor para o homem do que ser feliz
e praticar o bem enquanto vive.
Eclesiastes 3:1-12

Dedico esta dissertação à minha Thais.

Agradecimentos

A Deus, cujo amor nunca desiste de mim.

Aos meus pais, por me desafiarem a ser cada dia melhor.

À Thais, por ser a amada amiga de todas as horas – *you are my sunshine*.

Ao Professor Doutor Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves, pela orientação acurada.

Aos amigos que fiz na Pós-Graduação – e levarei por toda vida – em especial Suzana Cremasco, Délio Mota, Guilherme Leroy e Marcelo Franco, com quem compartilhei as alegrias e desafios de ver refundado do Instituto de Direito Processual (IDPro).

Aos colegas do Coimbra e Chaves Advogados, pela enriquecedora convivência.

A Belo Horizonte, cidade que me acolheu por trezes maravilhosos anos e que estará eternamente em meu coração.

RESUMO

A massificação das relações jurídicas tem desafiado o Direito Processual Civil contemporâneo em termos práticos e teóricos. Ao longo das últimas décadas foram introduzidos no Brasil diversos mecanismos para enfrentar o fenômeno: súmula vinculante, súmula impeditiva de recursos, repercussão geral no recurso extraordinário, recurso representativo de controvérsia, improcedência liminar do pedido. O novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015, parece instaurar uma nova etapa na sistematização da tutela jurisdicional dos casos repetitivos. Foram previstos institutos como o incidente de resolução de demandas repetitivas, o incidente de assunção de competência e aperfeiçoadas as sistemáticas do Recurso Extraordinário (RE) e do Recurso Especial (RESP) repetitivos. A par das suas especificidades, os institutos possuem uma diretriz comum: proporcionar segurança jurídica, uniformidade no entendimento dos Tribunais e, por conseguinte, celeridade mediante fixação de teses sobre questões de direito repetitivas. Ocorre que, tal como estruturados no CPC/15, os institutos despertam uma série de dúvidas sobre a viabilidade de um contraditório efetivo no sistema de tutela de casos repetitivos – o que pode reverberar inclusive na legitimidade das decisões proferidas a partir de tais institutos, eis que o contraditório é elemento inerente à estruturação de um processo democrático. A pesquisa que ora se apresenta pretende se debruçar sobre a tutela casos repetitivos, de modo a lançar luz sobre os aspectos ainda obscuros de sua sistematização e, assim, contribuir para a conformação de um contraditório que, a despeito das necessárias adaptações às especificidades da tutela de casos repetitivos, permaneça efetivo. O trabalho pretende avaliar quais seriam as alternativas para se viabilizar uma estruturação democrática e participativa nos expedientes gestados pelo CPC/15 para tutelar as situações repetitivas.

Palavras-chave: litígios repetitivos – crise judiciária – contraditório efetivo – CPC/15

ABSTRACT

The standardization of legal relationships has challenged Civil Procedural Law in theoretical and practical terms. Over the past decades a number of mechanisms were introduced in Brazil to address the phenomenon: binding precedents, inhibitive precedents, general repercussion as a condition for appealing, representative appealing, and preliminary refusal based on precedents. The new Civil Procedure Code, Law 13,105 of 2015, establishes a new step in systematizing judicial protection of repetitive cases. New institutes were set, such as the incident for judgment of repetitive lawsuits and the incident of assumption of competence and other institutes were improved, for example the extraordinary and special appeals. Beside their specificities, the institutes have a common guideline: to provide legal certainty, uniformity in Courts' decisions and therefore procedural promptness on repetitive issues. It happens that, as structured in new Civil Procedure Code, there are doubts on the feasibility of an effective contradictory on the system of repetitive cases – what may have a direct impact on legitimacy of decisions from those institutes, since the contradictory is an important element of a democratic process. The research aims to look into the system of repetitive cases, in order to shed light on its dark aspects and thus contribute to the formation of an effective contradictory. The work aims to evaluate what would be the alternatives to enable a democratic and participatory structure in expedients provided by the new Civil Procedure Code to protect the repetitive situations.

Keywords: repetitive litigation – judicial crisis – effective contradictory – new Civil Procedure Code

LISTA DE SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AgRg no AREsp – Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial

AgRg no REsp – Agravo Regimental no Recurso Especial

ARE – Agravo em Recurso Extraordinário

CF – Constituição Federal

Código Modelo Ibero-americano (CM-IIDP)

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPC – Código de Processo Civil

CPC/15 – Código de Processo Civil de 2015

CPC/73 – Código de Processo Civil de 1973

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

DJe – Diário de Justiça

IAC – Incidente de Assunção de Competência

IRDR – Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

MS – Mandado de Segurança

REx – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

RISTF – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	13
2. RESGATE HISTÓRICO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO	15
2.1 Problematização dos paradigmas	15
2.2. O contraditório no contexto pré-liberal	16
2.2.1. O contraditório como essência dialética, ética e isonômica.....	16
2.2.2. Os fundamentos jusnaturalistas do contraditório no processo comum.....	19
2.3. O contraditório no paradigma do Estado de Direito Liberal	21
2.3.1 Impactos da codificação sobre o contraditório	21
2.3.2 Processualismo científico e Estado Liberal: raízes comuns.....	24
2.4. O contraditório no paradigma do Estado de Direito Social.....	28
2.4.1 A socialização processual e a atribuição de uma função social ao processo.....	28
2.4.2 Impactos da socialização processual sobre o contraditório.....	30
3. O CONTRADITÓRIO NO ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO: O PARADIGMA DA PARTICIPAÇÃO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	34
3.1. Os problemas que conduziram às crises dos paradigmas anteriores demandam novas respostas.....	34
3.2. Um paradigma baseado no diálogo. A essencialidade do contraditório como direito fundamental de participação	39
3.2.1 A acepção substancial do contraditório. O policentrismo processual e a comunidade de trabalhos. Contraditório como direito fundamental.....	39
3.3 O contraditório na parte geral do novo Código de Processo Civil	45
4. MASSIFICAÇÃO DE RELAÇÕES SOCIAIS E JURÍDICAS. CAUSAS, EFEITOS E DESAFIOS IMPOSTOS À PARTICIPAÇÃO EM CONTRADITÓRIO	53
4.1 Causas genéricas da massificação das relações jurídicas.....	53
4.2 Direitos massificados: situações jurídicas homogêneas e direitos individuais homogêneos.	56
4.3 – Enfrentamento das situações massificadas antes do CPC/15	58

4.3.1 O uso da tutela coletiva	58
4.3.2 Técnicas processuais alternativas às ações coletivas.....	63
4.4 Direitos e garantias fundamentais como balizas normativas a quaisquer técnicas de padronização decisória. Fragilidades dos contraditórios no sistema representativo de controvérsias.	69
4.5 Desafios da bilateralidade de audiência e da paridade de armas na tutela de casos repetitivos. Breves reflexões a partir de Jeremy Waldron e Marc Galanter.....	74
4.5.1 – <i>Law and Disagreement</i> – A participação como direito dos direitos em Jeremy Waldron.....	75
4.5.2 – O agir processual estratégico no pensamento de Marc Galanter.....	79
5. A sistematização da tutela de casos repetitivos no CPC/15 e o desenvolvimento e um contraditório adaptado ao novo sistema.....	82
5.1 Notas introdutórias	82
5.2 Dispositivos de interpretação e integração do sistema de tutela.....	83
5.3 Dispositivos de formação de decisões modelo (paradigmáticas)	87
5.3.1 REx e REsp Repetitivos.....	88
5.3.2 Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)	97
5.3.2.1. Breve incursão sobre o procedimento do IRDR. Análise do IRDR à luz do contraditório mitigado da tutela de casos repetitivos.....	97
5.3.2.2 Diferenças entre o IRDR e o <i>Musterverfahren</i> alemão: importantes subsídios à conformação do contraditório	101
5.3.2.2.1 Cláusulas Abertas. Risco à Isonomia e a Segurança Jurídica. Cisão de Julgamento.....	101
5.3.2.2.2 Questões de fato e de direito.....	106
5.3.2.2.3 Grau de vinculação da decisão paradigma.....	110
5.3.3 Incidente de Assunção de Competência.....	111
5.4 Dispositivos de aplicação e aperfeiçoamento das decisões proferidas em casos repetitivos	112
5.4.1 Dispositivos dispersos ao longo do CPC/15	112
5.4.2 A situação do Agravo em RE e RESP.....	115
5.4.2.1 O agravo no CPC/15. Lei 13.105/2015	115
5.4.2.2 O Agravo no CPC/15 alterado pela Lei 13.256/2016.....	119
5.5 Elementos de validação / legitimação	120

5.6 Dispositivos de gerenciamento de casos repetitivos	121
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	126
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	129

INTRODUÇÃO

A evolução histórica do Princípio do Contraditório demonstra que, no alvorecer de um Estado de Direito Democrático, não se pode contentar com a fragilização da participação dialógica do jurisdicionado na construção do provimento jurisdicional.

Diversos dispositivos encartados na parte geral do CPC/15 – em proposital e inexorável alinhamento com a Constituição República – preveem o respeito a um contraditório efetivo que abrange não apenas o direito de ser regularmente informado no processo (e deter a possibilidade de reagir), mas, sobretudo, a prerrogativa de influenciar o julgador que elaborará o provimento judicial. O contraditório é, nessa perspectiva, o elemento de legitimação da jurisdição na medida em que viabiliza a participação dos cidadãos na construção da decisão judicial que lhes vinculará.

Contudo, quando se projetam as exigências de um contraditório efetivo – previstas na parte geral do Código – sobre a tutela de casos repetitivos, detecta-se uma fragilização da participação do jurisdicionado, lastreada numa suposta necessidade de alcançar os resultados pragmáticos perseguidos pelo interesse metaindividual de enfrentar os casos seriais. Isso porque, as técnicas de enfrentamento de casos repetitivos desenvolvidas ao longo das últimas décadas pretenderam solucionar o problema por meio de procedimentos-modelo ou causas-piloto, técnicas que consistem em selecionar um ou mais processos representativos da controvérsia e, neles, proferir decisões com a vocação de resolver não apenas os casos específicos, mas, também, uma quantidade significativa de demandas assemelhadas.

A despeito de uma aparente simplicidade e praticidade do sistema representativo de controvérsias, apresentam-se fragilidades de índole técnica, das quais pode-se destacar a ausência de requisitos *claros e consistentes* para a adequada escolha, na origem, das demandas-tipo que representarão a situação homogênea, a correta delimitação dos pontos comuns da relação-modelo e, ainda, a efetiva participação daqueles que serão atingidos por uma decisão de tão amplo espectro.

Em outros termos, concentra-se poder nas mãos do Judiciário (que passa a elaborar normas cada vez mais abstratas e cogentes), sem que haja uma compensação equivalente nos

mecanismos de participação e controle. E, nesse cenário, o contraditório desponta como garantia fundamental que deve conformar a tutela processual adequada e impor limites à execução simplificadora e pragmática da lei.

Em que pese o CPC/15 tenha avançado consideravelmente na sistematização da tutela de casos repetitivos, as peculiaridades inexoráveis a estas situações homogêneas impõem ao contraditório uma configuração diversa e mitigada do seu perfil clássico que, desde tempos remotos, integra as bases do Direito Processual. A convergência da consolidação de uma ordem jurídica democrática com a vigência de um novo Código de Processo Civil – completamente gerado sob regime democrático – torna imprescindível a reconstrução do conceito de contraditório sobre novas bases.

Após empreender um resgate da essência do contraditório e manter em propositada tensão as conquistas dos Estados de Direito Liberal e Social, busca-se com o presente estudo contribuir para uma concepção de contraditório que – embora ajustado ao sistema de tutela dos casos repetitivos e, assim, por vezes, mitigado – não seja aviltado e vilipendiado pela busca de finalidades pragmáticas.

A preservação do núcleo do referido princípio é questão fundamental para a própria sustentação do Estado de Direito Democrático, haja vista que a atuação estatal – sem os freios que lhe são impostos pelos direitos fundamentais dos jurisdicionados – tende a criar uma situação de arbitrariedade e de absolutismo inaceitável na atual quadra da história. Nessa perspectiva, ainda que o legislador infraconstitucional tenha a função de fixar os contornos práticos do contraditório na tutela de casos repetitivos, não se pode suprimi-lo ou viabilizá-lo de modo deficiente apenas por questões de celeridade processual ou segurança jurídica a qualquer custo.

Destarte, partindo-se da hipótese de que o contraditório no contexto de casos repetitivos possui demandas específicas no sentido de proteger o seu núcleo fundamental, o presente estudo pretende – após uma análise histórica – identificar as compensações previstas na própria sistemática do próprio CPC/15 para evitar o aviltamento do princípio.

2. RESGATE HISTÓRICO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO.

2.1 Problematização dos paradigmas

Desde a formação do Estado Moderno se verifica uma sucessão de paradigmas que moldam a compreensão do papel do Estado, do Direito e, no caso do presente estudo, da forma adequada de se prestar a atividade jurisdicional.

Em função disso, é importante explicitar as nuances que envolvem o conceito de *paradigma*, eis que para alguns¹ este seria uma realização científica universalmente reconhecida (“consenso”) por determinada comunidade, que durante certo tempo e em certo contexto fornece problemas e soluções modelares; ao passo que, para outros², a ideia de paradigma não se limita a ocorrência de consensos, visto que estes são cada vez mais difíceis nas sociedades plurais contemporâneas.

A despeito da polêmica divergência acerca do conceito de paradigma – que foge ao escopo do presente estudo – fato é que existem pré-compreensões ou modelos conceituais abstratos que servem como pano de fundo para estruturar e conferir sentido ao ordenamento jurídico, de modo que o exercício da justiça não poderia permanecer lhes ser indiferente.³ No que toca ao presente estudo, não há como negar que, ao longo da História, o princípio do contraditório foi conformado segundo diversas pré-compreensões: desde acepções substanciais a outras meramente formais, de fundamentos jusnaturalistas a positivistas, até se culminar na ideia atual segundo a qual o compromisso do contraditório não se limita a momentos específicos do processo, mas diz respeito a toda e qualquer manifestação de poder estatal⁴.

Sendo assim, e em função das nobres funções desempenhadas pelo contraditório – que, aliás, o aproximam da essência do próprio Estado de Direito⁵ –faz-se necessária uma análise dos

¹ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1998.

² HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, v II. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

³ HABERMAS, Jürgen. *Op. Cit.*, 2003, p. 129

⁴ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Org. e Rev. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 127.

⁵ CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva, *Revista de Processo* v. 126. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2005.

“consensos” ou “modelos” que moldaram o seu conteúdo e exercício. Isso porque os desafios que cada um desses modelos visou problematizar e suplantar, bem como suas próprias virtudes e deficiências, são de grande valia para a construção do contraditório adequado ao sistema de tutela de litigiosidade repetitiva, previsto no novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15).

2.2 O contraditório no contexto pré-liberal

2.2.1 O contraditório como essência dialética, ética e isonômica.

Como ensina Castillo⁶, a história do Processo poderia, grosso modo, ser dividida em fases que perpassam desde um momento considerado *primitivo*⁷ até o século XI, aproximadamente, passando em seguida pelas fases “judicialista”, “prática” e, as mais relevantes, “procedimentalista” e “processualista”.

Essas fases, obviamente, não são compartimentos estanques da história, mas, ao revés, representam contextos entrelaçados, nos quais as bases lançadas pelas etapas anteriores são essenciais ao surgimento e desenvolvimento das etapas subsequentes – contribuindo, cada uma delas, para a conformação do Direito Processual da atualidade. Contudo, considerando que o processo é uma *realidade prática* muito antes de ter se tornado *literatura*⁸ e ciência, e, no intuito de se manter o foco do presente estudo, será deixada de lado a análise da fase primitiva, abordando-se apenas as fases “judicialista” e “prática” (de maneira pontual), para que seja possível dedicar a merecida atenção às etapas “procedimentalista” e “processualista”, que são aquelas que, de fato, dialogam diretamente com as reflexões deste estudo.

⁶ CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. Evolución de la doctrina procesal. In: CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Estudios de teoría general e historia del proceso*. (1945-1972). México: UNAM, 1974, p. 295

⁷ Não se ignora a relevância do Direito Romano para a construção das bases do Processo Civil, tal como exposto de maneira assertiva por José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo (in TUCCI, José Rogério Cruz e. AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano*. 2ª. Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013), contudo, por questões de enfoque e recorte metodológico, serão enfatizadas as realidades do Processo a partir da Era Moderna. Como bem destaca Niceto Castillo: “*Producirá asombro que perteneciendo a este período una civilización y una cultura tan prodigiosas, cual la griega, así como el impresionante edificio del derecho romano, no hayan llegado a crear una literatura procesal (...) No sería justo, sin embargo, olvidar que Grecia y Roma, por mérito de figuras de la talla de Aristóteles, de Cicerón, de Séneca o de Quintiliano, han dejado en los trabajos sobre Retórica y Oratoria, tan ligada ésta en ellas al Foro, materiales de gran valor para el procesalista, verbigracia, en orden a la prueba o al ejercicio de la abogacia*”. CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Op. Cit.*, 1974, p. 296.

⁸ CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Op. Cit.*, 1974, p. 295.

A etapa “judicialista” do Processo (Bolonha⁹, séculos XX e XIII) interessa ao presente estudo porque se desenvolveu sobre as bases do “Direito Comum”, que viria a dar origem ao sistema continental europeu¹⁰ – e, no Direito Comum, o contraditório ostentava significativas características que merecem destaque, sobretudo para fins de limitação do poder.

Como o Estado não estava estruturado tal como é conhecido desde a Era Moderna, a ordem jurídica do contexto medieval¹¹ se colocava para além do poder político e dos seus representantes, de modo que a Jurisdição “não podia ser considerada uma função exclusiva do Império ou do Papado, e nem também do Estado (no sentido moderno), que ainda não existia na época”.¹² Em decorrência disso, no contexto do Direito Comum, o processo – e o contraditório – não se baseavam em instrumentos codificados, abstratamente concebidos e estatalmente concentrados (tal como visto a partir da Era Moderna), mas buscava o seu fundamento na própria dialética, nas “razões práticas e sociais” e nas praxes criadas pelos “tribunais e pela doutrina”¹³.

O brocardo *audiatur et altera pars*¹⁴ – herdado das bases lançadas pelo Direito Romano – expressava o caráter dialético imanente a qualquer processo, de modo que o cidadão que fosse parte em determinado processo jurisdicional poderia se contrapor aos argumentos da outra parte de maneira efetiva – e desta contraposição o magistrado consubstanciaria a síntese numa decisão. Vigia, por assim dizer, uma versão forte ou potente¹⁵ do contraditório.

A essa concepção e estado de coisas se convencionou chamar de *ordo iudiciarius*. Como ressalta PICARDI:

“O *ordo iudiciarius*, com seu caráter público, argumentativo e justificativo, representava um capítulo da retórica e ética.

⁹ Como dito por Chiovenda, Bolonha representa para o Direito Processual o que Roma representa para o Direito Civil (*L'azione nel sistema dei diritti* (1903), pp. 3 e 4, Vol. I, *Saggi di diritto processuale civile* (Roma, 1930)

¹⁰ CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Op. Cit.*, 1974, p. 298

¹¹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008 p. 14.

¹² PICARDI, Nicola. *Op. Cit.*, 2008, p. 127.

¹³ PICARDI, Nicola. *Op. Cit.*, 2008, p. 128.

¹⁴ O brocardo *audiatur et altera pars* significa “que a outra parte também seja ouvida” e constitui um princípio do devido processo legal. Disponível em: <<http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780195369380.001.0001/acref-9780195369380-e-276>>. Acessado em 16.04.2016.

¹⁵ PICARDI, Nicola. Prefácio da obra de NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, p. 14

Consequentemente, era reconhecido ao processo natureza originária e, em um certo sentido, extra-estatal: ninguém, nem o papa, poderia prescindir do *ordo iudiciarius*. A intervenção do Príncipe, ou, de qualquer modo, de uma vontade externa, representaria uma *perversio ordinis* e seria traduzida como uma ação odiosa, comparável à de alterar a moeda”¹⁶

O fundamento substancial e essencial do *ordo iudiciarius* era o complexo de regras que hoje denominamos “princípio do contraditório” e que consistia em uma rigorosa “metodologia de investigação da verdade”¹⁷. O eixo para se formar o convencimento – isto é, o juízo – era a regra *audiatur altera pars*, entendida como o método dialético e ético à disposição do juiz, com a colaboração das partes, para a busca da verdade.

O objetivo dessa metodologia processual era atingir a “verdade provável” e o contraditório era instrumento dialético essencial para isso, pois a verdade jamais deveria ser buscada autonomamente por nenhuma mente individual, mas sim obtida pelo efetivo contraditório entre as partes, que ampliaria o “campo de informação” e favoreceria a elucidação da causa. Não estava autorizado a qualquer julgador “pré-constituir a solução da controvérsia”, pois não seria possível racionalizar a solução em uma verdade “objetiva” e “absoluta”, mormente quando se reconhecia que nenhuma evidência escapava ao contraditório¹⁸.

Em que pese a ausência de uma sistematização formal do *ordo iudiciarius*, essa versão forte ou potente do contraditório impunha na estruturação interna do procedimento um respeito considerável à isonomia, na medida em que deveria haver paridade de tratamento entre governantes e governados (*princeps citationis defectum sullere non potest*), entre juiz e partes (*iudex non potest supllere in factum*) e entre as próprias partes (*ordini ... tradito renuntiar non potest etiam consensu partium*)¹⁹.

Em função disso é que se fala que, em tal período, o processo era estruturado como ordem isonômica²⁰, vez que o *ordo iudiciarius* visava assegurar a igualdade, não apenas entre as partes,

¹⁶ PICARDI, Nicola. *Op. Cit.*, 2008, p. 129.

¹⁷ O que demonstra que sem o devido respeito ao contraditório a busca da verdade fica comprometida. (Mais à frente se perceberá que, em determinados momentos da história, o contraditório foi dispensado como elemento essencial da busca da verdade).

¹⁸ PICARDI, Nicola. *Op. Cit.*, 2008, p. 129.

¹⁹ PICARDI, Nicola. *Enciclopédia del Dirrito*, vol. XXXVI, Milão, 1987, p. 116.

²⁰ GIULIANI, Alessandro. Ordine isonomico e ordine asimmetrico nuova retorica e teoria del processo. *Sociologia del Diritto*, 1986, p. 84

mas também entre o juiz e as partes²¹, donde já se percebe a gênese da ideia de que o contraditório vincula e se aplica a todos os sujeitos processuais²².

A título exemplificativo, em função dessa concepção forte e isonômica do contraditório, o procedimento do *ordo iudiciarius* era dividido em dois momentos autônomos e, de certa forma, estanques: (i) *ante litem constestatum* e (ii) *post litem contestatum*.²³

No primeiro momento, as atenções eram voltadas para a preparação da formação do juízo (*preparatoria iudicii*) com o intuito de delimitar os fatos constitutivos, dimensionar a complexidade da causa e, assim, determinar o *thema probandum*. No momento subsequente, o *post litem contestatum*, realizava-se a instrução probatória respeitando-se os limites anteriormente estabelecidos entre os sujeitos processuais e, por fim, se decidia.

Esse rigor permitia que as questões submetidas a julgamento fossem delimitadas com precisão, o que trazia clareza às partes litigantes quanto à sua atuação (quanto à necessidade de prova, à estratégia processual, ciência dos limites de eventuais condenações etc.) e impedia o pronunciamento jurisdicional sobre pontos que não estivessem previamente delimitados (já se vislumbrava, pois, o germe de vedação à surpresa que é, na atualidade, um dos mandamentos do contraditório).

2.2.2 – Os fundamentos jusnaturalistas do contraditório no processo comum.

No contexto medieval acima apontado, aliás, atribuía-se a esse complexo de garantias que hoje entendemos por princípio do contraditório um fundamento extra-estatal, de cunho ético e sabidamente jusnaturalista.

Relata Picardi²⁴ que, no século XV, Roberto Maranta e o Cardeal de Luca contribuíram para consolidar as matrizes jusnaturalistas da máxima *audiatur altera pars*. O primeiro aproximando os fundamentos do contraditório ao Direito Natural (“*quia citatio est inventa de iure naturali*

²¹ PICARDI, Nicola. *Op. Cit.*, 2008, p.130.

²² O conceito de policentrismo processual será debatido à frente, quando se falar no Princípio do Contraditório no Estado de Direito Democrático.

²³ PICARDI, Nicola. *Op. Cit.*, 2008, p. 129/130.

²⁴ PICARDI, Nicola. *Op. Cit.*, 2008, p. 132.

et est species defensionis (...) nullo modo potest omitti etiam per principem)²⁵; o segundo aproximando o contraditório do elemento divino (*iuris divini et naturae reputatur*), sobretudo quando se constata que o próprio Deus – onisciente – conferiu a Adão o direito de ser citado e de se manifestar antes de ser expulso do paraíso: Deus chamou o homem, perguntando: “Onde está você?” (Gênesis 3:9).

Aliás, lembra Picardi²⁶ que a tese jusnaturalista se tornou o fundamento implícito da cultura processualista europeia, inclusive vindo a influenciar a doutrina dos *Hearing* no direito anglo-saxão²⁷.

Em que pese as aparentes vantagens desse período no que toca à “essência” do contraditório e a valorização do “diálogo” para atingimento da verdade, a falta de sistematização dos procedimentos²⁸, a possibilidade de arbítrio judicial, a extrema complexidade de algumas formas processuais²⁹ e os constantes conflitos de competência em razão da concorrência de jurisdições feudais, eclesiásticas e corporativas³⁰ levaram à formulação de inúmeras críticas ao processo comum. Além disso, é preciso lembrar que a ordem *isonômica* dessa época medieval estava restrita a determinados estratos sociais³¹, logo, com dimensões e extensões bastante diversas daquela que se deve reconstruir atualmente, à luz da teoria dos direitos fundamentais³².

Havendo, contudo, um fundamento jusnaturalista para o contraditório e sendo a lei natural imutável (*iura naturalia sunt immutabilia*) surgia um problema central: até que ponto o legislador e os juízes poderiam interferir validamente no contraditório? (*an legi positivae*

²⁵MARANTA, Robertus. *Tractatus de ordine iudiciorum*, vulgo *Speculum aureum et lumen advocatorum*, Venetiis, 1547, fl. 110, no. 3. (em tradução livre: a citação é espécie de um direito natural de defesa (...) não pode, de forma alguma, ser omitido até mesmo pelo governante) *apud* PICARDI, Nicola. *Op. Cit.*, 2008, p. 132.

²⁶ PICARDI, Nicola. *Op. Cit.*, 2008, p. 132.

²⁷ Nos sistemas de *common law* o conceito de *Rule of Law* não se confunde com o conceito de Estado de direito dos ordenamentos continentais, pois este último se baseia numa autolimitação por parte do Estado e, portanto, numa concessão soberana por parte deste último aos cidadãos. Diferentemente, o *Rule of Law*, com a sua série de garantias, não é expressão da vontade de políticos pro-tempore no poder, logo surge e se desenvolve numa sociedade articulada em pluralidade de centros de poder e, como tal, assume um caráter fundamentalmente extra-Estado, pontua Picardi (PICARDI, Nicola. *Op. Cit.*, 2008)

²⁸ TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in italia dal'700 a oggi*. Bologna: Il Mulino, 1980, p. 7.

²⁹ DENTI, Vittorio; TARUFFO, Michele. Il profile storico. In: DENTI, Vittorio. *La giustizia civile*. Bolonha: Il Mulino, 2004, p. 14.

³⁰ DENTI, Vittorio. TARUFFO, Michele. *Op. Cit.*, 2004, p. 13-43.

³¹ Não se pode olvidar que esse contraditório supostamente “forte” foi relativizado significativamente em determinados momentos históricos, tal como na Inquisição (a partir do Sec. XIII).

³² JUNIOR, Humberto Theodoro. NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, n. 168. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009, p.112.

animatae, vel inanimatae, facultas competat tollendi citationem).³³ Essas e outras controvérsias oriundas da tensa interação entre o poder político-estatal e os limites, o conteúdo e o modo de ser do contraditório protagonizaram a cena histórica posterior.

2.3 O contraditório no paradigma do Estado de Direito Liberal

2.3.1 Impactos da codificação sobre o contraditório

A partir do século XVII, ganham espaço os movimentos de codificação das leis, a exemplo dos códigos de processo saxão (1622) e da *Ordonnance Civile* francesa de 1667 (o *Code Louis*).³⁴

O Soberano, ao perceber que a Lei e a Jurisdição constituem expressões da soberania nacional, inicia suas incursões sobre o *ordo iudiciarius*, abrindo espaço para a estruturação de um contraditório de cunho moderno e liberal. Numa tentativa de salvaguardar a antiga concepção do contraditório, os expoentes jusnaturalistas tentam diferenciar o que seria “substância” e o que seria apenas “modo” do contraditório, propugnando que, no primeiro caso, estar-se-ia diante de um direito natural que não admite derrogação; ao passo que, no segundo caso, no que toca ao modo ou a solenidade dos atos, estar-se-ia perante disposições de direito positivo que, como tais, poderiam ser derogadas.³⁵

Sucedendo que, ante a difícil delimitação do que seria substância ou modo, era inevitável que regras essenciais do processo ficassem sujeitas ao direito positivo – o que abriu espaço para a ampla incursão deste sobre a essência do contraditório, como se visualizaria nos séculos seguintes. Na segunda metade do século XVIII, ganham espaço na Europa, em especial na França, os ideais iluministas que, com seu viés racionalista, viabilizaram os movimentos de Codificação responsáveis por unificar as fontes normativas e simplificar a análise do Direito.³⁶

Valendo-se da segmentação histórica formulada por Castillo, a Revolução Francesa (1789) e o Código de Processo francês (1806) marcam a transição entre a fase “judicialista-prática” do processo comum, para uma etapa denominada “procedimentalista”.

³³ Em tradução livre: o direito positivo, animado ou inanimado, tem direito de tolher a citação?

³⁴ PICARDI, Nicola. *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*. Milano: Giuffrè, 2006, p. 129.

³⁵ PICARDI, Nicola. PICARDI, Nicola. *Op. Cit.*, 2008, p. 134

³⁶ TARUFFO, Michele. *Op Cit.*, 1980, p. 24.

A propulsão dessa nova etapa, contudo, se dá mais em função dos fatores *políticos* acima apontados que de um movimento *científico* com substrato teórico consistente³⁷. Por esse motivo, a mera consolidação de procedimentos não conseguiu se desvencilhar (em termos científicos) das bases do processo comum – ou seja, de um processo escrito, formal e, na visão de Taruffo³⁸, excessivamente complexo.

Inevitavelmente o processo passa a sofrer o influxo dos ideais que orientavam a formação do Estado Liberal. Como se sabe, o Estado daquela época limitava a sua atuação à defesa da ordem e da segurança públicas, remetendo-se os domínios econômicos e sociais aos mecanismos de liberdade individual³⁹ – e o processo não ficou alheio a essas características. Ganharam espaço ideias típicas do liberalismo, tais como a igualdade formal das partes⁴⁰ e o princípio dispositivo⁴¹, que fizeram com que esse momento da história do processo fosse denominado liberalismo processual⁴².

Nesse contexto Iluminista, as garantias do contraditório deixam de se basear em razões práticas, fruto das praxes criadas pelos tribunais e pela doutrina, como ressaltado acima (pois essa condição gerava imprevisibilidade e insegurança jurídica quanto aos deslinde das questões) e passam a ser concebidas abstratamente e condensadas num documento formal e codificado.

Com isso, o que se viu entre os séculos XVII e XVIII – simultaneamente à transição do *ordo iudiciarius* medieval para o *processo* moderno – foi a mudança radical na forma de se conceber o Processo: de um ordem “isonômica” para um ordem “assimétrica”, fundadas na autoridade do julgador, na hierarquia (tanto endoprocessual, entre as partes; e extraprocessual, na estrutura

³⁷ CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Op. Cit.*, 1974, p. 303.

³⁸ TARUFFO, Michele. *Op. Cit.*, 1980, p. 31.

³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 97.

⁴⁰ Confira-se a respeito o comentário de Damaška a respeito da igualdade formal: [...] *todas as partes são tratadas da mesma forma no tocante à alocação de instrumentos processuais, exatamente como todos os votantes têm o mesmo direito na regulamentação das eleições (um homem, um voto). Em outras palavras, as partes são tratadas abstratamente, abstraindo-se delas as diferenças pessoais (substanciais) e tratando-as como titulares de direitos processuais equivalentes*. Damaška, Mirjan R. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Bologna: Il Mulino, 1991. (Citado originalmente e traduzido In: NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008, pag.76)

⁴¹ Cf. segmentação entre princípio dispositivo material e processual in: NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

⁴² NUNES, Dierle José Coelho: *Op. Cit.*, 2008, p. 73.

judiciária) e na lógica burocrática⁴³ da Jurisdição.⁴⁴ A preocupação com o juízo (isto é, com a formação do convencimento, *iudicium*) tão relevante no *ordo iudiciarius* do direito comum dá lugar à noção de *procedimento*, em cuja base não se detecta mais uma “orientação problemática” e uma “lógica argumentativa”⁴⁵ mas sim racionalidade “objetiva, formal e calculante”⁴⁶.

Naquele contexto, o processo passa a ser visto como mera sequência ordenada de atos, sob uma ótica científica e mecânica, típicas dos ideais iluministas e racionalistas da época. O papel do juiz também sofre uma alteração significativa: se a jurisdição passa a ser vista como uma dimensão da soberania do Estado, este só pode administrar a Justiça através dos “seus” juizes, funcionários do Estado, inseridos numa carreira hierarquizada e burocrática⁴⁷.

Assim, a atuação diuturna do magistrado passa a ser decomposta em atos mecânicos, ordenados em lei e cientificamente estabelecidos que permitem que a atividade judicial se torne previsível, fungível e controlável. Em outras palavras, bastaria ao julgador seguir o rito previsto formalmente no código que, em qualquer situação, o contraditório seria respeitado e a verdade alcançada.

Como bem ressalta Castillo, essa transformação do contraditório reduzia o esforço intelectual do juiz a uma tarefa, em grande parte mecânica, de comprovação e contabilização dos requisitos pré-fixados pela lei⁴⁸.

⁴³ Neste estudo, o termo burocracia está empregado em sentido técnico e não polêmico; como relata Bobbio: “No sentido técnico originado de estudos jurídicos e da ciência da administração alemães que versam sobre o *Bureausystem*, o conceito de burocracia está ligado à precisa identificação de funções, à atribuição de esferas de competência bem delimitadas, aos critérios de assunção e de carreira”. BOBBIO, Norberto. MATTEUCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 11ª. Edição. Brasília: UNB, 1998. Entretanto, não se olvida que – embora haja uma conceituação ideal para o termo – muitas das críticas que geraram a polêmica em torno do conceito são pertinentes.

⁴⁴ PICARDI, Nicola. *Op. Cit.*, 2008, p. 135

⁴⁵ PICARDI, Nicola. *Op. Cit.*, 2008, p. 136

⁴⁶ PICARDI, Nicola. *Op. Cit.*, 2008, p. 136

⁴⁷ PICARDI, Nicola. Prefácio da obra de NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, p. 15

⁴⁸ No original: “*reducía el esfuerzo intelectual del juez a una tarea, en gran parte mecánica, de comprobación y contabilidad de requisitos prefijados por la ley*”, CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Op. Cit.*, 1974, p. 304.

2.3.2 Processualismo científico e Estado Liberal: raízes comuns.

É curioso notar que o período em que o contraditório se esvazia *axiologicamente* coincide com o início da fase em que o Direito Processual busca a sua autonomia como Ciência.

O ano de 1868 é considerado como a data de nascimento do Direito Processual como ramo autônomo do Direito, pois naquele ano Oskar von Büllow publica seu livro “Da teoria das exceções processuais e dos pressupostos processuais” em que concebe o processo como uma relação jurídica diferente do direito material das partes.

Conquanto a visão de Büllow já tenha sido bastante contestada desde então, fato é que seus méritos consistem, dentre outros, em (i) buscar um fundamento publicístico para a natureza do processo (afastando-o de interpretações privatistas de origem, sobretudo, romanas) e (ii) deflagrar um inigualável movimento científico no Direito Processual⁴⁹.

Entretanto, à medida que cresciam os debates doutrinários (movidos pelo influxo racionalista e cientificista) sobre as melhores maneiras de se fazer a Justiça *pública* e a dissecar os procedimentos *funcionalmente adequados*, a contribuição das partes perdia relevo na busca pela verdade e pela justiça.

Em outras palavras, se era possível haver um método *científico* para atingir valores intangíveis como *verdade* e *justiça*, e se o Estado é o responsável por prestar a jurisdição através de um procedimento de natureza *pública*, não havia grande sentido em permitir a ingerência das partes naquilo que é cientificamente embasado e coletivamente justificado.

Passava-se da “arte do diálogo”, vigente na *ordo iudiciarius*, para a “arte da razão”⁵⁰ e o magistrado deixava de se orientar por uma essência dialética para assumir a direção de um processo baseado em ritos com caráter publicístico.⁵¹

⁴⁹ CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Op Cit.*, 1974, p. 308

⁵⁰ PICARDI, Nicola. *Op. Cit.*, 2008, p. 136

⁵¹ PICARDI, Nicola. *Op. Cit.*, 2008, p. 136

O contraditório deixa de ser um instrumento *essencial* na busca pela verdade, a qual, aliás, também deixa a sua concepção clássica de “verdade provável” e passa a ser vista como passível de ser apreendida objetivamente, pré-constituída, absoluta⁵².

Obviamente, não se pode desprezar o fato de que o processo é fruto de sua própria época, adaptado à realidade social em que inserido e conformado pelos anseios da classe dominante. Àquela época, portanto, a burguesia perseguia os ideais de *segurança jurídica* e *certeza*, de modo que a teoria da separação dos Poderes e a fixação de limites ao julgador por meio de leis era uma das dimensões dessa busca.

Nesse contexto, o papel interpretativo-criativo do juiz (que nos tempos do *ordo iudicarius* prestigiava as peculiaridades do caso, mas, infelizmente, dava ensejo a arbítrios) foi, no contexto do Estado Liberal, mitigado e fortemente limitado pelo ordenamento jurídico positivado pelo – supostamente confiável – Poder Legislativo.

Assim, o processo civil se distanciava das ciências de “compreensão” e se aproximava das ciências de “demonstração”⁵³. Como pontuou Ovídio Baptista⁵⁴, o Direito moderno, a partir das filosofias do século XVII, passou a priorizar o valor ‘segurança, como exigência fundamental para a construção do moderno “Estado Industrial”’.

No mesmo sentido, Becker ressalta que as filosofias racionalistas do século XVII pretenderam fazer do direito uma “ciência” matematizante, em que a razão e o método eram os meios de se alcançar verdades objetivamente alcançáveis. Isso destemporalizou o processo, tornando-o um instrumento a-histórico, utilizado por julgadores mecanicamente programados para sobrelevar o procedimento ao custo do plano fático, relegado em prol da supervalorização do rito.⁵⁵

⁵² PICARDI, Nicola. *Op. Cit.*, 2008, p. 136

⁵³ ISAIA, Cristiano Becker. GADENZ, Danielli. ALMEIDA, Letícia De La Rua. A necessária superação do processualismo liberal em tempos de relações virtuais e a busca de respostas corretas para litígios envolvendo direitos transindividuais decorrentes da sociedade em rede. *Revista Direito e Práxis*. Vol. 5, n. 8. 2014, p. 94-119. Rio de Janeiro.

