

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

GRESIELI TAISE FICANHA

DECISÕES VINCULANTES.  
O CONTRADITÓRIO E A REPRESENTAÇÃO ARGUMENTATIVA NO PROCESSO  
JUDICIAL.

CURITIBA  
2016

GRESIELI TAISE FICANHA

DECISÕES VINCULANTES.  
O CONTRADITÓRIO E A REPRESENTAÇÃO ARGUMENTATIVA NO PROCESSO  
JUDICIAL.

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, no Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart

CURITIBA  
2016

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

GRESIELI TAISE FICANHA

**DECISÕES VINCULANTES.  
O CONTRADITÓRIO E A REPRESENTAÇÃO ARGUMENTATIVA NO PROCESSO  
JUDICIAL.**

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre no curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

---

Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart  
Universidade Federal do Paraná

Membros:

---

Prof. Elton Venturi  
Universidade Federal do Paraná

---

Prof. Heitor Vitor Mendonça Sica  
Universidade de São Paulo

Curitiba, 04 de março de 2016.

## AGRADECIMENTOS

Como todas as coisas desta vida, um trabalho, por mais solitário que pareça, não é feito sem a contribuição, ainda que indireta, daqueles que intercalam o rigor da pesquisa com a leveza de sua presença e daqueles que nos encorajam a prosseguir.

À minha família, por acompanhar meus passos e demonstrar carinho, mesmo que de longe.

Aos meus pais, Edson e Lurdes, sem os quais nada faria sentido, pelas lições e amor que me dedicaram desde sempre. À Gabrieli, por ser tão igual e, ao mesmo tempo, tão diferente de mim – Yin e Yang. À Betina, por tantos momentos de doçura.

À família que o mundo me deu e da qual tenho muito orgulho: Daniele, fonte inesgotável de criatividade e risadas e química que brilha desde cedo; Gabriel, combinação da diversão e da inteligência e futuro médico que já é referência; Susanna, filósofa da vida que compreende e defende todas as formas de originalidade; e Giovana, exemplo de animação e prima distante que está sempre perto.

Aos amigos que fiz enquanto estudava e trabalhava, Ana Paula, Bianca, Fernanda, Vanessa, Mayara, Mariana, Kathleen, Marina, Larissa, Izabel, Victor, Juliano, Renan, Vivianéli e Elisa.

À Vânia Cristina Bazan, pela habilidade de ajudar a transformar o caos em plumas.

Aos colegas e professores da pós-graduação, exemplos de dedicação, em especial a Thaís Lunardi, Viviane Lemes da Rosa e Rogério Rudnick Neto, que se tornaram amigos queridos.

Ao Desembargador Nilson Mizuta, pela disposição em ajudar a todos a sua volta e pelas oportunidades concedidas desde o segundo ano da faculdade, e ao Desembargador Guilherme Freire de Barros Teixeira, partidário da democracia desde a relação com sua assessoria, pela facilidade de comunicação, pela revisão do texto e pelo diálogo sobre a pesquisa.

Ao Professor Elton Venturi, orientador da minha monografia na graduação, pela disponibilidade aos alunos, pelo incentivo à pesquisa e pelo auxílio na elaboração do projeto no ingresso do mestrado.

Ao meu orientador, Professor Sérgio Cruz Arenhart, por inspirar seriedade e consciência no trabalho acadêmico, por buscar o melhor que os alunos podem ser e pela sua dedicação na docência.

## RESUMO

Este trabalho procura analisar qual a forma de democracia possível no processo judicial, que não tem as mesmas características daquela encontrada no âmbito do Poder Legislativo e Executivo. Com a consciência da necessidade de interpretação das normas jurídicas e do caráter argumentativo do Direito, bem como do trâmite dialético do processo perante o Judiciário, procura-se demonstrar que a legitimidade democrática decorre das fontes de contraditório e participação que permitem maior informação processual e consciência sobre o contexto fático e os interesses que circunscrevem a resolução das demandas judiciais. Nesse sentido, as ações que envolvem diretamente interesses que ultrapassam a esfera individual dos litigantes, como as ações coletivas, mas também algumas ações que se intitulam individuais, devem observar a necessidade de ampliação das formas de participação no processo. Da mesma forma, as decisões que o novo Código de Processo Civil estabelece como vinculantes, porque têm a potencialidade de atingir um número indefinido de pessoas, devem ser precedidas de um processo deliberativo devidamente adequado às exigências constitucionais e aos valores democráticos. Como a participação de todos os interessados inviabilizaria o processo, alguns mecanismos de participação devem ser ampliados e exigir a representatividade argumentativa daquele que tem contato direto com o processo. Ainda, em razão da pretensão de universalizabilidade das teses firmadas pelos Tribunais, a questão que se coloca, então, é, não uma análise apenas da argumentação interna da decisão judicial, nem apenas do trâmite processual anterior, mas, também, em que medida a escolha legislativa de decisões vinculantes mantém o respeito ao contraditório e à legitimidade democrática do Judiciário naqueles casos em que se impede a rediscussão futura da matéria. Acredita-se que, também em um momento posterior, a vinculação das decisões deve ser atrelada à ideia de representação de interesses e argumentos, sendo legítima quando as teses aventadas pelas partes já tiverem recebido uma resposta estatal.

Palavras-chave: legitimidade democrática – argumentação judicial – decisões vinculantes – instrumentos de participação – representação argumentativa.

## ABSTRACT

This essay aims to analyze what form of democracy is possible in legal action, which differs from the one found in the executive and legislative. By acknowledging the necessity to interpret legal laws and the lawsuit's dialectical method in justice system, this paper demonstrates that democracy's legitimacy derives from the *audi alteram partem* rule and parts involvement in the lawsuit. These principles provide greatest information and conscientiousness about fact's context and interests involved. In this sense, lawsuits that affect rights that go beyond individual rights, such as in the collective lawsuits, as well as in some individual ones, must find ways to enhance part's participation. In the same way, the decisions that are named as precedents in the new Code of Civil Procedure should be preceded by a deliberative process accordant to constitutional guarantees and democratic values because these precedents have the potential to affect an undefined number of people. Since the participation of all people interested would be unfeasible in the lawsuit, it is necessary to enhance participation mechanisms and to demand argumentative representation of those directly involved in the lawsuit. Nevertheless, the question goes further from the decision making process, or even the prior lawsuit's course, but also to consider if legislative choice to enforce precedents respects the *audi alteram partem* rule and the legal system democracy's legitimacy in those cases that it avoids future discussion, because of the universal aim of precedents. Furthermore, in the future, precedents should be connected to the idea of representing interests and arguments, being legitimate when part's thesis have already received a legal solution.

Key words: democratic legitimacy – judicial argumentation – binding decisions – participation mechanisms – argumentative representation.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2. A NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO .....</b>	<b>12</b>
2.1. A DISPUTA SOBRE O SENTIDO DAS NORMAS JURÍDICAS .....	12
2.1.1. O contexto externo: pós-positivismo e Estado Constitucional .....	12
2.1.2. O contexto interno: o caráter aberto da linguagem e o direito de defesa .....	14
2.2. A EXIGÊNCIA DEMOCRÁTICA DE PARTICIPAÇÃO.....	17
2.3. O CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO .....	21
2.3.1. A interpretação da Constituição .....	21
2.3.2. A construção do sentido dos preceitos constitucionais .....	25
2.4. PROCEDIMENTO E CONTEÚDO .....	29
2.4.1. O valor intrínseco do procedimento democrático .....	29
2.4.2. O valor instrumental do procedimento democrático .....	32
2.4.3. O valor psicológico do procedimento democrático .....	35
<b>3. REPENSANDO O PROCESSO NO ESTADO CONSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....</b>	<b>38</b>
3.1. O EXERCÍCIO DA DEMOCRACIA PERANTE O JUDICIÁRIO.....	38
3.1.1. As peculiaridades institucionais.....	38
3.1.2. A jurisdição ordinária.....	42
3.2. O PROCESSO CIVIL COMO INSTRUMENTO DE ATUAÇÃO DEMOCRÁTICA .....	45
3.2.1. A importância do discurso na definição dos direitos.....	45
3.2.2. A dinâmica processual de deliberação.....	48
3.3. A DEMOCRACIA POSSÍVEL NO PROCESSO CIVIL .....	50

3.3.1. Identificação das pessoas interessadas no processo .....	50
3.3.2. Limitações da deliberação no processo civil .....	52
3.3.3. A proporcionalidade encontrada diante do caso concreto.....	55
<b>4. A DELIBERAÇÃO PROCESSUAL.....</b>	<b>58</b>
4.1. OS LITÍGIOS INDIVIDUAIS.....	58
4.1.1. O processo civil tradicional.....	58
4.1.2. A constitucionalização .....	60
4.2. A AMPLIAÇÃO DOS EFEITOS DO PROCESSO .....	68
4.2.1. Processos individuais com potencialidade coletiva .....	69
4.2.2. Conflitos policêntricos, ações coletivas e processos estruturais .....	71
4.2.3. As decisões vinculantes .....	76
4.3. A INSUFICIÊNCIA DO PROCESSO CIVIL ATUAL.....	77
<b>5. DEMANDAS DE PARTICIPAÇÃO AMPLIADA NO NOVO CPC .....</b>	<b>80</b>
5.1. O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS .....	80
5.1.1. A inspiração nas decisões-modelo do direito alemão .....	80
5.1.2. A previsão brasileira .....	82
5.1.3. A ampliação das funções dos Tribunais locais.....	85
5.2. A CENTRALIZAÇÃO DAS AÇÕES REPETITIVAS.....	87
5.2.1. A <i>multidistrict litigation</i> .....	87
5.2.2. O procedimento conjunto no novo CPC .....	88
5.3. A ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA.....	89
5.4. OS RECURSOS REPETITIVOS .....	91
5.4.1. Os recursos individuais .....	91
5.4.2. A autonomia da pretensão inicialmente individual.....	96
5.4.3. O agrupamento de recursos nos Tribunais Superiores .....	98