⁵⁴ SILVA, Ovídio Baptista. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 115. O mesmo autor afirma: [...] *Antes de Savigny ‘geometrizam’ o Direito, criando um ‘mundo jurídico, distante das ‘inimagináveis diversidades’ do caso concreto e, portanto, da realidade social, Leibniz dissera que não apenas o Direito, mas a própria moral seriam ciências tão demonstráveis quanto qualquer problema matemático.*

⁵⁵ ISAIA, Cristiano Becker. A herança romana no Direito Processual Civil. Disponível em: <https://neapro.files.wordpress.com/2012/02/a-heranca3a7a-romana-no-direito-processual-civil.pdf> Acessado em 07/09/2015

Essa destemporalização veio a ser suplantada num momento posterior⁵⁶ de compreensão histórica e temporal do próprio tempo – segundo a qual este não é um continente formal, vazio e exterior às coisas, mas que, ao revés, participa de sua própria natureza⁵⁷ – contudo, ainda assim, essa destemporalização influenciou significativamente as bases do processo.

O fenômeno não passou despercebido também a Picardi⁵⁸ quando afirma que o traço comum dos pensadores dessa época poderia ser sintetizado nos seguintes pontos: “a) refutação da silogística clássica que parecia então um jogo de verbalismos vazios, b) difusão da lógica metodológica cartesiana, c) colocação de temas e características que serão típicas da moderna lógica formal”.

Todo esse caminho racionalista-procedimental culminou, em pleno século XIX, num esgotamento da função axiológica do princípio do contraditório. Ou seja, a despeito de se falar em “princípio do contraditório”, este já não guardava qualquer relação com o direito natural e era mínima sua carga ético-ideológica⁵⁹.

Em que pese tenha trazido substanciosos avanços à autonomia do Direito Processual, ao enxergar como possível o encontro da verdade e da solução sem o diálogo, a racionalização do procedimento judicial relegou o contraditório à condição de rito desprovido de essência. E, como pontua Calamandrei⁶⁰, nem sempre os ritos processuais previstos exaustivamente em diversos dispositivos legais são sintomas de sinceridade do valor axiológico que deveriam promover – muitas vezes a abundância de dispositivos legais atesta a carência de tal valor no seio social.

Nessa perspectiva, a própria conceituação do contraditório enquanto princípio perdia grande parte do seu sentido, vez que, como relata Picardi⁶¹, não estava mais a indicar uma entidade pré-existente às normais processuais no qual estas deveriam ser inspiradas, mas sim o resultado

⁵⁶ GONCALVES, Gláucio Ferreira Maciel. *Direito e Tempo*. Disponível em: <https://www.academia.edu/7411227/Direito_e_Tempo?auto=download>. Acessado em: 12.05.2016.

⁵⁷ OST, François. *O tempo do direito*. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005, p. 13.

⁵⁸ PICARDI, Nicola. *Op. Cit.*, 2008, p. 138

⁵⁹ PICARDI, Nicola. *Op. Cit.*, 2008, p. 137

⁶⁰ CALAMANDREI, Piero. *Proceso y democracia*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1960, p. 166. “respecto de los ritos procesales se puede decir lo mismo que lo que se expresa en relación con los ritos religiosos: que no siempre las complicaciones formalísticas de la liturgia son síntomas de la sinceridad de la fe. Todas las prescripciones con las cuales las leyes procesales pretenden garantizar la lealtad del contradictorio tienen un valor sintomático que no es de buen augurio, puesto que si la ley siente la necesidad de imponer la lealtad, significa que la misma se encuentra vacilante en las conciencias”.

⁶¹ PICARDI, Nicola. *Op. Cit.*, 2008, p. 137

de um procedimento ulterior de abstração e de diferenciação ou de outros elementos compreendidos no sistema.

Logo, a despeito de haver uma regulamentação formal dos momentos de incidência do contraditório, ou seja, dos momentos processuais em que o magistrado deveria promover o debate e a oitiva das partes em homenagem à bilateralidade de audiência, essas aberturas estavam calcadas mais na obediência ao ordenamento jurídico positivo e no suposto amparo científico do procedimento que em um mandamento oriundo da essência do contraditório.

O racionalismo exacerbado, que gerou a crença de que o processo abstratamente concebido como sucessão de atos poderia exaurir as opções em que o contraditório deveria ser prestigiado, culminou numa regulamentação desprovida de substância. Essa promoção mecânica do contraditório afigurava-se, inclusive, nociva, pois transmitia a impressão de que as garantias essenciais de participação estariam sendo respeitadas quando, em verdade, sequer se atingia uma efetividade mínima do núcleo da garantia.

O problema ainda se agravava na medida em que o liberalismo processual exacerbado permitia um sistema degenerado, que facilitava a esperteza da parte mais hábil e que conduziu diversos processualistas, notadamente Goldschmidt e Calamandrei, a enxergar o processo como um jogo ou uma guerra.⁶²

A despeito das ferrenhas críticas ao tecnicismo e formalismo exacerbados daquela época, Barbosa Moreira⁶³ ressalta a importância desse momento histórico para a autonomia do Direito Processual ao afirmar que “não há que censurar a geração de estudiosos que durante anos lavraram, com instrumentos de uma técnica incessantemente aperfeiçoada, o terreno do processo. Era útil, e foi útil, que o fizessem”.

A despeito da utilidade incontestável dessa sistematização do Direito Processual, fato é que a estruturação racionalista, procedimental, calcada na ordem e na estabilidade, cunhou a jurisdição para o tratamento de litígios tipicamente “individuais”⁶⁴, e, ao mesmo tempo, trouxe

⁶² NUNES, Dierle José Coelho. *Op. Cit.*, 2008, p. 77.

⁶³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os novos rumos do processo civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 78, 1995, p. 134.

⁶⁴ Boaventura de Souza Santos chega a afirmar que o Judiciário havia ficado à margem dos efeitos sociais, limitando-se à microlitigiosidade interindividual. SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel

consigo uma maior dificuldade de tutela judicial dos conflitos de índole coletiva – e também, no caso do presente estudo, à tutela dos direitos massificados, como será verificado adiante.⁶⁵

2.4 O contraditório no paradigma do Estado de Direito Social

2.4.1 A socialização processual e a atribuição de uma função social ao processo

Na virada do século XIX para o século XX, diante dos sinais de esgotamento da visão liberal, o Estado ocidental torna-se progressivamente intervencionista, sendo rebatizado de Estado de Direito *Social*⁶⁶. Abandonou-se o papel de mero “garantidor” de liberdades individuais, passando-se a realizar “prestações sociais tendentes à obtenção de uma maior igualdade social”.⁶⁷

Contudo, como acentua Bobbio, a intervenção do Estado no campo social revela que a relação entre assistência, industrialização e democracia é assaz complexa⁶⁸.

O Direito Processual (de caráter publicístico, lembre-se) e o Poder Judiciário (enquanto expressão da soberania estatal) não ficaram alheios à complexidade dessa relação entre democracia e intervenções socioestatais. A partir das ideias de Anton Menger⁶⁹, passa-se a atribuir ao processo uma função social (*sozialen Funktionen des Prozesses*)⁷⁰ e, por conseguinte, o Judiciário avoca para si o objetivo de compensar desigualdades entre as partes, fazer justiça social etc., ideias diametralmente opostas ao princípio dispositivo e à imparcialidade, tão valorizados no paradigma anterior.

Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, ano 11. N. 30, 1996, p. 29-62.

⁶⁵ LUCAS, Douglas Cesar. A crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. IN. MORAIS, José Luiz Bolzan de. *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 179.

⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 88.

⁶⁷ PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Direitos Fundamentais Sociais: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para a sua tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 58 e GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As transformações do Estado contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

⁶⁸ BOBBIO, Norberto. MATTEUCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 11ª. Edição. Brasília: UNB, 1998, p. 406

⁶⁹ MENGER, Anton. *El derecho civil e los pobres*. Atalaya: Buenos Aires, 1947, p. 64.

⁷⁰ NUNES, Dierle José Coelho. *Op. Cit.*, 2008, p. 85

Anton Menger influenciou diretamente Franz Klein – jurista responsável pela Ordenança processual civil do império austro-húngaro, de 1895 (OZPO)⁷¹ – para quem o processo era visto como uma “instituição estatal de bem-estar social” para a busca da pacificação social.⁷² Na concepção de Klein, o processo só estaria de acordo com a concepção moderna de Estado quando a tutela jurídica fosse garantia de fato da assistência estatal não apenas com o veredicto, mas já desde o primeiro passo do procedimento – e, para isso, seria necessário liberar as forças atadas do juiz e colocá-las a serviço do direito, do bem comum e da paz social, pois as formas e fórmulas do processo constituiriam as barreiras a essa força.⁷³

Era nítido o intuito de Klein de romper com algumas ideias do paradigma liberal anterior – a começar pelo princípio dispositivo exacerbado, que engessava a atuação do juiz e o deixava como refém das partes. O formalismo e tecnicismo, nesta concepção, eram características que dificultavam o atingimento do bem comum de maneira mais ágil, como relata SPRUNG⁷⁴ ao comentar o processo austríaco daquela época:

“a ‘rapidez’ do processamento é exigida pelo caráter de bem público dessa instituição. A oportunidade de processo perturba uma cooperação pacífica, viola conexões econômicas ordenadas, liga valores e retira-os do tráfego ordinário. A sociedade tem, portanto, o ensejo de prover a cura, quanto possível rápida, para as feridas de seu corpo”

A aspiração a uma administração da justiça livre de sutilezas e de formalismos jurídicos, visando à justiça material, era, portanto, uma tônica do Estado de Bem-estar. Num contexto assim, opera-se obviamente uma reconfiguração do papel do julgador, que passa a deter mais poder na condução do processo, com a atribuição da direção do processual por parte do juiz (*richterliche Prozessleistung*), entendida não somente no aspecto formal (*formelle Prozessleitung*) de regular e promover a ordem e o ritmo dos atos do processo, mas também em seu aspecto material (*materielle Prozessleitung*), de recolher o material que formará o objeto do juízo sobre o mérito.⁷⁵

⁷¹ A OZPO de 1895 foi a primeira legislação tipicamente socializadora do processo e influenciou inúmeros países europeus.

⁷² NUNES, Dierle José Coelho. *Op. Cit.*, 2008, p. 83

⁷³ KLEIN, Franz. *Zeit-und Geistesströmungen im Prozesse*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1958 *apud* NUNES, Dierle José Coelho. *Op. Cit.*, 2008, p. 83/84.

⁷⁴ SPRUNG, Rainer. Os fundamentos do direito processual civil austríaco. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 17, p. 138/139, 1980.

⁷⁵ NUNES, Dierle José Coelho. *Op. Cit.*, 2009, p. 46

O incremento de poderes materiais na condução do processo, ademais, acentuava o caráter criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação, sobretudo no que dizia respeito aos direitos sociais, como reconhece Capelletti.⁷⁶

No que toca ao presente estudo, é interessante notar que tanto a necessidade de rapidez do processamento quanto a atribuição de um papel mais criativo ao Judiciário – frutos desse período da história – são elementos, que, hodiernamente, servem de base para a tentativa de enfrentamento das causas repetitivas.

Entretanto, à medida que os *poderes formais e materiais do julgador cresciam* no bojo do processo – e se somava ao *procedimentalismo* detectado no paradigma anterior – a atuação das partes em contraditório perdia substancial relevância.

2.4.2 Impactos da socialização processual sobre o contraditório.

Picardi destaca que, na primeira metade do século XX, sob o influxo de uma teoria normativa do direito e da ideia do “processo como procedimento”, o contraditório continuou marginalizado⁷⁷.

São emblemáticas, inclusive, as afirmações de Carnelutti (em 1933) para quem “a falta do contraditório pode prejudicar, mas não prejudica em todos os casos o escopo do processo”, pois “o contraditório é um instrumento útil do processo, quando existem razões para contradizer, não as havendo, é um obstáculo”⁷⁸.

Emilio Betti, no mesmo período, também defendeu que “a falta efetiva de contraditório não se coloca como um contraste lógico com o fim do processo, porque a atuação da lei, através de uma decisão justa, pode ser obtida também sem a cooperação das partes”⁷⁹. Afirmou, ainda, que seria possível alcançar a verdade, inclusive, sem o contraditório!⁸⁰

⁷⁶ CAPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução e revisão Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 42.

⁷⁷ PICARDI, Nicola. *Op. Cit.*, 2008, p. 138

⁷⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*, II, Pádua, 1933, pp/ 168-171.

⁷⁹ BETTI, Emilio. *Diritto processuale civile*, Roma, 1936, p. 89

⁸⁰ BETTI, Emilio. *Op cit.*, p. 89

Ocorre que, na segunda metade do século XX, o paradigma do Estado Social começa a entrar em crise. Como aponta Bobbio, o Estado Social havia quebrado a separação estanque entre sociedade (ou mercado, ou esfera privada) e o Estado (ou política, ou esfera pública) e se desenvolveu por meio de interações entre ambas as esferas. Entretanto, essas interações – que a princípio visavam o equilíbrio, o compromisso e a coexistência pacífica – passaram a tender à eliminação de um dos dois polos.⁸¹

Como ressalta Bobbio, de um lado, havia o risco de *estatalização da sociedade*⁸², em que o trabalho, o rendimento, as chances de vida não seriam mais determinados pelo mercado, mas por mecanismos políticos que objetivam a prevenção dos conflitos, a estabilidade do sistema, o fortalecimento da legitimação do Estado. Nessa senda, a vontade política já não se formaria pelo livre jogo das agregações na sociedade civil, mas através de mecanismos institucionais que operariam como filtro na seleção das solicitações funcionais ao sistema, o que poderia levar à total dependência dos indivíduos e dos pequenos grupos dos mecanismos públicos⁸³.

Por outro lado, também se detectou o risco de *socialização do Estado*⁸⁴, que também é apontado como um dos elementos da crise do paradigma. Isso porque, a disposição estatal para intervir nas relações sociais provoca um enorme aumento nas solicitações dirigidas às instituições políticas, ocasionando sua paralisia pela sobrecarga da procura. O peso assumido pela administração na mediação de todos os conflitos provocaria a burocratização da vida em sociedade⁸⁵.

No que toca ao Direito Processual, esse pano de fundo demonstrou os riscos do excesso da socialização processual e da mitigação da atuação das partes no processo. Como pontua Barbosa Moreira, árdua era a tarefa de – ao promover a função social do processo – estimular, de um lado, a marcha em direção a uma igualdade maior, no sentido da eliminação ou, quando menos, da atenuação das desigualdades e, de outro lado, avaliar a capacidade do sistema

⁸¹ BOBBIO, Norberto. MATTEUCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. *Op. Cit.*, 1998, p. 418

⁸² Para uma discussão mais profunda, conferir: C. OFFE, *Lo stato nel capitalismo maturo*. Etas Libri, Milano 1977; J. HABERMAS, *La crisi della razionalità nel capitalismo maturo* (1973). Laterza, Bari 1975

⁸³ BOBBIO, Norberto. MATTEUCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. *Op. Cit.*, 1998, p. 418/419

⁸⁴ Para uma discussão mais profunda, conferir: S. P. HUNTINGTON e J. WATANUKI, *La crisi della democrazia* (1975), Angeli, Milano 1977; R. ROSE, *What is governing?*, Englewood Cliffs, New York 1978;

⁸⁵ BOBBIO, Norberto. MATTEUCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. *Op. Cit.*, 1998, p. 419.

jurídico para assegurar, na medida necessária, a primazia dos interesses da coletividade sobre os estritamente individuais⁸⁶.

Não por acaso, na segunda metade do século XX (sobretudo após a II Grande Guerra), começam a ser percebidas iniciativas de resgate de uma concepção forte do contraditório, sendo possível afirmar que as crises do Estado Social representam a gênese de um novo perfil para o contraditório.

O próprio Carnelutti, que em 1933 havia afirmado que o contraditório poderia ser “obstáculo”, volta a se interessar pelos mecanismos de formação do juízo (convencimento do julgador), pelo princípio do contraditório e pela colaboração das partes na investigação da verdade, em artigo com o sugestivo nome de “Voltemos ao juízo”⁸⁷.

Não ficaram indiferentes Piero Calamandrei⁸⁸, Giuseppe Capograssi⁸⁹ e Salvatore Satta, para quem “o processo não é outra coisa senão juízo e formação do juízo”⁹⁰. Em sua obra *Proceso y Democracia*, por exemplo, Calamandrei afirma que, numa concepção moderna, o princípio fundamental, a força motriz do processo e sua garantia suprema é o princípio do contraditório.⁹¹

Entretanto, esse movimento só veio a ser sistematizado adequadamente com Elio Fazzalari⁹² que, embora tenha insistido na relação umbilical entre processo e procedimento, se valeu do contraditório como elemento distintivo entre ambos:

“há processo, quando no iter de formação de um ato há contraditório, isto é, é permitido aos interessados participar na esfera de reconhecimento dos pressupostos em pé de recíproca e simétrica paridade, de desenvolver atividades das quais o autor do ato deve assim, ter ciência, cujos resultados ele pode não atender, mas eliminar”⁹³ (grifos nossos)

⁸⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. *Revista de Processo*, v. 37. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 140, 1985.

⁸⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Torniamo al giudizio*. Rev. Dir. Proc. Civ., 1949, p. 168.

⁸⁸ CALAMANDREI, Piero. *Proceso y democracia*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1960.

⁸⁹ CAPOGRASSI, Giuseppe. *Giudizio, processo, scienza, verità*. Opere, V, Milão, 1959, p. 71.

⁹⁰ SATTA, Salvatore. *Il mistero del processo*. Riv. Dir. Proc. Civ., 1949, p. 281.

⁹¹ CALAMANDREI, Piero. *Op. Cit.*, 1960, p. 148. “en el proceso moderno, que responde a los principios constitucionales de los nuevos ordenamientos democráticos, las dos partes son siempre indispensables. El principio fundamental del proceso, su fuerza motriz, su garantía suprema, es el “principio del contradictorio”: audiatur altera pars; nemo potest inauditus damnari.”

⁹² FAZZALARI, Elio. Diffusione del processo e compiti della dottrina. *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 1958, pp. 861.

⁹³ FAZZALARI, Elio. *Op. Cit.*, 1958, pp. 861.

Em outra obra, Fazzalari arremata sua lição ao afirmar que o processo é um procedimento do qual 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”⁹⁴.

Sustenta aquele autor que a estrutura dialética do procedimento é, justamente, o processo, que permite a “participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória”.⁹⁵ Entretanto, a referida participação não pode ocorrer de qualquer maneira, mas sim em “simétrica paridade das suas posições” de modo que cada parte “possa exercitar um conjunto [...] de escolhas, de reações, de controles e deva sofrer os controles e reações dos outros”.⁹⁶

Há, pois, visíveis resgates da essência do contraditório que remontam, aliás, ao *ordo iudicarius* medieval, tais como o rigor na fase preparatória para delimitação das questões discutidas; o uso do contraditório como promoção de uma ordem mais isonômica; a valorização da formação do juízo e do controle sobre os atos dos sujeitos processuais.

No Brasil, as lições de Fazzalari foram difundidas por Aroldo Plínio Gonçalves, segundo o qual a ideia de contraditório como *direito* de participação, o conceito renovado de contraditório, como *garantia* de participação em simétrica paridade, o contraditório como *oportunidade de participação*, como direito, hoje revestido de especial proteção constitucional seria incompatível com a ideia de processo enquanto relação jurídica (com vínculo de exigibilidade, de subordinação, de supra e infraordenação e de sujeição)⁹⁷.

Para Aroldo Plínio, uma garantia não é uma imposição, é uma liberdade protegida, não podendo ser coativamente oferecida e não se identificando como instrumento de sujeição. Desse modo, se o contraditório é garantia de simétrica igualdade de participação no processo, tal como proposto, não seria possível conciliá-lo com a categoria da relação jurídica, pois os conceitos de garantia e de vínculo de sujeição vêm de esquemas teóricos distintos.⁹⁸

⁹⁴ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Campinas: Bookseller, 2006, p. 118.

⁹⁵ FAZZALARI, Elio. *Op. Cit.*, 2006, p. 119.

⁹⁶ FAZZALARI, Elio. *Op. Cit.*, 2006, p. 119.

⁹⁷ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 113.

⁹⁸ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Op cit.*, p. 113.

Embora de grande relevância e influência para o Direito Processual, a teoria de Fazzalari não passou imune a críticas. Picardi, por exemplo, revela incômodo com a aproximação de conceitos entre processo e procedimento⁹⁹, pois a definição do processo como procedimento com estrutura e desenvolvimento dialético poderia e deveria significar algo mais, a exemplo de uma razão social, dialética e justificativa, como a que vem sendo desenvolvida por Alessandro Giuliani.¹⁰⁰

A despeito das divergências, fato é que o resgate do contraditório na segunda metade do século XX deflagrou a reconstrução do princípio do contraditório em novos moldes.

3. O CONTRADITÓRIO NO ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO: O PARADIGMA DA PARTICIPAÇÃO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

3.1. OS problemas que conduziram às crises dos paradigmas anteriores demandam novas respostas.

Quando os paradigmas deixam de apresentar soluções satisfatórias ou convincentes acabam por ser, eles mesmos, suplantados¹⁰¹. E, como destacado acima, isso ocorreu com os paradigmas Liberal e Social, dando ensejo à construção do Estado de Direito denominado *Democrático*, a partir da segunda metade do século XX.

Como o Estado de Direito Democrático não consiste em uma mera justaposição dos paradigmas Liberal e Social e, aliás, considerando a necessidade de se manter esses dois paradigmas em

⁹⁹ PICARDI, Nicola. *Op. Cit.*, 2008, p. 142. “A orientação ainda dominante gira, porém, em torno da convicção de que processo e procedimento pertencem ao mesmo gênero. Isto não só sob o perfil extrínseco, enquanto, se trata de esquemas que se resolvem ambos em uma sucessão ordenada de atos, mas também sob o perfil intrínseco, enquanto obedeceriam ambos a um mesmo tipo de racionalidade. Nesse quadro, não se pode negar que o contraditório não representa uma necessidade “imaneente” ao processo, porque não diz respeito diretamente o momento fundamental do juízo. A sua função se exaure no garantir às partes a “paridade de armas” através da contraposição mecânica de teses e assim, em última análise, em um instrumento de luta. Voltam à mente as analogias entre jogo e processo, que implicam a reconstrução do contraditório como princípio lógico-formal.”

¹⁰⁰ GIULIANI, Alessandro. *La controversia, contributo ala logica giuridica*, Pádua, 1966.

¹⁰¹ KUHN, Thomas S. *Op. Cit.*, 1998.

permanente tensão¹⁰², torna-se difícil delimitar com precisão os contornos e características do novo pano de fundo.

Ciente de que não haveria, por ora, uma configuração definitiva à qual se pudesse apegar, François Ost¹⁰³, por exemplo, propõe a representação por meio de figuras mitológicas:¹⁰⁴

- i) Júpiter, que do alto de seu Olimpo, irradia as normas em estrutura piramidal e governa imperativamente sobre seu povo, geralmente com comandos de não-fazer, ilustraria o Estado Liberal¹⁰⁵;
- ii) Hércules, semideus que carrega em seus ombros os problemas do mundo e soluciona-os como forma de expiar suas falhas, ilustraria o Estado Social;
- iii) Hermes, responsável pela comunicação e circulação de informações é a proposta do autor para representar o novo paradigma.

Ressalte-se que o próprio Ost reconhece o caráter restritivo dessas exemplificações, mas, em sua visão, seria um grave erro subestimar sua eficácia¹⁰⁶. De toda forma, o autor lista algumas características que facilitam a compreensão da crise do paradigma Liberal e auxiliam na compreensão dos desafios do Estado Democrático.

A primeira delas seria o monismo jurídico, ou seja, a ideia de que o direito e as normas jurídicas podem ser encontrados *apenas* numa fonte, a lei. Essa característica reforçava a proeminência da *sistematicidade* e da *autoridade* de quem produziu a norma (mandamentos do complexo valorativo da segurança jurídica), mas passa a ser questionada quando se reconhece uma dispersão dos focos do Direito¹⁰⁷.

¹⁰² CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Teoria Discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 205.

¹⁰³ OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de juez. *Revista sobre enseñanza del derecho*. Año 4, número 8, 2007. Acessado em 31/10/2015. Disponível em: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/08/jupiter-hercules-hermes-tres-modelos-de-juez.pdf

¹⁰⁴ OST, François. *Op. Cit.*, 2007. p. 103.

¹⁰⁵ Para ele, o Estado de Direito Liberal (Júpiter) baseou-se num modelo de pirâmide, em cujo ápice encontra-se um Codex, proferido de baixo para cima, de maneira hierárquica e imperativa, por um Poder estatal (o Legislativo), cujas normas possuem um viés proibitivo/negativo. OST, François. *Op. Cit.*, 2007, p. 102.

¹⁰⁶ OST, François. *Op. Cit.*, 2007, p. 113.

¹⁰⁷ “Dispersión de los focos del Derecho”. OST, François. *Op. Cit.*, 2007, p. 107.

Em outras palavras, segundo essa perspectiva, diante de um litígio, era mais relevante manter o sistema coerente e prezar pela autoridade de quem elaborou a norma – ainda que, com isso, fossem sacrificados os complexos valorativos da justiça e da democracia – do que conviver com diversas fontes, o que traria insegurança e instabilidade.

Como se verá adiante, se essa posição monista não houvesse sido posta em xeque pelo paradigma Social, que reforçou a ênfase na atividade criativa do juiz, seria difícil conceber o sistema de casos repetitivos tal como estruturado no CPC/15, pois este confere ao Judiciário um significativo papel na produção de normas cada vez mais abstratas.

Ademais, a proeminência do elemento “autoridade” para produção do Direito – intimamente relacionado com a segunda característica do Estado Liberal listada por Ost, qual seja o monismo político ou soberania estatal – não prescinde, na visão hodierna, de adequada participação para legitimar-se.

Isso porque, como ressalta Ost, a codificação preconizada à época do Estado Liberal pressupunha uma convergência de identificação nacional – que, aliás, justificou a centralização do sistema na figura de um soberano ou de um documento jurídico, em detrimento das múltiplas instituições do Antigo Regime.

Muito embora essa convergência tenha sido relevante no contexto de formação dos Estados Nacionais, é preciso destacar que numa sociedade cada vez mais plural como a atual, a substituição de “múltiplos consensos setoriais” – para usar a expressão de Ost – por um consenso nacional é cada vez mais difícil e, portanto, precisa buscar sua legitimação por meio da participação adequada nos diversos *locus* de produção normativa. Mais um sinal, portanto, de insuficiência do paradigma liberal para propor soluções às sociedades complexas da atualidade.

Conquanto a tônica do microssistema de casos repetitivos do novo Código de Processo Civil esteja fortemente apoiada na ideia de unificação de consensos regionais ou nacionais sobre a interpretação de questões unicamente de direito (herança do paradigma liberal, que, aliás, não

foi abandonada no Estado Social¹⁰⁸), será necessário reforçar os mecanismos de legitimação adequada, no intuito de se atender às exigências do paradigma democrático.

Finalmente, Ost pontua duas outras características do Estado Liberal que merecem reflexão, quais sejam: (i) a racionalidade dedutiva e linear – que está intimamente ligada à ideia de codificação, de cientificismo e racionalismo da época – e cujo objetivo seria sempre alinhar determinada controvérsia jurídica à interpretação que sustenta a racionalidade do legislador e a harmonia ideológica do sistema; e (ii) a concepção de tempo linear, baseado na crença, eminentemente moderna, do progresso da história e da ideia segundo a qual se a lei antecipar um estado de coisas poder-se-ia chegar a um futuro melhor¹⁰⁹.

Embora os questionamentos a essas crenças tenham conduzido a um novo paradigma¹¹⁰, muitas delas ainda permeiam o inconsciente jurídico contemporâneo, sendo substituídos apenas os atores do enredo: a *lei* que “antecipa um estado de coisas” pela *jurisprudência ou precedente* que “antecipam um estado de coisas”; o legislador que condiciona a validade do raciocínio à “harmonia ideológica do sistema” pelo juiz, que o faz da mesma maneira – e agora, numa sistemática vinculante trazida pelo CPC/15.

O paradigma Social, por seu turno, sem se desvencilhar de muitas das características do período anterior, dedicou especial atenção ao papel do Estado em todos os aspectos da vida social, o que, em termos de prestação jurisdicional, gerou a expectativa de um juiz Hércules¹¹¹, semideus que se submete aos trabalhos extenuantes de julgar e acaba por levar o mundo sobre seus braços estendidos¹¹².

Ost, ironicamente, questiona quais seriam os pecados do julgador para que tivesse de carregar tamanho fardo ao se desincumbir da sua atividade de julgar:

¹⁰⁸ Houve apenas a transferência de papéis entre o poder Legislativo e o poder Judiciário, mas a sanha pela uniformização do entendimento, de maneira linearizada, permaneceu, pois é um traço do próprio pensamento moderno.

¹⁰⁹ OST, François. *Op. Cit.*, 2007, p. 108.

¹¹⁰ Ressalta Ost que não se deve se seguir a “ley de la bipolaridade de los errores”, de la cual hablaba Gaston Bachelard, que consiste em abandonar uma posición errónea sólo para ocupar inmediatamente la posición opuesta – postura igualmente reducionista y que comparte, sin duda, con la primera, um certo número de rasfos esenciales”. OST, François. *Op. Cit.*, 2007, p. 108.

¹¹¹ Ost explica que não pretende reduzir a posição de Ronald Dworkin ou dos realistas americanos. OST, François. *Op. Cit.*, 2007, p. 102

¹¹² OST, François. *Op. Cit.*, 2007, p. 102. No original: “que se somete a los trabajos agotadores de juzgar y acaba por llevar el mundo sobre sus brazos extendidos

Hércules, como é bem sabido, foi castigado com a maldição de Hera; ele não deixava de expiar o infanticídio que ela o havia incitado a cometer. Sua atividade excessiva determinou o perdão dessa falha. Que falha expia, então, nosso juiz hercúleo da Modernidade? A dureza do liberalismo econômico que se desenvolveu em amparo ao "juridicismo" formal? A miopia legalista da exegese do século XIX?¹¹³

A imagem a ilustrar esse tipo de julgador seria uma pirâmide invertida, um funil, visto que todo o peso se concentra nos ombros do juiz, antes de se produzir a decisão que trará a desejada paz social. Não é difícil perceber, aliás, a semelhança da situação exemplificada por Ost – somada às críticas já pontuadas por Bobbio – com a excessiva judicialização da vida social, política, econômica, que é uma característica das sociedades massificadas atuais, herdadas, sobretudo, do paradigma socializante¹¹⁴.

Em que pese os extremos das ilustrações (que, comportariam variações intermediárias), fato é que ambos os paradigmas demonstraram suas limitações e, a despeito de suas diferenças, insistiram em premissas igualmente desgastadas.¹¹⁵ Logo, o desafio criado para o Estado de Direito Democrático é cumprir a difícil tarefa de equilibrar, de um lado, o respeito à autonomia privada, sem ser insensível às consequências limitadoras da liberdade que derivam das desigualdades fáticas e, de outro, a compensação estatal das desigualdades, sem desbançar para um paternalismo e clientelismo cuja consequência é limitadora da liberdade¹¹⁶.

E tudo isso, ressalte-se, numa sociedade massificada, altamente pluralizada e conflituosa (refratária a soluções previamente materializadas e unicamente calcadas na coerência do sistema e na autoridade do poder normativo); sociedade esta que, ao mesmo tempo em que

¹¹³ OST, François. *Op. Cit.*, 2007, p. 109. No original: “Hércules, como es bien sabido, fue castigado con la maldición de Hera; él no dejaba de expiar el infanticidio que ella le había incitado a cometer. Su actividad desbordante determinó el perdón de esta falta. ¿Qué falta expía, entonces, nuestro herculáneo juez moderno? ¿La dureza del liberalismo económico que se desarrolló al amparo del “juridicismo” formal? ¿La miopía legalista de la exégesis del siglo XIX?”

¹¹⁴ Também é patente que as soluções concebidas pelo novo CPC para ao enfrentamento dos casos repetitivos depositam considerável esperança no Judiciário, muito embora seja difícil conferir um tratamento jurisdicional adequado quando as causas dos problemas se localizam em um momento antecedente, atribuível ao Executivo, ao Legislativo ou às características da própria sociedade.

¹¹⁵ OST, François. *Op. Cit.*, 2007, p. 114. No original: “¿Hay un desprendimiento, por lo tanto, de los modelos clásicos? Puede dudarse. ¿No se apunta siempre a reconstruir la unidad ideal del Derecho en un foco único y supremo, garante de toda racionalidad? El juez jupiterino razonaría postulando la racionalidad del legislador; el Hércules de Dworkin postularía la unidad del Derecho, de la cual se hace a sí mismo paladín. ¿Es ésta realmente una diferencia?”

¹¹⁶ HABERMAS, Jürgen. *Op cit.*, 1997, p. 171.

deseja opinar e ser ouvida acerca de praticamente todos os eventos significativos da vida social e jurídica, exige soluções pragmáticas segundo padrões de eficiência e produtividade, inclusive no exercício jurisdicional.

3.2. Um paradigma baseado no diálogo. A essencialidade do contraditório como direito fundamental de participação.

3.2.1 A acepção substancial do contraditório. O policentrismo processual e a comunidade de trabalhos. Contraditório como direito fundamental.

Na visão de Ost, o novo paradigma deveria pensar o Direito como circulação incessante de sentido, ao invés de discursos da *verdade*.¹¹⁷ Os principais desafios do paradigma residiriam na necessidade de o monismo jurídico e político ceder espaço ao pluralismo; o absolutismo binário (centrado na dicotomia entre permitido e proibido, entre válido e inválido) ser substituído pelo gradualismo; a linearidade hierárquica ser contraposta com uma discursividade¹¹⁸; e o fechamento/determinismo do discurso ser substituído por um discurso jurídico efetivamente hermenêutico¹¹⁹.

Em decorrência disso, sugeriu-se que o modelo de Direito para o novo século fosse baseado em Hermes, responsável pela comunicação e pelo diálogo, já que numa sociedade pós-moderna seria impossível monopolizar a interpretação.¹²⁰ Isso porque, enquanto signo linguístico, o Direito pede para ser interpretado por seus destinatários; como manifestação de vontade, o

¹¹⁷ OST, François. *Op. Cit.*, 2007, p. 114. No original: “¿No es tiempo de pensar la complejidad del Derecho a partir de ella misma, y no como enmienda y complicación de los modelos simples? ¿No es tiempo de pensar el Derecho como circulación incesante de sentido, más que como discurso de la verdad? ¿No es tiempo de advertir la pluralidad y la diversidad de los actores que juegan sobre la escena jurídica y contribuyen, cada uno a su manera, a “aplicar el Derecho”?”

¹¹⁸ O autor utiliza a palavra “recursividade”, mas, no contexto do presente estudo, a palavra discursividade engloba o sentido de uma maneira mais adequada.

¹¹⁹ OST, François *Op. Cit.*, 2007, p. 114/115. No original: “[...] Al monismo habría que oponer, no la dispersión, sino el pluralismo; al absolutismo binario (permiso/prohibición, válido/no-válido) habría que sustituirlo por el relativismo y el gradualismo, que no se transmuta por tanto en escepticismo; a la linealidad jerárquica habría que oponer no la circularidad viciosa, sino la recursividad fecunda; la clausura y el determinismo del discurso habría que sustituirlos por la inventiva controlada de un discurso jurídico radicalmente hermenéutico.”

¹²⁰ OST, François. *Op. Cit.*, 2007, p. 115. No original: “Es a Hermes, diós de la comunicación y de la circulación, dios de la intermediación, personaje modesto en el oficio de representante y portavoz que es olvidado en beneficio de la prosecución del juego mismo, a quien confiamos la tarea de simbolizar esta teoría lúdica del Derecho.”

Direito pede para ser interiorizado e aceito. Ele é uma obra necessariamente inacabada, sempre em suspenso, indefinidamente retomada pelo intercâmbio e diálogo.¹²¹

Nessa perspectiva, começam a ganhar espaço ideias refratárias à existência de soluções jurídicas previamente materializadas – seja pelo Estado, pelo mercado ou instituições – e, *pari passu*, reforçam-se concepções “procedimentais”¹²² do Direito. No que toca ao campo do Direito Processual Civil, em especial, entra em crise o conceito de processo como relação jurídica formulado por Büllow, visto que tal concepção pressupõe sujeição e subordinação entre os sujeitos processuais, o que, na visão de alguns, seria incompatível com o conceito de processo como procedimento em contraditório, tal como já destacado acima nas lições de Aroldo Plínio Gonçalves¹²³:

Nesse contexto, começa a ser resgatado o contraditório como *garantia* contra o exercício arbitrário dos poderes públicos e privados em todos os campos (jurisdicional, administrativo, legislativo), com o fim de controlar os provimentos dos agentes políticos e garantir a legitimidade discursiva e democrática das decisões¹²⁴, visto que o contraditório se relaciona diretamente com o exercício legítimo do poder^{125 126}. E esse resgate pôde ser detectado em inúmeros países.

¹²¹ OST, François. *Op. Cit.*, 2007, p. 117. No original: “Como signo lingüístico, el Derecho pide, en efecto, ser interpretado por sus destinatários; como manifestación de voluntad, el Derecho pide ser interiorizado y aceptado. A partir del momento en que los “sujetos de Derecho” – que no son sujetos del Derecho, sino mejor sujetos de Derecho, es decir, todo a la vez, seres susceptibles de derechos y coautores del Derecho – reconstruyen mentalmente el mensaje que se les dirige y mediatizan su puesta en práctica con una operación de voluntad (que es también una manifestación de libertad), el Derecho se configura como algo necesariamente inacabado, siempre en suspenso y siempre relanzado, indefinidamente retomado en la mediación del cambio”

¹²² HABERMAS, Jürgen. *Op. Cit.*, 1997, p. 171. CATTONI DE OLIVEIRA, *Op. Cit.* 2004, p. 204

¹²³ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Op. Cit.*, 2012, p. 113. “A caracterização do processo como procedimento realizado em contraditório entre as partes não é compatível com o conceito de processo como relação jurídica. Ressaltou-se [...] a ideia de contraditório como direito de participação, o conceito renovado de contraditório, como garantia de participação em simétrica paridade, o contraditório como oportunidade de participação, como direito, hoje revestido de especial proteção constitucional. O conceito de relação jurídica é o de vínculo de exigibilidade, de subordinação, de supra e infraordenação, de sujeição. Uma garantia não é uma imposição, é uma liberdade protegida, não pode ser coativamente oferecida e não se identifica como instrumento de sujeição. Garantia é liberdade assegurada. Se o contraditório é garantia de simétrica igualdade de participação no processo, como conciliá-lo com a categoria da relação jurídica? Os conceitos de garantia e de vínculo de sujeição vêm de esquemas teóricos distintos.

¹²⁴ NUNES, Dierle José Coelho. *Op. Cit.*, 2009, p. 209.

¹²⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araujo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 61.

¹²⁶ O contraditório, nas palavras de Marinoni, é a expressão técnico-jurídica do princípio da participação, isto é, do princípio que afirma que todo poder, para ser legítimo, deve estar aberto à participação, ou que sabe que todo poder, nas democracias, é legitimado pela participação. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006 p. 313.

Na Alemanha a doutrina aperfeiçoa a ideia surgida no contexto socializante de comunidade de trabalhos (*Arbeitsgemeinschaft*) entre juiz, partes e advogados.¹²⁷ Uma comunidade de trabalhos consistiria¹²⁸ em dividir funções entre os sujeitos processuais ao longo do desenrolar processual e não, como se poderia pensar, num nivelamento completo e irrestrito de todos os sujeitos, em todos os atos do processo.

Em outras palavras, ao longo da fase cognitiva (portanto, antes do ato decisório), a função do juiz deveria ser exercida com diálogo e equilíbrio¹²⁹, mostrando-se, portanto, praticamente *paritária* à função das partes – as quais também estão a descobrir a verdadeira dimensão e profundidade do conflito.

Obviamente que no momento da decisão não há paridade: as partes não decidem com o juiz; trata-se de *função* que lhe é exclusiva.¹³⁰ Há, portanto, uma assimetria entre os sujeitos processuais neste instante, mas esta assimetria não deve ser confundida com arbítrio, como ressalta Fredie Didier¹³¹.