5.5. AS SÚMULAS .....	101
5.5.1. A orientação judicial fixada em enunciados.....	101
5.5.2. O debate prévio à atividade normativa .....	103
5.6. OS PRECEDENTES .....	105
5.6.1. O funcionamento dos precedentes no direito norte-americano.....	105
5.6.2. Os precedentes no Novo CPC .....	107
<b>6. INSTRUMENTOS PARA DELIBERAÇÃO .....</b>	<b>111</b>
6.1. AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS .....	111
6.2. O <i>AMICUS CURIAE</i> .....	113
6.2.1. O auxílio no adequado julgamento da causa .....	113
6.2.2. A atuação como parte interessada.....	116
6.3. O TERCEIRO PREJUDICADO .....	118
6.3.1. O interesse jurídico .....	118
6.3.2. O interesse na discussão da matéria .....	121
6.4. O ASSISTENTE DAS PARTES.....	122
6.4.1. Casos de assistência.....	122
6.4.2. A contribuição para a deliberação processual.....	123
<b>7. A REPLICABILIDADE DAS DECISÕES .....</b>	<b>125</b>
7.1. A PRETENSÃO DE UNIVERSALIZABILIDADE .....	125
7.1.1. A racionalidade e estabilidade da jurisprudência .....	125
7.1.2. A segurança jurídica.....	128
7.2. A VINCULAÇÃO DOS CASOS POSTERIORES.....	129
7.2.1. O julgamento liminar de improcedência .....	129
7.2.2. A restrição de acesso aos Tribunais.....	131
7.2.3. A reclamação .....	133

7.2.4. O risco de engessamento das teses vinculantes .....	134
7.3. (IM)POSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO .....	136
7.3.1. O acesso à justiça e o dia na Corte – a democracia representativa.....	137
7.3.2. A representação de grupos de interesses .....	141
7.3.3. A preclusão da matéria.....	144
<b>8. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS.....</b>	<b>148</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>151</b>

## 1. INTRODUÇÃO

Muito se debate sobre a legitimidade da atuação do Poder Judiciário, por selecionar seus membros de forma não democrática – sem eleições –, exercer suas funções através de um processo que restringe as formas de argumentação<sup>1</sup> e não ser submetido a avaliações por eleições periódicas. O modo como se desenvolvem suas funções institucionais, juntamente com a ausência de representatividade através de escrutínio, contribui para que se questionem as decisões que parecem se distanciar de um modelo mecânico de simples aplicação da lei.

Nesse sentido, o Judiciário seria antidemocrático quando aplica a lei interpretando o texto legislativo, quando suprime lacunas legislativas ou resolve ambiguidades, quando decide pela inconstitucionalidade ou ilegalidade de dispositivos normativos elaborados pelos Poderes Legislativo e Executivo,<sup>2</sup> ou quando elabora enunciados abstratos semelhantes às normas legislativas.

Sob outra perspectiva, as peculiaridades institucionais e o papel atribuído ao Judiciário no Estado Constitucional justificam uma postura mais ativa, mas, de toda forma, as críticas mencionadas estimulam a investigação sobre qual é, ou qual deve ser, a legitimidade democrática do Poder Judiciário na definição dos direitos e na aplicação das normas.

De acordo com as teorias modernas da linguagem,<sup>3</sup> todos os sistemas linguísticos, inclusive o Direito, estão abertos constantemente a interpretações porque dependem do contexto fático e normativo em que são aplicados. Assim, a partir do caráter argumentativo do Direito e do processo judicial, procura-se fazer uma leitura constitucional e democraticamente orientada do âmbito dialético das disputas judiciais, reiterando a conclusão de alguns doutrinadores de que a democracia processual é atingida através do direito ao contraditório e da participação daqueles que são diretamente interessados no processo.

---

<sup>1</sup> De acordo com Conrado Hübner Mendes, as Cortes são questionadas não apenas por seu suposto caráter elitista, mas também em razão de estarem atadas aos vetores rigorosos da linguagem jurídica. Para alguns autores, o “discurso jurídico seria legalista e míope, uma distração do centro do problema. Suas formas de raciocínio impediriam os magistrados de ver o que está genuinamente em jogo.” (tradução livre) MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, p. 84.

<sup>2</sup> PETERS, Christopher. *Adjudication as representation*, p. 326.

<sup>3</sup> Ver item 2.1.

Com essa premissa, o presente trabalho procura avaliar em que medida as decisões vinculantes, estabelecidas no art. 927 do novo Código de Processo Civil (CPC), correspondem à ideia de democracia. A pesquisa não pretende estudar os aspectos internos da decisão judicial, apesar de sua grande relevância diante da influência da doutrina norte-americana dos precedentes na nova legislação, mas identificar de que forma a resolução uniforme de casos presentes e futuros e a replicação das decisões respeitam a participação democrática daqueles que são diretamente interessados na solução da controvérsia.

Seja em uma análise anterior à fixação de uma tese pelos Tribunais, seja em uma análise posterior, a participação de todos no processo que unifica a jurisprudência inviabiliza o desenvolvimento da atividade judicial. Por outro lado, existe a exigência democrática de participação e o direito fundamental ao contraditório.

Um dos campos abertos a pensar e implementar ideias democráticas em âmbito processual é o Direito Constitucional, que atualmente procura ampliar o campo de participação através da teoria do Constitucionalismo Democrático. Em função das novas perspectivas trazidas para o processo, iniciamos nosso estudo a partir dessa doutrina (Capítulo 2). Importante observar, desde logo, que as teorias constitucionalistas pensam mais em um âmbito estrutural do Estado e da relação entre os poderes. Aqui, a pretensão é bem mais modesta.

Partimos, então, para uma breve análise da função jurisdicional e do modo como suas atividades se desenvolvem na jurisdição ordinária, bem como investigamos de que forma é possível que o processo civil contribua para a legitimidade democrática da atuação do Poder Judiciário (Capítulos 3 e 4), com vistas, fundamentalmente, aos mecanismos de ampliação dos efeitos das decisões judiciais estabelecidos no novo Código de Processo Civil (Capítulo 5), à vinculação dessas decisões a casos presentes e futuros (Capítulo 6) e a formas de permitir a ampliação do debate judicial nestes casos (Capítulo 7).

## 2. A NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

### 2.1. A DISPUTA SOBRE O SENTIDO DAS NORMAS JURÍDICAS

#### 2.1.1. O contexto externo: pós-positivismo e Estado Constitucional

Do século XVII ao século XIX, defendeu-se uma teoria racional do Estado,<sup>4</sup> que deveria expressar a vontade geral, ou a soberania nacional ou popular, através do Parlamento, por leis que davam contorno aos poderes estatais e garantiam os direitos individuais.<sup>5</sup>

A lei, neste momento, era expressão da razão, e não da vontade do soberano ou de um grupo de cidadãos, e deveria ser aplicada exatamente da forma como determinada pelo Poder Legislativo, pois a segurança apenas poderia ser alcançada com um “mecanismo de aplicação pronto, seguro e uniforme”.<sup>6</sup> O positivismo jurídico transformou o juiz na boca da lei, num servidor público neutro sem atividade criativa, a fim de evitar o arbítrio e garantir a liberdade civil. O desenho institucional e a função das Cortes foram definidos de acordo com uma específica normativa que estavam obrigadas a respeitar: as normas decorrentes do direito posto pelo Estado. A suposta neutralidade estatal, portanto, foi transferida também para o âmbito jurisprudencial.<sup>7</sup>

A ciência jurídica foi formada, então, como espaço do primado da lei, em que a justificativa e a fundamentação do Direito, identificado com as leis estatais, eram

---

<sup>4</sup> BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*, p. 87.

<sup>5</sup> Maurizio Fioravanti afirma que “A Carta Constitucional é, naquele tempo, no máximo um vértice, dentro do qual o direito vigente é monopolizado pela lei.” FIORAVANTI, Maurizio. *Le trasformazioni della cittadinanza nell’età dello Stato Costituzionale*, p. 428. Tradução livre.

<sup>6</sup> FIORAVANTI, Maurizio. *Le trasformazioni della cittadinanza nell’età dello Stato Costituzionale*, p. 428.

<sup>7</sup> Nesse sentido, Ovídio Araújo Baptista da Silva afirma: “é estreitíssima a relação entre o conceito de *jurisdição* que nos foi transmitido e as doutrinas que então sustentavam a formação do Estado Absoluto. Na verdade, a neutralidade do juiz é mais uma consequência, ou um reflexo, da neutralidade do Estado, como um dispositivo ‘técnico’ capaz de servir a todas as possíveis ideologias e, em virtude da tolerância que uma tal concepção pressupunha, abrigar em seu seio as mais variadas e contraditórias correntes de opinião.” SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, p. 95.

encontradas no próprio Direito, de modo a fechar epistemologicamente o saber jurídico.<sup>8</sup> O Judiciário apenas aplicaria a norma aos fatos, indicando a solução jurídica existente no ordenamento.

Todavia, após os regimes ditatoriais do século XX, a lei perde a centralidade jurídica de que dispunha, notadamente quando se percebe que o parlamento não é garantia de proteção da liberdade dos indivíduos e que a maioria pode ser tirânica.<sup>9</sup> Passou-se a defender, então, a eficácia normativa dos princípios e valores jurídicos e a necessidade de aproximação da filosofia moral, da filosofia política e das ciências sociais, pois a solução dos problemas existentes não era encontrada integralmente na norma estatal.<sup>10</sup>

Com isso, abre-se um espaço pluralista de determinação de sentido das normas legislativas, que, embora permaneçam com sua pretensão de completude e aplicação mecânica, permitem a formação de uma consciência de impossibilidade de restrição do Direito ao que é elaborado pelo Legislativo.

Juntamente com essa doutrina filosófica pós-positivista, a Constituição, agora vista como a real responsável por expressar a vontade popular e constituir os poderes de acordo com o sentimento social, passa a ser o centro do ordenamento jurídico não apenas em sentido formal de fechamento do sistema normativo, mas também como uma estrutura normativa superior que informa substancialmente todo o ordenamento estatal, limita e direciona o poder ao mesmo tempo em que impõe exigências de atuação relacionadas à efetivação de direitos fundamentais.<sup>11</sup> No Estado Constitucional, a efetivação dos preceitos estruturantes da sociedade é atribuída aos três poderes estatais, que devem encontrar o seu equilíbrio e controle recíprocos nas normas constitucionais.<sup>12</sup>

Portanto, com o pós-positivismo e neoconstitucionalismo, está assente que não é mais possível defender com facilidade a aplicação das normas jurídicas por estrita subsunção dos fatos ao ordenamento, como se o sistema jurídico fosse

<sup>8</sup> MECCARELLI, Massimo. *Diritto giurisprudenziale e autonomia del diritto nelle strategie discorsive della scienza giuridica tra otto e novecento*, p. 722.

<sup>9</sup> KIMMINICH, Otto. *Jurisdição constitucional e princípio da divisão dos poderes*, p. 1025 e ss..

<sup>10</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*, p. 29-30.

<sup>11</sup> JARAMILLO, Leonardo García. *Presentación*, no livro *Nuevas perspectivas sobre la relación/tensión entre la democracia y el constitucionalismo*, p. 9.

<sup>12</sup> FIORAVANTI, M. *Legislação e jurisdição na Europa: a era do Estado Constitucional*, p. 9.

completo e o intérprete e o aplicador do Direito não tivessem nenhuma margem de atuação.

### 2.1.2. O contexto interno: o caráter aberto da linguagem e o direito de defesa

Além das doutrinas e ideologias estatais surgidas após 1945, há também teorias que afirmam, em um aspecto interno dos textos normativos, a necessidade de interpretação da redação da lei para que possa ser aplicada aos casos concretos.

A partir de uma perspectiva da teoria da linguagem,<sup>13</sup> compreende-se que mesmo as normas que parecem mais claras e inequívocas podem ter significados diferentes a depender do contexto em que se encontram e da interpretação que se faz de sua conformidade constitucional.

Seja em razão da existência de conceitos indeterminados, princípios gerais ou lacunas normativas, seja em função da necessidade de interpretação da redação normativa e do parâmetro constitucional de validade da norma, no âmbito do raciocínio jurídico, notadamente no momento de aplicação das normas, existe sempre a necessidade de apresentação de argumentos que tenham a pretensão de atuar como justificação racional para tomada de decisão.

É evidente que o texto normativo é um ponto de partida fundamental para a argumentação jurídica, mas, ainda que ele se pretenda completo e unívoco, não permite compreender integralmente o sentido da norma, porque precisa ser complementado por um substrato fático e social que nenhum texto é capaz de ter.<sup>14</sup> Uma vez que o Direito é um meio de solução de problemas concretos, a forma de raciocínio não pode perder de vista os aspectos práticos da norma e do sentido que ela adquire perante a situação fática e o restante do ordenamento.

Muitas vezes, o contexto não é problemático e é suficiente para identificar o conteúdo preciso da norma e, então, a adequada compreensão desse elemento faz

---

<sup>13</sup> São vários os autores que podem ser indicados como representantes da teoria da linguagem, como Genaro Carrió, Sebastián Soler e Jürgen Habermas, embora cada um tenha seu próprio entendimento. Neste trabalho, a finalidade não é aprofundar o estudo nesta perspectiva, mas apenas partir de uma compreensão geral da linguagem, que indica a necessidade de interpretação e argumentação no Direito.

<sup>14</sup> HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*, p. 252-253.

com que as normas sejam amplamente compartilhadas e incontroversas, a ponto de o texto parecer ser uma base interpretativa suficiente.<sup>15</sup> Outras situações, todavia, deixam o texto ambíguo, sobreinclusivo ou subinclusivo,<sup>16</sup> momento em que se devem buscar fontes externas de determinação e construção de sentido,<sup>17</sup> que, embora sejam mais controversas, sejam também mais transparentes.<sup>18</sup>

Assim, partindo de uma ordem jurídica compartilhada, que tem a pretensão de produzir certeza ou, mais realisticamente, reduzir a incerteza a um grau aceitável,<sup>19</sup> existe uma contínua necessidade de interpretação, por ser uma ordem normativa, e de adaptação a problemas práticos, por ser também uma ordem prática,<sup>20</sup> envolvendo interesses e valores daqueles que são individualmente interessados na solução da controvérsia.

Nesse momento, interesses objetivos e subjetivos de cada um dos afetados pela norma em uma determinada situação, que muitas vezes se chocam, são relevantes para a adequada e correta compreensão do objeto que se encontra em disputa. Esse embate dialético, que ocorre notadamente no processo judicial, é uma decorrência necessária dos direitos e garantias fundamentais, que asseguram aos indivíduos a inafastabilidade da jurisdição, o devido processo legal e o direito ao contraditório e à ampla defesa.<sup>21</sup>

Denota-se, então, que a indeterminação do Direito decorre tanto da forma pela qual ele é expressado – linguagem, com ambiguidade, conceitos vagos e

<sup>15</sup> SUNSTEIN, Cass R. *After the rights revolution*, p. 157.

<sup>16</sup> Sobre sobreinclusão e subinclusão, ver SCHAUER, Frederick. *Las reglas em juego: un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*. Claudina Orunesu e Jorge L. Rodríguez (trad.). Madrid: Marcial Pons, 2004.

<sup>17</sup> SUNSTEIN, C. R. *After the rights revolution*, p. 157; HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*, p. 252-253.

<sup>18</sup> António Manuel Hespanha afirma: “Todos os grandes modelos jurídicos dependem de opções, dirigidas mais ou menos indiretamente por interesses de vária ordem, afinal tão arbitrários como as opções de um parlamento ou de um legislador. Porém, esta arbitrariedade pode ser parcialmente reduzida, tanto pela discussão bem organizada (igualitária, participada, transparente, com regras), como pela adoção de formas muito participadas e inclusivas de tomar decisões normativas. Nesta situação, as normas jurídicas deixarão de ser arbitrárias, não por se terem tornado inevitáveis, universais, únicas; mas porque o seu caráter apenas opinável, necessariamente local, parcial e sujeito a controvérsia, foi explicitamente assumido e clarificado. Ou seja, sabe-se em que e porquê uma norma tem um alcance limitado, provisório e sujeito a debate. E sabe-se também que o alargamento e aprofundamento da discussão é quase sempre a via para superar os viesamentos e parcialidade das soluções.” HESPANHA, António Manuel. *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático*, p. 31-32.

<sup>19</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica*, p. 15.

<sup>20</sup> PEREIRA, Paula Pessoa. *Legitimidade dos Precedentes: universabilidade das decisões do STJ*, p. 32-33.

<sup>21</sup> Art. 5º, XXXV e LV, da Constituição Federal.



lacunas – e da conseqüente necessidade de interpretação, quanto da garantia do contraditório e da ampla defesa.<sup>22</sup>

Com isso, fica caracterizado o caráter argumentativo do Direito que, em contextos de julgamento, exige razoabilidade na avaliação de argumentos contrários e na análise dos fatos relevantes, pois “os Direitos das pessoas passam a depender de ‘fatos que demandam julgamento’ (...) e, assim, da discricionariedade razoável e da avaliação sensível daqueles que estão autorizados a determinar os fatos.”<sup>23</sup>

Dessa forma, a busca de coerência da atuação judicial não se limita à análise interna da decisão – seus motivos, consistência e coesão – ou sua consonância com o ordenamento jurídico – o que, por si só, não é uma garantia suficiente de justiça<sup>24</sup> –, mas engloba também os momentos que antecedem sua elaboração, em perspectiva procedimental e substancial,<sup>25</sup> e a consistência do resultado, escolhido racional e fundamentadamente dentre os juridicamente possíveis, com a satisfação daqueles que têm sua vida prática diretamente afetada pela decisão.

Portanto, para além da interpretação do texto normativo em conjunto com os valores constitucionais, é necessário realizar uma investigação a respeito do contexto fático e axiológico em que a norma está inserida,<sup>26</sup> sendo necessário o debate e a argumentação para a solução das controvérsias.

Assim, a partir (i) dos valores e princípios constitucionais, que impõem uma escolha e uma atuação estatal (neoconstitucionalismo), (ii) da ideia de que Direito é linguagem e, portanto, está aberto constantemente a interpretações, e (iii) da existência de disputas entre partes de uma ação judicial que, de regra, defendem posicionamentos contrários, a adoção de uma teoria do discurso aplicável ao âmbito judicial decorre quase automaticamente. Essa adoção se completa pela constituição

<sup>22</sup> MACCORMICK, N. *Retórica e o Estado de Direito*, p. 35-36.