¹²⁷ NUNES, Dierle José Coelho. *Op. Cit.*, 2009, p. 213. Cf. Também p. 110 “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 em um Estado Constitucional democrático, com a releitura do contraditório, a permitir uma melhor da relação juiz-litigantes de modo a garantir um efetivo diálogo e comunidade de trabalhos (*Arbeitsgemeinschaft*).

¹²⁸ Não se ignora a existência de divergências entre respeitados doutrinadores acerca da “comunidade de trabalhos” no processo. Como afirma Barbosa Moreira, “falar dos poderes do juiz importa enfrentar problema central de política jurídica, a cujo respeito todo o sistema processual é chamado a definir-se: o problema da ‘divisão de trabalho’ entre o órgão judicial e as partes. (...) Aceita a premissa de que ao titular do direito, em princípio, toca livremente resolver se ele deve ou não ser defendido em juízo, daí não se extrairá, sem manifesto salto lógico, que lhe assista idêntica liberdade de influir na maneira por que, uma vez submetida a lide ao órgão estatal, deva este atuar com o fim de estabelecer a norma jurídica concreta aplicável à espécie. Se cabe ver no litígio uma como enfermidade social, a cuja cura se ordena o processo, antes parece lícito raciocinar analogicamente a partir do fato de que o enfermo, no sentido físico da palavra, livre embora de resolver se vai ou não internar-se em hospital, tem de sujeitar-se, desde que opte pela internação, às disposições do regulamento: não pode impor a seu bel-prazer horários de refeições e de visitas, nem será razoável que se lhe permita controlar a atividade do médico no uso dos meios de investigação indispensáveis ao diagnóstico, ou na prescrição dos remédios adequados”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo”. *Temas de direito processual civil – quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 45-46.

¹²⁹ DIDIER. Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, vol. 198. São Paulo: *Revista do Tribunais*, 2011.

¹³⁰ DIDIER. Fredie. *Op cit.* 2011

¹³¹ DIDIER. Fredie. *Op cit.* 2011. Para o autor: “Assimetria, aqui, não significa que o órgão jurisdicional está em uma posição processual composta apenas por poderes processuais, distinta da posição processual das partes, recheadas de ônus e deveres. Os princípios do devido processo legal e do Estado de Direito imputam ao juiz uma série de deveres (ou deveres-poderes, como se queira), que o fazem também sujeito do contraditório, como já se disse. O exercício da função jurisdicional deve obedecer aos limites do devido processo. Assimetria significa apenas que o órgão jurisdicional tem uma função que lhe é própria e que é conteúdo de um poder, que lhe é exclusivo”.

Também na Alemanha, o contraditório adquire perfis constitucionais que asseguram (i) o direito de receber adequadas e tempestivas informações durante todo o curso do processo, (ii) o direito de defender-se ativamente sobre quaisquer questões de fato ou de direito, (iii) o direito de pretender que o juiz leve em consideração suas defesas, alegações e provas, no momento da prolação da decisão^{132 133}.

Na Itália, com base na doutrina de Fazzalari, passa a ser defendido um modelo de atividade jurisdicional calcada num processo policêntrico, o qual, segundo Picardi¹³⁴, é aquele em que cada sujeito processual possui uma colocação particular e desenvolve um papel específico e significativo.

É imprescindível pontuar, ainda, que todo esse movimento se alinha ao modelo constitucional de processo, que ganhou espaço após a Segunda Guerra Mundial, tendo sido capitaneado por autores latino-americanos como Eduardo Couture¹³⁵ e difundido também por autores italianos como Andolina, Vignera¹³⁶ e Comoglio¹³⁷.

Por fim, como pontuam Humberto Theodoro Junior e Dierle Nunes¹³⁸, na França, o art. 16 do *Nouveau Code de Procédure Civile* impede o juiz de fundamentar a sua decisão em aspectos jurídicos que tenha suscitado de ofício sem ter franqueado às partes a manifestação; na

¹³² COMOGLIO, Luigi Paolo. *Enciclopedia giuridica*. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988. Vol. 8, p. 6.

¹³³ CABRAL relata que os idiomas de origem latina talvez não consigam expressar com exatidão a real compreensão do contraditório que, a rigor, não se limitar a simplesmente “contradizer” ou “manifestar em sentido oposto” ao da outra parte. Todavia, nos ordenamentos de origem germânica o contraditório constitui verdadeiro “direito de uma oitiva jurídica” (*Anspruch auf rechtliches Gehör*), isto é, o direito a uma justa audiência. [...] Entretanto, embora o contraditório assente-se sobre o binômio informação-reação, sendo o primeiro prisma o direito de ser adequadamente informado (*Recht auf Benachrichtigung*) sobre o ato a ser realizado e sobre as consequências que dele podem advir e o segundo prisma a garantia de expressão (ou de reação) no processo (*Recht auf Äusserung*), certo é que arranjo conceitual, isto é “a abrangência do princípio limitada às partes interessadas e confinada aos domínios da garantia de ciência-reação denota uma visão individualista do processo” CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva, *Revista de Processo* v. 126. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2005.

¹³⁴ PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. Milano: Giuffrè, 2006.

¹³⁵ O modelo constitucional de processo foi capitaneado por importantes processualistas latino-americanos como Eduardo Couture, que teria sido o primeiro a relacionar de maneira sistematizada o Processo e Constituição e, posteriormente, por Héctor Fix Zamudio. Para maiores detalhes conferir FIX ZAMUDIO, Héctor. El pensamiento de Eduardo J. Couture y el Derecho Constitucional Procesal. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*. Enero-Junio, Tomo I. pag. 51-69. Montevideo, 1980. Em Minas Gerais, cf. BARACHO, JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA; UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS. Processo constitucional. 1981.

¹³⁶ ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: Giappichelli Editore, 1990, p. 13.

¹³⁷ COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionale e “giusto processo”(modelli a confronto). *Revista de Processo*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, n. 90, p. 95-150, 1998.

¹³⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. *Op. Cit.*, 2009, p. 121/124.

Alemanha o art. 103, parágrafo 1º da Lei Fundamental da República da Alemanha foi interpretada com sentido mais amplo que o literal (“pretensão de audição jurídica”) pelo Tribunal Constitucional Federal de modo a gerar, não apenas um direito para as partes, mas um dever para o magistrado de franquear-lhes a possibilidade de se posicionar sobre quaisquer questões de fato ou de direito, de procedimento ou de mérito, de tal modo a poder influir sobre o resultado dos provimentos; no Código de Processo Civil português, o art. 3.3 dispõe que o juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta necessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento officioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se posicionarem; na Áustria, a reforma processual civil de 2002 (*Zivilverfahrens-Novelle 2002*) vedou decisões surpresa, impondo ao juiz o dever de discutir com as partes as alegações de fato e de direito e os meios probatórios deduzidos.

Como se vê, essa ressignificação do contraditório não ficou restrita a ordenamentos específicos, mas, ao contrário, estendeu-se aos países que compartilham o pano de fundo do Estado de Direito Democrático¹³⁹. Daí se percebe a relação umbilical entre contraditório, participação e o paradigma democrático.

No Brasil, em particular, sob o novo paradigma, e na mesma linha dos países supracitados, o princípio do contraditório foi alçado à condição de direito fundamental¹⁴⁰, que, aliás, como pontua Cabral, está ligado à própria dignidade humana, na medida em que não pode o homem ser transformado em *mero objeto*, mas antes deve exercer *papel ativo de sujeito* processual¹⁴¹.

Essa condição de direito fundamental demonstra, portanto, que diferentemente do que se viu nos paradigmas Liberal e Social, o princípio do contraditório, no Estado de Direito Democrático, migra das margens do Direito Processual para o centro das reflexões, passando a representar uma lógica do senso comum, ligado à matriz de um processo justo.¹⁴² E,

¹³⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. *Op. Cit.*, 2009, p.110.

¹⁴⁰ No caso do Brasil, em particular, a Constituição de 1988 representou um verdadeiro divisor de águas no resgate do contraditório como direito fundamental, insculpido no art. 5º, inciso LV que dispõe que: "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".

¹⁴¹ ROSENBERG, Leo, SCHWAB, Karl-Heinz, GOTTWALD, Peter. *Zivilprozeßrecht*. München: CH Beck Verlag, 15. Auflage, 1993, p.456. *apud* CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva, *Revista de Processo* v. 126. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

¹⁴² PICARDI, Nicola. *Op. Cit.*, 2008, p.143

considerando o resgate da ordem isonômica promovida pelo princípio do contraditório, o estabelecimento de focos e de centralidade, seja nas partes, nos advogados ou nos juízes, não se amolda ao perfil democrático do Estado de direito que se deseja construir.¹⁴³

De acordo com essas novas premissas, ao invés do protagonismo das partes (proveniente do paradigma liberal) ou do protagonismo judicial (decorrente da socialização processual), o novo paradigma – tensionando os paradigmas anteriores – busca um ponto de equilíbrio entre as atuações dos sujeitos processuais, levando em consideração, inclusive, os diversos valores e princípios plasmados na Constituição.

E o ponto de equilíbrio proposto pela doutrina – que só pode ser encontrado caso a caso¹⁴⁴ – passa necessariamente pela mencionada comunidade de trabalhos.

A esse respeito, Humberto Theodoro Junior e Dierle Nunes destacam que, após o fortalecimento do constitucionalismo no século XX, revela-se inaceitável uma separação de papéis que coloque, de um lado, o juiz como terceiro com acesso privilegiado ao que seria o bem comum e, de outro, as partes que se veriam alijadas do discurso processual. Na visão dos autores, conquanto não se possa nivelar os sujeitos processuais, deve-se estabelecer que cada um, no exercício do seu papel, possa influenciar na formação da decisão, garantindo-se o debate.¹⁴⁵

Portanto, na vigência do Estado de Direito Democrático, a nova conformação do contraditório pressupõe, em termos teóricos, a revalorização da atuação das partes no *iter* processual, reconhecendo a sua importância e imprescindibilidade para a adequada solução de controvérsias (ainda que unicamente de direito) e, em termos práticos, o estabelecimento de estruturas que garantam uma efetiva participação do jurisdicionado nos diversos *locus* de produção de normas.

¹⁴³ NUNES, Dierle José Coelho. *Op. Cit.*, 2009, p. 212

¹⁴⁴ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Teoria Discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. (Coord). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 205. Para o autor: “[...] no marco de uma compreensão procedimentalista do Direito, na prática social do cotidiano dos operadores jurídicos, e que em muito ultrapassa o círculo fechado dos especialistas, os paradigmas jurídicos liberal e social permanecem em tensão, concorrendo caso a caso para a interpretação do suposto Direito aplicável.”

¹⁴⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. *Op. Cit.*, 2009, p.116.

Tais iniciativas são relevantes, pois, à medida em que se reforça a participação dos sujeitos *de* Direito na construção desse ordenamento inacabado – como pontuado por Ost –, cumprem-se os ditames do paradigma vigente no que toca à participação e à pluralidade, equilibrando-se, no bojo do processo, as tensões inerentes à autonomia privada e ao interesse público, o que demonstra o alinhamento entre o Direito Processual Civil e a Constituição da República.

No intuito de analisar as novas conformações teóricas do contraditório na perspectiva do CPC/15 e avaliar as estruturas minimamente adequadas a uma participação efetiva no microsistema de casos repetitivos, será necessário realizar uma breve incursão sobre a Parte Geral do código e, mais à frente, realizar o cotejo com a Parte especial dedicada à tutela de casos repetitivos.

3.3 O contraditório na parte geral do novo Código de Processo Civil.

Na esteira do paradigma do Estado de Direito Democrático e em consonância com o modelo constitucional do processo, o CPC/15 consigna, *in verbis*:

Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código

Diferentemente dos paradigmas anteriores, nos quais o Direito Processual era visto como uma técnica de índole infraconstitucional, sobre a qual o legislador ou o julgador detinham bastante liberdade de uso, a aproximação de institutos processuais ao Direito Constitucional os alçou a um novo degrau de relevância. A partir do momento em que se passa a enxergar o processo como garantia constitucional ligada aos direitos da pessoa humana¹⁴⁶, à realização de direitos fundamentais, atribui-se um valor ontológico muito superior aos institutos processuais.

Cumprir advertir, contudo, que essa tendência de constitucionalização do processo não deve ser interpretada como despreço àquele ramo do Direito, mas ao revés, atribui a ele o valor intrínseco que lhe é devido: muito mais do que um conjunto de rotinas e procedimentos para se atingir um resultado burocrático qualquer, o processo é um verdadeiro instrumento de

¹⁴⁶ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal*. Civil. Buenos Aires: Depalma, 1974, p. 151.

promoção da Democracia, da Justiça e de tantos outros valores devidamente constitucionalizados¹⁴⁷.

Os ganhos dessa aproximação entre Constituição e Processo são tanto de ordem teórico-dogmática como de ordem prática: de um lado, agregam-se a um ramo altamente pragmático escopos metajurídicos e cargas axiológicas que, conseqüentemente, o fortificam em sua cientificidade contra irrupções autoritárias, como tentativas frustradas de substituir o processo por métodos de viés totalitário e soluções administrativas, como já alertava Frederico Marques¹⁴⁸.

Desse modo, ainda que inevitavelmente a práxis processual nos conduza – quase que naturalmente – à conformação com o “ser” do processo, ou seja, ao estado em que ele se encontra positivado, essa nova perspectiva nos desafia a refletir os problemas do processo não apenas em relação ao seu “ser”, é dizer, à sua concreta organização de acordo com as leis processuais, mas também ao seu “dever-ser”, à conformidade de sua disciplina positiva com as previsões constitucionais, como ensina Junoy¹⁴⁹.

Essa abertura para o dever-ser do processo, aliás, contribui para sua maior legitimação, justeza e aperfeiçoamento visto que, como ensina Aroldo Plínio Gonçalves, no momento em que uma ciência renuncia a continuar investigando seu objeto e as complexas relações a que pode ser submetido, terá renunciado, antes, a si própria, como competência explicativa da realidade¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Aliás, na situação brasileira atual – em que as instituições nacionais ainda estão a compreender a importância dos seus papéis no contexto pós-1988, e em que há crises diversas (inclusive de legitimidade e representatividade) a levar multidões às ruas – o Direito Processual pode e deve se oferecer, dentro do seu campo de incidência, como instrumento de canalização do debate nas estruturas democráticas da nossa sociedade.

¹⁴⁸ MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*. Campinas: Millennium, 2000, p. 5-6.

¹⁴⁹ JUNOY, Joan Picó I. *Las garantías constitucionales del proceso*. 3ª reimpressão. Barcelona: Bosch, 2002, p. 39.

¹⁵⁰ GONÇALVES, Aroldo, Plínio. *Op. Cit.*. 2012, P.7

Nessa tônica, aliás, o CPC/15 passa a dispor de uma parte geral¹⁵¹, cujos dispositivos se projetam¹⁵² para a interpretação de todo o novo sistema. Assim, convém analisar o tratamento dispensado ao princípio do contraditório neste particular, pois, mais à frente será necessário proceder a um cotejo crítico entre o contraditório abstratamente concebido na parte geral do CPC/15 e a forma como ele se encontrado estruturado no sistema de tutela dos casos repetitivos.

Na parte geral do CPC/15, cinco¹⁵³ artigos se destacam pela relação direta com o princípio do contraditório, são eles:

Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Art. 7º. É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

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

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.

Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

Percebe-se, portanto, que o CPC/15 concretiza uma nova etapa na evolução do princípio do contraditório, que deixa de ser meramente formal e se torna substancial, ou nas palavras do novo código “efetivo” (art. 7º); que não é estático, mas sim dinâmico¹⁵⁴, aplicando-se a toda e

¹⁵¹ Há quem defenda que o CPC/73 não tinha uma parte geral porque ante a ausência de sistematização, no plano doutrinário, de uma teoria geral do processo (ARAGÃO, Egas Moniz. *Comentários ao Código de Processo Civil*: v. II. 7ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 8). Entretanto, há debates na doutrina questionando se a parte geral de uma Lei (direito positivo) corresponde exatamente à teoria do processo (ciência do direito e filosofia do direito). Conf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. DIDIER, Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. Salvador: JusPodivm, 2012.

¹⁵² SCHMITZ, Leonard Ziesemer. A teoria geral do processo e a parte geral do novo código de processo civil. In DIDIER, Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buriel. PEIXOTO, Ravi. FREIRE, Alexandre. (Org.). *Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada – Parte Geral*. Salvador: Juspodivm. 2015, p. 106.

¹⁵³ Há, evidentemente, outros artigos que se relacionam – direta ou indiretamente – com o contraditório.

¹⁵⁴ As garantias dinâmicas permitem o efetivo gozo de direitos constitucionalmente previstos. Cf. COMOGLIO, Luigi Paolo. *Op. Cit.*. 1998.

qualquer etapa¹⁵⁵ do desenrolar processual e a qualquer espécie de decisão (arts. 9º e 10º) e que envolve não apenas a atuação das partes, mas também a do julgador (art. 6º).

Da análise do art. 6º, detecta-se o surgimento do princípio da cooperação ou da colaboração processual, como fruto da interação entre o devido processo legal, a boa-fé processual e o contraditório. Embora haja questionamentos acerca da cooperação enquanto princípio¹⁵⁶, parcela considerável da doutrina¹⁵⁷ tem afirmado que ela é, de fato, não apenas mais um princípio, como marca um novo tempo para o Direito Processual Civil. Para estes, a condução do processo deixa de ser determinada pela vontade egoística das partes (marca do processo liberal dispositivo) ou pela mão forte e inquisitorial do órgão jurisdicional (marca da socialização do processo), buscando-se, em tudo quanto for possível, uma condução cooperativa dos trabalhos processuais.

A despeito da polêmica diretamente relacionada à cooperação processual – mormente por ser o ambiental processual um *locus* não-cooperativo – a relação da cooperação com o contraditório se assenta, sobretudo, no resgate a uma ordem processual isonômica e na concretização de alguns deveres, tais como o de esclarecimento, lealdade e consulta¹⁵⁸ que prestigiam a participação na formação do convencimento do julgador – uma das acepções do contraditório efetivo.

Aliás, como já pontuava Humberto Theodoro Junior, a cognição deve ser lógica e exaustiva em torno de todo o debate produzido nos autos, de modo que todos os sujeitos do processo tenham real oportunidade de influir na formação do julgado.¹⁵⁹

¹⁵⁵ PICARDI, Nicola. *Op. Cit.*, 2008, p. 127.

¹⁵⁶ STRECK, Lênio. Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou “colaboração no processo civil” é um princípio? *Revista de Processo*. Vol. 213. São Paulo: Revista dos Tribunais. Conferir ainda MOREIRA, José Carlos Barbosa “O problema da ‘divisão do trabalho’ entre juiz e partes: aspectos terminológicos”. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1989, 4a série, p. 35-44.

¹⁵⁷ DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de Direito Processual: Inquisitivo, Dispositivo e Cooperativo. *Revista de Processo*. Vol. 198. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 215; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “Poderes do juiz e visão cooperativa do processo”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2003, n. 27, p. 25-26 MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: RT, 2009, p. 81. GRASSO, Eduardo. “La collaborazione nel processo civile”. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1966, n. 4, p. 591-592 e 608.

¹⁵⁸ DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de Direito Processual: Inquisitivo, Dispositivo e Cooperativo. *Revista de Processo*. Vol. 198. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 215

¹⁵⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 38.

No que se refere ao art. 7º, há um aperfeiçoamento da ideia de paridade de armas à luz de um contraditório *efetivo*. De uma concepção tradicionalmente ligada ao processo como jogo, à bilateralidade de audiência, o tratamento paritário idealizado pelo novo código passa a ser concebido não somente como igualdade de condições com que as partes devam se posicionar, mas também no nível de reciprocidade com que o atuar de um sujeito reflete no outro, respeitando-se as diferenças funcionais dentro dos papéis que desempenham no processo¹⁶⁰.

Assim, embora esteja intimamente ligada ao princípio da isonomia¹⁶¹ e da igualdade, a paridade de armas, no contexto no novo CPC, deve ser compreendida à luz do contraditório efetivo (substancial, dinâmico, etc.), da comunidade de trabalhos e da visão policêntrica do processo, resultando, portanto, não num simples nivelamento de direitos e deveres, mas sim num equilíbrio entre as funções de cada sujeito processual.

O contraditório efetivo, aliás, deve ser entendido como possibilidade de as partes influírem na decisão através do exercício de adequados instrumentos processuais, em igualdade de

¹⁶⁰ SILVA, Blecaute Oliveira. Roberto, Werton. O contraditório e suas feições no Novo CPC. In. MACÊDO, Lucas Buriel. PEIXOTO, Ravi. FREIRE, Alexandre. *Coleção Novo CPC Doutrinas Seleccionadas*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 356. No mesmo sentido: DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 12ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 59-60.

¹⁶¹ Como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello: “O ponto modular para exame da correção de uma regra em face do princípio isonômico reside na existência ou não de correlação lógica entre o fato erigido em critério de discrimen e a discriminação legal decidida em função dele [...] Tem-se, pois, que o vínculo de conexão lógica entre os elementos diferenciais colecionados e a disparidade das disciplinas estabelecidas em vista deles o *quid* determinante da validade ou invalidade de uma regra perante a isonomia. Segue-se que o problema das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da igualdade não se adscreeve aos elementos escolhidos como fator de desigualação, pois resulta da conjunção deles com a disparidade estabelecida nos tratamentos jurídicos dispensados. Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa racional para, à vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada. Então, no que atina ao ponto central da matéria abordada, procede afirmar: é agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção do arredamento do gravame imposto. Cabe, por isso mesmo, quanto a este aspecto, concluir: o critério especificador escolhido pela lei, a fim de circunscrever os atingidos por uma situação jurídica – a dizer: o fator de discriminação – pode ser qualquer elemento radicado neles; todavia, necessita, inarredavelmente, guardar relação de pertinência lógica com a diferenciação que dele resulta. Em outras palavras, a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo. Segue-se que, se o fato diferencial não guardar conexão lógica com a disparidade de tratamentos jurídicos dispensados, a distinção estabelecida afronta o princípio da isonomia”. In. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. Edição. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 37.

condições¹⁶², ou seja, um verdadeiro direito de ser ouvido (*right to be heard*) e não apenas de *falar*¹⁶³.

Os artigos 9º e 10º demonstram uma importante relação do contraditório com a segurança jurídica: a vedação às decisões surpresa¹⁶⁴. Com efeito, os fundamentos que não tenham sido submetidos à discussão não poderão ser validamente empregados numa decisão judicial, pois esta não refletiria a discussão dos sujeitos em contraditório. Essa nova compreensão implica numa releitura da máxima *iura novit curia*, segundo a qual o juiz conhece o direito, e que conduz a outra máxima, qual seja, *da mihi factum dabo tibi ius* – dá-me os fatos que te dou o direito. Ora, o fato de o juiz conhecer o direito e de estar legitimado a dizer o direito aplicável (*juris dictio*) não significa que ele não possa – ou, não deva – dialogar com as partes.

Com efeito, o fato de o juiz conhecer o direito aplicável não anula o conhecimento das partes sobre os detalhes da causa e também sobre o direito. Os referidos brocardos não devem ser excludentes ou nulificantes¹⁶⁵ da importância da manifestação dos jurisdicionados, nem significar o desprezo pelas conclusões alcançadas pelos jurisdicionados.

E é importante que estas bases sejam assentadas, pois no sistema de casos repetitivos, como se verá com detalhes adiante, serão definidas questões unicamente de direito – como dispõem os artigos 1.036, *caput* e art. 976, inciso I do CPC/15. Assim, é preciso que fique claro que o órgão julgador não é um terceiro com acesso privilegiado à solução da controvérsia, de modo que, para evitar quaisquer arbítrios ou ilegitimidades, deve-se promover um efetivo debate em contraditório, inclusive para questões unicamente de direito.

Aliás, se o CPC/15 ampliou o contraditório no sistema de tutela de casos repetitivos por meio de audiências públicas, consultas públicas e reforço do papel do *amicus curiae* – numa seara

¹⁶² COMOGLIO, Luigi Paolo. *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civil*. Padova: Cedam, 1970, p. 242.

¹⁶³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Dimensão processual do princípio do devido processo constitucional*. In: MACÊDO, Lucas Buriel. PEIXOTO, Ravi. FREIRE, Alexandre. *Coleção Novo CPC Doutrinas Seleccionadas*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 256.

¹⁶⁴ Decisões surpresa ou *terza via* como sustenta a doutrina italiana. GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e le questioni rilevabili d'ufficio. *Revista de Processo*. Vol. 186. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 109.

¹⁶⁵ BAUR, Fritz. Da importância da dicção *iura novit curia*. *Revista de Processo*. Vol. 3. Traduzido por Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 177.

onde se discutem apenas questões de direito – tem-se uma nítida demonstração de que a atuação das partes é indiscutivelmente relevante.

A vedação às decisões surpresa que decorre dos artigos 9º e 10º do CPC/15 reverberam em outras searas do sistema de casos repetitivos. A título exemplificativo, o art. 1.037, inciso I impõe que a temática repetitiva seja identificada “com precisão”, sendo vedado ao órgão julgador lavrar um acórdão paradigma sobre questão que não estava previamente delimitada (como dispunha o §2º do art. 1.037)¹⁶⁶.

Por fim, o art. 11º, também se relaciona com o contraditório, pois na medida em que se concebe um diálogo baseado em ficção jurídica, segundo a qual a parte estaria representada pelo argumento, é preciso haver um elo indissociável entre participação e fundamentação. Logo, considerando que o contraditório havido entre as partes deve estar refletido na sentença¹⁶⁷, há de se amalgamar o direito de participação em contraditório com as substanciais garantias do art. 489 do CPC/15 e da própria Constituição (art. 93, IX).

Não por acaso, em sede de direito probatório, o CPC/15 é enfático:

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e **influir eficazmente na convicção do juiz.**

Entretanto, não bastasse o árduo trabalho de florescimento do contraditório *efetivo* em processos de cunho meramente individual – e exemplo disso é o teor dos enunciados consolidados pelos magistrados reunidos na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, ENFAM¹⁶⁸ – mais árduo será revalorizar o contraditório no sistema de tutela

¹⁶⁶ Outro exemplo seria o art. 933 do CPC/15

¹⁶⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo, Ferres da Silva. MELLO, Rogério Licastro de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 68.

¹⁶⁸ Confira-se, por exemplo, os enunciados que se dedicaram a interpretar os artigos relativos ao contraditório:

- 1) Entende-se por “fundamento” referido no art. 10 do CPC/2015 o substrato fático que orienta o pedido, e não o enquadramento jurídico atribuído pelas partes.
- 2) Não ofende a regra do contraditório do art. 10 do CPC/2015, o pronunciamento jurisdicional que invoca princípio, quando a regra jurídica aplicada já debatida no curso do processo é emanação daquele princípio.
- 3) É desnecessário ouvir as partes quando a manifestação não puder influenciar na solução da causa.
- 4) Na declaração de incompetência absoluta não se aplica o disposto no art. 10, parte final, do CPC/2015.
- 5) Não viola o art. 10 do CPC/2015 a decisão com base em elementos de fato documentados nos autos sob o contraditório.

de casos repetitivos recém-estruturado pelo novo código, visto que neste há uma tendência à preponderância de argumentos pragmáticos, orientados por uma lógica produtivista que pode pôr em risco não apenas a técnica e o processo, como também, garantias constitucionais, a exemplo do contraditório.

Exsurge, portanto, a relevância de se projetar essa nova densidade do contraditório à estruturação do novel sistema de casos repetitivos, eis que, numa sociedade plural inserida no Estado de Direito Democrático, as partes e os grupos afetados por determinada questão poderão contribuir significativamente para a busca da verdade e da justiça do caso concreto e, também, para a construção das “teses jurídicas”.

E essa ideia alinha-se ao que já defendia Fazzalari¹⁶⁹ de que o contraditório precisa ser estruturado segundo as características do processo em que incide. Referido autor já propugnava que o contraditório não se articula, em todos os tipos de processo, mediante normas iguais em conteúdo e número, mas, ao revés, pode ser predisposto pela lei em formas qualitativa e quantitativamente diversas, pelo menos em razão do tipo e da natureza do ato cuja atividade em contraditório põe fim.

Entretanto, ainda que o contraditório possa se adaptar a diversas realidades, mesmo sendo reduzidos os poderes dos “contraditores”, devem tais reduções ser realizadas em posições simetricamente iguais¹⁷⁰ - ideia que deve orientar a estruturação do contraditório no contexto de tutela de casos repetitivos, mormente diante das díspares condições entre litigantes habituais e ocasionais.

Aliás, o modelo constitucional de processo também impõe que sejam desenvolvidas estruturas procedimentais próprias para o novel sistema de tutela de casos repetitivos. Com efeito, as características de expansividade, variabilidade e perfectibilidade destacadas por Andolina e Vignera¹⁷¹ – e bem lembradas por Franco – impõem essa adaptação.

¹⁶⁹ FAZZALARI, Elio. *Op cit.*, 2006, p. 124

¹⁷⁰ FAZZALARI, Elio. *Op cit.*, 2006, p. 124

¹⁷¹ ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale de processo civile italiano*. 2. Ed. Torino: G. Giappichelli Ed. 1997, p. 9. FRANCO, Marcelo Veiga. Dimensão dinâmica do contraditório, fundamentação decisória e conotação ética do processo justo: breve reflexão sobre o art. 489, §1º, inciso IV do novo CPC. *Revista de Processo*. Vol. 247. P.105-136. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Como destaca Franco¹⁷², a *expansividade* consiste na idoneidade do modelo constitucional para condicionar a fisionomia dos procedimentos jurisdicionais do legislador ordinário; a *variabilidade*, por seu turno, indica a possibilidade de o procedimento assumir formas diversas, de modo que a adequação ao modelo constitucional por obra do legislador ordinário possa ocorrer segundo várias modalidades, de acordo com os escopos particularmente perseguidos; e, por fim, a *perfectibilidade* consiste na idoneidade de o modelo constitucional ser aperfeiçoado pela legislação, inclusive mediante novas garantias e institutos.

Logo, partindo-se da premissa de que o CPC/15 previu uma tutela diferenciada de casos repetitivos, mas não regulamentou à exaustão o procedimento e as garantias a ele aplicáveis, é importante avaliar a maneira mais adequada para estruturá-lo a partir do modelo constitucional de processo e do entendimento do contraditório como direito fundamental, de modo a se atingir uma tutela efetiva para os casos repetitivos sem que seja atingido o núcleo duro do referido direito fundamental.

Em função disso, será necessário dedicar um capítulo específico para compreender o fenômeno da litigiosidade repetitiva e suas nuances, que alteram a incidência dos conceitos até aqui discutidos e interferem na análise dogmática do sistema de casos repetitivos do CPC/15.

4. MASSIFICAÇÃO DE RELAÇÕES SOCIAIS E JURÍDICAS. CAUSAS, EFEITOS E DESAFIOS IMPOSTOS À PARTICIPAÇÃO EM CONTRADITÓRIO.

4.1 Causas genéricas da massificação das relações jurídicas.

Ao longo do século XX diversos acontecimentos históricos contribuíram para a formação de uma sociedade de massas^{173 174} e, conseqüentemente, para uma maior complexidade das relações jurídicas. Destacam-se, para os fins deste trabalho, as duas grandes Guerras Mundiais,

¹⁷² FRANCO, Marcelo Veiga. *Op. Cit.*, 2015.

¹⁷³ Para os fins deste estudo, partiu-se do conceito de Sociedade de Massa formulado por Norberto Bobbio: *Sob o ponto de vista descritivo, a Sociedade de massa pode ser definida como uma sociedade em que a grande maioria da população se acha envolvida, seguindo modelos de comportamento generalizados, na produção em larga escala, na distribuição e no consumo dos bens e serviços, tomando igualmente parte na vida política, mediante padrões generalizados de participação, e na vida cultural, através do uso dos meios de comunicação de massa. A Sociedade de massa surge num estágio avançado do processo de modernização: quer quanto ao desenvolvimento econômico, com a concentração da indústria na produção de bens de massa e o emergir de um setor terciário cada vez mais imponente; quer quanto à urbanização, com a concentração da maior parte da população e das instituições e atividades sociais mais importantes nas grandes cidades e nas megalópoles; quer quanto à burocratização, com o predomínio da racionalidade formal sobre a substancial e com a progressiva redução das margens da iniciativa individual.* In Bobbio, *Op. Cit.* P. 1211.

¹⁷⁴ Conferir, ainda, LIMA, Luiz Costa. *Teoria da Cultura de Massa*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

as revoluções operárias na Europa e na Rússia, bem como a bipolarização do mundo em dois blocos político-econômicos – o capitalista e o socialista¹⁷⁵; tais acontecimentos mudaram a feição do Estado e do Mercado e a maneira como ambos interagem com a sociedade.

O Estado passou a envidar esforços para concretizar os direitos de segunda geração/dimensão e, com isso, tornaram-se mais frequentes as interações jurídico-sociais do indivíduo com entes públicos (previdência, saúde, moradia, educação) e privados (relações de trabalho, relações de consumo etc.). Na relação entre Estado e indivíduos, por exemplo, diante da incidência dos princípios da legalidade, isonomia e impessoalidade, tornou-se natural detectar *pontos comuns* a centenas ou milhares de relações jurídicas – com potencial para resultarem em múltiplos processos judiciais, como sói ocorrer nas relações tributárias, previdenciárias e com servidores públicos.¹⁷⁶ No âmbito privado, por outro lado, após o desenvolvimento da produção, comunicação e interação em massa – formalizadas, sobretudo, mediante contratos de adesão – houve também, uma homogeneização e massificação de relações jurídicas, sobretudo as de consumo.¹⁷⁷

No contexto brasileiro, em particular, além dos fatores apontados acima, pode-se atribuir especial responsabilidade à Constituição de 1988, que consolidou direitos e garantias sociais, constitucionalizou questões tributárias, previdenciárias e administrativas e alargou o acesso à justiça¹⁷⁸. Além disso, ao longo da década de 1990, a universalização de serviços básicos como telefonia, energia elétrica, planos de saúde e crédito bancário colocaram em litígio, de um lado, inúmeros cidadãos e, de outro, instituições financeiras, empresas em geral e o próprio Estado.

Somem-se, ainda, outros fatores como as insuficiências do processo coletivo brasileiro (v.g. limitações temáticas e territoriais impostas pelo art. 1º e 16º, respectivamente, da Lei 7.347/1985; a baixa maturidade associativa da sociedade civil brasileira; o regime da coisa julgada *secundum eventum litis*¹⁷⁹; as fragilidades da legitimação extraordinária sem controle de representatividade adequada, até concausas de índole extraprocessual como o aumento da consciência jurídica, da ingerência judicial em políticas públicas¹⁸⁰, a cultura demandista da sociedade, a pouca divulgação e incentivo de meios alternativos de resolução de

¹⁷⁵ BASTOS, Antônio Adonias Aguiar Bastos. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. *Revista de Processo*. vol. 186. p. 87, 2010.

¹⁷⁶ BASTOS, Antônio Adonias Aguiar Bastos. *Op. Cit.* p. 87.

¹⁷⁷ BASTOS, Antônio Adonias Aguiar Bastos. *Op. Cit.* p. 87.

¹⁷⁸ CAPELLETTI, Mauro. *Op cit.*

¹⁷⁹ Que possibilita o ajuizamento de ações individuais em caso de improcedência da ação coletiva

¹⁸⁰ CAVALCANTI, Marco de Araújo. *O incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015., p. 385-387.

controvérsias¹⁸¹, o excesso de regulamentação legal e infralegal, as fiscalizações deficientes por parte de agências e órgãos reguladores e o uso da máquina judiciária como instrumento de gestão financeira pelos grandes litigantes¹⁸².

Como antevisto por Barbosa Moreira, as características da vida contemporânea produzem uma série de situações em que não estão em jogo apenas o direito ou interesse de uma única pessoa, mas, ao revés, envolvem conflitos entre grandes massas¹⁸³.

Vê-se, portanto, que a crise quantitativa de processos judiciais é um fenômeno multifacetado, não isolado¹⁸⁴, e que não pode ser solucionado apenas *processualmente*.¹⁸⁵ Até porque, como assevera Leonardo Greco¹⁸⁶, a atual crise da justiça se insere num contexto mais amplo de crise do próprio Estado e de perda de credibilidade das instituições políticas: não é somente a justiça que não atende mais aos anseios dos cidadãos, mas o próprio Estado que não se desincumbe da missão de velar pelo bem-estar da população e pelo fornecimento de serviços públicos essenciais, nas suas diversas áreas de atuação.

Também para Calmon de Passos, inexistente uma crise *específica* do Poder Judiciário, mas sim da própria sociedade massificada e da excessiva atividade legislativa¹⁸⁷.

Logo, a solução do problema da litigância repetitiva não depende exclusivamente da mera previsão *legislativa* de novos institutos jurídicos, sendo necessário entender a natureza jurídica desses novos direitos e suas repercussões sobre a estrutura processual, sem perder de vista – obviamente – o adequado enfrentamento das *causas* do problema. Como ressalta Barbosa Moreira¹⁸⁸, o processo não pode chamar a si a responsabilidade primária pela consecução de

¹⁸¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: RT, 2011.

¹⁸² GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel. BARBOSA DUTRA, Victor. *Ensaio sobre a teoria dos jogos e a litigância repetitiva: reflexões, à luz do contraditório, para uma política judiciária adequada*. In. XXIV Congresso do CONPEDI, Belo Horizonte/MG, novembro, 2015.

¹⁸³ É um dos aspectos pelos quais o processo recebe o impacto desta propensão do mundo contemporâneo para os fenômenos de massa: produção de massa, distribuição de massa, cultura de massa, comunicação de massa, e porque não, processo de massa? BARBOSA MOREIRA. *Ações coletivas na Constituição Federal de 1988*. Revista de Processo, v. 61. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

¹⁸⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op. Cit.*, 2011

¹⁸⁵ MACEDO, Elaine Harzheim; MACEDO, Fernando dos Santos. O direito processual civil e a pós-modernidade. *Revista de Processo* n. 204. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

¹⁸⁶ GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In. *O novo código de processo civil: o projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais*. SOUZA, Márcia Cristina Xavier de. RODRIGUES, Walter dos Santos (cords.) Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 11.

¹⁸⁷ PASSOS, J.J Calmon de. *Revisitando o Direito, o Poder, a Justiça e o Processo*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 204

¹⁸⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. *Revista de Processo*, v. 37. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 140, 1985.

objetivos sociais, eis que nenhuma revolução puramente processual possui o condão de, *per si*, produzir modificações definitivas.

Contudo, de modo a preservar o foco e a sistematicidade do presente estudo, convém advertir que a análise aprofundada das causas estruturais e a busca por eventuais soluções não judiciais – embora de extremo relevo para a solução *integral* do problema – não se inserem no escopo deste trabalho. Será enfatizada a relação entre a natureza jurídica peculiar dos direitos massificados e a dificuldade de desenvolvimento de uma tutela *processual* diferenciada que não comprometa as garantias processuais constitucionais, mormente a participação em contraditório.

4.2 Direitos massificados, situações jurídicas homogêneas e direitos individuais homogêneos.

Nesse contexto cunhado ao longo do século XX, os aspectos homogeneizantes da vida em sociedade se assentaram sobre as relações individuais sem, contudo, anular completamente as peculiaridades destas¹⁸⁹. Em outras palavras, nas questões massificadas¹⁹⁰, as nuances fático-jurídicas – a despeito de existirem – não impõem uma solução completamente autônoma para o desfecho do caso, mormente em função da semelhança radical¹⁹¹ das causas de pedir e pedidos e da possibilidade de replicação em larga escala¹⁹².

Assim, ambas as dimensões – homogeneizada e individualizada – mantêm uma relação de coexistência, ocupando espaços que ora se confundem, ora se distinguem¹⁹³.

No que tange à tutela jurisdicional, em decorrência da necessidade de tratamento conjunto, essas situações homogêneas passaram a reivindicar a incidência de complexos valorativos de cunho *metaindividual*¹⁹⁴ (v.g. segurança jurídica, isonomia, celeridade e adequada administração judiciária), motivo pelo qual surgiu a necessidade de – procedendo-se a uma

¹⁸⁹ BASTOS, Antônio Adonias Aguiar Bastos. *Op. Cit.*

¹⁹⁰ Também denominadas como “seriadas, massificadas, isomórficas, coletivizadas, pseudo-individuais, macrolides” por Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues *In: RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Ações Repetitivas: o novo perfil da tutela dos direitos individuais homogêneos*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 22

¹⁹¹ Radical no sentido de raiz, no que toca à origem da relação-modelo.

¹⁹² BASTOS, Antônio Adonias Aguiar Bastos. *Op. Cit.*

¹⁹³ BASTOS, Antônio Adonias Aguiar Bastos. *Op. Cit.*

¹⁹⁴ AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um ‘incidente de resolução de demandas repetitivas’. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 196, 2011.

ponderação de interesses e normas – mitigar os aspectos individuais herdados do processo liberal-clássico para tutelar adequadamente as novas situações.¹⁹⁵

Cabe destacar que essa homogeneidade não é encontrada apenas nos direitos *materiais* deduzidos em juízo, mas, ao revés, *pode emergir de questões jurídicas comuns a demandas materialmente distintas* – como ocorre em questões processuais surgidas no bojo de processos sobre temas materialmente díspares.¹⁹⁶ Nesses casos sequer há uma relação de direito material padrão e tampouco uniformidade em relação às causas de pedir e pedidos¹⁹⁷.

Assim, o processo civil clássico – programado para enxergar e tratar cada causa como singular – mostrou-se incapaz de proporcionar uma prestação jurisdicional adequada para esse novo perfil de situações jurídicas. Não havia uma estrutura processual madura para depurar a homogeneidade comum a centenas ou milhares de casos, nem se concebia, com naturalidade, a cisão entre o julgamento da demanda e da questão homogênea previamente necessária à solução daquela demanda. Ademais, a solução conjunta de questões jurídicas homogêneas ampliaria o grau de alcance da decisão prolatada, em nítida ruptura com conceitos processuais clássicos (como o da coisa julgada) e, no que toca ao tema em estudo, dificultaria a participação em contraditório em processos de tamanha amplitude.

Se no processo clássico a representação processual era resolvida pela convergência entre o titular do direito material e o titular do direito processual, na seara da tutela dos direitos massificados não havia uma satisfatória convergência daqueles elementos e os meios jurídicos disponíveis não supriam as deficiências detectadas¹⁹⁸; em paralelo, crescia o anseio por participação (sobretudo das massas de consumidores, contribuintes, aposentados, etc.) e da busca por legitimação ativa para grupos de litigância.¹⁹⁹

Desse modo, o fenômeno dos processos repetitivos emerge como significativa etapa na evolução do Direito Processual e o desafia a encontrar estruturas teóricas (contraditório, participação, representação, coisa julgada e vinculatividade etc.) e práticas (administração da

¹⁹⁵ Cumpre ressaltar que, em havendo traços distintivos que imponham uma solução completamente diversa e específica, não se estará de diante de situações homogêneas, a reivindicar um tratamento comum, mas sim de questão heterogênea solucionável pela via do processo clássico.

¹⁹⁶ CAVALCANTI, Marco de Araújo. *Op. Cit.*, p. 529

¹⁹⁷ TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Salvador: Juspodivm. 2016, p. 63.

¹⁹⁸ Isso acabou sendo solucionado (ainda que não definitivamente) por meio da atribuição da defesa de tais direitos em juízo a legitimados extraordinários (órgãos públicos ou entidades organizadas da sociedade civil). Em alguns ordenamentos essa legitimidade era *ope legis* (como no Brasil) e em outros locais essa legitimidade era verificada à luz do caso concreto, *ope judicis*, como nos EUA (em que há todo um trâmite para *certification*).

¹⁹⁹ BASTOS, Antonio Adonias Aguiar Bastos. *Op. Cit.*, 2010, p. 87.

justiça, gerenciamento de casos judiciais etc.) adequadas à prestação jurisdicional deste novo cenário.

4.3 – Enfrentamento das situações massificadas antes do CPC/15.

4.3.1 – O uso da tutela coletiva

Dada a insuficiência do processo civil clássico para tutelar os casos repetitivos, o legislador brasileiro optou por implantar uma ficção legislativa consistente no enquadramento de tais direitos como “individuais homogêneos”, no intuito de viabilizar a tutela *coletiva* de direitos individuais com dimensão massificada²⁰⁰. Conforme leciona Antônio Gidi, as ações coletivas garantiriam três objetivos primordiais, quais sejam, proporcionar economia processual, acesso à justiça e a aplicação autoritativa do direito material.²⁰¹

Os direitos individuais homogêneos (DIH), também denominados “acidentalmente coletivos” por Barbosa Moreira²⁰², decorrem de uma origem comum e possuem transindividualidade instrumental ou artificial, de modo que os seus titulares são pessoas *determinadas*, o seu objeto é *divisível* e admite-se reparabilidade direta, ou seja, fruição e *recomposição individual*.²⁰³ Zaneti e Didier²⁰⁴ discordam desse enquadramento, por entendê-lo excessivamente restritivo – o que afastaria os direitos individuais homogêneos dos princípios gerais da tutela coletiva e os tornaria em um inadequado *capitis deminutio*.

De todo modo, embora a homogeneidade dessas situações requeira uma tutela *coletiva*, esses direitos em sua essência, segundo doutrina majoritária, não deixam de ser genuínos direitos subjetivos *individuais*²⁰⁵. A despeito de suas potenciais peculiaridades, a capacidade de replicação de tais situações (e, conseqüentemente, de interferência na atividade judiciária) interfere nos interesses da comunidade²⁰⁶, motivo pelo qual sua tutela reclama a incidência de

²⁰⁰ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Op. Cit.* 514.

²⁰¹ GIDI, Antônio. Las acciones colectivas em Estados Unidos. In: GIDI, Antonio. MAC-GREGOR, Eduardo F (Coord.). *Procesos colectivos – la tutela de los derechos colectivos e individuales en una perspectiva comparada*. México: Editorial Porrúa, 2003.

²⁰² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. Cit.*, 1984, p. 195/196.

²⁰³ BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Édís (coord.). *Ação civil pública – Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 96/97.

²⁰⁴ ZANETI JR., Hermes. DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. Vol. 4. 7a. Edição. Salvador: Juspodivum, 2012, p. 83.

²⁰⁵ ZAVASCKY, Teori Albino. *Processo Coletivo – tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4a. ed. Rev. e atualizada. São Paulo: RT, 2009, p. 47.

²⁰⁶ ZAVASCKY, *Op. Cit.*, p. 61

normatizações que fogem ao mero enquadramento individual-clássico (seja por questões de segurança jurídica e isonomia, seja de administração judiciária e eficiência).

Considerando-se, portanto, a complexidade do tema e de seu tratamento prático, não é de se surpreender que a tutela processual houvesse de ser estabelecida por meio de *ficção jurídica* introduzida pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), que em seu artigo 81, parágrafo único, inciso III conceituou os direitos individuais homogêneos como aqueles *decorrentes de origem comum*. Além disso, o CDC previu capítulo próprio sobre o tema²⁰⁷ e alterou a lei da Ação Civil Pública (art. 21, Lei 7.347/85) para viabilizar a aplicação das inovações do CDC às questões que transcendem as relações consumeristas.

A doutrina, por seu turno, se dedicou a lapidar o critério legal de identificação dos direitos individuais homogêneos, esclarecendo o sentido da expressão *decorrentes de origem comum*.

Kazuo Watanabe²⁰⁸, por exemplo, afirma que “a origem comum pode ser de fato ou de direito, e a expressão não significa necessariamente uma unidade factual e temporal”²⁰⁹. Já Ada Pellegrini Grinover²¹⁰, noutro giro, importando alguns conceitos da *Rule (b) (3)* das *Federal Rules* do direito norte-americano, assevera que, para fins de caracterização dos direitos individuais homogêneos, nem sempre o critério legal do art. 81 do CDC será suficiente, de modo que se faz necessária a averiguação de dois outros requisitos, a saber: a prevalência das questões comuns sobre as questões individuais (*prevalência*) e a superioridade da tutela coletiva sobre a individual em termos de justiça e eficácia da decisão (*superioridade*).

Nesse ponto, aliás, Zaneti e Didier²¹¹ entendem como salutares as proposições inovadoras constantes do Código Modelo Ibero-americano (CM-IIDP) no qual, para tutela dos direitos individuais homogêneos, há de se constatar a *predominância das questões comuns* sobre as individuais e a *utilidade da tutela coletiva no caso concreto* (art. 2º, §1º, do CM-IIDP).

²⁰⁷ CAPÍTULO II. Das Ações Coletivas Para a Defesa de Interesses Individuais Homogêneos. Art. 91. Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes.

²⁰⁸ WATANABE, Kazuo [et. al] *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. Ed. Rev. Atual. e Reformada. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 2, p. 76.

²⁰⁹ Exemplifica o autor que as vítimas de uma publicidade enganosa veiculada por vários órgãos de imprensa e em repetidos dias e um produto nocivo à saúde adquirido por vários consumidores num largo espaço de tempo e em várias regiões têm, como causa de seus danos, fatos de uma homogeneidade tal que os tornam a “origem comum” de todos eles”

²¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. In: *Revista de Processo*. São Paulo, RT, n. 101, 2001, p. 21.

²¹¹ ZANETI JR., Hermes. DIDIER Jr., Fredie. *Op. Cit.*, 81.

Sucedem que a identificação da prevalência e da superioridade, no âmbito prático, revela-se tarefa de árdua consecução. A uma porque a homogeneidade não anularia o caráter individual daqueles direitos nem os transformaria em essencialmente coletivos, razão pela qual se apresenta como uma zona cinzenta, pouco explorada e estudada e cuja tutela processual ainda é incipiente. E, curiosamente, essa zona cinzenta reproduz a tensão das dualidades da vida nas sociedades contemporâneas: ser indivíduo (com todas as peculiaridades inerentes a essa condição) e ser integrante de uma coletividade/massa (com as características que assemelham e nivelam esse indivíduo a uma série de outros sujeitos). As condições “indivíduo” e “massa” não se excluem, ao revés, reclamam um equilíbrio dinâmico em termos de tutela processual²¹².

A duas porque, em sendo preenchidos os referidos pressupostos da prevalência e da superioridade do tratamento coletivo, atrai-se a incidência de *toda* a tutela coletiva com as suas dificuldades teóricas e obstáculos práticos sobre várias questões que, para os fins deste estudo, cingem-se à fragilização da participação em contraditório em decorrência de uma legitimidade extraordinária com frágil representatividade e da vinculação de sujeitos ao resultado da demanda em que não tiveram a oportunidade de participar²¹³.

A título exemplificativo, como pontua Cabral²¹⁴, a substituição processual da tutela coletiva, tal como estruturada, permite que órgãos do Estado – os quais, muitas vezes, não estão muito próximos dos fatos tal como as associações, sindicatos e outros entes da sociedade civil – postulem em nome de milhares de indivíduos dispersos geograficamente, sem se atentar para a eventual existência de conflitos internos à classe, para o comprometimento e proximidade entre substituído e a classe. Em outros termos, ainda não existe, no processo coletivo brasileiro, um controle de representatividade adequada, mas tão somente uma legitimidade extraordinária prevista *ope legis*. Além disso, na tentativa de conferir maior eficácia à tutela coletiva e dada a impossibilidade de se consultar cada indivíduo sobre a vontade de submeter-se ao resultado da ação coletiva, são previstos mecanismos de inclusão automática dos ausentes (*absent class members*) que, em suma, impõem a vinculatividade do julgado a sujeitos que jamais participaram efetivamente do contraditório processual.²¹⁵

²¹² BASTOS, Antônio Adonias Aguiar Bastos. *Op. Cit.*

²¹³ Cabral, *Op. Cit.*, 2005, p. 125

²¹⁴ Cabral. *Op. Cit.* 2005, p. 126

²¹⁵ Cabral, *Op. Cit.*, 2005, p. 126.

A três, porque, como visto, as *questões* repetitivas ostentam conceito mais amplo que o de direitos individuais homogêneos²¹⁶. Com efeito, diversas questões (sobretudo divergências processuais) podem ser solucionáveis por meio de institutos processuais destinados à tutela das situações homogêneas (como se verá: o IRDR ou os recursos repetitivos) sem que haja uma necessária exigência de uma relação substancial padrão e tampouco uniformidade em relação às causas de pedir e pedidos²¹⁷.

Vê-se, portanto, o imenso desafio de viabilizar, no referido contexto, um contraditório efetivo – à luz do Estado de Direito Democrático e do modelo de processo constitucional: manter, na tutela processual, um equilíbrio dinâmico entre o complexo valorativo Liberal (que enfatiza o indivíduo) e o complexo valorativo Social (que enfatiza o coletivo) sem que um sistema de tutela não acabe com a identidade e a significação do outro.²¹⁸

Ora, se essas questões massificadas não são puros “direitos coletivos”, não é recomendável que se estruturem soluções de viés unicamente coletivo – anulando-se as indesviáveis nuances de natureza individual. Por outro lado, também não seria adequado retornar ao paradigma individualista que deixara de oferecer soluções satisfatórias, sobretudo em decorrência da dinâmica da inserção social em grupos, classes ou categorias, com vantagens para todos os que os integram e problemas que afligem à coletividade.²¹⁹

E, em que pese o esforço legislativo e doutrinário para o aperfeiçoamento e uso ostensivo da tutela coletiva para os direitos *individuais* homogêneos, as ações coletivas também demonstraram sua insuficiência para lidar com os litígios massificados – fenômeno também detectado em outros países como Inglaterra e Alemanha, como pontuado por Marcos de Araújo Cavalcanti²²⁰.

Na Inglaterra, por exemplo, as *representative actions* vinham sendo pouco utilizadas em decorrência da interpretação restritiva conferida ao termo “interesses comuns” – que frustrou a utilização do procedimento para resolução de litígios coletivos – bem como do custo pessoal ao qual o autor da demanda estava sujeito, tanto no caso de procedência da ação para recuperar as despesas, como na improcedência em razão dos riscos sucumbenciais²²¹. Na Alemanha, por

²¹⁶ BASTOS, Antônio Adonias Aguiar Bastos. *Op. Cit.* 2010.

²¹⁷ TEMER, Sofia. *Op. Cit.*, p. 63.

²¹⁸ BASTOS, Antônio Adonias Aguiar Bastos. *Op. Cit.* 2010.

²¹⁹ BASTOS, Antônio Adonias Aguiar Bastos. *Op. Cit.*

²²⁰ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Op. Cit.*, p. 318.

²²¹ MULLENIX, Linda [et. al] *Os processos coletivos nos países de civil e common law: uma análise de direito comparado*. 2ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2001, p. 259.

outro lado, a tutela coletiva já era vista, de certa forma, com desconfiança²²², seja pela preferência ao modelo bilateral de processo, ou pela percepção de que seria melhor haver “muitos processos bem curtos do que um único processo ‘monstro’ bem longo e com muitos envolvidos”, como pontua Stürner²²³.

Logo, a insuficiência da tutela coletiva para lidar com as situações massificadas não se restringiu ao ordenamento brasileiro e, conquanto possa variar segundo alguma peculiaridade nacional, perpassa dogmas comuns do direito processual coletivo, com destaque para as dificuldades de estruturar uma legitimação extraordinária adequada *ou* viabilizar uma participação satisfatória dos potencialmente atingidos, que são essenciais a um contraditório efetivo.

Como reconhece Rodrigo Mendes de Araújo²²⁴, determinadas práticas do processo coletivo representam uma *deliberada ruptura* com o modelo liberal pré-existente e, por isso, encontram barreiras de cunho ideológico e procedimental para a sua aplicação. Como o processo civil moderno está assentado sobre bases individualistas – oriundas de ideais como a defesa da propriedade privada e a proteção da autonomia individual frente ao exercício do poder estatal²²⁵ – alguns conceitos do processo civil clássico tais como “partes”, “autor”, “réu”, “interesse” e “legitimidade” inviabilizariam a solução adequada de litígios coletivos.

Nessa perspectiva, algumas das principais exteriorizações do *procedural due process*²²⁶ estariam sobremodo alinhadas a um esquema de processo judicial bastante centrado na figura do indivíduo, que exige, ou ao menos procura garantir a sua *presença* e a sua *participação* no

²²² WALTER, Gerhard. Mass tort litigation in Germany and Switzerland. *Duke Journal of Comparative and International Law* 11/372- 373, 2001.

²²³ STÜRNER, Rolf. Sobre as reformas recentes no direito alemão e alguns pontos em comum com o projeto brasileiro para um novo Código de Processo Civil. Trad. Márcio Flávio Mafra Leal. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 193, 2011, p. 358.

²²⁴ ARAÚJO, Rodrigo Mendes de. *A representação adequada nas ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 110.

²²⁵ Segundo Stephen C. Yeazell (em sua obra *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action*) o direito natural, enquanto uma ordem capturada de forma divina e intuitiva, pode ser apontado como uma justificativa. Referido direito também é apontado como resultante de um real ou imaginário “contrato social”. Os economistas defendem o mencionado direito sob o fundamento de que, apesar de não existir uma razão inerente ao seu reconhecimento, a considerável experiência relativa ao comportamento humano sugeriria que a propriedade individual teria sido sempre a forma mais eficiente de dispor de recursos sociais”, como relata ARAÚJO, Rodrigo Mendes de. *A representação adequada nas ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2013.

²²⁶ Em síntese, (i) comunicação adequada sobre a recomendação ou base da ação governamental (*fair notice*); (ii) juiz imparcial; (iii) oportunidade de deduzir defesa oral perante o juiz (*right to be heard ou day in court*); (iv) oportunidade de apresentar provas ao juiz; (v) a chance de reperguntar às testemunhas e de contrariar provas que forem utilizadas contra o litigante; (vi) o direito de ter um defensor no processo perante o juiz ou tribunal e (vii) uma decisão fundamentada com base no que consta dos autos, como apontado por Nelson Nery Jr em NERY JR., Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 68-69.

processo²²⁷. O grande problema estaria, portanto, na necessidade de garantir a presença e a participação dos indivíduos em processos que envolvem centenas, milhares ou milhões de pessoas, pois essa comunicação adequada²²⁸ (*fair notice*) e a participação em juízo (*right to be heard* ou *day in court*) inviabilizariam a tutela coletiva. Em decorrência disso, Araújo sugere a compatibilização do *due process of law* com o processo coletivo, de modo a substituir a presença e a participação do indivíduo em juízo pela representação de um terceiro, controlando-se a representatividade adequada, eis que sem a distinção entre os conceitos de participação e representação o processo coletivo estaria fadado à ineficiência e ao fracasso.²²⁹

Convém destacar que o dilema acerca da adequada representação e participação em contraditório – não solucionado até hoje no seio do processo coletivo – viria a se repetir no novel sistema de casos repetitivos, ou seja, como garantir um contraditório efetivo em processos que envolvem centenas ou milhares de pessoas?

4.3.2 Técnicas processuais alternativas às ações coletivas

Diante das dificuldades teóricas e práticas ao uso do processo coletivo no tratamento das situações homogêneas, foram desenvolvidas – em paralelo às ações coletivas – alternativas no bojo do processo civil *clássico*. Tentava-se engendrar um *tertium genus*, visto que o processamento e julgamento das demandas em massa não deveriam ser realizados sob o modelo de tutela puramente individual, nem da coletiva, exigindo uma matriz cultural e dogmática particularizada.²³⁰

Após a primeira²³¹ e a segunda²³² ondas de reformas no texto do CPC/73, foi aprovada a Emenda Constitucional 45/2004 que introduziu a repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, possibilitou a edição de Súmulas Vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal e deu início à objetivação dos recursos extraordinários *lato sensu*²³³.

²²⁷ ARAÚJO, Rodrigo Mendes de. *Op. Cit.*, p. 110.

²²⁸ O referido autor cita o caso *Eisen v. Carlisle & Jacqueline* que se tratava de uma *class action* em que o juiz de primeiro grau estruturou uma forma de comunicação com os 2.250.000 indivíduos, mas esta forma criada pelo magistrado de primeiro grau foi anulada pela Suprema Corte, sendo imposta a comunicação individual a cada investidor envolvido, o que inviabilizou a *class action* pelo custo que isso importaria.

²²⁹ ARAÚJO, Rodrigo Mendes de. *Op. Cit.*, p. 113.

²³⁰ BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. *O devido processo legal nas demandas repetitivas*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2012, p. 29.

²³¹ Cujos resultados foram as alterações previstas nas leis 8.455/92, 8.710/93, 8.898/94, 8.951/94, 8.952/94, 8.953/94, 9.079/95, 9.139/95 e 9.245/95.

²³² Cujos resultados foram as alterações previstas nas leis 10.352/01, 10.358/01, 10.444/02 e as inovações das leis 10.259/01 (Juizados Especiais Federais) e 10.173/01 (Estatuto do Idoso).

²³³ BARBOSA DUTRA, Victor. Repercussão Geral no contexto de objetivação do recurso extraordinário: análise da contribuição do instituto para o aperfeiçoamento do controle incidental realizado pelo Supremo Tribunal

Deflagrou-se, com isso, uma terceira onda reformista²³⁴, em que se destacam – para os fins deste estudo – a súmula impeditiva de recursos (Lei 11.276/06), a introdução do art. 285-A, que permitiu o julgamento *prima facie* de casos repetitivos (Lei 11.277/06), e a introdução dos artigos 543-B (pela Lei 11.418/06) e 543-C (pela Lei 11.672/08) que deram início à possibilidade de julgamento por amostragem nos recursos repetitivos no STF e STJ.²³⁵

Em síntese, os artigos 543-B e 543-C buscavam solucionar o problema das situações homogêneas por meio de causas-piloto²³⁶, em que são selecionados um ou mais processos representativos da controvérsia e, neles, ao se decidir o caso concreto, proferem-se decisões que servem de referência para a resolução conjunta de uma quantidade significativa de demandas assemelhadas²³⁷. Em complemento, a súmula impeditiva de recursos (Lei 11.276/06) e o art. 285-A²³⁸ do CPC/73 eram alguns dos institutos que davam vazão aos entendimentos fixados pelos tribunais de cúpula – ao lado de outras técnicas igualmente relevantes, como o reforço às decisões monocráticas.

Como já visto, em face da homogeneidade *in abstracto* das questões repetitivas, seria possível identificar pontos comuns entre os milhares de casos, delimitar a questão de direito essencial à solução da controvérsia e afetá-la aos tribunais responsáveis pela uniformização do direito nacional (constitucional e federal).

Neste ponto, há de se fazer menção à possibilidade de diferenças funcionais no papel do Tribunal nessas técnicas representativas de controvérsia: é que o ordenamento pode prever uma **cisão cognitiva** (ou seja, o Tribunal encarrega-se de apenas fixar a tese sobre os pontos comuns, deixando para os juízos *a quo*, ao *judgarem* efetivamente o caso, aplicarem-na, observando as peculiaridades deste) ou **não prever uma cisão cognitiva** (isto é, o Tribunal fixa a tese no exato

Federal. In *Tutelas Diferenciadas como meio de incrementar a efetividade da prestação jurisdicional*. Coord. Humberto Theodoro Junior: GZ Editora. 2010.

²³⁴ Cujos resultados foram as alterações previstas nas leis 11.187/05, 11.232/05, 11.276/06 (súmula impeditiva de recursos para a apelação), 11.277/06 (que introduziu o art. 285-A no CPC/73), 11.280/06, 11.382/06, 11.417/06, 11.418 (regulamentou a repercussão geral), 11.419, 11.441/07, 11.448/07 e 11.672/08 (que introduziu o art. 543-C no CPC/73).

²³⁵ Técnica semelhante também respaldava (i) o pedido de uniformização da interpretação da lei federal no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis Federais; (ii) a suspensão de liminares para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública; e (iii) o pedido de uniformização da interpretação de lei nos Juizados Especiais da Fazenda Pública.

²³⁶ CABRAL, Antônio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*. Vol. 147. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 129.

²³⁷ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Op. Cit.*, p. 325.

²³⁸ Cumpre destacar também que o art. 285-A permitia a aplicação de entendimentos fixados na própria vara, o que foi bastante criticado à época.

momento em que julga o caso representativo que lhe foi submetido – como ocorria no sistema de recursos repetitivos na vigência do CPC/73).

Esclarecedores são os comentários de Antônio do Passo Cabral ao explicar que o primeiro formato costuma ser denominado de procedimento-modelo (e teria como exemplo o *Musterverfahren* alemão, que se caracteriza pela cisão cognitiva e decisória, isto é, o órgão julgador aprecia somente as questões comuns, seguido de incorporação das decisões aos processos em que se discuta a mesma controvérsia, devolvendo-se aos demais órgãos jurisdicionais a solução de todas as questões específicas de cada caso) ao passo que segundo formato caracteriza-se pela unidade de processo e julgamento (pelo qual o órgão decisório conhece e julga não apenas a questão comum, mas também todas as demais questões, resolvendo o caso por completo, e replicando a *ratio decidendi* a casos similares).²³⁹

Tal alerta é importante, pois já se abriram divergências doutrinárias acerca da natureza jurídica dos novos institutos representativos de controvérsias previstos pelo CPC/15 – como o IRDR – como se verá mais à frente.²⁴⁰

Nos dizeres de Mizabel Derzi²⁴¹, essa tendência de padronização decisória revela uma execução simplificadora da lei, ou seja, uma abstração das particularidades individuais no intuito de colher o que é comum ou repetitivo. Diante de uma multiplicidade de questões semelhantes – e dadas as limitações físicas do Poder Judiciário – pinçam-se os elementos comuns ou repetitivos, procedendo-se a uma padronização simplificadora que, ao final, evita a aplicação individualizada do direito a milhares de casos. Ao resultado desse processo de abstração generalizante dá-se o nome de tipo²⁴² que pode ser nomeado de súmula, enunciado, orientação jurisprudencial ou precedente²⁴³.

²³⁹ CABRAL, Antonio do Passo. Comentários ao novo aos artigos 976-987. In: CABRAL, Antonio do Passo. CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pag. 1.417.

²⁴⁰ Sofia Temer (TEMER, Sofia. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Salvador: Juspodivm. 2016, p. 65 e ss.), Aluísio Mendes (MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto

²⁴¹ DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito Tributário, direito penal e tipo*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 69

²⁴² Misabel Derzi esclarece que as noções de tipo e de conceito foram equivocadamente tratadas no Brasil. Enquanto porque aqui o tipo é encarado como algo fechado, na Alemanha – de onde a ideia foi importada – o tipo ostenta caráter aberto ao passo que o conceito denota a ideia de uma ideia rígida e inflexível. DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Op. Cit.*, 2007.

²⁴³ No Brasil também é feita confusão acerca do conceito de precedente. Enquanto nos países de *common law* o precedente é visto como uma única decisão necessariamente ligada às peculiaridades do caso concreto, entre nós o termo “precedente” é tratado indistintamente para quaisquer julgados anteriores, geralmente donde foram extraídas ideias gerais a fim de se aplicar em outras centenas ou milhares de casos. Para uma melhor compreensão

No mesmo sentido, leciona Cabral que o tipo seria um modelo resultante da ordenação de dados da realidade concreta segundo padrões de semelhança, que ora reflete a média ou normalidade de situações concretas, ora representa os traços característicos homogêneos e, pois, equilibra abstração e concretude²⁴⁴:

O raciocínio tipológico, portanto, admite ao mesmo tempo abstração e concretude: o tipo contém algo de geral que há em toda situação singularizada, até porque a ordenação dos dados similares forma o quadro-padrão, e toda concreção se recompõe a partir da imagem global do conjunto.

Como bem transposto por Sofia Temer do *estudo do tipo* para a aplicação na *tutela de questões repetitivas*, os fatos, porque essenciais para a análise da questão de direito estarão presentes na resolução da controvérsia, mas não como fatos efetivamente ocorridos em uma situação concreta, mas sim pressupostos, projetados, generalizados.²⁴⁵

A identidade entre os casos estaria radicada ora na relação jurídica material que lhes serve de modelo (pois, do prisma de cada relação concreta, comparando-a com as outras do mesmo tipo, não há mais do que mera afinidade, pois a causa de pedir e o pedido são distintos²⁴⁶) ora, como visto, entre questões jurídicas comuns que podem não depender da relação material originária. Desse modo, seria possível eleger uma – ou algumas – causa (s) representativa (s) das questões comuns que viabilizaria, no tocante apenas àquelas questões comuns, uma solução-padrão para casos semelhantes.

E a técnica foi largamente utilizada pelos tribunais superiores, pois os ganhos em termos pragmáticos são expressivos: diminui-se o tempo processual, facilita-se a aplicação a milhares de casos, melhora-se a imagem do Poder Judiciário perante a sociedade em geral. Mas indaga-se: até onde esses argumentos de praticidade²⁴⁷ podem avançar sem comprometer outros valores igualmente importantes, historicamente conquistados e plasmados na Constituição, como o contraditório?

acerca do tema, conferir TARUFFO, Michelle. Precedente e Jurisprudência. *Revista de Processo* n. 199. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

²⁴⁴ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais – entre publicismo e privatismo*. Tese de Livre Docência. Faculdade de Direito do Largo do São Francisco, Universidade de São Paulo, 2015, p. 78.

²⁴⁵ TEMER, Sofia. *Op.Cit.*, p. 73.

²⁴⁶ BASTOS, Antônio Adonias Aguiar Bastos. *Op. Cit.*

²⁴⁷ Por argumentos de praticidade entende-se aqueles não necessariamente jurídicos, muitas vezes de ordem econômica (ex. determinada medida reduzirá em tantos milhões os gastos do Poder Judiciário), gerencial ou administrativa (ex. determinada medida diminuirá o tempo do processo significativamente), política, etc. Outros termos para o fenômeno seria argumentos consequencialistas.

Conquanto a necessidade de se abreviar o tempo processual imponha a conformação de procedimentos diferenciados no processo civil – e as demandas repetitivas parecem demandar uma conformação própria – o tempo do direito não permite que se renuncie a determinados critérios de funcionamento relacionados à exigência de fundamentação, descritos internamente como garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.²⁴⁸

Seria o que Gonçalves denomina de “direito ao tempo”²⁴⁹, eis que a inclusão dos indivíduos no sistema do direito (viabilizando-se as garantias constitucionais de participação) e o acoplamento estrutural entre o sistema processual, o direito material massificado e as demandas dos outros sistemas sociais²⁵⁰, requer inexoravelmente o dispêndio de razoável tempo. Aliás, se decisão paradigma já solucionará centenas ou milhares de casos e, no futuro, evitará o desperdício repetitivo da atividade jurisdicional, porque não aproveitar adequadamente o tempo no momento de *formação* da decisão paradigma?

É sabido que a atividade jurisdicional tem de dispor de instrumentos e mecanismos adequados para contornar os efeitos deletérios do tempo sobre o processo²⁵¹, como leciona Humberto Theodoro Junior, e parece que a economia de tempo gerada pela decisão paradigmática permite (e requer) uma dedicação substancial na construção de provimento jurisdicional tão amplo.

Alertando sobre edição de súmulas – técnica anterior à sistemática repetitiva ora em análise – Bustamante destacava que no Direito Comparado não se encontram experiências semelhantes em que se atribua tamanho poder de criação de enunciados gerais e abstratos a órgãos do Poder Judiciário²⁵². A despeito disso, o mesmo autor alerta que seria ingênuo pensar que essa maneira de pensar estaria *ipso facto* vedada no sistema jurídico brasileiro – não está.

²⁴⁸ GONCALVES, Gláucio Ferreira Maciel. *Direito e Tempo*. Disponível em: <https://www.academia.edu/7411227/Direito_e_Tempo?auto=download>. Acessado em: 12.05.2016.

²⁴⁹ GONCALVES, Gláucio Ferreira Maciel. *Direito e Tempo*. Disponível em: <https://www.academia.edu/7411227/Direito_e_Tempo?auto=download>. Acessado em: 12.05.2016.

²⁵⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 172.

²⁵¹ THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 27ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. II, p. 360.

²⁵² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Súmulas, Praticidade e Justiça: Um olhar crítico sobre o direito sumular e a individualização do direito à luz do pensamento de Misabel de Abreu Machado Derzi. In COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Segurança Jurídica: Irretroatividade das decisões judiciais prejudiciais aos contribuintes*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 71. A propósito, o mesmo autor ressalta “(...) inclusive o *common law* britânico, que parece ser o sistema jurídico onde historicamente o precedente encontrou mais força e expressão normativa, jamais concebeu um poder normativo tão elevado para o Poder Judiciário, na medida em que na tradição jurídica do *common law* o âmbito do precedente fica circunscrito à *ratio decidendi* da decisão paradigma, que é usualmente descrita apenas como o conjunto de “fatos materiais” tidos como aptos a ensejar o surgimento das consequências jurídicas apontadas no precedente judicial”, p. 72.

Contudo, para o funcionamento válido da sistemática, os argumentos extrajurídicos fundados em praticidade não devem ser os únicos – nem os preponderantes – quando da elaboração e adoção de medidas de desafogamento do Poder Judiciário, pois é inequívoca a incidência cogente de direitos e garantias fundamentais. Obviamente que se está diante de uma tensão não apenas entre os complexos valorativos individuais e metaindividuais integrantes do próprio ordenamento jurídico (v.g. devido processo legal, contraditório, ampla defesa *versus* segurança jurídica, isonomia, celeridade, razoável duração do processo e eficiência), como também uma tensão entre os elementos de dentro do sistema jurídico, o que se pode denominar de *input* (p. ex. princípios retromencionados) e os elementos de fora do ordenamento jurídico, o que Niklas Luhmann²⁵³ denominaria de *output* (v. g. consequências da adoção de determinada medida – “irá diminuir o número de processo”, “irá diminuir o tempo processual”, “irá representar uma economia de recursos da ordem de milhões”, “irá melhorar a imagem do Judiciário perante a sociedade” etc.)²⁵⁴. Nem por isso as garantias processuais devem ceder a qualquer custo.

Conquanto seja tarefa complexa, a ponderação adequada entre elementos de *input* e *output* é fundamental para a proteção do núcleo essencial de determinado direito ou garantia – no caso do presente estudo, o contraditório – evitando-se o esvaziamento do seu conteúdo em virtude de restrições desmesuradas ou desproporcionais²⁵⁵. Até porque, como leciona Derzi²⁵⁶, quando se desloca a prevalência das operações jurídicas para o *output* do sistema, os institutos jurídicos correm o risco de se converter em frágil meio para se chegar às consequências econômicas, políticas, administrativas ou gerenciais pretendidas.

Como o tempo do direito não é o mesmo da política, da economia etc.²⁵⁷, a ponderação adequada entre elementos de *input* e *output* é relevante para evitar a fragmentação dos ritmos coletivos, como diria Ost²⁵⁸, visto ser normal que uma determinada sociedade avance em diferentes velocidades, eis que cada sistema marcha de acordo com seu tempo.

²⁵³ LUHMAN, Niklas. *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*. Il Mulino, 1978.

²⁵⁴ Tais argumentos, como se pode perceber não são de ordem estritamente jurídica, mas sim econômica, gerencial, política etc... Isso nos mostra que o sistema jurídico deve sim estar aberto para os fatos da sociedade sobre a qual incide (cognitivamente aberto), mas ao mesmo tempo não pode se deixar levar automaticamente por esses argumentos (operacionalmente fechado). In: Misabel de Abreu Machado. *Op. Cit.*, 2009. pag. 213.

²⁵⁵ Como pontua Carlos Alberto Alvaro a efetividade só se revela virtuosa se não colocar no limbo outros valores importantes do processo. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Escopo jurídico do processo*. Revista de Processo n. 203. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

²⁵⁶ DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Op. Cit.*, 2009. p. 213.

²⁵⁷ GONCALVES, Gláucio Ferreira Maciel. *Direito e Tempo*. Disponível em: <https://www.academia.edu/7411227/Direito_e_Tempo?auto=download> Acessado em: 12.05.2016.

²⁵⁸ OST, François. *O tempo do direito*. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005, p. 36.

Assim, é imprescindível, sobretudo na tutela processual das situações repetitivas, analisar criticamente os aparentes ganhos não-jurídicos de certas medidas, mormente se algum direito ou garantia fundamental está sendo flexibilizado para se alcançar o resultado. No tema em análise, por exemplo, a despeito de uma aparente simplicidade e praticidade do mecanismo, há fragilidades de índole técnica, das quais se pode destacar a ausência de requisitos claros e consistentes para (i) a adequada escolha, na origem, das demandas-tipo que representarão a situação homogênea, (ii) a correta delimitação dos pontos comuns da relação-modelo e, ainda, (iii) a efetiva participação daqueles que viriam a ser atingidos por uma decisão de tão amplo espectro. E, nesse cenário, o contraditório desponta como garantia fundamental que conforma a tutela processual adequada e impõe limites à execução simplificadora e pragmática da lei²⁵⁹.

4.4 Direitos e Garantias Fundamentais como balizas normativas a quaisquer técnicas de padronização decisória. Fragilidades do contraditório no sistema de representativo de controvérsias.

As fragilidades acima apontadas na tutela homogeneizante das situações massificadas se encontram umbilicalmente ligadas à garantia do contraditório, na medida em que uma concepção forte daquele princípio requer uma disposição real para preparar a formação do juízo, visando delimitar os fatos constitutivos, dimensionar a complexidade da causa e, assim, determinar o *tema controvertido*, antes de se entrar no julgamento propriamente dito.

Essa clareza de ideias e etapas permite que as questões a serem decididas sejam delimitadas com mais precisão, facilitando a atuação das partes litigantes (quanto à estratégia processual a ser adotada, os recursos a serem aplicados, e a ciência dos limites de eventuais condenações etc.) e dificultando decisões surpresa sobre pontos que não estejam previamente delimitados.

Ocorre que esse cuidado não foi adotado pelo legislador brasileiro, quando introduziu pontualmente a sistemática repetitiva no CPC/73 o que, na prática, resultou num incremento do poder estatal – de prolatar decisões de largo espectro – sem regramento adequado do exercício desse poder, notadamente a delimitação dos pontos em julgamento e a escolha das causas-representativas que efetivamente contivessem as diversas nuances do problema e os melhores argumentos à elucidação da questão.

²⁵⁹ DERZI, Misabel. *Op. Cit.*, 2007. p. 341

Ora, para que o legislador se contentasse com regulamentações enxutas acerca de procedimentos tão relevantes – e acerca dos quais inexistia uma tradição jurídica no Brasil – era imprescindível que estivesse enraizada na cultura jurídica uma concepção forte do contraditório; mas o que se viu foi a convivência de uma regulamentação mínima e o desenvolvimento ainda incipiente de uma concepção substancial do contraditório – que muitas vezes era tido como obstáculo²⁶⁰ à solução pragmática e célere do problema.

Ainda que se arguisse – hipoteticamente – que tal rigor não seria necessário ante o fato de que as questões seriam “unicamente de direito” e que, portanto, o julgador não estaria adstrito aos argumentos das partes, hoje se constata a imprecisão (e, por que não dizer, equívoco) de tal raciocínio. Em que pese o fato de o julgador estar autorizado a aplicar o ordenamento jurídico com base no convencimento motivado²⁶¹, é imprescindível destacar que o contraditório é instrumento dialético essencial para a busca da verdade – inclusive para questões estritamente jurídicas, como hoje se encontra positivado no art. 10 do CPC/15.

Assim, segundo essa concepção forte do contraditório, a verdade jamais deveria ser buscada autonomamente por nenhuma mente individual, não sendo autorizado a qualquer julgador pré-conceber a solução da controvérsia, pois é inviável racionalizar a solução em uma verdade apreendida de maneira “objetiva” e “absoluta”²⁶². Em face disso, a melhor saída para se minimizar o erro e viabilizar uma solução justa era – e continua sendo – um efetivo contraditório entre as partes, que amplie o campo de informação e favoreça a elucidação da causa.