<sup>23</sup> MACCORMICK, N. *Retórica e o Estado de Direito*, p. 99.

<sup>24</sup> MACCORMICK, N. *Retórica e o Estado de Direito*, p. 264.

<sup>25</sup> Afirma Manuel Atienza: “Apesar de todas essas críticas, a obra de Viehweg contém algo importante: a necessidade de raciocinar também onde não cabem fundamentações conclusivas, e a necessidade de explorar, no raciocínio jurídico, os aspectos que permanecem ocultos se examinados de uma perspectiva exclusivamente lógica.” ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*, p. 57.

<sup>26</sup> POST, Robert. SIEGEL, Reva. *Constitucionalismo democrático: por una reconciliación entre Constitución y pueblo*, p. 56. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, p. 378.

do Estado *Democrático* de Direito pelo Texto Constitucional,<sup>27</sup> que exige a implementação da democracia em todos os âmbitos em que ela é possível.

## 2.2. A EXIGÊNCIA DEMOCRÁTICA DE PARTICIPAÇÃO

Na medida em que o significado das normas jurídicas é disputável e pode existir mais uma interpretação racionalmente válida,<sup>28</sup> a questão que se coloca não é saber quais formas de interpretação são mais legítimas ou que formas de argumentação são mais racionais. A inexistência de hierarquia ou preferência entre os cânones interpretativos<sup>29</sup> faz com que o processo argumentativo esteja sujeito às subjetividades dos participantes e às opções que entendem como mais adequadas, corretas ou justas, diante de cada caso concreto.

Sendo impossível definir a interpretação de forma substancial e em razão de o significado, o conteúdo e o alcance das normas e dos direitos serem sujeitos à discussão, deve-se buscar um procedimento que permita definir a forma da argumentação.<sup>30</sup> É importante investigar, neste momento, como o processo pode auxiliar a determinar qual das possibilidades sustentáveis de decisão corresponde à melhor solução do conflito.

Para isso, uma das formas sugeridas pela doutrina, com vistas ao Estado Constitucional e Democrático de Direito, é a prática da democracia deliberativa, num sentido amplo de discussão entre cidadãos livres e, na medida do possível, iguais, como meio para o exercício da autonomia e do autogoverno e para a tomada de decisão legítima.<sup>31</sup> Essa discussão deve ser institucionalizada tanto quanto possível

---

<sup>27</sup> Art. 1º, da Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)”

<sup>28</sup> Ainda que se entenda que, subjetivamente, uma determinada pessoa possa apontar apenas uma solução como correta, neste momento analisamos a questão de um ponto de vista objetivo, sem adentrar na questão sobre se existe ou não uma única resposta correta.

<sup>29</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*, p. 21.

<sup>30</sup> GODOY, Miguel Gualano. *A democracia deliberativa como guia para a tomada de decisões legítimas*, p. 77.

<sup>31</sup> BOHMAN, James. *The coming of age of Deliberative Democracy*, p. 401. No mesmo sentido: DWORKIN, Ronald. *The partnership Conception of Democracy*, p. 457.

como fundamento de decisões públicas,<sup>32</sup> admitindo-se, no processo decisório estatal, a participação de sujeitos que, originariamente e de acordo com o processo civil tradicional, não possuem legitimidade ou competência legal para discutir, com eficácia, aquela determinada questão que está em pauta.<sup>33</sup>

O contexto que deve ser considerado para interpretação da ordem normativa, então, é aquele informado pela comunicação social e opinião pública que emerge da sociedade civil por meio de processos democráticos.<sup>34</sup>

A democracia contemporânea “exige votos, direitos e razões”, na medida em que, além da participação em eleições – aspecto formal –, deve-se garantir os valores e os direitos fundamentais – aspecto substancial – e debate, argumentos e persuasão – aspecto deliberativo.<sup>35</sup> A democracia deliberativa é, portanto, aquela que inclui a discussão argumentativa no conceito de democracia, institucionalizando o debate como forma de atribuir legitimidade democrática à decisão estatal.<sup>36</sup>

Nesse sentido, Jürgen Habermas afirma:

Em uma democracia constitucional, essa disputa pertence a todos os participantes, e não deve ser conduzida apenas como um discurso esotérico entre expertos distante da arena política. Em razão de suas prerrogativas e, de uma forma mais geral, suas experiência e conhecimento profissional, membros do judiciário e juristas participam desse contexto de interpretação de uma forma privilegiada, mas eles não podem usar sua autoridade profissional para impor uma visão de constituição sobre o restante de nós. O público dos cidadãos deve achar a visão convincente.<sup>37</sup>

Essas ideias são fundamentais para a concepção de Estado Democrático e Constitucional de Direito, em que a participação popular é pressuposta como

---

<sup>32</sup> ALEXY, R. Balancing, constitutional review, and representation, p. 579. Afirmou José Joaquim Calmon de Passos, em 1988: “Estamos, penso eu, alcançando um estágio novo do processo de transformação da democracia moderna. Democratizado o Estado, percebeu-se que, embora importante, era insuficiente esse passo, havendo risco de retrocesso. Impunha-se também democratizar a sociedade. (...) Para que isso se faça realidade, urge pensar e implementar os instrumentos adequados, plasmar as novas instituições, enfim definir todo o necessário à consecução desse objetivo. E tudo aponta seja esse caminho o da chamada democracia participativa. (...) a democracia participativa reclama: participação nas decisões, sempre que possível; controle da execução, em todas as circunstâncias; acesso às informações, assegurado, no mínimo, a respeito de assuntos mais graves, a setores representativos da sociedade civil.” CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Democracia, participação e processo, p. 92-93.

<sup>33</sup> NIGRO, Mario. Il nodo della partecipazione, p. 226.

<sup>34</sup> HABERMAS, J. *Between facts and norms*, p. 442.

<sup>35</sup> BARROSO, L. R. A razão sem voto, p. 25.

<sup>36</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz.; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, v. 1, p. 484.

<sup>37</sup> HABERMAS, J. *Between facts and norms*, p. 395. Tradução livre.

condição de legitimidade normativa,<sup>38</sup> embora não exista nenhuma obrigação do Legislativo proceder à oitiva efetiva da população antes de elaborar uma lei.<sup>39</sup> Isso ilustra como os direitos de participação e de representação estão imbricados nas premissas da formação do Estado contemporâneo, em relação a todos os poderes estatais.

É importante observar, neste momento, que a democracia não se confunde com a soberania popular, com regras majoritárias ou com deliberação, que são procedimentos para a tomada de decisão. A democracia está conectada e é definida por valores políticos substantivos que permitem identificar quais procedimentos de tomada de decisão são realmente democráticos.<sup>40</sup>

Assim, a deliberação entre indivíduos que possuem posicionamentos diferentes é um procedimento que contribui para a tomada de decisão, auxiliando tanto no desenvolvimento intrínseco da própria deliberação – na medida em que os participantes testam seus argumentos e precisam expor sua opinião de forma racional, da mesma forma que precisam ouvir os demais –, quanto fornecendo subsídios contextuais e fáticos para a tomada de decisão.<sup>41</sup>

Esses embates discursivos devem considerar as exigências de racionalidade argumentativa, como clareza conceitual na utilização de sentidos, consideração de consequências e ponderação,<sup>42</sup> bem como exigem que cada uma das posições seja adequadamente justificada aos outros debatedores.<sup>43</sup> Existe, dessa forma, um elemento civilizatório e educativo<sup>44</sup> no debate, que destaca o aspecto epistêmico da deliberação,<sup>45</sup> e é o que justifica a preferência por um processo deliberativo democrático.<sup>46</sup>

---

<sup>38</sup> No que diz respeito às normas legislativas, já há bastante tempo sustenta-se que sua legitimidade depende da participação popular na sua formação, que ocorre de forma direta – com proposições legislativas e plebiscitos ou referendos – ou de forma indireta – através dos representantes do povo. Essa perspectiva da democracia e da legitimidade do ordenamento jurídico advém da ideia de que as pessoas devem ter suas condutas reguladas por normas que são, ainda que indiretamente, elaboradas por elas mesmas.

<sup>39</sup> SOLUM, Lawrence B. *Procedural Justice*, p. 276-277.

<sup>40</sup> POST, R. *Democracia e igualdad*, p. 71-72.

<sup>41</sup> MENDES, C. H. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, p. 44.

<sup>42</sup> ALEXY, R. *Constitucionalismo Discursivo*, p. 26.

<sup>43</sup> NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico e politológico de la practica constitucional*, p. 203-205.

<sup>44</sup> GARGARELLA, Roberto. *El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos*, p. 5.

<sup>45</sup> MENDES, C. H. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, p. 24-26. Para Ricardo Lorenzetti, presidente da Corte Suprema da Argentina, a confrontação de posicionamentos diferentes, com argumentos e contra-argumentos, que demonstram a complexidade e diversidade da sociedade, é a razão mais importante pela qual se deveria realizar uma audiência pública. LORENZETTI,

O diálogo permite uma consideração mais acurada a respeito dos posicionamentos que são defendidos por cada um dos envolvidos e, tendencialmente, tem mais aptidão para trazer subsídios que informem uma melhor resposta. Assim, as decisões estariam devidamente justificadas quando resultam “de processos de discussão em que intervêm – em uma posição de igualdade – todos os potencialmente afetados”,<sup>47</sup> e consideram, efetivamente, a discussão que já foi travada.