Aliás, em se falando do resgate atual do contraditório como promotor de uma ordem isonômica²⁶³, que visa a assegurar a igualdade não apenas entre as partes mas, também, entre o juiz e as partes²⁶⁴ - ideia que se alinha ao Estado de Direito Democrático, ao modelo constitucional de processo, ao policentrismo processual e à comunidade de trabalhos entre os sujeitos processuais – percebe-se que as reformas legislativas que introduziram pontualmente a sistemática dos recursos repetitivos deixaram a desejar no que toca à consolidação da participação em contraditório.

²⁶⁰ DERZI, Misabel de Abreu Machado. A praticidade e o papel institucional do Poder Judiciário. A separação de poderes em jogo. In: MANEIRA, Eduardo. TORRES, Heleno Taveira (Org.) *Estudos em homenagem a Sacha Calmon Navarro Coêlho*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, top. 3.

²⁶¹ A expressão “livre” convencimento motivado foi banida do CPC/15. Há um “silêncio eloquente” no novo Código, conforme ressaltam DIDER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil vol. 2*. 10ª. Ed. Salvador: *Juspodivm*, 2015.

²⁶² PICARDI, Nicola. *Op Cit.*, 2008, p. 129

²⁶³ GIULIANI, Alessandro. *Op. Cit.*, 1986, p. 84

²⁶⁴ PICARDI, Nicola. *Op Cit.*, 2008, p.130

Isso porque, a participação em contraditório é muito mais ampla do que a mera oportunidade formal de se manifestar (*right to be heard*), mas sim a oportunidade de efetivamente contribuir para a formação do convencimento do julgador. Para tanto, a correta delimitação – na origem – da relação-modelo e dos seus pontos comuns, bem como a seleção adequada dos casos representativos daquela relação-base são essenciais para o sucesso de uma argumentação convincente e bem-sucedida.

De que adiantaria ter garantido o direito de entregar uma manifestação por escrito ou de ser ouvido numa sustentação oral perante a Corte se os pontos não forem corretamente apreendidos na origem, ou se os processos que representam a controvérsia – e serão sobre eles que o julgador se debruçará com mais tempo – não apresentam a necessária robustez técnica ou argumentativa? Além disso, as corretas delimitações na origem são essenciais não apenas a uma participação eficaz como também para o controle adequado da fundamentação das decisões paradigma e, eventualmente, para a apuração da representatividade mediante o argumento.

Contudo, o que se viu desde a implantação dos mecanismos de causas-piloto no CPC/73 foi uma omissão legislativa quanto ao rigor na delimitação dos pontos comuns bem como quanto ao procedimento de seleção dos casos representativos da controvérsia. Conseqüentemente, os jurisdicionados permaneceram carentes de espaços e oportunidades processuais para darem vazão a seus argumentos no primeiro instante da formação do convencimento judicial.

Ainda que, na origem, fossem corretamente delimitadas as questões comuns e adequadamente selecionadas as causas representativas da controvérsia, as técnicas desenvolvidas para a tutela das situações repetitivas continuavam a desafiar o contraditório no tocante à bilateralidade de audiência e à paridade de armas²⁶⁵.

Isso porque, a solução gestada para situações homogêneas – de eleger uma causa representativa da controvérsia – acabou por inviabilizar a manifestação dos sujeitos processuais que tiveram seus processos sobrestados nos termos do art. 543-C, §1º do CPC/73. Em outras palavras, caberia àquele que não tivesse o seu caso escolhido para representar a controvérsia aguardar o resultado do julgamento final – confiando que o caso *eleito* seria o que melhor representasse a questão, que a parte daquele caso seria alguém comprometido com a relevância da questão e com recursos técnicos (jurídicos) e financeiros adequados à perseguição do resultado em

²⁶⁵ Dimensões que embora não encerrem todas as garantias do contraditório são elementos importantes deste.

processo de tamanha envergadura; além disso, deveria ainda confiar que os julgadores analisariam com cuidado as nuances do caso e todos os argumentos ali reunidos.

A omissão legislativa era de tal sorte que não se previu expressamente a possibilidade de o sujeito demonstrar a distinção do seu caso. E – curiosamente – a análise criteriosa das analogias e dos *distinguishings* para diferenciar os casos regulados pelo enunciado geral daqueles que apenas aparentemente podem ser nela subsumidos é, na visão de Bustamante e Derzi²⁶⁶, a saída para se evitar homogeneizações indevidas que, se não forem remediadas, poderiam conduzir à inconstitucionalidade de grande parte do sistema de padronização decisória.

Esses enunciados homogeneizadores – pela sua própria razão de ser – tendem a esconder o aparecimento de situações concretas, e, portanto, levam ao obscurecimento da singularidade do caso. É nesse sentido que Streck, invocando Gadamer, afirma que um saber geral que não saiba aplicar-se à situação concreta permanece sem sentido e até ameaça obscurecer as exigências concretas que emanam de uma determinada situação²⁶⁷. Nessa perspectiva, para que as singularidades dos fatos não sejam sufocadas pelos rompantes padronizadores deve ser garantida a máxima e efetiva participação dos envolvidos na formação do convencimento do órgão julgador.

Entretanto, como agir dessa maneira se – paralelamente à padronização decisória – o ordenamento omitiu-se em conferir espaços processuais adequados para manifestação, em nítida fragilização da participação dos sujeitos no convencimento do órgão julgador, e logo do princípio do contraditório em sua acepção contemporânea?

Retomando as ideias invocadas anteriormente, é preciso que não se foque exclusivamente no resultado extrajurídico (econômico, administrativo, financeiro, gerencial), mas que se encharque de valores democráticos o processo de construção da decisão-modelo, garantindo-se os meios adequados de veiculação dos argumentos dos potenciais atingidos. Em outras palavras, quanto mais abrangência e vinculatividade (leia-se mais poder) se atribui a essas decisões-modelo, mais se deve cercá-las de mecanismos de participação dos atingidos, sob pena de se fragilizar o núcleo essencial do contraditório.

²⁶⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Súmulas, Praticidade e Justiça: Um olhar crítico sobre o direito sumular e a individualização do direito à luz do pensamento de Misabel de Abreu Machado Derzi. In COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Segurança Jurídica: Irretroatividade das decisões judiciais prejudiciais aos contribuintes*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

²⁶⁷ STRECK, Lênio Luiz. Súmulas, vagezas e ambiguidades: necessitamos de uma “teoria geral dos precedentes”? *Direitos Fundamentais e Justiça*, v. 5, pp. 162/185, espec. 171, out-dez 2008.

Se há consenso de que (i) a decisão criará uma norma que atingirá a esfera jurídica do sujeito, (ii) que essa decisão não se encontra pronta, mas espelhará a atuação dos sujeitos em contraditório (iii) que a decisão, enquanto manifestação de poder do Estado-Jurisdição, deve ser jungida por valores democráticos, é inarredável a conclusão de que não devem ser aceitas violações ou restrições ilegítimas às garantias constitucionais. Ainda que a conformação do contraditório para o sistema de tutela das situações homogêneas seja diferente do contraditório liberal-clássico – e provavelmente o será, à luz das especificidades desses novos direitos – isso não significa, contudo, que poderá ser inexistente ou meramente formal.

O “oásis” participativo na aridez dialética da referida sistemática ficou a cargo da possibilidade de o Tribunal “considerando a relevância da matéria” admitir a manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, ou seja, a participação do *amicus curiae*.

Contudo, a tímida previsão não prestigiava a possibilidade de ação e reação, tal qual concebidas no sistema processual de cunho individual. Entregava-se o destino da causa ao Estado-Juiz e a interlocução do seu caso a um sujeito (representante da controvérsia) até então desconhecido; na ânsia de entregar a prestação jurisdicional exigida pelos cidadãos da pós-modernidade, fazia-se o pêndulo do Estado Democrático inclinar-se para solução de viés preponderantemente estatal e sem o cuidado com a garantia individual do contraditório.

Ocorre que, a despeito de a tutela processual das situações homogêneas atrair a incidência de complexos valorativos de índole *metaindividual* (tais como segurança jurídica, isonomia, celeridade e administração judiciária), o acoplamento de questões comuns sobre esses direitos – como dito – não anula a essência individual destes. Em função disso – e antes de se adentrar nos aspectos eminentemente dogmáticos do CPC/15 – convém empreender uma breve incursão nas ideias de Jeremy Waldron e, em seguida, na análise da litigância estratégica de Mark Galanter de modo a ampliar o campo de informações sobre os novos desafios do contraditório efetivo previsto no CPC/2015.

4.5 Desafios da bilateralidade de audiência e da paridade de armas na tutela de casos repetitivos. Breves reflexões a partir de Waldron e Galanter.

4.5.1 – *Law and Disagreement* – A participação como direito dos direitos em Jeremy Waldron

Já estando sedimentada a profícua interação entre Constituição, Direitos Fundamentais, Estado Democrático e Processo, e dada a ampliação do uso das técnicas de casos-piloto ao longo do CPC/73, percebe-se a necessidade de aperfeiçoar e aquilatar a *representação* do jurisdicionado na tutela de casos repetitivos. Para tanto a obra *Law and Disagreement*²⁶⁸ de Jeremy Waldron fornece elementos interessantes à análise processual e à construção de uma teoria mais democrática do processo.

A obra decorre de uma provocação feita por Mangabeira Unger, em seu livro *What Should Legal Analysis Become?*²⁶⁹, para quem, parece haver, na cultura jurídica contemporânea, uma incapacidade de desenvolver e universalizar formas de pensar a teoria do direito que sejam apropriadas para compreender o Direito como uma criação e uma propriedade de um povo livre e democrático. A teoria do direito de hoje estaria demasiadamente preocupada com soluções provenientes de estruturas de raciocínio judicial (*structures of judicial reasoning*), como se estes fossem a parte mais importante de uma sociedade democrática²⁷⁰.

Em que pese o foco do estudo de Unger e Waldron²⁷¹ resida nas Supremas Cortes e nos seus papéis políticos – temas que, embora tangenciem, escapam ao objeto central do presente trabalho – o raciocínio crítico dos autores ainda se faz pertinente ao sistema de tutela de casos repetitivos na medida em que revaloriza a atuação do titular do direito e, dada a complexidade do fenômeno, demonstra que as saídas meramente judiciárias são insuficientes à solução do problema.

²⁶⁸ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

²⁶⁹ MANGABEIRA UNGER, Roberto. *What Should Legal Analysis Become?* London: Verso, 1996.

²⁷⁰ WALDRON, Jeremy. Op Cit. p. 8: “*It shows up, he says, in every area of contemporary legal culture: not just in the ceaseless identification of restraints upon majority rule as the overriding responsibility of judges and jurists; in the consequent hypertrophy of countermajoritarian practices and arrangements; and in the single-minded focus upon the higher judges and their selection as the most important part of democratic politics, but also in the failure to develop and generalize ways of thinking in jurisprudence that are appropriate to law understood as creation and property of a free and democratic people structures of judicial reasoning*”

²⁷¹ Conquanto a atenção de Waldron seja dispensada ao Poder Legislativo, à participação política e ao voto, ainda assim é salutar a análise de sua obra a fim de se perquirir a viabilidade de uma maior interação entre os princípios do Estado Democrático e o Direito Processual, sobretudo se enxergarmos que a participação dos sujeitos em contraditório é um dos poucos mecanismos de “representatividade” no Poder Judiciário.

Para os estritos fins delimitados neste estudo, será dedicada especial atenção ao capítulo 11 do mencionado livro, em que Waldron defende a participação como o direito dos direitos²⁷² e se questiona acerca da natureza deste direito, do fundamento que o legitimaria (*justified*) e da sua relação com a construção dos demais direitos²⁷³.

À primeira indagação, conclui que o direito de participação é um direito de cidadão (*rights of the citizen*)²⁷⁴, exercitado unicamente em comunidade com outras pessoas²⁷⁵, que ostenta feição tanto negativa (exige uma não interferência do Estado) como positiva (demanda mecanismos que viabilizem a efetiva participação). No que toca à legitimação do direito de participar, o autor sustenta que, a partir do momento em que as pessoas vivem em sociedade, devem umas às outras respeito e ajuda mútua que são mais bem cumpridos quando orquestrados por uma agência central como o Estado. Entretanto, considerando que são os *meus* deveres que estão sendo orquestrados pelo Estado, eu tenho o direito de voz (*right to say*) nos mecanismos de decisão que controlam essa orquestração.^{276 277}

E esse direito de participação – muito mais que um elemento formal – deve, em verdade, ser o *elemento decisivo*. Demanda-se não apenas a existência de um elemento representativo-democrático na estrutura estatal, mas que esse elemento seja decisivo.²⁷⁸

À luz do quanto vem sendo exposto no presente trabalho, a essência desse *raciocínio* pode ser aplicada ao contexto processual: as exigências de um contraditório efetivo não se contentam com elementos meramente formais ou alegóricos, isto é uma participação que apenas no texto

²⁷²“O grande direito de todo homem, afirmou William Cobbett, o direito dos direitos é o direito de tomar parte (*share*) na elaboração de leis (*laws*), para que o bem comum faça com que seja o seu dever se submeter. Tradução livre do original: “*The great right of every man, said William Cobbett, the right of rights, is the right of having a share in the making of the laws, to which, the good of the whole makes it his duty to submit*” WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement. Op. Cit., p. 232.*

²⁷³ Segundo Waldron, a frase de Cobbett lida sem cuidado por sugerir que a participação é mais importante que os próprios direitos que estejam em conflito, o que poderia servir de justificação para restrições indevidas.

²⁷⁴ Em contraponto ao direito do homem (*rights of man*) individualmente considerado.

²⁷⁵ WALDRON, Jeremy. *Op. Cit., p. 232*

²⁷⁶ WALDRON, Jeremy. *Op. Cit., p. 234.* No original “*People owe each other certain fundamental duties of respect and mutual aid which are better fulfilled when orchestrated by some central agency like the state than when they are left to the whims of individuals. But since is my duties (among others’) whose performance the state is orchestrating, I have the right to say in the decision-mechanisms which control their orchestration.*”

²⁷⁷ Em que pese tal afirmação tenha sido proferida num contexto de representação política, como já mencionamos, a sua ideia central não nos parece dissociada da realidade contemporânea da Jurisdição (com poderes normativos cada vez mais largos). Com efeito, tendo o Estado avocado para si o monopólio da jurisdição – e, portanto, vedado a autotutela – conferiu ao cidadão subjugado à imperatividade da Jurisdição o direito de participar do processo que culminaria na prolação de uma decisão vinculante.

²⁷⁸ WALDRON, Jeremy. *Op. Cit., p. 235.*

signifique participação, mas que, na prática, configure verdadeira fragilização da garantia – e unicamente para se atingir resultados pragmáticos.

Como ressaltou Derzi²⁷⁹, os institutos jurídicos não devem ser vistos como meios frágeis para se atingir determinados objetivos (numéricos, quantitativos, econômicos) e, por conseguinte, como empecilhos e obstáculos ao atingimento de determinadas finalidades pragmáticas. Eles são, em verdade e por expressa disposição do constituinte, limites constitucionalmente estabelecidos que devem ser respeitados.

Na tutela processual de casos repetitivos, aliás, levando-se em conta as pressões por resultados imediatos (*outputs*) para resolver problemas estruturais da sociedade (ainda que a via processual não seja a via mais adequada para tal), a situação ainda se agrava, pois se torna “justificável” relativizar a participação do sujeito para se alcançar o resultado coletivamente perseguido.

Nesse sentido, quanto maior for o número de pessoas que um acórdão paradigma pretende atingir, maiores serão os riscos à participação, pois o tempo e a atenção do julgador terão de ser divididos entre inúmeros interessados, ocorrendo a “compressão”²⁸⁰ do direito de voz – para se utilizar uma expressão adaptada de Waldron. Essa compressão ocorre porque ante à coexistência de centenas ou milhares de direitos de participação, deve haver – na perspectiva de Waldron – uma equalização à luz da ideia de igualdade de direitos de John Rawls. Assim, quando o exercício da liberdade de uma pessoa pode entrar em conflito com a liberdade de outro, há de se fazer ajustes em cada um, para que no resultado final seja garantido a todos o mais alto nível de cada liberdade consistente com a igualdade.²⁸¹

Ocorre que não basta que as medidas ou limites dos direitos sejam iguais – porque essa *igualdade* poderia ser alcançada num padrão excessivamente minimizante. A fórmula de Rawls pressupõe outro elemento corretivo: que a liberdade seja igual para todos, mas em um nível individual minimamente adequado ao exercício efetivo direito, como pontuado por Waldron:

Ele deve ser adequado, isto é, para a finalidade para a qual cada indivíduo quer e exige a liberdade (...). A preocupação com a adequação leva a sério a possibilidade de que, em uma sociedade

²⁷⁹ DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Op. Cit.* 2009, pp. 210/213.

²⁸⁰ Visando expressar com mais precisão a ideia de Waldron, abandonamos a tradução outrora utilizada do termo “squeeze” (v.g, “achatamento”), pelo vocábulo “compressão” ou “aperto” do direito de voz.

²⁸¹ WALDRON, Jeremy. *Law. Op. Cit.*, p. 236 “*Because the exercise of one person’s liberty may conflict with and thus limit the liberty of another, the proper extent of the right is determined by making adjustments in what is allowed to each so that the final scheme is secured for all at the highest level of individual liberty consistent with equality.*”

lotada (*crowded*), os requisitos de igualdade podem comprimir a liberdade de cada pessoa para um nível tão módico que, em nível individual, dificilmente valerá a pena ter ou lutar.²⁸²

É, pois, evidente a conexão do pensamento de Waldron com o direito de participação na tutela jurisdicional de casos repetitivos – servindo-se de alerta para a construção do contraditório efetivo no sistema repetitivo previsto pelo CPC/15. Com efeito, o legislador tenta alcançar de maneira tão abrangente um sem-número de indivíduos e situações com a prolação de um acórdão paradigma, mas, para tanto, prevê mecanismos frágeis de participação no convencimento do julgador. O direito de voz concedido acaba sendo tão módico que se desestimula a participação do jurisdicionado.

Convém destacar que a ênfase na participação do jurisdicionado (o que se poderia denominar teoria *deliberativa*, no contexto de Waldron) não infirma uma teoria da *autoridade* nem o caráter *substancial* dos próprios direitos²⁸³. Em outras palavras, o fato de os cidadãos poderem participar e deliberar acerca das questões que repercutirão em sua esfera jurídica não pode gerar a conclusão precipitada de que o que for deliberado será sempre o melhor ou que não existam limites dos próprios direitos substantivos aos quais a deliberação esteja jungida, bem como não infirma o fato de que resultado final terá de ser tomado por uma autoridade decisória.

Essa tensão entre *deliberação* e *autoridade* sugestionada por Waldron se emparelha, em certa medida, com a discussão acerca do papel das partes, advogados e julgadores no contexto de comunidade de trabalhos (*Arbeitsgemeinschaft*) e do policentrismo processual. Conforme já exposto, uma comunidade de trabalhos implica em divisão de funções entre os sujeitos processuais (com uma revalorização da atuação das partes em contraditório), mas sem que isso importe em nivelamento irrestrito de todos os sujeitos, sobretudo porque, no momento da decisão judicial, há assimetria e não paridade, tratando-se de função exclusivamente atribuída ao julgador²⁸⁴.

²⁸² WALDRON, Jeremy. *Op. Cit.*, p. 236. No original: *Actually, there is another constraint in the Rawlsian formula. It is important not only that liberty be equal for all, but also that the scheme of basic liberties secured for each be 'adequate' at an individual level. It must be adequate, that is, for the purpose for which each individual wants and requires liberty (...). A concern for adequacy takes seriously the possibility that, in a crowded society, the equality requirements may squeeze the liberty of each person down to such a modicum that, at the individual level, it is scarcely worth having or fighting for.*

²⁸³ Em certa medida, o mesmo raciocínio é válido para a comunidade de trabalhos (em que não há um nivelamento integral entre juiz e partes). Conforme já exposto, no momento da decisão não há paridade: as partes não decidem com o juiz; trata-se de prerrogativa que lhe é exclusiva. Há, portanto, uma assimetria entre os sujeitos processuais neste instante, mas esta assimetria não deve ser confundida com arbítrio, como lembra DIDIER JR. Fredie. *Op. Cit.*, 2011.

²⁸⁴ DIDIER JR. Fredie. *Op. Cit.*, 2011

Nessa perspectiva, Waldron não ignora o fato de que, num contexto de divergências, *deve* haver uma autoridade com poder para decidir. O autor pontua alguns argumentos para reforçar seu ponto de vista, dos quais destacam-se três:

- (i) Na seara de divergências envolvendo direitos, a necessidade de decisão baseada em autoridade não é consequência de uma suposta impossibilidade ou rejeição a uma solução “objetiva”; na verdade, o autor sustenta que, mesmo quando for possível uma resposta objetiva para determinada questão, as pessoas continuarão discordando implacavelmente sobre qual decisão é a correta²⁸⁵
- (ii) O pensamento deliberativo acerca dos direitos (*i.e.*, a valorização da participação) não desacredita ou substitui o pensamento substantivo acerca dos direitos ou a teoria da autoridade²⁸⁶. Isso porque o mecanismo precisa de *inputs* e a autoridade precisa de “conselhos”, e assim, alguém (ou, de preferência, muitas pessoas) deve pensar as questões substantivas, levando em consideração a existência de desacordo e de alternativas opostas²⁸⁷. Nesse ponto percebe-se que o autor não pretende extinguir a autoridade dos órgãos decisórios, mas sim conferir maior legitimidade à decisão final ao enriquecer o processo deliberativo com a participação efetiva dos próprios titulares dos direitos.
- (iii) O *modus operandi* da autoridade decisória, contudo, não deve reproduzir o mesmo comportamento de divergência verificado entre as partes. Em outras palavras, quando as pessoas discordam sobre direitos, não é adequado dizer que a visão que deve prevalecer (ou que prevaleceu naquele momento) é a *verdade* sobre os direitos ou o melhor *resultado* (*account*). Isso porque, esta forma de decidir reproduziria exatamente o desacordo que requer uma regra de autoridade²⁸⁸ e qualquer teoria que baseie a sua autoridade no resultado “bom”

²⁸⁵ Jeremy Waldron desenvolve essa ideia no capítulo 8 do seu mencionado livro “*Law and Disagreement*”.

²⁸⁶ WALDRON, Jeremy. *Op. Cit.*, p. 244. No original: “We are not to despair of substantive thought or deliberation about rights. What one needs to do is complement one’s theory of rights with a theory of authority, not replace the former with the latter”.

²⁸⁷ WALDRON, Jeremy. *Op. Cit.*, p. 245. Ideia extraída de: “The mechanism needs inputs or the authority needs advice (or a theory of its own), and so someone (or preferably, many people) should be thinking through the substantive issues, undeterred in this by the existence of disagreement and opposing alternatives”

²⁸⁸ WALDRON, Jeremy. *Op. Cit.*, p. 245. No original, “a substantive theory of rights is not itself the theory of authority that is needed in the face of disagreement about rights. An adequate answer to the question of authority must really settle the issue. It is no good saying that when people disagree about rights, the view which should prevail is the truth about rights or the best account of the rights we have (...) So this way of settling on a social choice in the face of disagreement would reproduce exactly the disagreement that called for na authority-rule in the first place”.

é autodestrutiva (*self-defeating*) porque é exatamente pelo fato de as pessoas discordarem acerca da bondade desse resultado que elas precisam reconhecer uma autoridade para decidir e pôr um fim à questão.

Diante do exposto, o autor questiona *quem* deve ter poder para fazer escolhas sociais, ou *por quais processos* as decisões sociais devem ser tomadas. Em sua visão, se a “participação” – enquanto o direito dos direitos – não for “a” resposta, ao menos será parte dela:

Quando alguém pergunta: “Quem deve decidir quais direitos nós temos?”, uma resposta (minha resposta) é: “As pessoas cujos direitos estão em questão têm o direito de participarem em iguais termos da decisão”.²⁸⁹

Assim, na perspectiva ora defendida, o titular-do-direito discutido na tutela de casos repetitivos deve ser concebido como um titular-*pensante*-do-direito – não apenas como vítima potencial cujos interesses precisam de proteção pelo Estado ou por um legitimado extraordinário.²⁹⁰ Obviamente, isso não significa que a pessoa tem todos os direitos que pensa ter ou que ela não possa estar errada quanto ao assunto. Entretanto, isso não infirma a necessidade de elas participarem das decisões acerca desses direitos, ao invés de tratar o caso como se essas questões fossem tão importantes e tão difíceis que os titulares dos direitos não conseguiriam se decidir a respeito²⁹¹ ou não tivessem nada a contribuir.

Tais lições enriquecem as reflexões sobre a atuação do jurisdicionado no sistema de tutela de casos repetitivos, mormente no contexto de gestação dos limites do contraditório efetivo previsto no CPC/15.

4.5.2 – O agir processual estratégico no pensamento de Marc Galanter.

Outro elemento de grande relevância para a construção de um contraditório *efetivo* na tutela de casos repetitivos a partir do CPC/15 é a constatação de significativas desigualdades entres perfis de litigantes – e seus impactos sobre a ideia de paridade de armas.

Como dito alhures²⁹², as demandas repetitivas trouxeram desafios consideráveis (de índole estrutural e comportamental) aos agentes processuais: ao Judiciário, as consequências nefastas

²⁸⁹ WALDRON, Jeremy. *Op. Cit.*, p. 244

²⁹⁰ WALDRON, Jeremy. *Op. Cit.*, p. 250. No original: “(...) The way in which the idea of rights emerged in early modern thought remind us that right-bearers were conceived in the first instance as appropriate rights-thinkers (not merely as potential victims whose interests needed protection)”

²⁹¹ WALDRON, Jeremy. *Op. Cit.*, p. 252

²⁹² GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel. BARBOSA DUTRA, Victor. *Ensaio... Op. Cit.*, 2015, p. 97.

da replicação dos casos repetitivos, deteriorando-se antigas estruturas e procedimentos; aos cidadãos em geral (consumidores, aposentados, poupadores, servidores públicos, contribuintes etc.), a extensão dos prazos de finalização de seus pleitos judiciais.

Já os litigantes habituais (mormente, o Estado e as grandes empresas) constituem o grupo que mais se aproveitou do novo contexto repetitivo, pois percebeu que seu agir processual era um agir estratégico (i.e que leva em conta não apenas as repercussões de cunho jurídico, mas também as consequências econômicas e temporais de suas escolhas) o que lhe possibilitou aproveitar as oportunidades do fenômeno.

A despeito de toda a querela relacionada à pertinência de uma análise *econômica* do Direito²⁹³ ²⁹⁴ – que foge ao escopo do presente trabalho – convém empreender breve incursão na teoria dos jogos, pois esta se dedica a estudar o modo como os indivíduos tomam decisões quando estão cientes de que suas ações afetam uns aos outros e que os demais indivíduos envolvidos levam isso em conta²⁹⁵ - e tal constatação é de extrema relevância na tutela de casos repetitivos.

Ora, um litigante habitual – aquele agente que se envolve em inúmeros litígios semelhantes²⁹⁶ – terá informações relevantes sobre as práticas judiciárias que lhe favoreçam ou prejudiquem, bem como sobre linhas de argumentação que sejam mais ou menos aceitas, estando apto a decidir estrategicamente. Além disso, detém ele acervo de ações repetidas que diluem o risco de resultados isolados, bem como recursos econômicos para perseguir os seus interesses de longo prazo²⁹⁷, motivo pelo qual encontra-se em posição diferenciada sobre o *ex adverso*, que provavelmente será um litigante ocasional.

²⁹³ Conferir a discussão nas obras de ROSA, Alexandre Morais da; MARCELINO JR, Júlio Cesar. *Os direitos fundamentais na perspectiva de custos e o seu rebaixamento à categoria de direitos patrimoniais: uma leitura crítica*. Disponível em: <http://www.revistasconstitucionales.unam.mx/pdf/1/art/art6.pdf> Acessado em: 14.08.15 11:25h e LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. Análise Jurídica da Economia. In: *Revista de Direito Mercantil*, v. 159/160, pp. 53/86, 2012.

²⁹⁴ Como pontuava Calmon de Passos, sem a compreensão dos pressupostos econômicos, políticos e ideológicos do jurídico, o jurídico é uma confusão ininteligível, restando infrutífero teorizar sobre o Direito em termos transcendentais, abstraindo-se de seus pressupostos econômicos, políticos e ideológicos. PASSOS, J.J Calmon de. *Revisitando o Direito, o Poder, a Justiça e o Processo*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 75.

²⁹⁵ BIERMAN, H. Scott. FERNANDEZ, Luis. *Teoria dos Jogos* (trad. Arlete Simille Marques). 2. Ed.- São Paulo, 2011, p. 8.

²⁹⁶ Adaptou-se a nomenclatura utilizada por Galanter (*one-shooter e repeat player*) para uma linguagem mais consentânea à realidade brasileira e de fácil compreensão para o leitor. Cf: GALANTER, Marc. Why the “Haves” Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law and Society Review* Volume 9:1, 1974. Disponível em: <<http://marcgalanter.net/documents/papers/whythehavescomeoutahead.pdf>> Acessado em 16/08/15.

²⁹⁷ GALANTER, Marc. *Op. Cit.* No original: “A unit which has had and anticipates repeated litigation, which has low stakes in the outcome of any one case, and which has the resources to pursue its long-run interests.”

O litigante habitual passa a acumular conhecimento e, com isso, se torna capaz de mensurar e prever o impacto dos seus próximos passos – tanto em termos processuais (adotando ou abandonando linhas de argumentação de acordo com a conveniência), como em termos extraprocessuais (revendo rotinas internas que tenham gerado os problemas; atuando perante as instituições em defesa dos seus interesses etc.).

Além disso, estará ele mais apto a desenvolver relações informais com as instituições; a influenciar as regras do jogo por métodos como *lobby*²⁹⁸; a discernir as regras que terão efetiva eficácia social das demais que são meros compromissos simbólicos, podendo concentrar esforços em mudanças de regras que efetivamente possam fazer uma diferença (troca de derrotas simbólicas²⁹⁹ por ganhos tangíveis).

Noutro giro, a eventualidade com que o litigante ocasional interage com o Poder Judiciário impede seu acesso a informações repetidas que possam gerar um completo perfil de estratégia e, por conseguinte, sua atuação no sistema de casos repetitivos será sobremodo diverso. Suas armas não são as mesmas que aquelas usadas pelo litigante habitual³⁰⁰.

Logo, diante de toda essa situação, percebe-se que o litigante habitual se encontra numa posição vantajosa em diversos aspectos, inclusive no de barganhar melhores condições (pois sua paciência e a utilidade esperada não se apoiam no resultado de um único caso e o nível de incerteza é consideravelmente minimizado com a consolidação de informações de que dispõe). Diante de todas essas constatações, percebe-se que o jogo processual, no contexto da litigiosidade repetitiva, é muito mais complexo do que se imagina e excede, inclusive, a esfera endoprocessual.

Destarte, não é a mera criação de um direito material ou de uma nova regra processual que conduzirá a uma alteração automática da postura do litigante habitual, pois este não se posiciona apenas na interpretação isolada do conteúdo da norma jurídica, mas sim no aproveitamento que ele pode fazer dela de modo a maximizar a sua recompensa.

²⁹⁸ GALANTER, Marc. *Op. Cit.*

²⁹⁹ Convém remeter o leitor para a discussão sobre legislação simbólica desenvolvida por Marcelo Neves, para quem a legislação simbólica *aponta para o predomínio, ou mesmo hipertrofia, no que se refere ao sistema jurídico, da função simbólica da atividade legiferante e do seu produto, a lei, sobretudo em detrimento da função jurídico-instrumental [...]*. Aliás, convém destacar que, a legislação simbólica, na hipótese do mencionado autor pode servir, inclusive, para adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios. NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, pag. 23.

³⁰⁰ Cabe ressaltar que o profissional da advocacia é considerado, também, um litigante habitual por seu contato contínuo com o Judiciário e com as diversas linhas de argumentação e, portanto, mitiga as deficiências inerentes ao litigante ocasional.

É preciso, portanto, que eventuais alterações normativas – como o CPC/15 – estejam encartadas numa política judiciária constantemente atenta ao agir estratégico do litigante habitual – e que venha acompanhada de mecanismos práticos de concretização da norma, de efetiva fiscalização do seu cumprimento, de estruturação de procedimentos judiciais que tornem desvantajosa a lesão a direitos, a utilização de informações pelo Poder Judiciário para também agir estrategicamente – tudo isso na tentativa de alterar o mecanismo de recompensa e de tomada de decisões dos litigantes habituais. Tais questões, entretanto, encontram-se na esfera extraprocessual e extrapolam o escopo do presente estudo.

Para os fins deste trabalho, convém se questionar como garantir uma efetiva paridade de armas (esta que constitui um dos elementos centrais da atuação em contraditório) num contexto de tutela de casos repetitivos em que há visíveis diferenças entre os litigantes habituais e ocasionais? Como garantir que uma inovação legislativa – como o contraditório efetivo da parte geral do CPC/15 – não se converta em mísero ganho simbólico³⁰¹, mas, ao revés, traga ganhos práticos, num contexto de (re) alinhamento entre a Constituição e o Direito Processual Civil e de resgate da essência do contraditório?

Essa preocupação ganha destacado relevo quando se está diante de um *novo Código* de Processo, que contempla um *novo sistema* para tratamento de casos repetitivos e que, em decorrência da baixa produção teórica e pouca experiência prática sobre o tema, há sérios riscos de os litigantes ocasionais – e de os cidadãos em geral – serem alijados do processo de conformação desse novo arcabouço jurídico.

5. A SISTEMATIZAÇÃO DA TUTELA DE CASOS REPETITIVOS NO CPC/15 E O DESENVOLVIMENTO DE UM CONTRADITÓRIO ADAPTADO AO NOVO SISTEMA.

5.1 Notas introdutórias

Para avaliar a forma de participação em contraditório no sistema de tutela massificada é imprescindível fazer uma incursão nos dispositivos do novo código que se relacionam com o tema, sobretudo para se identificar as opções legislativas acerca dessa questão.

³⁰¹ NEVES, Marcelo. *Op. Cit.*, p. 23.

Embora o CPC/15 permaneça ligado ao paradigma liberal (v.g apego aos textos normativos, busca pela segurança jurídica, ênfase no procedimentalismo etc.) e também incorpore elementos da fase de socialização do processo (v.g reforço do poder do órgão jurisdicional na criação de decisões-paradigma fixadoras de teses repetitivas; reforço do papel instrutório do julgador), houve uma inequívoca tentativa de, à luz das premissas do Estado Democrático, sistematizar os institutos anteriormente previstos, acrescentando novos institutos à tutela da litigiosidade repetitiva. Embora essa sistematização não tenha sido dividida em seções ou capítulos autônomos, é possível identificar as linhas mestras que unem – entre si e com os demais elementos do código – os principais institutos do sistema de tutela dos processos repetitivos.

O mérito do CPC/15, portanto, vai além da mera previsão de institutos *formadores* de decisões paradigmáticas (como o recurso especial e extraordinário repetitivos, que agora estão acompanhados do incidente de resolução de demandas repetitivas e do incidente de assunção de competência) e consiste, sobretudo, num esforço legislativo para dar consistência teórica à tutela das situações repetitivas, interligando-a ao restante do código e, em alguns momentos, a dimensões externas³⁰² ao próprio código.

A despeito da imbricada relação entre os dispositivos do CPC/15 atinentes à tutela massificada, por questões didáticas, poderiam ser eles enquadrados em cinco categorias, a saber: (i) dispositivos de interpretação e integração do sistema de casos repetitivos, (ii) dispositivos de formação das decisões paradigma, (iii) dispositivos de aplicação das decisões paradigma, (iv) dispositivos de legitimação das decisões paradigma e (v) dispositivos de gestão dos casos repetitivos.

5.2 Dispositivos de interpretação e integração do sistema de tutela de casos repetitivos

A constatação do entrelaçamento teórico entre os institutos de tutela dos casos repetitivos é relevante na medida em que confere uma coerência interna ao sistema, elemento fundamental ao seu contínuo aperfeiçoamento e amadurecimento. Além disso, é de fundamental importância certificar-se estar diante de uma verdadeira realidade massificada que justifique a invocação de uma tutela diferenciada, que importará na mitigação do princípio contraditório clássico e, conseqüentemente, demandará compensações.

³⁰² Art. 985, § 2º e o art. 1.040, inciso IV.

Nessa toada, dispõe o art. 928 que, para os fins do CPC/15, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas e recursos especial e extraordinário repetitivos, o que demonstra *per si* a existência de um liame normativo entre os referidos institutos (IRDR, REEx e RESp repetitivos). Considerando que o referido artigo se encontra no TÍTULO I - DA ORDEM DOS PROCESSOS E DOS PROCESSOS DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DOS TRIBUNAIS, em seu CAPÍTULO I - DISPOSIÇÕES GERAIS, resta evidente o esforço legislativo para uniformizar o enfrentamento das demandas massificadas – esforço este que se mostra ainda mais necessário após as mutilações casuísticas empreendidas pela Lei 13.256/2016, que alterou o CPC/15 antes mesmo de entrar em vigor.

A par dessa disposição mais genérica, há também inúmeros dispositivos específicos que evidenciam os pontos de contato e espelhamento entre a regulamentação dos principais institutos formadores de decisões paradigma: o recurso extraordinário repetitivo (RE), o recurso especial repetitivo (RESP) e o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).

Pode-se citar, por exemplo, o art. 979 que determina que a instauração e o julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas serão sucedidos da *mais ampla e específica divulgação e publicidade*, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça. O *caput* é seguido de parágrafos que especificam esse dever de publicidade ao detalhar que os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente (§ 1º) e que o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterà, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados (§ 2º).

Depreende-se, portanto, que o princípio da publicidade é de fundamental relevo à tutela repetitiva e impõe uma nova forma de diálogo institucional do Judiciário com a sociedade. Em outros termos, considerando que o jurisdicionado não estará pessoalmente representado na linha de frente da defesa do seu direito, é importantíssimo que ele saiba como pode vir a ser afetado pela decisão paradigma, quais são os casos que representam aquela controvérsia e que tenha conhecimento sobre outros meios de se participar do convencimento do julgador (audiências públicas, etc.).

Ocorre que tal dispositivo – previsto originariamente para o IRDR – não encontra similar no capítulo dedicado ao RE e RESP repetitivos. Contudo, o liame normativo entre os dois recursos

e o incidente decorre do § 3º do próprio art. 979, que é categórico em afirmar sua aplicabilidade ao julgamento de recursos repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário.

Há pontos de contato ainda mais evidentes.

Segundo § 1º do art. 976, a desistência ou o abandono do processo originário não impedem o exame de mérito do IRDR. Vê-se que – a despeito de se tratar de processo individual e de ser facultada ao autor a desistência da ação e do recurso – as nuances individuais-liberais-clássicas cedem espaço ao interesse metaindividual de tutelar a situação homogênea massificada com a fixação de uma tese sobre o mérito da causa. Dispositivo semelhante foi previsto para os recursos extraordinários e especiais repetitivos:

Art. 998. O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso.

Parágrafo único. A desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos.

Percebe-se, portanto, a distinção entre o tratamento dispensado a uma causa individual pura (*caput*) e aquele onde há mitigação dos aspectos individuais, fazendo-se preponderar, neste último, o interesse comum na tutela da situação homogênea e repetitiva (parágrafo único). Convém destacar, contudo, que pelo fato de o recurso ser movido pela voluntariedade do próprio jurisdicionado, segundo ditames do princípio dispositivo, não se proíbe a *desistência* do recurso em si – ainda que eleito como representativo de controvérsia – mas apenas não se impede a análise da questão jurídica objeto de julgamento do recurso repetitivo em função daquela desistência.

Da leitura dos referidos dispositivos, não parece haver diferença ontológica entre os efeitos da desistência operada no bojo do IRDR e dos recursos repetitivos, motivo pelo qual não se partilha do entendimento de que esta seria uma característica de objetivação da tutela prestada no IRDR³⁰³. Na perspectiva defendida neste estudo, a interação normativa entre os institutos é mais benéfica para a estruturação de um contraditório efetivo na tutela de casos repetitivos que a abstrativização de um procedimento onde a participação já se encontra deficiente.

Por outro lado, o art. 985, § 2º assevera que se o incidente de resolução de demandas repetitivas tiver por objeto questão relativa à prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o

³⁰³ TEMER, Sofia. *Op. Cit.*. 2016

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. Tal mecanismo demonstra uma abertura para fora do sistema processual e se relaciona diretamente com a necessidade de gestão dos casos massificados, conforme se verá abaixo. Por seu turno, o art. 1.040, inciso IV dispõe de maneira semelhante para o RE e RESP repetitivos, em mais uma demonstração de que há uma integração normativa entre os institutos da tutela de situações repetitivas.

Segundo a redação *original* do CPC/15, aliás, nas decisões prolatadas em todos os três institutos, o conteúdo do acórdão deveria abranger a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários, conforme se prevê para o IRDR (no art. 984, §2º) e para o RE e RESP repetitivos (no art. 1.038, §3º), sendo este um elemento de legitimação das decisões paradigma.

Sucedo que, em decorrência das mutilações empreendidas pela Lei n. 13.256, de 04 de fevereiro de 2016 – que alterou o CPC/15 antes mesmo da sua entrada em vigor – o art. 1.038, §3º foi textualmente alterado da seguinte maneira:

CPC/15 conforme Lei nº 13.105/2015	CPC/15 conforme Lei n. 13.256/2016
Art. 1.038, § 3º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de <u>todos os fundamentos</u> da tese jurídica discutida, <u>favoráveis ou contrários.</u>	Art. 1.038, § 3º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise <u>dos fundamentos relevantes</u> da tese jurídica discutida.

Em decorrência de uma movimentação política dos Tribunais Superiores, foram alteradas as exigências do acórdão a ser proferido em RE e RESP repetitivos, o que se afigura como uma medida extremamente prejudicial ao contraditório efetivo preconizado pelo novo Código. Felizmente, a exigência foi mantida para o IRDR, motivo pelo qual ainda há inequívoco suporte para uma interpretação sistemática da tutela de casos repetitivos.

No que toca à integração do sistema de casos repetitivos ao restante do código, aliás, não se pode esquecer que a parte geral do NCPC contém normas aplicáveis a todo o sistema processual, não sendo diferente em relação à tutela massificada. Obviamente, o destaque é conferido ao princípio do contraditório (alçado a um novo patamar pelos artigos 6º, 7º, 9º e

10º), mas não se pode olvidar de regras mais simples, porém de impacto prático como a do art. 12, §2º, inciso II que excluiu a causas repetitivas da obrigatoriedade de ordem cronológica³⁰⁴.

Constata-se, pois, que esta interpretação sistemática e integrativa dos mecanismos de tutela de casos repetitivos se revela importante, sobretudo por já surgirem correntes doutrinárias sustentando diferenças entre a natureza da tutela jurisdicional empreendida nos recursos repetitivos (subjéctiva) e no incidente de resolução de demandas repetitivas (supostamente tutela objectiva, assemelhada ao controle de constitucionalidade abstrato)³⁰⁵.

5.3 Dispositivos de formação de decisões modelo (paradigmática)

Demonstrada a existência de uma coerência interna, integrativa e peculiar à tutela de situações repetitivas, convém analisar os principais institutos formadores de decisões-paradigma a partir do novo CPC.

É preciso destacar que as alterações promovidas pelo CPC/15 estão inseridas num contexto mais amplo, inaugurado a partir da Emenda Constitucional 45/2004, que reforçou a função nomofilática exercida pelos Tribunais de Cúpula (STJ e STF), qual seja zelar pela interpretação e aplicação uniforme do direito³⁰⁶ visando à segurança jurídica³⁰⁷. A partir de então o recurso extraordinário passou a exigir a repercussão geral como pressuposto de admissibilidade, e tanto o extraordinário como o recurso especial passaram a funcionar sob a sistemática dos recursos repetitivos, deixando de se dedicar à tutela precípua de direitos subjéctivos individualmente considerados – tal como uma 3ª ou 4ª instâncias ordinárias.³⁰⁸

Sendo assim, os dispositivos de formação de decisões paradigma são os – agora aperfeiçoados – recursos extraordinário e especial repetitivos, constantes dos artigos 1.036 a 1.041, que passam a dividir espaços com o novo incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976

³⁰⁴ Convém destacar que a Lei nº 13.256/2016 também alterou a ordem cronológica ao dispor que esta deve ser apenas preferencial, e não obrigatória.

³⁰⁵ Embora a proposta de Sofia Temer seja bastante arrojada e coerente internamente – dentro do raciocínio proposto pela autora (In: TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Salvador: Juspodivm. 2016) – no presente estudo, e das reflexões empreendidas à luz de um contraditório já mitigado no contexto repetitivo, parte-se de premissa diversa, como se verá adiante no tópico relacionado ao IRDR.

³⁰⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. STJ interpretou mal regra de cumprimento de sentença. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-set-06/stj_interpretou_mal_regra_cumprimento_sentenca> Acessado em: 04.02.2016, 15:01h.

³⁰⁷ RODOVALHO, Thiago. A função institucional das Cortes Superiores. In DIDIER, Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buriel. PEIXOTO, Ravi. FREIRE, Alexandre. (Org.). *Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada – Parte Geral*. Salvador: Juspodivm. 2015, pp. 63/70

³⁰⁸ FALCÃO, Joaquim et alii. *I Relatório Supremo em Números – o Múltiplo Supremo*, Rio de Janeiro: FGV, 2011, p. 32.

a 987) e também com o novo incidente de assunção de competência (art. 947)³⁰⁹. Além disso, será relevante fazer uma breve incursão na sistemática do Agravo em RE e RESP (art. 1.042) que, na previsão original do CPC/15, passaria a ser instrumento importante no aperfeiçoamento da tutela dos casos repetitivos³¹⁰, mas que também foi alterado pela recente Lei n. 13.256/2016.

5.3.1 REx e REsp repetitivos

O novo CPC trouxe relevantes aperfeiçoamentos à sistemática dos recursos extraordinário e especial repetitivos, dentre os quais se destacam (i) uma notável preocupação do legislador com a *seleção dos casos* representativos da controvérsia e com a *delimitação das questões* comuns, (ii) um reforço na fundamentação das decisões paradigmáticas e (iii) a previsão de mecanismos alternativos de participação compatíveis com a tutela dos direitos massificados.

O art. 1.036, por exemplo, embora tenha mantido em seu *caput* os pressupostos de cabimento já previstos no CPC/73 (a saber, a multiplicidade de recursos e questão unicamente e direito) detalhou em seus parágrafos a forma de escolha dos casos representativos. O § 1º confere ao presidente ou o vice-presidente de tribunal de segundo grau o dever de selecionar, no mínimo, dois recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça. Obviamente que essa escolha realizada pelo tribunal *a quo* não vinculará o relator no tribunal superior, que poderá selecionar outros recursos representativos da controvérsia, a teor do § 4º, do art. 1.036.

O CPC/15 é enfático quanto ao poder do relator do tribunal superior para selecionar mais recursos representativos (art. 1.036, § 5º) e, inclusive, requisitar a outros tribunais de justiça ou tribunais regionais federais a remessa de um recurso representativo da controvérsia (art. 1.037, inciso III), o que ampliaria de maneira salutar o conhecimento do Tribunal acerca da questão. Com efeito, num país de dimensões continentais, com perfis socioeconômicos e culturais tão distintos, com usos e costumes tão díspares, recomendável seria que os relatores lançassem mão de tal dispositivo com certa frequência, o que poderia mitigar – em certa medida – o déficit de participação e de representatividade inerente à tutela massificada.

Regra de profunda relevância – e que se afigura como um dos pilares do efetivo contraditório na tutela de casos repetitivos – é aquela constante do § 6º do art. 1.036 segundo a qual somente

³⁰⁹ Embora o IAC não pressuponha repetição de processos, a viabilidade de formação de decisões paradigma justificou, para os fins do presente estudo, sua inclusão no rol de institutos formadores de decisões paradigmas capazes de tutelar o fenômeno.

³¹⁰ Por fim, caberia destacar o art. 942, §4º (impossibilidade de técnica infringente no IRDR).

devem ser escolhidos como “representativos” os recursos admissíveis e que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida. Como já ressaltado, a correta delimitação – na origem – da relação-modelo e dos seus pontos comuns, bem como a seleção adequada dos casos representativos da relação-base são essenciais para o sucesso de uma argumentação convincente e bem-sucedida, sobretudo diante do contraditório que pressupõe adequada participação no convencimento do julgador.

Destarte, não é dado aos Tribunais fixarem teses em qualquer sorte recursos – ainda que um suposto interesse público pudesse justificar o aproveitamento de discussões e atos processuais. Em outras palavras, recursos inadmissíveis (como os intempestivos) ou que – dada sua simplicidade – não possam servir de parâmetros para a delimitação dos pontos comuns não estão autorizados a atuar como representativos de controvérsias. E é exatamente por isso que os §§ 2º e 3º do art. 1.036 permitem que o recurso intempestivo sequer permaneça sobrestado aguardando a fixação da tese³¹¹.

Outro pilar que viabiliza o contraditório no contexto de casos massificados – e compensa o déficit participativo da tutela massificada – é a inovação prevista no art. 1.037 que impõe a prolação de uma efetiva e fundamentada *decisão de afetação* que identifique com precisão a questão a ser submetida a julgamento. Esse dispositivo é de crucial importância, pois delimita o alcance da decisão-modelo sobre a esfera jurídica do jurisdicionado, impedindo ampliações arbitrárias e casuísticas ao longo do trâmite processual. Aliás, dada a ampla publicidade no sistema de casos repetitivos (art. 979, §3º) conclui-se que a referida decisão de afetação é essencial para que os potenciais atingidos tenham a oportunidade de avaliar os impactos da futura decisão paradigma sobre o seu processo individual, tais como as chances de êxito e os recursos técnicos, financeiros e estratégicos a serem utilizados.

Em verdade, essa delimitação passaria a atuar como pressuposto de validade das futuras decisões-modelo, eis que o §2º do art. 1.037 era categórico quanto à vedação do surgimento de decisões paradigma sobre questões que não estivessem previamente delimitadas na decisão de afetação. Em outras palavras, caso o Tribunal extrapolasse os limites fixados na decisão de afetação não se poderia considerar tal acórdão como paradigma ou gerador de precedentes, sob

³¹¹ Todavia, tal rigor só se aplica – frise-se – a irregularidades insanáveis, a teor do atual art. 1.029, §3º que permite a correção de vícios sanáveis, mesmo nas instâncias superiores.

pena de se violar o contraditório, a vedação da surpresa, configurando-se verdadeiro cerceamento de defesa e afronta direta aos dispositivos mencionados.

Infelizmente, contudo, a Lei n. 13.256/2016 revogou o §2º do art. 1.037, mitigando ainda mais o contraditório na seara da tutela massificada. A primeira consequência que vem à mente com a referida revogação é que o julgador estaria autorizado a fixar teses jurídicas sobre questões que não foram delimitadas previamente na decisão de afetação e que, provavelmente, não estiveram representadas por casos com abrangente discussão e argumentação.

Contudo, essa precipitada conclusão não se harmoniza com a interpretação sistêmica e integrativa da tutela de casos repetitivos defendida neste trabalho.

A despeito da revogada previsão do §2º do art. 1.037 – que em muito facilitaria a defesa do contraditório em um ordenamento jurídico tão apegado a previsões *legais* – é de fundamental importância frisar que, na perspectiva deste estudo, e sobretudo à luz do paradigma do Estado de Direito Democrático, o respeito ao núcleo do contraditório – enquanto direito fundamental – independe de previsões legais.

Assim, a revogação do dispositivo não deve levar à simplista conclusão de que o STF e o STJ estariam autorizados a fixar, ao final do procedimento repetitivo, e de maneira irrestrita e casuística, teses sobre questões comuns que não foram objeto de seleção, delimitação e debate entre as partes. Tal conclusão ignora todo o contexto normativo de casos repetitivos e o esforço do legislador para conferir uma sistematização mínima à tutela massificada.

Será que o legislador teria se preocupado sobremaneira com a seleção de casos que efetivamente representem a controvérsia (art. 1.036, §6º), com a precisa identificação das questões submetida ao julgamento (art. 1.037, *caput* e inciso I) para, ao final, o STF ou o STJ fixarem teses a respeito de questões que não estavam representadas por casos com “abrangente discussão e argumentação” e que não foram identificadas com precisão na decisão de afetação? Ora, a vedação à prolação de acórdão que extrapola o os limites delimitados na decisão de afetação não decorria pura e simplesmente do §2º do art. 1.037, mas do princípio da vedação à surpresa (vertente da segurança jurídica), do contraditório efetivo (que garante um verdadeiro debate acerca da questão) e da própria lógica interna da tutela de casos massificados (onde o

contraditório já se encontra mitigado, mas – de modo algum – pode atingir o seu núcleo essencial da garantia³¹²).

Qualquer interpretação no sentido de, com base na revogação do §2º do art. 1.037, autorizar o STF e o STJ a fixarem teses sem o respeito à lógica interna do sistema de casos repetitivos torna letra morta os artigos 1.036, §6º e 1.037, *caput* e inciso I do CPC/15; viola o disposto nos art. 9º e 10º da parte geral do Código; infirma a segurança jurídica – na medida em que viabiliza a surpresa; confere um poder ilegítimo e sem o devido controle democrático aos tribunais de cúpula e avilta o contraditório já mitigado da tutela de casos repetitivos.

A coerência interna do CPC/15 original era admirável, tanto que a decisão *ultra petita* (por assim dizer), poderia ser aplicável apenas àquele caso específico que esteve sob análise do órgão julgador, não servindo como decisão-modelo no tópico extrapolado. O próprio CPC fazia (e ainda faz) questão de distinguir as questões comuns (sujeitas a um maior rigor participativo, argumentativo e procedimental) das questões específicas do caso representativo, ao impor a confecção de acórdãos distintos, confira-se:

Art. 1.037, § 7º Quando os recursos requisitados na forma do inciso III do caput contiverem outras questões além daquela que é objeto da afetação, caberá ao tribunal decidir esta em primeiro lugar e depois as demais, **em acórdão específico para cada processo**. (g. n.)

Isso porque o acórdão a ser proferido em decisões de largo espectro carregava consigo um dever de fundamentação muito mais qualificado que os acórdãos dos casos individuais, conforme se podia extrair da redação original do art. 1.038, § 3º, *in verbis*:

Art. 1.038, § 3º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos da tese jurídica discutida, favoráveis ou contrários. (g.n)

Tal dispositivo albergava um reforço na fundamentação das decisões-modelo de maneira que representa um pilar do contraditório no sistema de casos repetitivos, obrigando o órgão julgador a enfrentar todos os argumentos, favoráveis ou contrários à tese jurídica discutida. E note-se que essa exigência é ainda superior ao já rigoroso artigo 489, §1º, que em seu inciso IV dispõe:

³¹² MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 41. Conforme ensina o autor: “da análise dos direitos individuais pode-se extrair a conclusão errônea de que direitos, liberdades, poderes e garantias são passíveis de limitação ou restrição. É preciso não perder de vista, porém, que tais restrições são limitadas. Cogita-se aqui dos chamados limites imanentes ou ‘limites dos limites’ (*Schranken-Schranken*), que balizam a ação do legislador quando restringe direitos individuais. Esses limites, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental, quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas”

Art. 489, § 1º - Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; (g.n.)

Perceba que na redação original do art. 1.038, § 3º não há a mesma limitação existente no art. 489, § 1º, inciso IV que, de um lado, amplia o dever de fundamentação para todos os argumentos deduzidos, mas – de outro lado – restringe o dever e enfrentamento apenas àqueles capazes de “em tese” infirmar a conclusão. Ora, na sistemática de casos repetitivos – dado o déficit de participação e a necessidade de se reforçar uma representatividade mediante fundamentação qualificada – todos os argumentos devem ser enfrentados, mormente porque essa maturidade decisória evitará novas discussões nos juízos inferiores sobre o tema já debatido. É nesse sentido, inclusive, o entendimento dos magistrados consolidado no Enunciado 13 da Escola Nacional de Formação e Magistrados (ENFAM)³¹³:

O art. 489, § 1º, IV, do CPC/2015 não obriga o juiz a enfrentar os fundamentos jurídicos invocados pela parte, quando já tenham sido enfrentados na formação dos precedentes obrigatórios.

Portanto, o dever de fundamentação é ainda mais rigoroso na tutela de casos repetitivos – e não poderia ser diferente. Se o jurisdicionado será vinculado por um entendimento judicial no qual não teve a oportunidade de interagir³¹⁴ dialogicamente, a mínima compensação para esta mitigação participativa é a externalização minuciosa dos porquês da decisão. Isso permite que o cidadão que não teve o seu caso selecionado como representativo da controvérsia (e que, portanto, não atuou em contraditório clássico perante o Tribunal Superior) compreenda como e porque se chegou àquela conclusão, medida que facilita o seu convencimento acerca da correção da decisão, permite o controle das decisões judiciais e viabiliza as distinções necessárias caso surjam, posteriormente, novos argumentos capazes de infirmar a tese fixada.

Aliás, esse maior rigor quanto aos acórdãos das decisões paradigma demonstra a nítida e imbricada relação entre o contraditório e a fundamentação, podendo-se inclusive supor que o ordenamento jurídico brasileiro, no tocante à tutela jurisdicional das situações repetitivas,

³¹³ Disponível em: < <http://www.enfam.jus.br/2015/09/enfam-divulga-62-enunciados-sobre-a-aplicacao-do-novo-cpc/>>. Acessado em: 27.05.2016

³¹⁴ Isso porque o processo – inclusive aqueles em que se visa fixar uma tese jurídica a respeito de determinada questão de direito – é *sistema interacional*, que se desenvolve dialeticamente. Assim, o princípio do contraditório concretiza-se através da participação das partes no processo, e do diálogo que deve ter o órgão jurisdicional com as partes, conforme ressaltam Medina e Wambier. MEDINA, José Miguel Garcia. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo Civil Moderno: Parte geral e processo de conhecimento*. 2ª. Ed. Rev. Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 72.

caminha em direção a uma representatividade pelo argumento. Em outros termos, caso seja constatado que a discussão foi devidamente representada por casos com abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida (art. 1.036, § 6º), que houve precisa delimitação das questões afetadas (art. 1.037, I) e que o acórdão paradigma enfrentou todos os argumentos favoráveis e contrários à tese discutida (art. 1.038, § 3º), o princípio do contraditório – em sua versão adaptada à tutela massificada – estaria respeitado. Assim, a parte que persista na discussão com base em argumentos já representados e devidamente rechaçados não poderá alegar eventual cerceamento de defesa ou violações às garantias processuais constitucionais da participação em contraditório.

Noutro giro, contudo, caso a parte demonstre o não preenchimento dos requisitos acima (seja pelo fato de que os recursos representativos não possuem argumentação abrangente que espelhe o real estado da arte; seja porque o acórdão paradigma desrespeita os limites traçados na decisão de afetação ou porque não enfrenta todos os argumentos suscitados), estará autorizada a rejeitar qualquer aplicação do pretense “acórdão paradigma” e prosseguir na discussão visando obter um pronunciamento adequado do Poder Judiciário.

Caso não sejam respeitadas essas balizas, corre-se o risco de aviltar um contraditório já mitigado no contexto da tutela massificada.

E foi isso o que ocorreu antes mesmo da entrada em vigor do CPC/15, com a publicação da Lei 13.256/2016 que (em tese) atenuou o rigor no dever de fundamentação do RE e RESP repetitivos ao alterar a redação do art. 1.038, §3º, como já demonstrado acima³¹⁵.

Não se pode aceitar que, após uma significativa ampliação dos poderes normativos do Judiciário, seja tolerada uma fragilização do diálogo com o jurisdicionado, sem as devidas compensações participativas. Melhor seria que o legislador tivesse apenas inserido o termo “relevantes” na redação original. Isso porque, em que pese o termo “relevantes” seja cláusula aberta cuja definição ficaria a cargo do próprio Tribunal, não haveria dúvida de que *todos* os fundamentos relevantes deveriam ser enfrentados, fossem favoráveis ou contrários.

315

CPC/15 conforme Lei nº 13.105/2015	CPC/15 conforme Lei n. 13.256/2016
Art. 1.038, § 3º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de <u>todos os fundamentos</u> da tese jurídica discutida, <u>favoráveis ou contrários.</u>	Art. 1.038, § 3º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise <u>dos fundamentos relevantes</u> da tese jurídica discutida.

Aliás, na perspectiva defendida no presente estudo, esta deve ser a perspectiva a moldar a *mens legis* da Lei n. 13.256/2016, ou seja, o legislador quis apenas deixar claro que os argumentos inúteis, que não guardam qualquer pertinência com a discussão, que sirvam apenas para protelar indevidamente a fixação da tese não mereceriam uma fundamentação tão qualificada como aqueles argumentos que fossem relevantes e essenciais para a construção da tese. E, ressalte-se, que tal esclarecimento sequer se faria necessário para aqueles já familiarizados com o conceito de processo justo (*giusto processo*³¹⁶ ou *fair trial*³¹⁷) e com a dimensão ética do processo, segundo a qual o contraditório não corresponde a um cheque em branco para que as partes deduzam alegações impertinentes e obriguem o magistrado a analisá-las, como pontuado por Marcelo Veiga Franco³¹⁸; afinal o aprimoramento e uma técnica decisória pautada no respeito à tridimensionalidade do contraditório encontra balizas na própria atuação técnica e ética das partes, como defende o autor.

Aliás, com base na interpretação sistemática da tutela de casos repetitivos ora defendida, há supedâneo legal e hermenêutico para continuar defendendo uma fundamentação qualificada do acórdão proferido em RE e RESP repetitivos. Isso porque, em primeiro lugar, o art. 984, §2º continua obrigando que o acórdão proferido em sede de IRDR analise todos os argumentos concernentes à tese jurídica, sejam favoráveis ou contrários – e, como vimos, o legislador do CPC/15 impôs um liame normativo entre todos os institutos da tutela massificada; em segundo lugar, porque não se vislumbra – nesta limitada análise – argumento plausível para justificar uma fundamentação *qualificada* para o acórdão do IRDR e uma fundamentação *mitigada* para o acórdão do RE e RESP repetitivos, se todos esses institutos integram o mesmo sistema de tutela massificada. Em terceiro lugar, os Tribunais de cúpula não possuem autorização constitucional para fundamentar “menos” as suas decisões (aliás, pelo fato de terem a prerrogativa de errar por último, seu dever de fundamentação deveria ser até mais elevado). Em quarto lugar, o maior rigor da fundamentação no contexto de casos repetitivos está diretamente ligado à compensação pela mitigação da participação em contraditório, motivo pelo qual a despeito do *texto* que hoje se encontra no art. 1.038, § 3º (pós Lei 13.256/2016) a *norma* que

³¹⁶ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del “giusto processo”*. Torino: G. Giappichelli, 2004; COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie costituzionali e “giusto processo”* (modelli a confronto). *Revista de Direito Comparado*, vol. 2, n. 2, p. 270-271. Belo Horizonte: UFMG, 1998; MITIDIERO, Daniel. *O direito fundamental ao processo justo*. Disponível em: http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130419164953.pdf Acessado em 10/02/2016, 09:29h.

³¹⁷ FARIA, Gustavo de Castro. O contraditório e a fundamentação as decisões sob o enfoque de uma teorização processual democrática. In: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (coord). *Direito Processual: reflexões jurídicas*. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2010, p. 177.

³¹⁸ FRANCO, Marcelo Veiga. *Op. Cit.*, p. 126.

dele se extrai continua sendo a mesma de antes, seja pelos ditames constitucionais de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF/88), seja por decorrência do contraditório efetivo (hoje previsto de maneira incontroversa na parte geral do CPC/15), seja pelo fato de que a fundamentação qualificada é uma medida compensatória da mitigação do contraditório na seara de casos repetitivos e, sem ela, será impossível caminhar em direção a uma representatividade adequada.

O ponto crucial, portanto, é realizar-se o controle de uma representatividade adequada³¹⁹, na origem, no desenvolvimento e no desfecho da tutela massificada – simultaneamente. Qualquer interpretação que mitigue o dever de fundamentação qualificada no desfecho do julgamento colocará em xeque o equilíbrio estruturado pelo CPC/15 para compensar a inarredável fragilização do contraditório.

Aliás, a mitigação do contraditório clássico levou a outra compensação na seara massificada – um terceiro pilar, por assim dizer – consubstanciado no incentivo ao desenvolvimento de formas alternativas de representação do jurisdicionado.

Como já visto, a crise quantitativa de processos judiciais é um fenômeno multifacetado, insolúvel do ponto de vista estritamente processual³²⁰, mormente porque a atual crise da justiça se insere num contexto mais amplo de crise do Estado e de perda de credibilidade das instituições³²¹. Nessa senda, considerando ser inviável a participação de centenas, milhares e milhões de jurisdicionados nos procedimentos de tutela massificada, uma maior e mais efetiva organização da sociedade civil brasileira em grupos de interesses comuns revelar-se-ia como uma das formas não processuais de mitigação do déficit de participação na tutela dos casos repetitivos.

E, embora o referido tema fuja ao escopo do presente estudo – posto não ser estritamente processual – é pertinente invocá-lo, pois o CPC/15 traz consigo importantes aberturas participativas, a teor do art. 1.038, *in verbis*:

Art. 1.038. O relator poderá:

I - solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria e consoante dispuser o regimento interno;

³¹⁹ Cf. ARAUJO, Rodrigo Mendes de. *Op. Cit.*, 2013.

³²⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op. Cit.*

³²¹ GRECO, Leonardo. *Op. Cit.*, p. 11.

II - fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, com a finalidade de instruir o procedimento;

III - requisitar informações aos tribunais inferiores a respeito da controvérsia e, cumprida a diligência, intimará o Ministério Público para manifestar-se. (g.n)

Ora, o inciso I admite que órgãos e entidades com interesse na controvérsia manifestem-se sobre a questão – o que vai além da concepção tradicional de *amicus curiae* que funcionaria como entidade de perfil mais técnico e – supostamente – neutro³²². O dispositivo, portanto, vai além do tradicional acesso das entidades com domínio técnico sobre o tema (o que foi regulado pelo inciso II) e serve de janela de comunicação com os jurisdicionados potencialmente atingidos, nos termos em que for regulamentada pelo Regimento Interno da Corte.

Vê-se, neste ponto, a pertinência das ideias de Niklas Luhmann³²³, para quem o Direito seria um sistema autopoietico e autorreferenciado, operacionalmente fechado e cognitivamente aberto. Com efeito, partindo-se da premissa de que o Judiciário é um órgão encartado no "centro" do sistema jurídico, a comunicação com o meio social deve ocorrer por intermédio de acoplamentos estruturais que viabilizam a obtenção de dados externos ao ambiente estritamente jurídico – como feito pelo CPC/15.

Ademais, embora o inciso I do art. 1.038 mencione o termo “*pessoas*” “*com interesse na controvérsia*”, sabe-se que a participação de inúmeros jurisdicionados mostra-se inviável e esta é a razão de ser da mitigação do contraditório tradicional. Logo, seria mais proveitoso que tais indivíduos se agregassem conforme seus interesses comuns – o que lhes permitiria unir forças

³²² Não há neutralidade. Humberto Theodoro Jr., Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flavio Pedron pontuam: “Entretanto não podemos vislumbrar o *amicus* como uma figura, por essência imparcial e neutra, uma vez que sua intervenção pode se dar com um cunho estratégico, especialmente pela percepção que parcela dos litigantes habituais (*repeat players*) vêm usando da litigância estratégica, de modo a impactar a aplicação do direito e construir padrões decisórios benéficos a seus interesses. Isto torna os *amici* uma figura essencial que merece ter seus argumentos analisados, mas que pode, atendendo o requisito da representatividade adequada – art. 138 – (interesse institucional), estar defendendo o interesse de alguma das partes. [...] *Fowler e Etherington*, desde 1953, apontavam que o uso dos *amici curiae* muitas vezes viabilizava uma forma de lobby perante a Suprema Corte. Tal assertiva é demonstrada por pesquisas mais recentes que apontam o papel de interesses organizados na formação de decisão ou de defesa de uma opinião distinta, que comprovaria sua função parcial na defesa de algum interesse, fomentando dissensos. Só o tempo e pesquisas no Brasil quanto à sua atuação prática mostrarão em que medida o uso dos *amici* é realizado em prol da melhoria do papel dos Tribunais ou se somente ficará à disposição dos grupos organizados com melhores condições, em benefício de um ativismo seletivo.” JUNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Editora: Forense. Ano: 2015.

³²³ LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas: aulas publicadas por Javier Torres Nafarrate*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser, 3ª ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2011.

técnicas e econômicas para fazer face aos litigantes habituais e depurar os argumentos a serem levados ao órgão julgador – em salutar (re) nivelamento da paridade de armas³²⁴. Por fim, as audiências públicas – reguladas no inciso II do art. 1.038 – também poderão representar um importante mecanismo de participação.

5.3.2 Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

Outro dispositivo de formação das decisões paradigma – e que passa a perfilar com o REx e RESP repetitivos – é o novo Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), previsto nos artigos 976 a 987 do CPC/15.

O instituto segue a mesma tônica de conferir um tratamento molecularizado para demandas pulverizadas (atomizadas)³²⁵, conferindo-lhes uma solução comum a partir de casos representativos da controvérsia. Em apertada síntese, o IRDR possui uma função similar ao do REx e RESP repetitivos, entretanto, perante a segunda instância³²⁶, o que, na visão do legislador, uniformizaria em menos tempo o entendimento do Judiciário acerca de determinada questão de direito.

5.3.2.1. Breve incursão sobre o procedimento do IRDR. Análise à luz do contraditório mitigado da tutela de casos repetitivos.

O art. 976 do CPC/15 estatui que, havendo, simultaneamente, risco à isonomia e à segurança jurídica em razão da efetiva repetição de processos, o IRDR pode ser suscitado junto aos tribunais de segundo grau para fixarem uma tese jurídica que será replicada em todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição da corte. O seu cabimento, portanto, é atrelado ao preenchimento dos seguintes requisitos: a efetiva repetição de processos; sobre a mesma questão de direito; e que representem risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

No que se refere à questão unicamente de direito, o art. 976, § 4º *in fine* do CPC/15 assevera que a questão pode ser de direito material ou processual, o que suplanta o atual entendimento

³²⁴ GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel. BARBOSA DUTRA, Victor. Ensaio... *Op. Cit...*

³²⁵ PINTO, Luis Filipe Marques Porto Sá. Técnica de tratamento macromolecular dos litígios: tendências de coletivização da tutela processual civil. *Revista de Processo*. vol. 185. São Paulo: Ed. RT, 2010., p. 185.

³²⁶ Esta é uma das premissas deste estudo: de que os institutos integram o mesmo sistema e devem dialogar normativamente de maneira incessante. Parece partir de premissa diversa Sofia Temer, ao aproximar o IRDR dos processos de índole objetiva (tal como os de controle de constitucionalidade abstrato/concentrado). *In*: TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Salvador: Juspodivm. 2016.

restritivo do STJ sobre os embargos de divergência às questões de direito material³²⁷ e demonstra a maior amplitude das questões repetitivas em relação ao conceito de direitos individuais homogêneos. Não sem razão, o Enunciado 88 do Fórum Permanente de Processualistas Civis sustenta não existir limitação de matérias ao IRDR, não sendo, pois, admissível qualquer interpretação que restrinja seu cabimento com base nesse fundamento³²⁸.

O pedido de instauração do incidente será formulado perante o presidente do tribunal pelo juiz ou relator; pelas partes; pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública (art. 977). Havendo a apresentação de mais de um pedido de instauração do IRDR perante o mesmo tribunal, todos deverão ser apensados conjuntamente, visto que a ideia do instituto é exatamente harmonizar entendimentos e proporcionar isonomia e segurança jurídica.

O IRDR, contudo, não poderá ser instaurado se um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão (art. 976, § 4º), o que demonstra a relação de prejudicialidade interna entre os institutos de tutela dos casos repetitivos e o respeito à autoridade vertical dos Tribunais³²⁹.

Considerando-se o já mencionado interesse metaindividual na tutela das situações repetitivas – que mitiga tradicionais características liberais do processo – o incidente dispensa o recolhimento de custas (art. 976, §5º) e a sua desistência não impede o exame do mérito (art. 976, §1º). Além disso, o Ministério Público, se não for o requerente, intervirá obrigatoriamente como fiscal da lei e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono (art. 976, §2º).

Embora o pedido de instauração seja direcionado ao presidente do tribunal (art. 977, *caput*), o juízo de admissibilidade deve ser colegiado (art. 981) e o julgamento do mérito deve ser feito pelo órgão do tribunal encarregado da uniformização de jurisprudência (art. 978). Somente após um juízo colegiado de admissibilidade é que será possível ao relator (i) suspender os processos pendentes que tramitam no Estado ou na região; (ii) requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente e (iii) intimar o Ministério Público para se manifestar.

³²⁷ Cf. Superior Tribunal de Justiça: AgRg ERESP 1.326.030; AgRg EARESP 111.594; AgRg no EREsp 1.295.255

³²⁸ Disponível: <http://portalprocessual.com/tag/fppc/> Acessado em: 27.05.2016

³²⁹ Entretanto, é possível haver a instauração de mais de um IRDR perante tribunais de segundo grau diferentes (Enunciado FPPC 90). Disponível: <http://portalprocessual.com/tag/fppc/> Acessado em: 27.05.2016

Entretanto, caso a Corte necessite de mais elementos para posicionar-se sobre a admissibilidade, mostra-se razoável a requisição de informações e a intimação do *parquet* para subsidiar os trabalhos antes do juízo de admissibilidade. O mesmo raciocínio, contudo, não se deveria aplicar – *a priori* – à suspensão dos feitos, dado o risco de se comprometer a razoável duração do processo antes de se empreender à necessária triagem/admissibilidade.

Aliás, a suspensão de todos os processos individuais e coletivos sobre a mesma questão de direito é consequência intrínseca ao instituto, não sendo necessário o preenchimento dos requisitos da tutela de urgência (art. 300 a 302). Ainda assim, a suspensão deve ser comunicada aos órgãos jurisdicionais onde os processos tramitam originariamente e, durante os seus efeitos, os eventuais pedidos de tutela de urgência devem ser dirigidos ao juízo originário (art. 982, §§ 1º e 2º).

A suspensão, contudo, pode ser ampliada para todo o território nacional. Por razões de segurança jurídica, as partes, o Ministério Público e a Defensoria poderão requerer ao STJ e ao STF, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado. Aliás, essa possibilidade é conferida inclusive àqueles que estiverem em outros estados e regiões, que sejam partes em processos que versem sobre a mesma questão de direito (art. 982, §4º).

Em respeito à efetividade do direito material, se houver cumulação simples de pedidos (sem relação de prejudicialidade entre a questão a ser discutida nos Tribunais e determinado pedido formulado), a suspensão deve ser parcial, não impedindo o prosseguimento em relação ao pedido não abrangido pela tese a ser firmada no IRDR, conforme já se discutiu e cristalizou no Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (Enunciado 349).³³⁰

No que toca à fase “instrutória” – aqui utilizada *lato sensu*, visto se tratar de questões unicamente de direito³³¹ – o relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia³³², que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a

³³⁰ Disponível: <http://portalprocessual.com/tag/fppc/> Acessado em: 27.05.2016

³³¹ BARBOSA DUTRA, Victor. O incidente de resolução de demandas repetitiva (IRDR) e o incidente de assunção de competência (IAC). *Processo Civil Brasileiro: Novos rumos a partir do CPC/15*. Coord. Humberto Theodoro Junior. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, 211.

³³² Tal como no RE e RESP repetitivos.

elucidação da questão de direito controvertida. Em seguida, se manifestará o Ministério Público (art. 983).

Em relação ao julgamento, poderá haver sustentação oral do autor e réu do processo originário e do Ministério Público, bem como dos demais interessados. Para estes, o prazo seria comum de 30 (trinta) minutos, mas, considerando-se o número de inscritos, poderá haver ampliação (art. 984).

Assim como no RE e RESP repetitivos³³³, uma das principais virtudes da nova sistemática é a obrigatoriedade de que o conteúdo do acórdão abranja a análise de todos os fundamentos suscitados e concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários, conforme dispõe o art. 984, §2º do CPC. Isso porque essa fundamentação qualificada, tal como exposto, está intimamente relacionada com o contraditório e serve de compensação pela mitigação da participação dos jurisdicionados no contexto da tutela massificada.

A decisão proferida no IRDR, tal como as decisões modelo do RE e RESP repetitivos, é paradigmática e cogente: a tese jurídica será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem ou venham a tramitar na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive aos juizados especiais do respectivo Estado ou região (art. 986).

Caberá recurso extraordinário ou especial contra a decisão que julgar o mérito do IRDR, e neles haverá efeito suspensivo *ope legis* (art. 987, §1º) e presunção da repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida. Caso o Tribunal Superior adentre o mérito do recurso, a tese jurídica será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito.

Convém destacar, neste ponto, uma alteração empreendida pela Lei 13.256/2016 que revogou o inciso, II, § 3º do art. 1.035, que assim dispunha:

Art. 1.035, § 3º - Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que (...) II - **tenha sido proferido em julgamento de casos repetitivos**;(grifos nossos)

³³³ Dando-se uma interpretação sistemática e mantendo-se a *mens legis* do art. 1.038, §3º original (pós Lei 13.256/2016)

Provavelmente, o legislador reformador de 2016 quis dificultar o acesso ao STF, eis que o artigo afirmava que “sempre” haveria repercussão geral em recurso que impugne acórdão proferido em casos repetitivos – o que impediria quaisquer análises da Corte em sentido contrário. Ficou mantida, contudo, a regra do art. 987, § 1º segundo a qual o recurso extraordinário interposto no IRDR tem efeito suspensivo *ope legis*, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida.

Nessa senda, respeitados entendimentos divergentes³³⁴, a regra do art. 987, § 1º continua em vigor, permitindo que sejam feitas valorações quanto ao preenchimento do referido pressuposto de admissibilidade (o que beneficia o STF, caso queira ser mais rigoroso neste aspecto) – a alteração, contudo, transferiu o ônus argumentativo de infirmar a presunção de repercussão geral para a Corte.

5.3.2.2 Diferenças entre o IRDR e o *Musterverfahren* alemão: importantes subsídios à conformação do contraditório

Embora a comissão responsável pelo anteprojeto do CPC/15 tenha sustentado que o IRDR se inspirou no instituto alemão conhecido como *Musterverfahren*, merece ser ressaltado que durante a tramitação no Congresso, o incidente se distanciou – e muito – do seu congêneres tedesco³³⁵. Assim, merece ser feita uma breve análise das diferenças entre os institutos visando contribuir para o delineamento do contraditório na sistemática pátria.

5.3.2.2.1 Cláusulas Abertas. Risco à Isonomia e a Segurança Jurídica. Cisão de Julgamento.

Diante da estrutura de processamento do IRDR, deve-se questionar o momento adequado de seu manejo. Isso porque, o legislador brasileiro não se preocupou em delimitar objetivamente

³³⁴ Cumpre destacar respeitada posição contrária de Daniel Mitidiero e Sérgio Arenhart no sentido de estar tacitamente revogada a norma do art. 987, §1º do CPC/15. Os respeitados autores – em diálogo travado com o autor deste estudo no Congresso Processo Civil Novas Tendências, realizado em Belo Horizonte/MG entre os dias 06/08 de abril de 2016 – sustentam que uma lei ordinária não teria o condão de delimitar o espectro de atuação de um Corte Constitucional, mormente porque uma presunção absoluta – tal como posta – poderia abarrotar e comprometer a a função institucional da Corte.