Ainda, é importante observar que o oferecimento de oportunidade para manifestação de representantes de todos os interesses envolvidos contribui para redução da violência e respeito ao pluralismo social.<sup>48</sup>

A partir dessa perspectiva, possuem relevância os seguintes aspectos: (i) quem está argumentando tem interesse em atingir o melhor resultado possível, pois a decisão coletiva afetará tanto os debatedores quanto os ausentes; (ii) a decisão que for tomada é um ponto de chegada provisório, que vai ser desenvolvido por deliberações e interpretações futuras; (iii) as posições de quem participa da prática de raciocinar conjuntamente devem possuir justificção racional; (iv) a forma de fornecer razões deve ser imparcial – ou, ao menos, deve considerar as consequências do seu posicionamento para todos os envolvidos –; (v) quem delibera deve estar aberto à revisão de sua posição, o que implica uma “ética do consenso”; (vi) exige-se um elemento ético de respeito; e (vii) a prática deliberativa compreende um compromisso político de inclusão, empatia e responsividade por todos os pontos de vista.<sup>49</sup>

Assim, ao contrário de uma visão liberal, em uma visão republicana, a política é constitutiva do processo social, faz parte da vida substantiva dos sujeitos e assegura autonomia e força integrativa aos cidadãos através de práticas comunicativas. Os direitos civis, nesse sentido, são liberdades positivas que “garantem a possibilidade de participação em uma prática comum através da qual os cidadãos podem se fazer como querem ser: autores políticos autônomos de uma

---

Ricardo. Las audiencias públicas y la Corte Suprema. In: Roberto Gargarella (comp.). *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2014, p. 345-354.

<sup>46</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating, p. 560.

<sup>47</sup> GARGARELLA, R. El nuevo constitucionalismo dialógico..., p. 5. Tradução livre.

<sup>48</sup> UGARTE, Ramiro Álvarez. La aporía y el diálogo en la adjudicación constitucional, p. 336.

<sup>49</sup> MENDES, C. H. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, p. 14.

comunidade livre de iguais”,<sup>50</sup> pois quem “vive a norma” acaba por aplicá-la e respeitá-la da forma como individualmente a interpreta.<sup>51</sup>

Um processo que leve em conta todos esses aspectos, por sua relevância democrática, é tão importante quando o conteúdo da decisão.<sup>52</sup>

A partir disso, a decisão coletiva deve ter alguma ligação com a vontade individual, de modo que o indivíduo possa reconhecer sua autoria e contribuição dentro da decisão geral,<sup>53</sup> ainda que a posição que defendeu não tenha sido a que foi adotada.

Dessa forma, deve-se investigar como a democracia pode contribuir com um processo decisório em maior conformidade com os interesses daqueles que são sensivelmente afetados por ele.<sup>54</sup>

Busca-se, portanto, um intercâmbio de informações e considerações que, embora parta de opiniões particulares e subjetivamente determinadas e, às vezes, apenas traga os problemas práticos que devem ser resolvidos,<sup>55</sup> permita um entendimento recíproco e um resultado mais racional e justo<sup>56</sup> ou, ao menos, mais consciente e adequado às situações concretas daqueles envolvidos.

## 2.3. O CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

### 2.3.1. A interpretação da Constituição

É justamente a adequação da ordem normativa à sociedade, em sentido substancial, que mantém a legitimidade da Constituição, de modo que a sua correspondência com os valores sociais é essencial para sua manutenção. Essa

<sup>50</sup> HABERMAS, J. *Between facts and norms*, p. 268-270. Tradução livre.

<sup>51</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição, p. 13.

<sup>52</sup> Conrado Hübner Mendes afirma: “Como pesquisas empíricas demonstraram, a percepção de que o processo é justo é, em essência, tão importante quanto uma decisão favorável para as partes.” MENDES, C. H. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, p. 68. Tradução livre.

<sup>53</sup> POST, R. Democracia e igualdad, p. 73-74.

<sup>54</sup> SHAPIRO, Ian. *Revisiting Democracy’s Place*, p. 267.

<sup>55</sup> LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *O devido processo legal coletivo*: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional, p. 526.

<sup>56</sup> HABERMAS, J. *Between facts and norms*, p. 296-297.

adequação, contudo, devido à dificuldade e à demora, não pode ser feita exclusivamente através do processo legislativo, até porque a atividade de interpretação da norma deve ser feita por discursos práticos de aplicação normativa, não por discurso de formulação legislativa.<sup>57</sup>

Uma forma mais constante e com potencialidade democrática para tanto é a impugnação de normas – ações diretas de constitucionalidade –, que acessa, ao mesmo tempo, os princípios constitucionais orientadores do sistema jurídico e os valores sociais subjacentes,<sup>58</sup> ainda que, no caso brasileiro, a iniciativa da demanda seja limitada.<sup>59</sup> Além disso, está sempre aberta a possibilidade das pessoas interferirem, por si mesmas, na interpretação do Direito no momento de sua aplicação em um caso que as afeta diretamente – ações individuais –, sem necessidade de submissão a processos legislativos ou aguardar os momentos legalmente previstos para os processos eleitorais. Assim, são acrescentados canais de participação direta nas instituições decisórias sem que estejam ligadas a visões e ideologias partidárias.

Com o pressuposto de que as normas não possuem um sentido claro passível de ser retirado do ordenamento jurídico ou dos valores da sociedade, mas dependem também do contexto, e de que a interpretação deve ser efetivada com a participação popular, a teoria do constitucionalismo democrático propõe que as Cortes incorporem, nas suas razões de decisão, considerações a respeito da opinião pública. Nesse sentido, embora o Judiciário mantenha o papel relevante que tem no Estado Constitucional – de efetivação dos valores e direitos constitucionais –,<sup>60</sup> a porosidade institucional é fundamental para permitir uma decisão mais completa e legítima ao mesmo tempo em que se preocupa com o sentimento de pertencimento dos cidadãos e com a ideia de autogoverno. É importante lembrar que, de acordo com o art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, todo poder emana do povo

---

<sup>57</sup> POST, R.; SIEGEL, R. *Constitucionalismo democrático*, p. 52.

<sup>58</sup> POST, R.; SIEGEL, R. *Constitucionalismo democrático*, p. 54.

<sup>59</sup> Em especial, ver art. 103, da Constituição Federal.

<sup>60</sup> Diferentemente do que defende o constitucionalismo democrático e, portanto, da doutrina adotada para o presente trabalho, para o constitucionalismo popular, o Judiciário interfere de forma negativa na definição do sentido da Constituição pela própria sociedade, pois limita as formas argumentativas possíveis. Assim, a construção de sentido da Constituição seria tarefa popular. Nesse sentido: KRAMER, Larry D. *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*. Madrid: Marcial Pons, 2011. BELLAMY, Richard. *Policia! Constitutionalism: a republican defense of the constitutionality of democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

e, assim, o exercício do poder apenas é legítimo se compatível com as exigências democráticas.<sup>61</sup>

Richard Bellamy, embora adote uma visão política que acaba por excluir completamente o papel normativo da Constituição e o papel do Judiciário no sistema de definição de direitos, defende que, tendo em vista a existência de desacordos, é necessário um processo que todos aceitem como legítimo para escolher qual ou quais das opiniões devem prevalecer ou como elas devem ser acomodadas. Tal processo deve tratar de forma justa as diferentes pessoas e perspectivas envolvidas, “demonstrando igual preocupação e respeito a elas não apenas como titulares de direitos mas como agentes autônomos que têm suas próprias visões razoáveis sobre os direitos”.<sup>62</sup> Isso porque o processo também serve como fonte de normas que guiam a conduta das pessoas, que passam a se basear também nas decisões judiciais.<sup>63</sup>

Com efeito, a doutrina assevera que as Cortes, conquanto possuam relevante papel hermenêutico, não podem impor o significado constitucional em questões relacionadas a valores e princípios,<sup>64</sup> pois a população deve reconhecer a Constituição como sua. Isso apenas pode acontecer se as opiniões populares forem efetivamente consideradas no processo de interpretação das normas constitucionais,<sup>65</sup> pois fazem parte do contexto de aplicação da norma e, portanto, não podem ser conhecidas pelas Cortes por simples ilação individual dos magistrados.

A legitimidade do Direito Constitucional, compreendida também a sua construção através da interpretação, depende da sensibilidade à opinião popular, pois a adaptação das normas constitucionais e conquistas de direitos aos valores sociais é o que mantém a possibilidade de configuração do significado normativo de acordo com o contexto.<sup>66</sup> Também a autoridade da Constituição depende desses

<sup>61</sup> ALEXY, R. Balancing, constitutional review, and representation, p. 578.

<sup>62</sup> BELLAMY, Richard. *Policial Constitutionalism: a republican defense of the constitutionality of democracy*, p. 26. Tradução livre.

<sup>63</sup> SOLUM, L. B. Procedural Justice, p. 278.

<sup>64</sup> Owen M. Fiss afirma que os “Juizes não têm monopólio na tarefa de atribuir significados aos valores públicos da Constituição, mas também não existe razão para que eles fiquem em silêncio. Eles também podem trazer contribuições ao debate e investigação públicos.” FISS, Owen M. *The forms of justice*, p. 2. Tradução livre.

<sup>65</sup> POST, R.; SIEGEL, R. *Constitucionalismo democrático*, p. 33.