³³⁵ O *Musterverfahren* foi introduzido na Alemanha por meio da Lei do Processo-Modelo dos Investidores de Capital (*Kapitalanlegermusterverfahrensgesetz – KapMuG*) no ano de 2005 com previsão de vigência provisória até o ano 2010 – prazo este que foi prorrogado uma primeira vez até 19.10.2012 e, mais recentemente, até 01.11.2020. O intuito do legislador era enfrentar uma situação fática específica consubstanciada na insatisfação de 17.000 investidores prejudicados com informações falsas prestadas pela empresa Deutsche Telekom quando da sua oferta pública inicial de ações. Referidos investidores eram representados por aproximadamente 900 escritórios de advocacia. In. STADLER, Astrid. 17.000 investidores contra a Deutsche Telekom – Experiências com ações judiciais coletivas na Alemanha. Estudo de caso. Trad. Márcio Flávio Mafra Leal. Seminário Internacional Brasil-Alemanha: Pontes de Miranda. *Série Cadernos do CEJ*. Brasília: CJF, 2010. p. 100-103.

o momento de formalização do incidente, mas sim com o seu cabimento, valendo-se de uma expressão aberta para indicar seus requisitos: “a efetiva repetição de processos” que “ponha em risco a isonomia e a segurança jurídica”.³³⁶

A expressão “efetiva repetição de processos” pode contemplar situações que variam desde poucas ações individuais e coletivas até a exigência de dezenas ou centenas de ações – sendo no primeiro sentido, aliás, o entendimento consolidado no Enunciado 87 do Fórum Permanente de Processualistas Civis³³⁷, que afirma que a instauração do incidente não pressupõe a existência de grande quantidade de processos, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica.

Em sentido diverso, o presente estudo defende posição mais cautelosa (um *self-restraint* inicial³³⁸) até o amadurecimento da sistemática.

Isso porque a expressão “efetiva” repetição de processos, prevista o art. 976, inciso I, contrapõe-se à ideia de “potencial” repetição, ou seja, o legislador não desejou prevenir o debate ou se precaver contra futuras repetições, mas sim pôr fim a divergências atuais e reais acerca de problemas existentes (e não hipotéticos). Destarte, só haverá risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica a partir do momento em que forem iniciados dissensos plausíveis e fundamentados entre os julgadores de primeiro grau. Diferentemente, se a despeito de haver uma questão comum contida em efetiva repetição de processos, o entendimento dos julgadores de primeiro grau estiver canalizado no mesmo sentido, não haveria que se falar em verdadeiro “risco” à isonomia ou à segurança jurídica.

Neste caso, poder-se-ia até refletir acerca da utilização do IRDR para consolidar, com uma força cogente e efeitos mais amplos, o entendimento já canalizado – mas, jamais, para estancar o debate no primeiro grau.

³³⁶ GONCALVES, Gláucio Maciel. BARBOSA DUTRA, Victor. Apontamentos sobre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas do Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Informação Legislativa – RIL*. n. 208 out./dez. 2015. Brasília: Senado, p. 192.

³³⁷ Disponível em: <http://portalprocessual.com/tag/fppc/> Acessado em: 27.05.2016

³³⁸ A expressão judicial *self-restraint* foi preconizada pelo *Chief Justice* Stone, quando proferiu o seu voto dissidente no caso *United States v. Butler*, em 1936. Trata-se do fenômeno da autocontenção judicial, que, embora não possua uma definição precisa e admita menos sentidos de conduta em relação ao ativismo judicial, também comporta diferentes significados. Seus defensores basicamente a identificam no comportamento de deferência do juiz em face dos poderes políticos. Nesse sentido, não deve o magistrado se substituir ao legislador para positivar o direito, ou ao governo, para implementar políticas públicas. RIBEIRO, Adolpho José. *Ativismo judicial vs. Judicial Self-Restraint: o papel do juiz constitucional entre a criatividade e o passivismo*. *Cognitio Juris*, Ano IV, Vo. 10. 2014, p. 369. Disponível em: www.cognitiojuris.com Acessado em 10/02/2016.

Como pontua Dierle Nunes³³⁹ a decisão paradigma não deve empobrecer o discurso jurídico, tampouco ser formada sem o prévio dissenso argumentativo, o que impõe um esgotamento momentâneo dos argumentos potencialmente aplicáveis. E isso porque, não se trata de um julgado qualquer, mas de uma decisão que representa uma interpretação panorâmica da temática ali discutida, sendo o seu papel uniformizar e não prevenir um debate.

Diversamente, no *Musterverfahren*, o legislador tedesco estabeleceu critérios mais objetivos, tais como: (i) a exigência de um requerimento de submissão ao processo-modelo de uma das ações individuais ajuizadas; (ii) a fixação de um prazo de quatro meses para que sejam formulados outros nove requerimentos de submissão, totalizando dez ao todo; (iii) a previsão de que os pedidos sejam submetidos ao Tribunal Regional, que escolhe um autor-modelo, suspendendo-se os outros processos – mas os autores dos processos pendentes figuram como “partes convidadas” no procedimento-modelo³⁴⁰.

No Brasil, caso prevaleçam entendimentos ampliativos do que seria o “risco” à isonomia e à segurança jurídica, pode-se haver o manejo prematuro do incidente, sem que uma plêiade de jurisdicionados conduza ao Judiciário novas perspectivas para a questão e sem que uma diversidade mínima de juízes tenha se posicionado sobre a matéria, o que estancaria dissenso e debate benéficos e culminaria numa maior chance de as decisões se apresentarem desconectadas da realidade.³⁴¹

Aliás, a insuficiente regulamentação do IRDR no CPC/15 também já deu ensejo a uma controvérsia acerca da necessidade (ou não) de haver pelo menos um recurso pendente de julgamento na Corte. O entendimento consolidado pelo Enunciado n. 22 da ENFAM³⁴² é no seguinte sentido:

A instauração do IRDR não pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal. (g.n)

Ora, a despeito de tal entendimento se mostrar, do ponto de vista operacional e dos resultados, como o mais pragmático, não merece subsistir na perspectiva construída neste trabalho. Isso

³³⁹ NUNES, Dierle. Padronizar decisões pode empobrecer o discurso jurídico. *Revista Consultor Jurídico*. 06 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-06/dierle-nunes-padronizar-decisoes-empobrecer-discurso-juridico>> Acesso em: 02 set. 2014.

³⁴⁰ STADLER, Astrid. *Op. Cit.*, 2010. p. 100-103.

³⁴¹ GONCALVES, Gláucio Maciel. BARBOSA DUTRA, Victor. Apontamentos ... *Op. Cit.*.

³⁴² Disponível em: < <http://www.enfam.jus.br/2015/09/enfam-divulga-62-enunciados-sobre-a-aplicacao-do-novo-cpc/>> Acessado em: 27.05.2016

porque, embora haja uma cisão³⁴³ no julgamento (cabendo ao Tribunal se pronunciar sobre as questões de direito comuns e aos juízos de primeiro grau dar continuidade ao julgamento da demanda com base no entendimento fixado), se não houver *nenhum* recurso pendente de julgamento na corte de Segundo Grau significa dizer que não houve – ainda – nenhuma divergência entre decisões de juízes de primeiro grau sobre aquela questão de direito ou que, tendo havido decisões, as partes não interpuseram recurso.

Partindo-se da premissa de que a fragilização da segurança jurídica e da isonomia será apurada a partir de decisões conflitantes (pois são estas decisões conflitantes que, afinal, terão o condão de pôr em efetivo risco a isonomia e a segurança jurídica) não se vislumbra como o Tribunal poderá apreender as diversas perspectivas, a diversidade mínima de posicionamentos judiciais, o dissenso, o pluralismo sem tais substratos prévios.

Ainda que seja possível ao relator requisitar informações aos juízos onde tramitam processos sobre a questão objeto do incidente (a teor o art. 982), parece que – com o manejo precoce do IRDR – o magistrado de primeiro grau teria de adiantar o seu entendimento ao relator do IRDR antes mesmo de proferir a decisão/sentença no caso concreto, o que se afigura estranho do ponto de vista técnico. Aliás, considerando que a admissão do incidente implicaria na suspensão de todos os processos pendentes no primeiro grau (art. 982, I) certamente não haveria mais nenhum pronunciamento de magistrados de primeiro grau sobre a questão, ficando todos no aguardo da fixação da tese pelo Tribunal. Estanca-se o debate no primeiro grau, que passa apenas a prestar informações ao Relator do incidente.

Tal *abstrativização* do juízo de primeiro grau seria um efeito colateral do entendimento perfilhado pela ENFAM e, na perspectiva deste estudo, não se afigura – nem de longe – como o mais salutar para a construção judicial do Direito, no médio e longo prazos. Se não houver nenhum recurso no Tribunal acerca daquela questão de direito e vier a ser instaurado o IRDR, suprime-se a atividade jurisdicional de primeiro grau, por questões estritamente pragmáticas.

Não se pode ignorar o fato de que os entendimentos judiciais de primeiro grau – mais próximos da realidade concreta do jurisdicionado – oxigenam o sistema e não constituem meras soluções *provisórias* à espera de uma provisão messiânica do Tribunal. Embora este não esteja vinculado

³⁴³ Conferir adiante a celeuma acerca da existência ou não de cisão e seus impactos sobre a atividade do Tribunal

às teses surgidas na primeira instância, possivelmente escolherá – em inúmeras oportunidades – dentre aquelas a tese vencedora.

Aliás, já se demonstrou alhures que os argumentos extrajurídicos fundados em praticidade não devem ser os únicos – nem os preponderantes – quando da elaboração e adoção de medidas de desafogamento do Poder Judiciário, pois é inequívoca a incidência de direitos e garantias fundamentais e dos limites funcionais traçados pela própria Constituição. Os elementos de fora do ordenamento jurídico (resultados administrativos, econômicos, gerenciais) – o que Luhmann³⁴⁴ denomina de *output* – não devem preponderar sobre o núcleo essencial de determinado direito ou garantia, sob pena de convertê-los em frágil meio para se atingir os resultados pretendidos³⁴⁵.

Destarte, embora o entendimento esposado no presente estudo – no sentido de se aguardar um mínimo de dissenso que efetivamente ponha em risco a isonomia e a segurança jurídica – não se afigure como o mais pragmático, mostra-se mais consentâneo com (i) a função precípua do Poder Judiciário (que é decidir a partir de casos concretos já existentes³⁴⁶ e não elaborar normas gerais e abstratas para casos futuros, (ii) com o duplo grau de jurisdição, na medida em que garante a manifestação do órgão jurisdicional de primeiro grau à luz do caso concreto (e não em um adiantamento abstrato do entendimento do julgador) e (iii) com a estrutura do próprio Direito, cuja construção e aperfeiçoamento ocorrem por meio da discussão, da divergência e da dialética.

Aliás, por uma questão de consistência do sistema de casos repetitivos, deve-se avaliar se os assuntos em discussão estão maduros para uma decisão judicial e se a decisão judicial resolveria esses assuntos de modo a diminuir a probabilidade de novos dissensos³⁴⁷. Em qualquer seara, conforme pontuado por Leonardo Carneiro da Cunha, o dissenso inicial gera ambivalência, incerteza e até mesmo ignorância a respeito da amplitude das questões envolvidas e de suas implicações na vida de cada um dos sujeitos interessados no tema. Quando as discussões ainda estão no início não se chegou ao melhor momento para que o tribunal se posicione e fixe uma tese jurídica a ser aplicável a casos futuros, motivo pelo qual tolerar o dissenso por algum tempo

³⁴⁴ LUHMAN, Niklas. *Op.Cit.*, 1978.

³⁴⁵ Misabel de Abreu Machado. *Op. Cit.*, 2009. p. 213.

³⁴⁶ Nos Tribunais, inclusive.

³⁴⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 337.

seria uma maneira de permitir que o debate continue até que se alcance maior clareza sobre o assunto³⁴⁸.

Nessa perspectiva, devem ser tidos como salutares os debates e divergências iniciais, pois esse dissenso é importante para a renovação do entendimento jurisprudencial e para a construção democrática e dialética do Direito. Aliás, o próprio inciso II do art. 976 do CPC/15 exige a efetiva configuração de risco à isonomia e à segurança jurídica, o que denota um sentido muito mais profundo do que meras divergências iniciais. O manejo precoce do IRDR com a prolação de uma decisão prematura pode vir a sofrer inúmeras distinções (*distinguishings*), superações (*overrulings*) ou ser questionada pela via da reclamação (art. 985, § 1º, do CPC/15), comprometendo-se a própria utilidade do instituto e o funcionamento do sistema.³⁴⁹

Outrossim, se inexistir repetição de múltiplos processos, mas a relevante questão de direito apresenta grande repercussão social, o instituto cabível será o incidente de assunção de competência (art. 947), que pressupõe a existência de um recurso, remessa necessária ou de um processo de competência originária efetivamente em trâmite no Tribunal, como se verá linhas à frente. Aliás, na perspectiva defendida pela ENFAM, o IRDR seria o único instituto formador de decisões-modelo que dispensaria a pendência de uma causa no Tribunal (diferentemente do REx, RESp e o IAC) o que não se afigura plausível na interpretação sistêmica e integrativa ora esposada.

5.3.2.2.2 Questões de fato e de direito

Convém problematizar, ainda, a viabilidade da cisão entre questões de fato e questões de direito proposta pelo CPC/15, que atribuiu ao IRDR a função de uniformizar questões unicamente “de direito” (art. 976, inciso I).

Conforme apontado³⁵⁰, essa cisão radical entre questões de direito e questões de fato é, na visão de alguns, fantasiosa³⁵¹, pois não há como se interpretar um texto em abstrato, tendo em vista que o sentido normativo de um texto sempre pressupõe, no mínimo, uma ilustração da sua

³⁴⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. vol. 193. São Paulo: Ed. RT, 2011.

³⁴⁹ GONCALVES, Gláucio Maciel. BARBOSA DUTRA, Victor. Apontamentos... *Op. Cit.*

³⁵⁰ GONCALVES, Gláucio Maciel. BARBOSA DUTRA, Victor. Apontamentos... *Op. Cit.*

³⁵¹ ROSSI, Júlio César. O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de Processo*. vol. 208. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 233.

possibilidade de aplicação³⁵². Posição semelhante é defendida por Ovídio Baptista da Silva³⁵³, ao afirmar que os conflitos de interesse que justificam a existência do processo são conflitos que têm por fundamento os fatos da vida, do cotidiano, mas a doutrina processual predominante insiste em ignorar essa obviedade, direcionando todos os esforços e investimentos para o mundo do direito, o mundo das normas, o mundo das ficções jurídicas. O risco, portanto, é de se hiperintegrar o direito, aplicando-se uma decisão-modelo para além dos próprios fatos que justificaram a sua prolação e extrapolando-se, por conseguinte, os limites do seu campo gravitacional³⁵⁴.

O texto legislativo, portanto, tende a perpetuar uma questionável tradição brasileira de subdimensionar a relevância dos fatos para o deslinde da controvérsia, dando ensejo a uma perspectiva “exegética” do acórdão paradigma.³⁵⁵ Antônio do Passo Cabral³⁵⁶ destaca, por exemplo, que no *Musterverfahren* não há cisão entre questões de fato e de direito, mormente porque os fatos e os direitos estão indissociavelmente imbricados na atividade de cognição judicial, de modo que a abstração excessiva de questões de direito poderia gerar um artificialismo da decisão.

É exatamente aqui que, valendo-se da coerência interna do sistema de casos repetitivos previsto no CPC/15 e diante da omissão presente na sistemática do IRDR neste particular, mostra-se relevante importar a obrigatoriedade de uma decisão de afetação (art. 1.037, inciso I) que identifique com precisão a questão a ser submetida a julgamento e impeça a formação de um acórdão paradigma em caso de desrespeito à delimitação (*ratio* do art. 1.037, § 2º revogado pela Lei 13.256/2016). Essa interação entre as regulamentações do IRDR, RE e RESP repetitivos é não apenas possível como desejável – sobretudo se tal medida reforça um contraditório já fragilizado. Essa delimitação deveria atuar como um *self restraint* diante uma inequívoca tendência contemporânea de elaboração de normas cada vez mais gerais e abstratas pelo Poder Judiciário.

³⁵² SIMIONI, Rafael. Nem as súmulas vinculantes escapam da interpretação. Revista Consultor Jurídico, 02 mar. 2011. Disponível em: <www.conjur.com.br/2011-mar-02/interpretar-exigencia-nao-interpretacao-sumulas-vinculantes> Acesso em: 02 set. 2014.

³⁵³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Epistemologia das ciências culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 19

³⁵⁴ RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

³⁵⁵ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. As súmulas vinculantes e a nova escola da exegese. *Revista de processo*, v. 37, n. 206, p. 359-379, abr. 2012.

³⁵⁶ CABRAL, Antônio do Passo. *Op. Cit*, 2007.

Neste ponto, também é de grande relevo destacar a posição defendida por Sofia Temer para quem a cisão cognitiva (entre o juízo do IRDR para as questões de direito repetitivas e o juízo posterior sobre as demais questões fáticas e jurídicas não repetitivas) seria de tal envergadura que a natureza da tutela jurisdicional prestada no IRDR se aproximaria dos processos de índole *objetiva* (tal como os de controle abstrato de constitucionalidade)³⁵⁷.

Segundo essa posição, no âmbito do Incidente, o órgão do Tribunal fixaria apenas a tese jurídica e não julgaria a causa-piloto representativa da controvérsia – diversamente do que ocorre na sistemática dos recursos repetitivos³⁵⁸. Isso conduziria a uma “*dessubjetivação*” do processo que representou a controvérsia, técnica que, na visão da autora, não estaria adstrita às decisões proferidas pelo STF, sendo exemplo disso o incidente de arguição de inconstitucionalidade perante os Tribunais de segundo grau³⁵⁹ (em que o Pleno ou Órgão especial enfrenta apenas a questão acerca da constitucionalidade, cabendo aos demais órgãos a aplicação do entendimento aos casos concretos).

Corroborariam essa natureza objetiva da tutela jurisdicional prestada no IRDR, na visão da autora: o fato de que a desistência do recurso ou o abandono do processo não impedem o exame de mérito do incidente (art. 976, § 1º), a possível inconstitucionalidade formal do art. 978, parágrafo único, segundo o qual 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 incidente³⁶⁰ e o fato de o *Musterverfahren* – que inspirou o IRDR – ser um mecanismo de procedimento-modelo (em que há apenas a fixação da tese) e não um mecanismo de causa-pilo (em que há fixação de tese e julgamento da causa representativa).

A proposição é arrojada e internamente coerente, mas adota-se posição diversa no presente estudo.

Isso porque, dada a necessidade de evitar uma mitigação excessiva do contraditório no contexto de casos repetitivos – que perpassa a proposição de um *self-restraint* para o Poder Judiciário na elaboração dessas teses normativas – a imposição legal para que seja efetivamente julgado o caso-piloto contribui para uma delimitação mais precisa do âmbito de incidência da tese e evita

³⁵⁷ TEMER, Sofia. *Op. Cit.*, p. 65

³⁵⁸ TEMER, Sofia. *Op. Cit.*, p. 69

³⁵⁹ TEMER, Sofia. *Op. Cit.*, p. 86

³⁶⁰ TEMER, Sofia. *Op. Cit.*, pp.77-79, 105.

que esta se descole do quadro fático que lhe deu origem (algo comum na cultura jurídica brasileira e que o CPC/15 pretende combater – a teor do parágrafo segundo do art. 926³⁶¹).

Embora a ideia de delimitação do *fato-tipo*³⁶² pudesse exercer essa mesma função (num Judiciário ideal), a imposição *legal* de que haja a necessidade de se debruçar sobre os casos representativos e efetivamente julgá-los confere um vínculo mais intenso entre o fato e a norma que será criada na decisão-modelo (algo salutar na perspectiva defendida neste estudo). O risco de descolamento e, conseqüentemente, de aviltamento do contraditório diminuiria.

Além disso, a necessidade de se dedicar ao julgamento da causa-piloto (art. 978, p.u.) também evitaria um manejo precoce do incidente, a prevenção do debate e as dissensões salutares ao desenvolvimento do direito.

Em segundo lugar, a tutela jurisdicional de natureza jurídica *objetiva* – além de ser excepcional dentre as atividades tradicionalmente exercidas pelo Judiciário – atrela-se à necessidade de tutela da *Constituição* – norma máxima do ordenamento, cuja integridade justifica adaptações procedimentais por vezes excepcionais. A transposição desse *modus operandi* para um Incidente capaz de gerar teses normativas para todo e qual ramo do Direito demanda cautela e, portanto, leva à necessidade de fixar a tese *a partir de um caso-piloto* que seja *efetivamente julgado* pelo Tribunal.

Em terceiro lugar, porque o art. 978, *parágrafo único* goza de presunção de constitucionalidade até a eventual declaração de sua inadequação com a Constituição da República.

Em quarto lugar, porque a desistência do recurso especial e extraordinário repetitivos também não impede a fixação da tese pelo STJ e STF e nem por isso se está a defender uma natureza puramente objetiva para tais. É inegável o fenômeno de objetivação dos recursos destinados aos tribunais superiores, mas daí a aproximá-los a uma tutela jurisdicional puramente objetiva do ordenamento jurídico há uma significativa diferença. Ao revés, partindo-se da premissa de que os três institutos (IRDR, RESP e REx repetitivos) compõem o mesmo sistema de tutela de casos repetitivos, deve-se prestigiar uma interpretação que lhes confira maior harmonia e possibilidades de integração normativa, sobretudo porque ao se defender uma natureza jurídica

³⁶¹ Código de Processo Civil, Art. 926, § 2º. Ao editar enunciados de súmula, os tribunais **devem ater-se às circunstâncias fáticas** dos precedentes **que motivaram sua criação**.

³⁶² TEMER, Sofia. *Op. Cit.*, pp.72-75

objetiva para um instituto e uma natureza jurídica diversa para os demais, atraem-se obstáculos (sobretudo teóricos) à referida interação normativa.

5.3.2.2.3 Grau de vinculação da decisão paradigma.

O grau de vinculação do acórdão paradigma em relação a terceiros que não participaram diretamente da formação do convencimento do julgado – mas que possuam uma demanda semelhante – é tema que merece ser enfrentado. A teor do art. 985, II, do CPC/15, a tese jurídica fixada a partir do incidente será aplicada aos casos futuros que versem sobre idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do respectivo tribunal, até que esse mesmo tribunal a revise

Nesse quesito, o *Musterverfahren* e o IRDR trilharam caminhos diversos, pois no instituto tedesco não há vinculação dos processos futuros, mas apenas daqueles processos individuais registrados no momento em que proferida a decisão do Tribunal³⁶³. Tal característica tem levado a doutrina alemã a rechaçar veementemente a existência de efeitos vinculante da decisão-modelo prolatada no *Musterverfahren*, ao passo que, no Brasil, como se viu, o art. 985, II, do CPC/15 permite que a tese jurídica seja aplicada indiscriminadamente aos casos futuros que versem sobre idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do respectivo tribunal.

Embora a discussão específica acerca do grau de vinculação seja tema autônomo – que foge ao escopo do presente trabalho – não há como negar os riscos ao contraditório do jurisdicionado que não teve mínimas chances de tomar parte na formação da decisão paradigma. Logo, discussões como as já realizadas na Alemanha acerca do grau de vinculação dos indivíduos, são extremamente relevantes, pois, como se sabe, o efeito vinculante confere vinculação aos fundamentos da decisão, podendo ser aplicado aos casos futuros que possuam a mesma *ratio decidendi*, ao passo que a coisa julgada, em regra, restringe-se ao dispositivo do julgado, não alcançando os motivos da decisão (art. 504 do CPC/15).

³⁶³ Na Alemanha, a legislação não tratou de forma clara acerca da natureza dos institutos que estendem aos processos individuais os efeitos do julgamento do *Musterverfahren*, limitando-se a dizer que a decisão de mérito no procedimento-modelo “vincula” os juízos de origem. Mesmo que a vinculação seja limitada aos processos registrados no procedimento-modelo – o que, de certa forma, já restringe o raio de incidência da decisão – a doutrina alemã, ainda assim, diante da imprecisão legal, discute se haveria eficácia de coisa julgada, efeito vinculante ou a chamada eficácia da intervenção ligada à intervenção de terceiros. GONCALVES, Gláucio Maciel. BARBOSA DUTRA, Victor. Apontamentos ... *Op. Cit.*.

Diante de eficácia tão ampla, caso não sejam respeitadas as balizas mínimas do contraditório já mitigado – tais como a delimitação, na origem, da relação-modelo, a escolha de casos com argumentação abrangente para representar a controvérsia, a precisa delimitação das questões comuns numa decisão de afetação, o enfrentamento de todos os argumentos favoráveis e contrários; sem prejuízo de outros mecanismos de controle de representatividade adequada – essa vinculação indiscriminada representará sério risco ao contraditório efetivo e à ampla defesa.

5.3.3 Incidente de assunção de competência

Outro instituto formador de decisões modelo – que, contudo, não pressupõe a existência de casos repetitivos – é o incidente de assunção de competência (IAC) previsto no art. 947 do CPC/15. Por representar uma evolução do antigo incidente de uniformização de jurisprudência, previsto no art. 555, § 1º do CPC/73, sua finalidade precípua é evitar a jurisprudência dispersa e conflitante sobre relevante questão de direito que apresente grande repercussão social.

Conforme se depreende do art. 947, o manejo do incidente de assunção de competência pressupõe a existência dos seguintes requisitos³⁶⁴ (a) a existência de um recurso, de remessa necessária ou de uma ação de competência originária *em trâmite* no Tribunal de segundo grau; (b) a existência de questão de direito relevante e revestida de grande repercussão social; (c) que haja divergência interna no Tribunal.

A grande inovação do CPC/15 em relação ao instituto foi possibilitar que o acórdão proferido em assunção de competência vincule todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão da tese (§3º). A doutrina, aliás, defende efeito ainda mais amplo, a saber, a aplicação da tese jurídica 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, conforme se depreende do Enunciado 472 do Fórum Permanente de Processualistas Civis³⁶⁵.

Conquanto o cabimento do IAC independa de questões repetitivas – o que a rigor o afastaria da análise do presente trabalho – a possibilidade de elaboração de decisões paradigmáticas que tenham o condão de vincular jurisdicionados sem a adequada participação em contraditório,

³⁶⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et al]. *Op. Cit.*, p. 1.345.

³⁶⁵ Enunciado 472. (art. 985, I) Aplica-se o inciso I do art. 985 ao julgamento de recursos repetitivos e ao incidente de assunção de competência. (Grupo: Precedentes, IRDR, Recursos Repetitivos e Assunção de competência). Disponível em: < <http://portalprocessual.com/tag/fppc/>> Acessado em: 29.04.2016.

atrai a incidência – quando cabível – dos dispositivos referentes ao RE e RESP repetitivos e do IRDR, sobretudo no que tange à precisa delimitação da questão objeto de julgamento, ao enfrentamento de todos os argumentos – favoráveis e contrários – e à viabilização de meios alternativos de participação dos jurisdicionados.

A interação hermenêutica e integração normativa entre as regulações dos institutos encontra lastro, ainda, em diversos enunciados doutrinários cristalizados a partir de debates realizados no Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. A título exemplificativo, tem-se o Enunciado 201 que dispõe serem aplicáveis ao IAC as regras previstas nos artigos 983 e 984, ressaltando-se que é exatamente no §2º do art. 984 onde se encontra um dos pilares do contraditório da tutela massificada – as saber, a exigência de que o acórdão enfrente todos os argumentos concernentes à tese jurídica, sejam favoráveis ou contrários; já o Enunciado 461 sustenta ser aplicável ao IAC a previsão do §2º do art. 927 que recomenda que a alteração de tese jurídica adotada em julgamento de casos repetitivos seja precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese; o Enunciado 467, por seu turno, defende que o Ministério Público deve ser obrigatoriamente intimado no incidente de assunção de competência, assim como ocorre no IRDR e o Enunciado 472 é pela aplicação da previsão do art. 985, I (originariamente previsto para o IRDR) ao incidente de assunção de competência

5.4 Dispositivos de aplicação e aperfeiçoamento das decisões proferidas em casos repetitivos

5.4.1 Dispositivos dispersos ao longo do CPC/15

Como já repisado, o mérito do novo CPC em relação à tutela massificada consiste em avançar na direção de sistematizar a tutela de casos repetitivos, não se contentando com a mera previsão de institutos formadores de decisões-modelo. Nessa toada, são significativos os dispositivos que demonstram que a fixação da decisão paradigmática deflagra uma série de consequências processuais que – basicamente – abreviam o *modus operandi* decisório, servindo de vazão à aplicação das teses fixadas.

Primeiramente é preciso destacar que as decisões paradigmáticas – lapidadas no contraditório da sistemática repetitiva – ostentam força vinculante, conforme se depreende do art. 927, III³⁶⁶;

³⁶⁶ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

não por acaso, foram previstos mecanismos processuais para garantir a integridade do direito³⁶⁷ cristalizado na tese repetitiva.

A título exemplificativo, tem-se previsão específica de cabimento dos embargos declaratórios para suprir omissão sobre tese repetitiva, a teor do art. 1.022, parágrafo único, inciso I. Não sendo sanada a omissão pela via dos embargos, o Código prevê o cabimento de reclamação (art. 988, IV) como meio de garantir a observância de precedentes gerados na sistemática de casos repetitivos ou de assunção de competência³⁶⁸.

A fixação da tese repetitiva, ademais, deflagra outras consequências.

O art. 311, por exemplo, que dispõe sobre a tutela de evidência (uma das espécies de tutela provisória), elenca como uma das suas hipóteses de cabimento a existência de tese repetitiva sobre o tema. Assim, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, a tutela da evidência será concedida quando houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos e for possível à parte demonstrar – por meio de prova documental – que sua situação se enquadra na hipótese da decisão modelo.

O art. 332, por seu turno, representa o avanço em relação ao artigo 285-A do CPC/73, na medida em que abandona a prática da “jurisprudência” do próprio juízo para dar vazão aos entendimentos fixados em julgamento de casos repetitivos e que, obviamente, tenham sido submetidos ao crivo das regras deste sistema (frise-se: correta delimitação da relação modelo, das questões comuns, precisa delimitação das questões afetadas, enfrentamento de todos os argumentos favoráveis e contrários à tese e, ainda, a realização de formas alternativas de participação em contraditório).

Essa abreviação no tempo decisório também foi aperfeiçoada do antigo art. 557 do CPC/73 para os atuais artigos 932 e 955 do CPC/15, segundo os quais, respectivamente, o relator poderá – monocraticamente – negar provimento ou dar provimento a recursos com base em teses que já

³⁶⁷ DWORKIN, Ronald. O império do Direito. (Trad. de Jefferson Ruiz Camargo). 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 271. Confira a posição do autor: “O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas.”

³⁶⁸ Aliás, esse dispositivo foi alterado pela reforma de fevereiro de 2016, passando a consignar que “IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência;”

tenham sido fixadas na sistemática repetitiva, bem como poderá decidir conflitos de competência já elucidados em teses repetitivas.

Há outras consequências da fixação da tese na tutela repetitiva, tais como a dispensa da remessa necessária de sentenças desfavoráveis ao erário público que estejam consentâneas com teses repetitivas (art. 496, § 4º, inciso II³⁶⁹) e a dispensa de caução no cumprimento provisório de sentença que se alinhe com súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou esteja em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos (art. 521, IV³⁷⁰).

Além disso, com a alteração empreendida no texto original do CPC/15, ocorrida em fevereiro de 2016, o desrespeito à aplicação das teses repetitivas passou a dar ensejo à ação rescisória. Com efeito, foram acrescentados os parágrafos 5º e 6º ao artigo 966, no seguinte sentido:

§ 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do caput deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento. (g.n)

§ 6º Quando a ação rescisória fundar-se na hipótese do § 5º deste artigo, cabará ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica. (g.n)

Convém destacar, contudo, que todas essas consequências – obviamente – não prescindem do respeito ao contraditório no momento de aplicação da decisão paradigmática, mesmo porque deve ser facultada à parte a demonstração das peculiaridades do seu caso. Em outras palavras, o princípio do contraditório não se encerra no contexto de formação da decisão-modelo, espraiando-se para os momentos de aplicação ora mencionados (sobretudo para evitar ampliações indevidas e aplicações a casos que não devem se subsumir à decisão-modelo).

³⁶⁹ Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

(...)

§ 4º. Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

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

³⁷⁰ Art. 521. A caução prevista no inciso IV do art. 520 poderá ser dispensada nos casos em que:

(...)

IV - a sentença a ser provisoriamente cumprida estiver em consonância com súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos.

Obviamente que o rigor do art. 489 poderá coibir decisões que se limitem a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes ou que não demonstrem que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos, ou que deixem de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento; contudo, para uma escorreita aplicação do art. 489, mister se faz que o contraditório tenha sido respeitado desde a origem.

5.4.2 A situação do Agravo em REX e RESP

Outro mecanismo de aplicação e aperfeiçoamento de notável relevo para a sistemática repetitiva seria o agravo em recursos extraordinário e especial, previsto na versão original do CPC/15, pois referido recurso havia ganhado nova – e mais nobre – função que aquela verificada no CPC/73. Contudo, em fevereiro de 2016 – antes mesmo de entrar em vigor – o CPC/15 foi alterado neste ponto, motivo pelo qual se faz importante analisar ambas as situações.

5.4.2.1 O agravo no CPC/15. Lei 13.105/2015

Grande parte da alteração do regime do agravo decorria da mudança realizada no juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário.

Se na vigência do CPC/73 o Tribunal de origem (TJ ou TRF) era o órgão encarregado de proceder a um amplo juízo de admissibilidade (o que lhe conferia inúmeras chances de barrar a subida dos recursos e, por conseguinte, ensejar a interposição do agravo), na vigência do CPC/15 o juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais fora transferido para as próprias Cortes Superiores (art. 1.030, p.u, redação original)³⁷¹.

Conseqüentemente, enquanto o CPC/73 dispunha de maneira genérica que qualquer inadmissão do REX e RESP ensejaria o cabimento do agravo, o CPC/15 foi muito mais restritivo elencando apenas três hipóteses de cabimento do recurso, confira-se:

Art. 1.042. Cabe agravo contra decisão de presidente ou de vice-presidente do tribunal que:

³⁷¹ Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão remetidos ao respectivo tribunal superior. Parágrafo único. A remessa de que trata o caput dar-se-á independentemente de juízo de admissibilidade

I – indeferir pedido formulado com base no art. 1.035, § 6º, ou no art. 1.036, § 2º, de inadmissão de recurso especial ou extraordinário intempestivo;

II – inadmitir, com base no art. 1.040, inciso I, recurso especial ou extraordinário sob o fundamento de que o acórdão recorrido coincide com a orientação do tribunal superior;

III – inadmitir recurso extraordinário, com base no art. 1.035, § 8º, ou no art. 1.039, parágrafo único, sob o fundamento de que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inexistência de repercussão geral da questão constitucional discutida.

Com base nisso, a atuação dos Tribunais de origem no processamento de REx e RESP foi sobremodo limitada, circunscrevendo-se à apreciação de intempestividade – quando suscitada – (art. 1.042, I) e à **aplicação de entendimentos já consolidados pelas Cortes superiores** (art. 1.042, incisos II e III). Como se sabe, de acordo com as premissas do CPC/15, as decisões dos Tribunais de Segundo grau precisam estar em consonância com as decisões dos Tribunais Superiores, visando à uniformização do direito jurisprudencial brasileiro.

Ocorre que, ainda na vigência do CPC/73, surgiu um problema decorrente dos entendimentos firmados pelo Supremo Tribunal Federal no AI 760358 QO (Rel. min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 19/11/2009) e pelo Superior Tribunal de Justiça na QO no Ag 1154599/SP (Rel. min. Cesar Asfor Rocha, Corte especial, j. em 16/02/2011). Segundo tal posicionamento, se o Tribunal de origem aplica entendimento já consolidado pelos Tribunais Superiores e nega seguimento ao recurso especial ou extraordinário, não seria cabível agravo do art. 544 (CPC/73), mas sim agravo regimental para o próprio tribunal de origem, o que, na visão de Volpe Camargo, teria gerado a quase completa vedação de acesso aos tribunais superiores para demonstração da errônea aplicação da tese firmada no recurso repetitivo ao caso concreto³⁷².

O CPC/15, portanto, tentou corrigir esse problema ao consignar expressamente que a decisão do presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem que nega seguimento aos recursos especiais ou extraordinários pelo fato de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior (art. 1.040, I), é passível de questionamento diretamente no Tribunal Superior por meio de agravo. Confira-se, *in verbis*, o art. 1.042 inciso II:

³⁷² VOLPE CAMARGO, Luiz Henrique. O agravo nos próprios autos (art. 544) e as Questões de Ordem no AI 760358 (STF) e no Ag 1154599/SP (STJ). *Revista de Processo*, São Paulo, ano 39, n. 231, maio, 2014, p. 145-186)

Art. 1.042. Cabe agravo contra decisão de presidente ou de vice-presidente do tribunal que:

II – inadmitir, com base no art. 1.040, inciso I, recurso especial ou extraordinário sob o fundamento de que o acórdão recorrido coincide com a orientação do tribunal superior;

Tal dispositivo, portanto, voltou a permitir a interposição direta do agravo ao Tribunal Superior – suplantando as referidas questões de ordem.

Assim, no contexto da tutela repetitiva do CPC/15, o agravo passava a ostentar a nobre função de servir de mecanismo de distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*) de entendimentos jurisprudenciais, sendo imputado ao agravante demonstrar de forma expressa a existência de distinção entre o caso em análise e o precedente invocado, sob pena de não conhecimento do recurso (art. 1.042, §1º, II). Percebe-se, com isso, a fundamentação vinculada a que estava sujeita o recurso em comento, motivo pelo qual o agravante não deveria apenas se insurgir contra a decisão, mas, ao revés, demonstrar categoricamente que o Tribunal de origem aplicou o precedente ou tese repetitiva de maneira equivocada e que seu caso deveria receber tratamento diverso.

É importante ressaltar, aliás, que a despeito de a redação original do art. 1.042, §1º, inciso II mencionar apenas a técnica de “distinção” (*distinguishing*), não se pode olvidar que a técnica da “superação” (*overruling*) também deveria ser contemplada – eis que o legislador disse menos do que deveria. De fato, se o agravo é o mecanismo previsto contra a aplicação indevida de precedentes e teses repetitivas dos Tribunais Superiores, não se deve negar a ele a capacidade de demonstrar a necessidade de superação de entendimentos antes fixados pelas Cortes. Afinal, as alterações políticas, econômicas, culturais e sociais dentro da comunidade jurídica podem alterar a compreensão de determinada norma, pois a interpretação e aplicação das normas jurídicas não escapa a esse processo evolutivo, como já alertava Barbosa Moreira³⁷³.

Além disso, o CPC/15 – em sua redação original – previu uma hipótese de cabimento de agravo caso o Tribunal inadmita o recurso extraordinário sob o fundamento de que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inexistência de repercussão geral da questão constitucional discutida. Os artigos 1.035 §8º e 1.039 parágrafo único assim dispunham:

³⁷³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Processo Civil Contemporâneo: um enfoque comparativo. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 24, 2003. Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista24/revista24_55.pdf> Acessado em 21.04.2106, às 09:33.

Art. 1.035 § 8º Negada a repercussão geral, o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos extraordinários sobrestados na origem que versem sobre matéria idêntica.

Art. 1.039 Parágrafo único. Negada a existência de repercussão geral no recurso extraordinário afetado, serão considerados automaticamente inadmitidos os recursos extraordinários cujo processamento tenha sido sobrestado.

Caso a parte entendesse que o seu caso não se amoldava à espécie (distinção) ou que o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da repercussão geral necessitava ser revisto (superação), poderia interpor o recurso de Agravo previsto no art. 1.042, inciso III (CPC/15, redação original):

Art. 1.042. Cabe agravo contra decisão de presidente ou de vice-presidente do tribunal que: (...) III – inadmitir recurso extraordinário, com base no art. 1.035, § 8º, ou no art. 1.039, parágrafo único, sob o fundamento de que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inexistência de repercussão geral da questão constitucional discutida.

Também nesta hipótese, teria o Agravante o ônus de demonstrar – expressa e fundamentadamente – a distinção do caso ou a necessidade de superação do entendimento, sob pena de não conhecimento do recurso, conforme previsto no art. 1.042, §1º, II, “b”, em sua redação original:

§ 1º Sob pena de não conhecimento do agravo, incumbirá ao agravante demonstrar, de forma expressa:

II – a existência de distinção entre o caso em análise e o precedente invocado, quando a inadmissão do recurso:

b) extraordinário fundar-se em decisão anterior do Supremo Tribunal Federal de inexistência de repercussão geral da questão constitucional discutida.

Percebe-se, pois, sem muito esforço interpretativo que o agravo em REx e RESP estava previsto como relevante mecanismo de aperfeiçoamento das teses e do próprio sistema de tutela de casos repetitivos.

Sucedo que a alteração na regra do juízo de admissibilidade esbarrou em um aspecto prático relevante: a concentração das atribuições de dezenas de tribunais estaduais e federais no seio do STF e STJ se mostraria inviável no curto prazo. Em função disso, desencadearam-se ao longo de 2015 pressões para que a estrutura do CPC/15 fosse alterada, o que veio a ocorrer em fevereiro no ano seguinte, com a Lei 13.256/2016.

5.4.2.2 O Agravo no CPC/15 alterado pela Lei 13.256/2016

Com a alteração empreendida pela Lei 13.256/2016, foi resgatado o juízo de admissibilidade do REx e RESP nos Tribunais de segundo grau, a teor do novo artigo 1.030, cujo texto merece transcrição integral:

Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:

I – negar seguimento:

a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral;

b) a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos;

II – encaminhar o processo ao órgão julgador para realização do juízo de retratação, se o acórdão recorrido divergir do entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça exarado, conforme o caso, nos regimes de repercussão geral ou de recursos repetitivos;

III – sobrestar o recurso que versar sobre controvérsia de caráter repetitivo ainda não decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se trate de matéria constitucional ou infraconstitucional;

IV – selecionar o recurso como representativo de controvérsia constitucional ou infraconstitucional, nos termos do § 6º do art. 1.036;

V – realizar o juízo de admissibilidade e, se positivo, remeter o feito ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, desde que:

a) o recurso ainda não tenha sido submetido ao regime de repercussão geral ou de julgamento de recursos repetitivos;

b) o recurso tenha sido selecionado como representativo da controvérsia;
ou

c) o tribunal recorrido tenha refutado o juízo de retratação.

§ 1º Da decisão de inadmissibilidade proferida com fundamento no inciso V cabará agravo ao tribunal superior, nos termos do art. 1.042.

§ 2º Da decisão proferida com fundamento nos incisos I e III caberá agravo interno, nos termos do art. 1.021. (grifos nossos)

Diante disso, o Agravo retomou o seu antigo papel de atacar quaisquer decisões do presidente ou do vice-presidente do tribunal recorrido que inadmitir recurso extraordinário ou recurso especial (art. 1.042), salvo quando a decisão de fundar na aplicação de entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos, hipótese em que deveria ser interposto o agravo interno (art. 1.030, §2º).

A reforma, portanto, mutilou a sistemática anterior e mitigou a importância do agravo no contexto de aplicação e aperfeiçoamento das teses repetitivas – dificultando a oxigenação de entendimentos já consolidados. O feito, porém, merece o registro histórico, por representar uma tentativa do legislador de conferir a almejada sistematização da tutela de casos repetitivos, bem como a demonstração de que muitas alterações legislativas (tal como a previsão original do CPC/15) não são precedidas de estudos adequados sobre seus reais impactos.

5.5 Elementos de validação / legitimação da tutela repetitiva

Na sistematização da tutela massificada alguns dispositivos se relacionam mais diretamente com a legitimação ou validação das decisões-modelo, a exemplo da delimitação da relação base e das questões comuns (art. 1.037, I), de escolha de casos representativos que contenham abrangente discussão sobre o tema (art. 1.036, § 6º), da exigência de que os acórdãos enfrentem todos os argumentos favoráveis e contrários à tese discutida (*ratio* do art. 1.038, § 3º c/c art. 984, §2º) e da abertura para realização de formas alternativas de participação do jurisdicionado (art. 983, art. 1.038, I e II e art. 138, § 3º), tal como já exposto.

Não se pode, ainda, ignorar os dispositivos de validação/legitimação constantes da parte geral do código e ainda a previsão do art. 489, os quais se aplicam inequivocamente no procedimento massificado.

Sucedem que, além desses dispositivos, é possível acrescentar outros à mesma classificação.

O art. 926, §2º, por exemplo, dispõe que 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. Embora o dispositivo faculte a realização de audiências públicas e participação de terceiros, ao afirmar que o tribunal “poderá”, não se ignora que a intenção do legislador com tal dispositivo é conferir maior legitimidade a eventuais viradas jurisprudenciais, sobretudo num contexto

como o massificado, no qual litigantes habituais possuem vantagens estratégicas para influenciar os órgãos estatais se comparados aos litigantes ocasionais.³⁷⁴ Nessa perspectiva, a realização de audiências públicas e a participação de terceiros nos momentos de alteração da tese repetitiva devem ser a regra, não a exceção.

Além disso, a modificação de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará – de maneira inarredável – a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, conforme dicção do art. 927, §4º. Também este dispositivo demonstra a imbricada relação entre a fundamentação e o contraditório efetivo, sendo garantido aos jurisdicionados ver seus argumentos considerados pelo órgão julgador.

Aliás, mesmo que seja desafiador – do ponto de vista fático – realizarem-se sustentações orais nos procedimentos massificados, há uma inequívoca predisposição legal (tanto no art. 937, §1º como no art. 984, II “b” e §2º) para que sejam efetivadas tanto quanto for possível.

5.6 Dispositivos de gerenciamento dos casos repetitivos

Considerando-se que o fenômeno das causas repetitivas extrapola a realidade estritamente processual, o seu enfrentamento efetivo depende de medidas que tratem, na origem, as causas do problema e, quando instalado e judicializado, gerenciem seus efeitos e mitiguem os danos sobre o funcionamento da máquina judiciária. Obviamente que tais iniciativas – até pelo fato de não serem de natureza estritamente processual – não estariam detalhadamente regulamentadas em um código de *processo* civil; nada obstante, é interessante ressaltar as aberturas normativas do CPC/15 para essas dimensões do problema.

Essa abertura promovida pelo novo código permitirá, inclusive, dialogar com alguns institutos que se dedicam especialmente à gestão de processos sobre situações homogêneas (tal como as *Group Litigation Orders*, da Inglaterra).³⁷⁵

³⁷⁴ GALANTER, Marc. *Op. Cit.*

³⁷⁵ Para Daniel de Andrade Lévy, a *GLO* é, antes de tudo, um instituto de administração de causas, mais gerencial do que jurídico, cujo objetivo é possibilitar que uma estrutura enxuta do Poder Judiciário possa confrontar-se com uma quantidade enorme de demandas. Na visão do referido autor, enquanto o direito inglês privilegia a ideia de reunião de demandas apenas com base na facilitação do aspecto procedimental, a proposta da CPC/15 funda-se numa suposta hierarquia qualitativa entre os órgãos julgadores, ao atribuir aos Tribunais a competência para exame de uma questão apenas de direito. LÉVY, Daniel de Andrade. O incidente de resolução de demandas repetitivas no anteprojeto do novo Código de Processo Civil: Exame à luz da *Group Litigation Order* britânica. *Revista de Processo* 196. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

Um avanço do CPC/15, portanto, foi reconhecer que parte do problema pode ser tratada por meio de técnicas de gestão e cooperação, sejam elas internas (entre órgãos do Poder Judiciário) ou externas (com Ministério Público, Defensoria Pública, entidades da sociedade civil, Agências Reguladoras, etc.). Com efeito, não se mostraria salutar (nem consentâneo com a função institucional do Poder Judiciário num Estado de Direito Democrático) prever mecanismos decisórios cada vez mais amplos, mais abstratos, mais distantes das especificidades de cada jurisdicionado e mais mitigadores da participação em contraditório, sem se dedicar a resolver as reais causas do problema.

No que se refere às medidas internas ao Poder Judiciário, alguns dispositivos do CPC/15 são bastante interessantes, a exemplo da previsão de cooperação jurisdicional encartada nos artigos 67 a 69. Embora não fosse estritamente necessário positivizar um dispositivo legal específico para permitir aos órgãos judiciais que cooperassem entre si, a previsão se revela salutar tanto para servir de diretriz para os diversos juízos espalhados pelo território nacional, como também para evitar questionamento sobre a validade do procedimento – que poderá ser deflagrado por impulso oficial³⁷⁶, aliás.

O novo código rompe com o formalismo excessivo encerrado nas comunicações entre cartas (precatórias, rogatórias ou de ordem) – vigente à época do CPC/73 – e permite que os juízos formulem entre si pedidos de cooperação para prática de qualquer ato processual (art. 68). Aliás, foram atribuídas características relevantes a essa cooperação, notadamente a celeridade e a ausência de forma pré-fixada, a teor do *caput* do art. 69.

Mas em que medida tal dispositivo se relaciona com a tutela de casos repetitivos?

Ora, considerando que os processos repetitivos decorrem de uma relação jurídica base ou de uma questão comum a vários processos, o intercâmbio de informações entre órgãos judiciais – desde que respeitado o contraditório – pode ser um elemento estratégico de profundo impacto no enfrentamento do fenômeno. Isso porque, no contexto de casos repetitivos, não se mostra razoável que todos os juízos/varas despendam recursos (materiais, humanos, e de tempo etc.) para esclarecer as mesmíssimas questões comuns já verificadas por outro juízo. Nessa perspectiva, seria recomendável que as atividades (sobretudo instrutórias) do órgão jurisdicional que já tenha se debruçado sobre a questão comum fossem aproveitadas – sempre

³⁷⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim Wambier. [et alii] *Op. Cit.* 2015..

com respeito ao contraditório – por outros órgãos jurisdicionais, o que economizaria recursos (temporais, humanos e físicos) no esclarecimento das questões comuns.

Tal intercâmbio de informações, aliás, além de colaborar para o reequilíbrio da paridade de armas frente aos litigantes habituais, poderia contribuir para o amadurecimento da questão repetitiva, conduzindo ao delineamento mais preciso das questões comuns e à escolha mais conscienciosa dos casos que efetivamente representem a controvérsia. Não por outro motivo, uma das hipóteses de cooperação prevista expressamente no art. 69, inciso II, é a prestação de informações entre juízos, que – obviamente – não estava vedada antes do CPC/15, mas certamente não era utilizada de maneira estratégica pelo Poder Judiciário.

Além dessa hipótese, o próprio código é explícito em afirmar que os atos concertados entre os juízes cooperantes poderão consistir no estabelecimento de procedimentos para (a) a obtenção e apresentação de provas e a coleta de depoimentos e (b) a centralização de processos repetitivos (art. 69, § 2º).

A obtenção e apresentação de provas e a coleta de depoimentos contidas no art. 69, § 2º inciso II, aliás, estão em consonância com outros dispositivos do Código, sobretudo no que diz respeito à prova emprestada, agora positivada no art. 372:

Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

Esse dispositivo encampa entendimento jurisprudencial construído na vigência do CPC/73 e prestigia os princípios da economia e celeridade processuais, na medida em que busca a máxima efetividade do processo com o mínimo de custos e de atividades³⁷⁷. Entretanto, convém destacar que a prova deve ter sido produzida de maneira válida no processo de origem, sendo indispensável a fiel observância do contraditório (tanto no processo de origem, como nos processos onde a prova será aproveitada). Com efeito, conquanto sejam muito salutares as medidas de cooperação prevista no novo código, é de fundamental importância destacar que continuam incidentes – de maneira implacável – os ditames do contraditório efetivo (art. 7º) sendo vedado o aproveitamento de atos processuais que conduzam a decisões surpresa (art. 9º e 10º).

³⁷⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim Wambier. [et alii] *Op. Cit.*. 2015.

Outro ato concertado de cooperação previsto pelo CPC/15 para o enfrentamento efetivo é a possibilidade de centralização de processos repetitivos, prevista no art. 69, § 2º, VI. Embora tal dispositivo seja de uma clareza evidente, deve ser analisado com cautela, e sob à luz da garantia do juiz natural.

Isso porque, do ponto de vista estritamente gerencial, faria bastante sentido que o juízo que tenha conhecido primeiro da questão comum ou aquele que esteja em fase mais avançada da instrução centralizasse a condução de todos os casos relacionados à questão comum, o que evitaria que os mesmos atos tivessem de ser praticados em outras dezenas, centenas ou milhares de processos. Sucede que, tal medida – caso seja adotada sem critérios claros e objetivos – poderia resultar em grave violação ao devido processo legal, sobretudo no que toca ao juízo natural. Seria o caso de se falar em nova hipótese de prevenção com base em conexão decorrente das questões comuns (art. 286, I)? Embora a resposta a tal indagação fuja ao escopo do presente trabalho, convém demonstrar o quanto a tutela de casos repetitivos desafia do Direito Processual em várias de suas dimensões.

Por fim, ainda no que concerne às medidas *interna corporis* de gestão dos casos repetitivos, seria relevante destacar dois dispositivos do CPC/15:

- (a) A exclusão das causas repetitivas da obrigatoriedade de ordem cronológica (art. 12, §2º, II – redação original), cujo objetivo era impedir que um conflito com grande potencial de replicação fosse para “o final da fila de julgamento”, aumentando as chances de congestionamento do judiciário; ocorre que a Lei 13.256/2016 tornou a ordem cronológica meramente facultativa, de modo que o sentido original da norma perdeu grande parte de sua relevância.
- (b) A previsão de modulação dos efeitos das decisões-modelo que alterem a tese fixada em julgamento de casos repetitivos, quando o interesse social e a segurança jurídica assim recomendarem (art. 927, §3º); eis que, muitas vezes, o entendimento das próprias Cortes pode ser um desencadeador de processos repetitivos, como ocorrido recentemente com a tese de impossibilidade de correção do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço

(FGTS) pela Taxa Referencial (TR), com base em entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre outro tema³⁷⁸ que em nada se relacionava com o FGTS³⁷⁹.

Noutra senda, no que se refere às medidas externas ao Poder Judiciário, é relevante perceber as aberturas normativas do CPC/15 para o enfrentamento do fenômeno de casos repetitivos, com destaque para a comunicação judicial aos legitimados para ação civil pública (art. 139, X) e aos órgãos reguladores (art. 985, §2º e art. 1.040, inciso IV).

Com efeito, dispõe o art. 139, inciso X, *in verbis*:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

(...)

X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficial o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.

Complementarmente, dispõem os artigos 985, §2º e 1.040, inciso IV, respectivamente:

Art. 985, § 2º. Se o incidente [*de resolução de demandas repetitivas*] 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. (g.n)

Art. 1.040, inciso IV - se os recursos [*extraordinário e especial repetitivos*] versarem sobre questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, 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. (g.n)

³⁷⁸ Conferir ADI 4.375 e ADI 493.

³⁷⁹ **Ação sobre uso da TR na correção do FGTS terá rito abreviado.** O ministro Luís Roberto Barroso determinou a adoção do rito abreviado no trâmite da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5090, em que o Partido Solidariedade questiona dispositivos das Leis 8.036/1990 (artigo 13) e 8.177/1991 (artigo 17), que preveem a aplicação da Taxa Referencial (TR) na correção dos depósitos nas contas vinculadas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Com isso, o caso será decidido diretamente no mérito pelo Plenário do Supremo, sem prévia análise do pedido de liminar. Ao justificar a aplicação do rito previsto no artigo 12 da Lei 9.868/1999 (Lei das ADIs), o relator argumentou que a questão interessa a milhões de trabalhadores celetistas brasileiros com depósitos nas contas do FGTS remunerados segundo a legislação questionada. O ministro também destacou a existência de mais de 50 mil processos judiciais sobre a matéria e o tamanho do prejuízo aos trabalhadores alegado pelo partido, que superaria anualmente dezenas de bilhões de reais. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=263304> Acessado em 09/02/2016, 10:19h.

Os dispositivos mencionados apresentam a mesma *ratio*, qual seja: é preciso haver um maior intercâmbio de informações entre o Poder Judiciário, os órgãos estatais e a sociedade civil organizada para obter uma resolução holística do fenômeno de casos repetitivos. Embora os dispositivos, numa primeira análise, incidam sobre momentos distintos do iter processual (o art. 139 no início do problema, quando detectada a repetição; e o art. 985 e 1.040 no final do processo, quando publicado o acórdão paradigma), serve de reforço à análise holística que vem sendo feita neste estudo acerca da tutela dos casos repetitivos.

E engana-se quem imagina que tais dispositivos não guardam qualquer relação com o contraditório. Isso porque, na perspectiva de um contraditório efetivo, que atua de maneira cíclica desde a delimitação na origem da relação base e das questões comuns, passando pela adequada seleção de casos representativos da controvérsia e que visa reequilibrar a paridade de armas em face dos litigantes habituais, as referidas comunicações com o Ministério Público, Defensoria Pública, entidades da sociedade civil e órgão estatais de fiscalização e supervisão podem, em grande medida, (i) ajudar na resolução extrajudicial do conflito; (ii) acelerar o processo de discussão e de amadurecimento das questões realmente controvertidas; (iii) incentivar a organização de pessoas segundo interesses comuns, participando desde o início da lide; (iv) e, eventualmente, ensejar o ajuizamento das ações coletivas cabíveis, posto que foi vedada a conversão de ações individuais em coletivas no texto original do CPC/15 (art. 333).

Destarte, como o fenômeno da litigância repetitiva deve ser enfrentado com ações estratégicas (tanto do Poder Judiciário como da sociedade civil organizada), o CPC/15 prevê mecanismos que – se bem desenvolvidos e aplicados – poderão resultar num enfrentamento mais efetivo do fenômeno de questões repetitivas pela via jurisdicional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado de Direito Democrático impõe à sistematização da tutela de casos repetitivos um respeito mínimo ao princípio do contraditório, eis que este, enquanto direito fundamental, possui um núcleo essencial – de conteúdo extraestatal – que jamais poderá ser aviltado.

Conquanto as justificativas metaindividuais – bem como as necessidades pragmáticas de atingimento de resultados – tendam a conferir, na tutela de casos repetitivos, poderes cada vez

mais intensos aos órgãos julgadores, não é possível excluir a efetiva participação em contraditório da formação do juízo em qualquer manifestação de poder estatal.

Precisam ser suplantadas visões meramente formais do contraditório, bem como a equivocada ideia de que a referida garantia fundamental constitui apenas um obstáculo para se atingir os resultados pragmáticos clamados pela sociedade pós-moderna. Numa sociedade pluralista e fortemente litigiosa, há que se ampliar o campo de informação tanto quanto seja possível e necessário à compreensão da controvérsia, impedindo-se que a verdade seja perseguida solitária e autonomamente pelo julgador – mormente porque o contraditório se aplica a todos os sujeitos processuais.

Não havendo uma verdade pré-constituída, que aguarda ser apenas *descoberta* nos novos incidentes e recursos repetitivos previstos pelo CPC/15 e, em sendo o ato judicial um ato de vontade do poder estatal, o contraditório é condição imanente da legitimação das decisões jurisdicionais – sobretudo as de cunho paradigmático.

Baseando-se nessa concepção efetiva do princípio do contraditório, prevista em sua própria parte geral, o novo Código de Processo Civil preocupou-se em sistematizar – ainda que timidamente – a tutela de casos repetitivos e em valorizar a participação do jurisdicionado na construção do acórdão paradigma. Diferentemente da previsão avulsa de institutos como no CPC/73, foram previstos no CPC/15 mecanismos de interpretação, de formação de decisões modelo, de aplicação e aperfeiçoamento das decisões proferidas em casos repetitivos, de validação e legitimação do procedimento bem como dispositivos de gerenciamento de casos repetitivos.

Os mecanismos de interpretação do sistema de tutela permitiram a constatação de uma coerência interna ao sistema, bem como a integração normativa diante de lacunas e deficiências dos institutos. Os artigos 928, art. 979, § 3º, 976, § 1º, 998, Parágrafo único, 985, § 2º, o art. 1.040, inciso IV, art. 984, §2º, art. 1.038, §3º ditam a tônica da interação entre a regulamentação do IRDR e do REx e RESP repetitivos e tornam viável um intercâmbio normativo sempre que se estiver diante de uma lacuna ou regulação insuficiente. Essa leitura sistemática – que respeita a coerência interna gestada pelo CPC/15 – se mostra ainda mais relevante diante das possíveis mutilações a serem empreendidas sobre o código, a começar pela Lei 13.256/16.

No que toca aos institutos de formação de decisões modelo (IRDR, IAC e REx e RESP repetitivos), houve um relevante aperfeiçoamento na sistemática dos recursos repetitivos,

dentre os quais se destacam uma notável preocupação do legislador com a seleção dos casos representativos da controvérsia e com a delimitação das questões comuns, um reforço na fundamentação das decisões paradigmáticas e a previsão de mecanismos alternativos de participação compatíveis com a tutela das questões massificados.

É inequívoca a disposição do legislador de fortalecer o contraditório ao exigir compensações como a exigência de somente serão selecionados como “representativos” os recursos admissíveis e que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida (§ 6º do art. 1.036), a necessidade de prolação de uma efetiva e fundamentada decisão de afetação (art. 1.037), o dever de fundamentação qualificada previsto no mutilado art. 1.038, § 3º.

O maior rigor na seleção de casos, delimitação de questões e fundamentação de decisões no contexto de casos repetitivos está diretamente ligado à compensação pela mitigação da participação em contraditório nesta seara e, sem a observância de tais diretrizes, será impossível caminhar em direção a uma representatividade adequada e, muito menos, a uma representatividade pelo argumento.

Aliás, essa a mitigação do contraditório levou a outra compensação empreendida pelo CPC/15 na seara massificada consubstanciada no incentivo ao desenvolvimento de formas alternativas de representação do jurisdicionado, a teor dos incisos do art. 1.038.

Ainda no que se refere à formação de decisões paradigmáticas, houve a criação dos incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência, os quais – partindo-se da premissa de que se encontram inseridos no contexto de tutela de questões repetitivas alinhado pelo CPC/15 – deverão observar as balizas mínimas do contraditório – a saber, delimitação, na origem, da relação-modelo, a escolha de casos com argumentação abrangente para representar a controvérsia, a precisa delimitação das questões comuns numa decisão de afetação, o enfrentamento de todos os argumentos favoráveis e contrários; sem prejuízo de outros mecanismos de controle de representatividade adequada.

Sucedem que o CPC/15 não se contentou em prever instrumentos de formação de decisões, mas avançou significativamente ao destacar mecanismos de aperfeiçoamento (art. 1.022, parágrafo único, inciso I; art. 988, IV e redação original do art. 1.042) e de aplicação das decisões proferidas em casos repetitivos (art. 311, art. 332, art. 932, art. 955, art. 496, § 4º, inciso II, art. 521, IV, art. 966, §§ 5º e 6º); mecanismos de validação e legitimação do procedimento repetitivo

(art. 1.037, I; art. 1.036, § 6º; art. 1.038, § 3º c/c art. 984, §2º; art. 983, art. 1.038, I e II e art. 138, § 3º; art. 926, §2º; art. 927, §4º).

Por fim, reconhecendo que o fenômeno das causas repetitivas extrapola a esfera estritamente processual, o CPC/15 apresenta significativas aberturas normativas para enfrentar as demais dimensões do problema. Foram previstos mecanismos de comunicação interna entre órgãos do Poder Judiciário (artigos 67 a 69, art. 372, art. 927, §3º) e externa com Ministério Público, Defensoria Pública, entidades da sociedade civil, Agências Reguladoras, etc. (art. 139, X, art. 985, §2º e art. 1.040, inciso IV), fortalecendo, pois, a gestão e cooperação na tutela dos casos repetitivos.

Destarte, o contraditório efetivo – enquanto garantia fundamental e elemento intrínseco do processo – pressupõe a observância das diretrizes traçadas no CPC/15. Considerando que, num perspectiva constitucional, o devido processo legal constitui garantia essencial da sociedade em face de eventuais excessos da atividade judicante (mormente num cenário em que os poderes desta foram significativamente ampliados, como o é na tutela de casos repetitivos), mister se faz observar as balizas mínimas fixadas pelo código, protegendo-se o núcleo essencial da garantia do contraditório, o que, em última medida, é fator de legitimidade da própria função jurisdicional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um ‘incidente de resolução de demandas repetitivas’. *Revista de Processo. São Paulo: RT, vol. 196, 2011.*

ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale de processo civile italiano*. 2a. Ed. Torino: G. Giappichelli Ed. 1997.

_____. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: Giappichelli Editore, 1990.

ARAGÃO, Egas Moniz. *Comentários ao Código de Processo Civil: v. II*. 7ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

ARAÚJO, Rodrigo Mendes de. *A representação adequada nas ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2013.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. As súmulas vinculantes e a nova escola da exegese. *Revista de Processo* n. 206. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Minas Gerais, 1981

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. *Revista de Processo*, v. 37. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 140, 1985.

_____. *Temas de direito processual*. 4ª. série. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*, v. 61. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. Os novos rumos do processo civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 78, 1995.

_____. O Processo Civil Contemporâneo: um enfoque comparativo. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 24, 2003. Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista24/revista24_55.pdf>. Acessado em 21.04.2016.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BARBOSA DUTRA, Victor. Repercussão Geral no contexto de objetivação do recurso extraordinário: análise da contribuição do instituto para o aperfeiçoamento do controle incidental realizado pelo Supremo Tribunal Federal. In: *Tutelas Diferenciadas como meio de incrementar a efetividade da prestação jurisdicional*. Coord. Humberto Theodoro Junior: GZ Editora. 2010.

_____. O incidente de resolução de demandas repetitiva (IRDR) e o incidente de assunção de competência (IAC). *Processo Civil Brasileiro: Novos rumos a partir do CPC/15*. Coord. Humberto Theodoro Junior. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. *Revista de Processo*. vol. 186, 2010.

_____. *O devido processo legal nas demandas repetitivas*. Tese Doutorado. Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012.

BAUR, Fritz. Da importância da dicção *iuria novit curia*. *Revista de Processo*. Vol. 3. Traduzido por Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Édís (coord.). *Ação civil pública – Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

BETTI, Emilio. *Diritto processuale civile*, Roma, 1936.

BIERMAN, H. Scott. FERNANDEZ, Luis. *Teoria dos Jogos* (trad. Arlete Simille Marques). 2. Ed.- São Paulo, 2011.

BOBBIO, Norberto. MATTEUCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 11ª. Edição. Brasília: UNB, 1998

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Súmulas, Praticidade e Justiça: Um olhar crítico sobre o direito sumular e a individualização do direito à luz do pensamento de Misabel de Abreu Machado Derzi. In: COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Segurança Jurídica: Irretroatividade das decisões judiciais prejudiciais aos contribuintes*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva, *Revista de Processo* v. 126. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*. Vol. 147. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Comentários ao novo aos artigos 976-987. In: CABRAL, Antonio do Passo. CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. *Convenções Processuais – entre publicismo e privatismo*. Tese de Livre Docência. Universidade de São Paulo, 2015.

CALAMANDREI, Piero. *Proceso y democracia*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1960.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Dimensão processual do princípio do devido processo constitucional. In. MACÊDO, Lucas Buriel. PEIXOTO, Ravi. FREIRE, Alexandre. *Coleção Novo CPC Doutrinas Seleccionadas*. Salvador: JusPodivm, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução e revisão Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*, II, Pádua, 1933.

_____. *Torniamo al giudizio*. Rev. Dir. Proc. Civ., 1949

CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. Evolución de la doctrina procesal. In: CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Estudios de teoría general e historia del proceso*. (1945-1972). México: UNAM, 1974.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Teoria Discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais. In: *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CAVALCANTI, Marco de Araújo. *O incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015.

CINTRA, Antônio Carlos de Araujo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del “giusto processo”*. Torino: G. Giappichelli, 2004;

_____. Garantias constitucionales e “giusto processo” (modelos a confronto). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 90, p. 95-150, 1998.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civil*. Padova: Cedam, 1970.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Enciclopedia giuridica*. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988. Vol. 8.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1974.

DENTI, Vittorio. *La giustizia civile*. Bolonha: Il Mulino, 2004.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito Tributário, direito penal e tipo*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Modificações da jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2009.

_____. A praticidade e o papel institucional do Poder Judiciário. A separação de poderes em jogo. In: MANEIRA, Eduardo. TORRES, Heleno Taveira (Org.) *Estudos em homenagem a Sacha Calmon Navarro Coêlho*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

DIDIER JR. Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, vol. 198. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. Salvador: JusPodivm, 2012.

_____. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil* vol. 2. 10ª. Ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O império do Direito*. Trad. Jefferson Ruiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FALCÃO, Joaquim et alii. *I Relatório Supremo em Números – o Múltiplo Supremo*, Rio de Janeiro: FGV, 2011.

FARANDA, Claudio. *La uffici e La par condicio nel processo penale*. Milano: Giuffrè Editore, 1968.

FARIA, Gustavo de Castro. O contraditório e a fundamentação as decisões sob o enfoque de uma teorização processual democrática. In: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (coord.). *Direito Processual: reflexões jurídicas*. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2010.

FAZZALARI, Elio. Diffusione del processo e compiti della dottrina. *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 1958.

_____. *Instituições de Direito Processual*. Campinas: Bookseller, 2006.

FIX ZAMUDIO, Héctor. El pensamiento de Eduardo J. Couture y el Derecho Constitucional Procesal. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*. Enero-Junio, Tomo I. pag. 51-69. Montevideo, 1980.

FRANCO, Marcelo Veiga. Dimensão dinâmica do contraditório, fundamentação decisória e conotação ética do processo justo: breve reflexão sobre o art. 489, §1º, inciso IV do novo CPC. *Revista de Processo*. Vol. 247. P.105-136. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GALANTER, Marc. Why the “Haves” Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law and Society Review* Volume 9:1, 1974. Disponível em: <<http://marcgalanter.net/documents/papers/whythehavescomeoutahead.pdf>>. Acessado em 16/08/15.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As transformações do Estado contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GIDI, Antônio. Las acciones colectivas em Estados Unidos. In: GIDI, Antonio. MAC-GREGOR, Eduardo F (Coord.). *Procesos colectivos – la tutela de los derechos colectivos e individuales en una perspectiva comparada*. México: Editorial Porrúa, 2003.

GIULIANI, Alessandro. *La controversia, contributo ala logica giuridica*, Pádua, 1966.

_____. *Ordine isonomico e ordine asimmetrico nuova retorica e teoria del processo*, em *Sociologia del Diritto*, XII, n. 2-3: Milano: Giuffrè 1986.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GONCALVES, Gláucio Ferreira Maciel. *Direito e Tempo*. Disponível em: <https://www.academia.edu/7411227/Direito_e_Tempo?auto=download>. Acessado em: 12.05.2016.

GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel. BARBOSA DUTRA, Victor. *Ensaio sobre a teoria dos jogos e a litigância repetitiva: reflexões, à luz do contraditório, para uma política judiciária adequada*. In. XXIV Congresso do CONPEDI, Belo Horizonte/MG, novembro, 2015.

_____. Apontamentos sobre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas do Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Informação Legislativa – RIL*. n. 208 out./dez. 2015. Brasília: Senado.

GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e le questioni rilevabili dúfficio. *Revista de Processo*. Vol. 186. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 109.

GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1966, n. 4.

GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In. *O novo código de processo civil: o projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais*. SOUZA, Márcia Cristina Xavier de. RODRIGUES, Walter dos Santos (cords.) Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. *Revista de Processo*: São Paulo, RT, n. 101, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, v II. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

ISAIA, Cristiano Becker. *A herança romana no Direito Processual Civil*. Disponível em: <<https://neapro.files.wordpress.com/2012/02/a-heranc3a7a-romana-no-direito-processual-civil.pdf>>. Acessado em 07/09/2015

ISAIA, Cristiano Becker. GADENZ, Danielli. ALMEIDA, Letícia De La Rua. A necessária superação do processualismo liberal em tempos de relações virtuais e a busca de respostas corretas para litígios envolvendo direitos transindividuais decorrentes da sociedade em rede. *Revista Direito e Práxis*. Vol. 5, n. 8. 2014, p. 94-119. Rio de Janeiro

JUNOY, Joan Picó I. *Las garantías constitucionales del proceso*. 3ª reimpressão. Barcelona: Bosch, 2002.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1998.

LÉVY, Daniel de Andrade. O incidente de resolução de demandas repetitivas no anteprojeto do novo Código de Processo Civil: Exame à luz da *Group Litigation Order* britânica. *Revista de Processo* 196. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LIMA, Luiz Costa. *Teoria da Cultura de Massa*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. Análise Jurídica da Economia. In: *Revista de Direito Mercantil*, v. 159/160, pp. 53/86, 2012.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LUHMAN, Niklas. *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*. Il Mulino, 1978.

_____. *Sociologia do Direito II*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

_____. *Introdução à teoria dos sistemas: aulas publicadas por Javier Torres Nafarrate*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser, 3ª ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2011.

MACEDO, Elaine Harzheim; MACEDO, Fernando dos Santos. O direito processual civil e a pós-modernidade. *Revista de Processo* n. 204. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: RT, 2011.

MANGABEIRA UNGER, Roberto. *What Should Legal Analysis Become?* London: Verso, 1996.

MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*. Campinas: Millennium, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme, *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEDINA, José Miguel Garcia. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo Civil Moderno: Parte geral e processo de conhecimento*. 2ª. Ed. Rev. Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. Edição. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENGER, Anton. *El derecho civil e los pobres*. Atalaya: Buenos Aires, 1947.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: RT, 2009.

MITIDIERO, Daniel. *O direito fundamental ao processo justo*. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130419164953.pdf>. Acessado em 10/02/2016.

MULLENIX, Linda [et. al]. *Os processos coletivos nos países de civil e common law: uma análise de direito comparado*. 2ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2001.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

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

_____. *Padronizar decisões pode empobrecer o discurso jurídico*. Revista Consultor Jurídico. 06 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-06/dierle-nunes-padronizar-decisoes-empobrecer-discurso-juridico>> Acesso em: 02 set. 2014.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “Poderes do juiz e visão cooperativa do processo”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2003, n. 27.

_____. Escopo jurídico do processo. *Revista de Processo* n. 203. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de juez*. *Revista sobre enseñanza del derecho*. Año 4, número 8, 2007. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/08/jupiter-hercules-hermes-tres-modelos-de-juez.pdf>. Acessado em 31/10/2015.

_____. *O tempo do direito*. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.

PASSOS, J.J Calmon de. *Revisitando o Direito, o Poder, a Justiça e o Processo*. Salvador: JusPodivm, 2013.

PICARDI, Nicola. *Enciclopédia del Dirrito*, vol. XXXVI, Milão, 1987.

_____. *Jurisdição e Processo*. Org. e Rev. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*. Milano: Giuffrè, 2006

_____. *Manuale del processo civile*. Milano: Giuffrè, 2006.

PINTO, Luis Filipe Marques Porto Sá. Técnica de tratamento macromolecular dos litígios: tendências de coletivização da tutela processual civil. *Revista de Processo*. vol. 185. São Paulo: Ed. RT, 2010.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Direitos Fundamentais Sociais: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para a sua tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

RIBEIRO, Adolpho José. Ativismo judicial vs. Judicial Self-Restraint: o papel do juiz constitucional entre a criatividade e o passivismo. *Cognitio Juris*, Ano IV, Vo. 10. 2014, p. 369. Disponível em: <www.cognitiojuris.com>. Acessado em 10/02/2016.

RODOVALHO, Thiago. A função institucional das Cortes Superiores. *Coleção Novo CPC doutrina selecionada, v. 6: processos nos tribunais e meios e impugnação às decisões judiciais*.

Coord. Fredie Didier, Lucas Buril Macêdo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. Salvador: JusPodivm, 2015.

RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *Ações Repetitivas: o novo perfil da tutela dos direitos individuais homogêneos*. Curitiba: Juruá, 2013.

ROSSI, Júlio César. O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de Processo*. vol. 208. São Paulo: Ed. RT, 2012.

ROSA, Alexandre Moraes da; MARCELINO JR, Júlio Cesar. *Os direitos fundamentais na perspectiva de custos e o seu rebaixamento à categoria de direitos patrimoniais: uma leitura crítica*. Disponível em: <http://www.revistasconstitucionales.unam.mx/pdf/1/art/art6.pdf>. Acessado em: 14.08.15.

SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, ano 11. N. 30, 1996.

SATTA, Salvatore. *Il mistero del processo*. 2ª ediz. Milano: Piccola Biblioteca Adelphi, 1994.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. A teoria geral do processo e a parte geral do novo código de processo civil. In DIDIER, Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buril. PEIXOTO, Ravi. FREIRE, Alexandre. (Org.). *Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada – Parte Geral*. Salvador: Juspodivm. 2015.

SILVA, Blecaute Oliveira. Roberto, Werton. O contraditório e suas feições no Novo CPC. In. MACÊDO, Lucas Buril. PEIXOTO, Ravi. FREIRE, Alexandre. *Coleção Novo CPC Doutrinas Seleccionadas*. Salvador: JusPodivm, 2015.

SILVA, Ovídio Baptista. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Epistemologia das ciências culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

SPRUNG, Rainer. Os fundamentos do direito processual civil austríaco. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 17, p. 138/139, 1980.

STADLER, Astrid. 17.000 investidores contra a Deutsche Telekom – Experiências com ações judiciais coletivas na Alemanha. Estudo de caso. Trad. Márcio Flávio Mafra Leal. Seminário Internacional Brasil-Alemanha: Pontes de Miranda. *Série Cadernos do CEJ*. Brasília: CJF, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. Súmulas, vaguezas e ambiguidades: necessitamos de uma “teoria geral dos precedentes”? *Direitos Fundamentais e Justiça*, v. 5, pp. 162/185, espec. 171, out-dez 2008. Disponível em: < http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/5_Doutrina_7.pdf>. Acessado em 24.04.2016.

STRECK, Lênio. Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou “colaboração no processo civil” é um princípio? *Revista de Processo*. Vol. 213. São Paulo: Revista dos Tribunais.

STÜRNER, Rolf. Sobre as reformas recentes no direito alemão e alguns pontos em comum com o projeto brasileiro para um novo Código de Processo Civil. Trad. Márcio Flávio Mafra Leal. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 193, 2011.

TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in italia dal'700 a oggi*. Bologna: Il Mulino, 1980.

_____. Precedente e Jurisprudência. *Revista de Processo*. n. 199. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Salvador: Juspodivm. 2016.

THEODORO JR, Humberto Theodoro. NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, n. 168. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.

THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. 27ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. II.

TUCCI, José Rogério Cruz e. AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano*. 2ª. Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

TUCCI, José Rogério Cruz e. *STJ interpretou mal regra de cumprimento de sentença*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-set-06/stj_interpretou_mal_regra_cumprimento_sentenca>. Acessado em: 04.02.2016, 15:01h.

VOLPE CAMARGO, Luiz Henrique. O agravo nos próprios autos (art. 544) e as Questões de Ordem no AI 760358 (STF) e no Ag 1154599/SP (STJ). *Revista de Processo*, São Paulo, ano 39, n. 231, maio, 2014.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

WALTER, Gerhard. Mass tort litigation in Germany and Switzerland. *Duke Journal of Comparative and International Law* 11/372- 373, 2001.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo, Ferres da Silva. MELLO, Rogério Licastro de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WATANABE, Kazuo [et. al] *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. Ed. Rev. Atual. e Reformada. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 2.

ZANETI JR., Hermes. DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. Vol. 4. 7a. Edição. Salvador: Juspodivum, 2012.

ZAVASCKY, Teori Albino. *Processo Coletivo – tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4a. ed. Rev. e atualizada. São Paulo: RT, 2009.