<sup>66</sup> POST, R.; SIEGEL, R. *Constitucionalismo democrático*, p. 56.



mecanismos de manutenção de suas normas, ainda que a interpretação possa sofrer ajustes e adaptações com o decorrer do tempo.

Dessa forma, embora a Constituição, que, em um primeiro momento, é a representação da vontade do povo, possa ter adaptação de sentido quando de sua aplicação, os cidadãos podem concordar com entendimento adotado pela decisão, ainda que contrário ao seu, se os seus argumentos tiverem sido considerados e avaliados e se continuar aberta a possibilidade de desacordos e debate.<sup>67</sup>

O constitucionalismo democrático constitui-se, assim, como paradoxo de um texto que deve ter autoridade para regular um ordenamento jurídico e uma sociedade ao mesmo tempo em que deve possuir legitimidade através de sensibilidade democrática.<sup>68</sup> Então, as decisões em matéria constitucional devem estar abertas a essas práticas sociais e considerá-las como fonte de conhecimento, ainda que não estejam institucionalizadas e não sejam formalmente trazidas ao processo jurisdicional constitucional,<sup>69</sup> com o cuidado da diferenciação entre as “objeções jurisprudenciais feitas dentro de um debate profissional e aquelas que funcionam como argumentos políticos dentro do debate popular”.<sup>70</sup>

Sob a perspectiva da jurisdição constitucional, por ser mais fluída, as formas de interpretação e inclusão das opiniões públicas no processo são mais maleáveis e o processo deliberativo e argumentativo pode ser feito de forma indireta – através das manifestações da sociedade e de seus representantes sob diversas formas, ainda que fora do processo –, a depender de como a linguagem constitucional é tratada dentro de um determinado Estado.<sup>71</sup>

Para o constitucionalismo democrático, a deliberação e a disputa entre as interpretações possíveis das normas são condições normais e necessárias para o desenvolvimento do Direito Constitucional.<sup>72</sup> Quando existe mais de uma resposta juridicamente possível para a análise da constitucionalidade de uma lei, o preenchimento do âmbito de discricionariedade do julgador, decorrente da textura aberta da linguagem e dos princípios do Estado Constitucional, ocorre através da argumentação interna à decisão, que é enriquecida pelo debate prévio entre

<sup>67</sup> POST, R.; SIEGEL, R. *Constitucionalismo democrático*, p. 33-34.

<sup>68</sup> POST, R.; SIEGEL, R. *Constitucionalismo democrático*, p. 34.

<sup>69</sup> HÄBERLE, P. *Hermenêutica Constitucional*, p. 22 e 43.

<sup>70</sup> POST, R.; SIEGEL, R. *Constitucionalismo democrático*, p. 89. Tradução livre.

<sup>71</sup> MENDES, C. H. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, p. 179.

<sup>72</sup> POST, R.; SIEGEL, R. *Constitucionalismo Democrático*, p. 44.

posições conflitantes.<sup>73</sup> No âmbito constitucional, a ampliação do debate “é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação”.<sup>74</sup> Assim, uma Corte com melhor performance deliberativa no controle de constitucionalidade será melhor em si mesma.<sup>75</sup>

Dessa forma, ainda que a interpretação seja sempre provisória, porque depende de um contexto que é cambiável, e o Judiciário não seja a única autoridade que pode expressar sua interpretação, ele é um dos poderes do Estado de Direito e sua função de garantidor do respeito ao ordenamento jurídico<sup>76</sup> e solução de disputas<sup>77</sup> não pode ser negligenciada.<sup>78</sup>

### 2.3.2. A construção do sentido dos preceitos constitucionais

A partir das premissas mencionadas anteriormente, ao lado do conteúdo do debate e da decisão judicial, cuja análise apenas pode ser feita diante de casos concretos, revela-se a importância primordial do processo deliberativo que antecedeu a tomada de decisão, pois é ele que informa o substrato fático e valorativo em que a questão se coloca. É por isso que uma Corte que decide a respeito de matérias constitucionais em um Estado Democrático de Direito deve observar um processo democrático, com a participação mais ampla possível.

Com a necessidade dessa atuação mais ativa do Judiciário, existe um receio de que as Cortes exerçam função normativa, em razão de uma possível perda da função do Direito em termos de estabilização de expectativas e segurança jurídica, o

<sup>73</sup> JARAMILLO, L. G. Presentación, p. 13.

<sup>74</sup> HÄBERLE, P. *Hermenêutica Constitucional*, p. 30.

<sup>75</sup> SILVA, V. A. da. Deciding without deliberating, p. 559.

<sup>76</sup> Art. 102 da Constituição Federal: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...)”

<sup>77</sup> Art. 5º, XXXV, da Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

<sup>78</sup> A importância do Poder Judiciário na definição de direitos e a potencialidade de suas funções no desenvolvimento da democracia exigem que sua forma de atuação seja repensada em termos deliberativos, não que sejam imputadas como irrelevantes, como o fazem, por exemplo, a doutrina do constitucionalismo popular (como já mencionado na nota de rodapé nº 59: KRAMER, Larry D. *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*. Madrid: Marcial Pons, 2011. BELLAMY, Richard. *Policial Constitutionalism: a republican defense of the constitutionality of democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007). Afirma Ronald Dworkin: “Seria perverso condenar, em termos democráticos, qualquer coisa que nos tornou uma democracia melhor.” (DWORKIN, Ronald. *The partnership conception of democracy*, p. 458. Tradução livre).

que está ligado à ausência de um suporte cultural à sua atuação mais significativa.<sup>79</sup> A própria Constituição prevê sua efetivação essencialmente por via legislativa, mas esse modelo é insuficiente diante da dinâmica das relações sociais e da necessidade de esforços conjuntos para efetivação dos ditames constitucionais.

Tal situação, todavia, é uma consequência decorrente tanto das doutrinas mencionadas no item 2.1.1, que exigiram, em razão de circunstâncias empíricas, que o Judiciário atuasse de forma a garantir direitos e opções políticas fundamentais e que o ordenamento jurídico fosse interpretado de forma conforme a valores sociais – que, ainda que não jurídicos, são igualmente importantes para a sociedade –, quanto da exigência democrática de deliberação.

É uma tendência das democracias constitucionais contemporâneas o aumento da potencialidade da jurisdição, seja em função da rápida alteração do viver social – que não consegue ser acompanhada pela produção de normas –, seja pela perda de certeza da lei – em razão da contratualização ou privatização do ato legislativo, hipertrofia do Estado enquanto produtor de normas e possibilidade de interpretação e argumentação características da linguagem –, seja pela relativa incapacidade dos órgãos políticos, de modo que se abre maior espaço para as soluções oferecidas pelo Judiciário e para decisões pluralísticas diferentes da maioria-minoria.<sup>80</sup>

Assim, “se o Poder Judiciário tem algum papel a cumprir (e, certamente, tem) na tarefa de garantir e respeitar a democracia, também a teoria da democracia, a democracia deliberativa, tem um papel a cumprir sobre a prática jurisdicional”,<sup>81</sup> pois é a democracia que informa o Estado Constitucional de Direito e, portanto, deve ser utilizada para elaboração e aplicação de leis de forma justa.<sup>82</sup> Em última instância, o Direito é também o que nasce dos pleitos jurídicos, das acusações e das defesas e está, portanto, sujeito à argumentação legitimamente persuasiva.<sup>83</sup>

Compreende-se, então, que é inviável que as Cortes tenham uma atitude excessivamente restrita, pois isso não é compatível com o dever de garantia dos direitos constitucionais.<sup>84</sup> Na sua função normativa, definindo a forma de

<sup>79</sup> SORRENTI, Giusi. La costituzione “sottintesa”, p. 85.

<sup>80</sup> SORRENTI, G. La costituzione “sottintesa”, p. 78-79.

<sup>81</sup> GODOY, M. G. A democracia deliberativa como guia para a tomada de decisões legítimas, p. 88.

<sup>82</sup> BELLAMY, R. *Policial Constitutionalism*, p. 66.

<sup>83</sup> MACCORMICK, N. *Retórica e o Estado de Direito*, p. 21.

<sup>84</sup> POST, R.; SIEGEL, R. *Constitucionalismo democrático*, p. 69.

interpretação de determinada norma em um determinado contexto,<sup>85</sup> e prospectiva, pois a decisão é tendencialmente um modelo interpretativo a ser seguido em julgamentos posteriores que sejam relativos a casos análogos, não se pretende que elas passem a ser e atuar como o Legislativo ou o Executivo em termos de representação de interesses majoritários, ainda que se reconheça que, eventualmente, há necessidade de interpretação e de análise de políticas públicas com a finalidade de proteger direitos.

Para que ocorra ampliação do debate argumentativo judicial, capaz de trazer maior legitimidade democrática à jurisdição constitucional, são necessárias formas diferentes e contínuas e intercâmbio de informações entre aqueles que decidem e aqueles que sofrerão os efeitos concretos da decisão, bem como práticas deliberativas adequadas que mantenham a solidariedade e disposição para o debate em uma sociedade plural e heterogênea.<sup>86</sup> Dessa forma, as Cortes que fazem o controle de constitucionalidade possuem e devem zelar pela “representação argumentativa” da sociedade, ouvindo os diversos grupos de interesses e apresentando argumentos bons e plausíveis que podem ser aceitos, por um número suficiente de pessoas, como razões corretas.<sup>87</sup>

Assim, com o reconhecimento do relevante papel desempenhado pelos Tribunais na efetiva proteção dos direitos e da necessidade de legitimação democrática das práticas argumentativas e interpretativas, o constitucionalismo democrático proposto por Robert Post e Reva Siegel

reafirma o papel do governo representativo e de uma cidadania mobilizada quando se trata de exigir o cumprimento da Constituição, e ao mesmo

---

<sup>85</sup> As normas são sempre analisadas de acordo com uma determinada situação concreta, ainda quando se trate de ação abstrata, pois existe sempre um substrato fático subjacente, que corresponde à sua hipótese de incidência.

<sup>86</sup> POST, R.; SIEGEL, R. *Constitucionalismo democrático*, p. 53.

<sup>87</sup> ALEXY, R. Balancing, constitutional review, and representation, p. 578 e 580. A respeito da representatividade dos tribunais, Luís Roberto Barroso afirma: “Em curioso paradoxo, o fato é que, em muitas situações, juízes e tribunais se tornaram mais representativos dos anseios e demandas sociais do que as instâncias políticas tradicionais. É estranho, mas vivemos uma quadra em que a sociedade se identifica mais com seus juízes do que com seus parlamentares. Um exemplo ilustra bem a afirmação: quando o Congresso Nacional aprovou as pesquisas com células-tronco embrionárias, o tema passou despercebido. Quando a lei foi questionada no Supremo Tribunal Federal, assistiu-se a um debate nacional. É imperativo procurar compreender melhor este fenômeno, explorar-lhe eventuais potencialidades positivas e remediar a distorção que ele representa. A teoria constitucional ainda não elaborou analiticamente o tema, a despeito da constatação inevitável: a democracia já não flui exclusivamente pelas instâncias políticas tradicionais.” (BARROSO, L. R. A razão sem voto, p. 39.) No mesmo trabalho, Barroso menciona uma pesquisa do IBOPE, de 2012, que indica que o índice de confiança dos brasileiros no STF é de 54 pontos, enquanto que no Congresso é de 39, em uma escala de 0 a 100. (BARROSO, L. R. A razão sem voto, p. 44.)

tempo reafirma o papel dos tribunais usarem a razão jurídica profissional para interpretar a Constituição. (...) A diferença de um enfoque jurídico centrado em tribunais, o constitucionalismo democrático aprecia o papel essencial que o compromisso público desempenha ao orientar e legitimar as instituições e práticas do controle judicial de constitucionalidade. As opiniões constitucionais baseadas na razão jurídica profissional podem adquirir legitimidade democrática somente se a razão profissional estiver arraigada em valores e ideais populares.<sup>88</sup>

Destaque-se que, se o excesso de atuação individual e estritamente inovadora da Corte produz efeitos negativos na sua legitimidade e pode trazer um exagerado ativismo judicial, a abertura total a movimentos populares pode conduzir também a um populismo exacerbado,<sup>89</sup> devendo-se ter sempre em mente qual é a função das Cortes e em que medida deve ser respeitada a abertura do seu trabalho profissional à participação democrática – a qual não é equivalente aos mecanismos do Poder Executivo ou Legislativo, conforme se verá à frente (item 3.1.1).

Reconhece-se que não é tarefa simples para os Tribunais “encontrar maneiras de incorporar crenças populares no âmbito da legalidade, ao mesmo tempo em que se mantêm fiéis às exigências da razão jurídica profissional”,<sup>90</sup> mas isso é possível e democraticamente desejável.

A respeito, a *Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina* criou, em dezembro de 2015, a Secretaria de Comunicação e Governo Aberto para aprofundar sua política de comunicação e acesso à informação pública.<sup>91</sup> Embora se trate de um canal de comunicação que diz respeito à administração da justiça e não propriamente à função jurisdicional,<sup>92</sup> é uma iniciativa que certamente poderia ser utilizada como modelo e também como forma de intercâmbio de informações em ações judiciais.

No mesmo sentido, por volta da década de 1980,<sup>93</sup> a Corte Suprema da Índia criou a Demanda de Interesse Público (*Public-Interest Litigation*), em que as

<sup>88</sup> POST, R.; SIEGEL, R. *Constitucionalismo democrático*, p. 51. Tradução livre.

<sup>89</sup> JARAMILLO, L. G. Presentación, p. 14.

<sup>90</sup> POST, R.; SIEGEL, R. *Constitucionalismo democrático*, p. 57. Tradução livre.

<sup>91</sup> Acordada nº 42/2015, disponível em: <<http://classactionsargentina.com/2015/12/28/la-csjn-creo-la-secretaria-de-comunicacion-y-gobierno-abierto-una-medida-con-importantes-implicancias-para-el-acceso-a-informacion-publica-vinculada-con-procesos-colectivos-y-acciones-de-clase-fed/>>.

<sup>92</sup> Consta da Acordada “que a Corte Suprema de Justicia de la Nación tem promovido uma política comunicacional aberta orientada a dar transparência e difusão às decisões judiciais para aproximar a Justiça da sociedade, permitindo a esta ter acesso à informação e controlar e opinar sobre a administração da justiça e fazer efetivo seu direito à informação pública”. Tradução livre.

<sup>93</sup> Momento em que a Índia possuía um governo frágil. Ashok H. Desai e S. Muralindar observam que “É perceptível que a força do Judiciário é proporcional à fraqueza do Executivo”.

exigências legais de legitimidade e da demanda são flexibilizadas em nome da efetividade dos direitos constitucionais para aqueles que não conseguem acesso às Cortes,<sup>94</sup> seja por pobreza, desamparo, impotência ou posição econômica ou socialmente desfavorável.<sup>95</sup> Nos primeiros anos, a Corte se preocupou com os direitos dos detentos e com as condições das prisões, com base em pedidos de advogados e jornalistas, cartas e matérias de jornais, determinando, após obter informações das agências estatais responsáveis e através de comissário nomeado, medidas a serem adotadas e diretivas para evitar casos semelhantes no futuro.<sup>96</sup>

Também existem várias formas de abertura participativa no processo de controle de constitucionalidade. Seja através de audiências públicas, por apresentação de memoriais, pela aceitação de intervenientes como *amicus curiae*, nomeação de comissões de avaliação e consulta ou abertura de espaços de participação *online*, a depender do que mais se amolda aos interesses e à amplitude do caso concreto, a criatividade na elaboração de um procedimento adequado e suficientemente democrático depende apenas de um compromisso sério com as finalidades e valores constitucionais.

## 2.4. PROCEDIMENTO E CONTEÚDO

### 2.4.1. O valor intrínseco do procedimento democrático

É importante perceber que essas teorias discursivas e argumentativas que consideram o caráter democrático da deliberação não são suficientes para produzir

---

DESAI, Ashok H.; MURALINDAR, S. Public Interest Litigation: potencial and problems, p. 3. Tradução livre.

<sup>94</sup> Pratap Bhanu Mehta explica que, “Nos casos de PIL, a Corte flexibiliza as exigências legais de legitimidade e adequação formal, que requer que a demanda seja apresentada por pessoas diretamente afetadas, e, ao invés, permite que qualquer pessoa busque a correção de um dano ou uma injustiça. Esses casos também envolvem o abandono da instrução adversarial em favor de uma investigação feita pela Corte e por comissões de monitoramento.” MEHTA, Pratap Bhanu. The rise of judicial sovereignty, p. 71. Tradução livre.

<sup>95</sup> DESAI, A. H.; MURALINDAR, S. Public Interest Litigation, p. 4.

<sup>96</sup> Além de direitos humanos, a Corte também atuou em casos de trabalho infantil, trabalho forçado, questões ambientais e de consumidor, educação e políticas públicas. DESAI, A. H.; MURALINDAR, S. Public Interest Litigation, p. 7.

consenso na sociedade, em razão da pluralidade social e dos diversos pontos de vistas conflitantes – nem isso seria desejável, já que é justamente no dissenso que se abrem possibilidades de revisão de posicionamentos e de ulteriores deliberações.

Uma vez que não é possível que se chegue a um entendimento uniforme, são necessários mecanismos que assegurem a participação em processos de discussão, sejam formais ou informais, como mencionado. Observa-se, então, que “A alternativa para um consenso substantivo é tipicamente processual”, permitindo desenvolvimentos morais e epistêmicos ao mesmo tempo em que permite o pluralismo de concepções.<sup>97</sup> Para se chegar a um termo e evitar a discussão eterna, que não é possível quando deve ser tomada alguma decisão, estabelece-se a forma de discussão em um processo, ao final do qual será tomada a decisão tendencialmente mais informada e, portanto, mais consentânea com a realidade e com a situação de cada um dos envolvidos. Então, reitera-se a importância do processo na efetivação da democracia e na consecução das finalidades constitucionais.

Jürgen Habermas propõe uma teoria do discurso que depende da institucionalização de “procedimentos e pressupostos comunicativos”.<sup>98</sup> Como deve ocorrer esse processo, todavia, não é matéria tratada pela teoria do discurso, que apenas estabelece regras discursivas com caráter ideal,<sup>99</sup> as quais têm a função de estabelecer uma ideia regulativa para os discursos reais.<sup>100</sup>

Dessa forma, o processo de deliberação é informado pelas regras do discurso, com vistas a buscar um conhecimento mais acurado sobre a situação dos interessados e desenvolver a justificação dos posicionamentos particulares, mas não nos fornece uma forma pela qual o procedimento deva seguir.

Em razão disso são necessários procedimentos juridicamente disciplinados que tenham em vista garantir paridade entre os debatedores, regulem a forma de participação e sejam destinados à tomada de decisão.<sup>101</sup>

Tais disputas discursivas sobre a interpretação são, portanto, elementos integrantes dos ideais do Estado Democrático de Direito, que parte do pressuposto

---

<sup>97</sup> BOHMAN, J. *The coming age of deliberative democracy*, p. 402. Tradução livre.

<sup>98</sup> HABERMAS, J. *Três modelos normativos de democracia*, p. 47.

<sup>99</sup> ALEXY, R. *Constitucionalismo Discursivo*, p. 28.

<sup>100</sup> ALEXY, R. *Constitucionalismo Discursivo*, p. 28.

<sup>101</sup> ALEXY, R. *Constitucionalismo Discursivo*, p. 30.

de participação de todos na formação da ordem normativa.<sup>102</sup> Neste âmbito valorativo, uma teoria discursiva do Direito deve preocupar-se com a estrutura do processo argumentativo, adotando “um forte conceito de racionalidade processual que aloca as propriedades constitutivas da validade da decisão não apenas em uma dimensão lógico-semântica (...), mas também em uma dimensão pragmática do próprio processo justificatório”.<sup>103</sup>

Assim, o procedimento é “a forma (e a técnica) de organização ideal” para permitir a participação dos interesses envolvidos, porque confere flexibilidade à estrutura, ao mesmo tempo em que mantém estabilidade mínima suficiente para assegurar certeza e imparcialidade.<sup>104</sup> De modo que a efetividade do processo não tem relação apenas com seu potencial de decidir de forma imperativa e atender ao direito material, mas possui importantes atributos que são inerentes à prestação jurisdicional.<sup>105</sup> A autoridade e a legitimidade do Judiciário dependem, em grande medida, do seu processo, englobando sua imparcialidade em relação às partes e aos poderes políticos e sua atenção às particularidades concretas.<sup>106</sup>

O procedimento e o processo são componentes da ideia de justiça e influenciam o conteúdo substantivo da decisão,<sup>107</sup> motivo pelo qual um processo democrático tem valor em si mesmo e deve ser observado como um imperativo constitucional, permitindo a construção colaborativa da decisão.

A partir disso, observa-se que o procedimento democrático possui um valor intrínseco, que deve ser observado por si só, por permitir a expressão da pluralidade social e dos interesses particulares dos indivíduos.<sup>108</sup>

Nesse aspecto, a participação tem relevância por si só em razão da necessidade de legitimação democrática do poder,<sup>109</sup> embora a legitimidade judicial não seja decorrente apenas da participação dos interessados.

<sup>102</sup> MACCORMICK, N. *Retórica e o Estado de Direito*, p. 37.

<sup>103</sup> HABERMAS, J. Três modelos normativos de democracia, p. 226.

<sup>104</sup> NIGRO, M. Il nodo della partecipazione, p. 231. Tradução livre. Especificamente no que diz respeito ao processo civil, afirma-se, de acordo com a doutrina de Elio Fazzalari, que o processo é o procedimento em contraditório, de modo que é inviável chamar de processo o procedimento que não conte com participação. Nesse sentido: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, p. 647.

<sup>105</sup> SALLES, Carlos Alberto de. Processo civil de interesse público, p. 49.

<sup>106</sup> FISS, O. M. The forms of justice, p. 16.

<sup>107</sup> BURCH, Elizabeth Chamblee. Procedural justice in nonclass aggregation, p. 7-8.

<sup>108</sup> As teorias da participação orientadas pelo processo (*process-oriented* ou *intrinsic*) afirmam que a participação tem valor independentemente do resultado que pode gerar. BONE, Robert G. Rethinking the “day in court” ideal and nonparty preclusion, p. 201.



A admissão de que a participação e a deliberação democrática devem ser observadas apenas por seu valor intrínseco, todavia, levaria à necessidade de sempre ampliar o debate e admitir a manifestação de todos aqueles que tivessem interesse, o que é inviável em um processo concreto de tomada de decisão – porque o debate pode ser eterno –, e à necessidade de aceitação de decisões evidentemente em confronto com nossos valores sociais, como o nazismo, apenas porque seguiram o procedimento democraticamente exigido.<sup>110</sup>

Portanto, apesar de ser essencial, não se pretende afirmar que é suficiente o processo democrático deliberativo para que as decisões sejam consideradas mais corretas, no sentido de mais adequadas à realidade que pretende regular, devendo ser considerada também a qualidade do resultado e o desenvolvimento argumentativo da matéria.

#### 2.4.2. O valor instrumental do procedimento democrático

O Direito do Estado Constitucional, que afeta substancialmente a atividade dos órgãos estatais, exige que seja considerado o conteúdo da deliberação, não sendo possível garantir mecanismos democráticos pela simples formatação de um processo. Assim, é necessário que se atente também para valores “de tipo material (vinculados a noções de justiça ou verdade) e de tipo pragmático ou político (conectados à noção de aceitação)”.<sup>111</sup>

É preciso pensar em formas procedimentais participativas seja por um imperativo democrático, seja porque tais mecanismos produzem consequências na

---

<sup>109</sup> MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. *Novo curso de processo civil*, v. 1, p. 487. José Joaquim Calmon de Passos afirma: “A democratização do Estado alçou o processo à condição de garantia constitucional, a democratização da sociedade fá-lo-á instrumento de atuação política.” CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Democracia, participação e processo*, p. 95.

<sup>110</sup> Carlos Alberto de Salles afirma: “Assim, não é possível endossar um modelo de justiça puramente processual, porque algumas coisas continuarão sendo um mal a despeito de provenientes de um procedimento perfeitamente justo. (...) A qualidade das decisões estatais – políticas ou judiciais – não pode ser avaliada apenas pelo processo decisório que as gerou, não obstante a importância funcional dessa espécie de estrutura normativa.” SALLES, C. A. de. *Processo civil de interesse público*, p. 62-63.

<sup>111</sup> ATIENZA, M. *El derecho como argumentación*, p. 44-45. Tradução livre.

qualidade da deliberação e do resultado<sup>112</sup> e na definição do conteúdo substancial dos direitos fundamentais,<sup>113</sup> de modo que a deliberação tem tanto um valor intrínseco quanto um valor instrumental, os quais devem ser balanceados em cada caso.<sup>114</sup>

A partir disso, descarta-se um mero procedimentalismo, pois há necessidade de considerações substantivas,<sup>115</sup> seja em relação aos valores, princípios e direitos constitucionais, seja em relação aos parâmetros essenciais da democracia. Mesmo aqueles que defendem ser suficiente garantir a democracia procedimental, assume-se, no mínimo, o papel da jurisdição constitucional de garantia do processo democrático e das pré-condições necessárias para que esse procedimento seja adequado, como liberdade e igualdade.<sup>116</sup>

O processo deliberativo, então, deve ser a conjugação dos pressupostos comunicativos e do processo democrático com as exigências constitucionais substanciais.<sup>117</sup> Os interesses diversos podem ser harmonizados através do debate<sup>118</sup> e a participação argumentativa pode satisfazer direitos materiais fundamentais, desde que haja sensibilidade para o valor instrumental da democracia e de sua vinculação a exigências substanciais.<sup>119</sup>

Portanto, não se trata apenas de buscar um procedimento que permita o conhecimento dos diferentes tipos de interesses em jogo em um debate ou que contribua para a racionalização dos diferentes argumentos, mas de tentar

---

<sup>112</sup> As teorias da participação orientadas pelo resultado (*outcome-oriented* ou *instrumental*) atribuem valor à participação na medida em que isso contribui para a maior qualidade do produto do processo e suas consequências. BONE, R. G. Rethinking the “day in court” ideal and nonparty preclusion, p. 201-202.

<sup>113</sup> MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. *Novo curso de processo civil*, v. 1, p. 518.

<sup>114</sup> MENDES, C. H. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, p. 44.

<sup>115</sup> ROSENFELD, Michel. Can rights, democracy and justice be reconciled through discourse theory? Reflections on Habermas’s proceduralis paradigm of law, p. 797.

<sup>116</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Kátya. Democracia procedimental e jurisdição constitucional, p. 6763. Michel Rosenfeld, no mesmo sentido, afirma: “mesmo o procedimentalismo mais matizado e versátil de Habermas, em última análise, confronta a necessidade de incluir contestáveis presunções substantivas para contribuir com a resolução de conflitos que dividem os membros da política.” (ROSENFELD, M. Can rights, democracy and justice be reconciled..., p. 793. Tradução livre).

<sup>117</sup> MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. *Novo curso de processo civil*, v. 1, p. 519.

<sup>118</sup> ROSENFELD, M. Can rights, democracy and justice be reconciled..., p. 813.

<sup>119</sup> DWORKIN, R. *Justice for Hedgehogs*, p. 384. Ronald Dworkin defende uma concepção compartilhada de democracia por ser a que, em contraposição a uma concepção majoritária, que seria meramente processual e estatística, permite o auto-governo da sociedade em sentido substancial.

equacionar o conflito na tentativa de solucionar a disputa da forma mais correta e adequada à realidade possível.<sup>120</sup>

É importante observar que essas duas perspectivas – tanto estrutural, do valor intrínseco da deliberação, quanto funcional, do valor instrumental da deliberação – devem ser harmonizadas diante do caso concreto, havendo situações em que, mesmo ausente uma delas, a participação ainda deve ser observada.

Por exemplo, quando uma pessoa é especialmente afetada por uma decisão<sup>121</sup> o direito de manifestação e influência decorre do direito ao contraditório e da necessidade de observância do devido processo legal, independentemente da melhora do resultado ou desenvolvimento argumentativo que a participação pode gerar. Dessa forma, a participação pode não trazer, no caso concreto, nenhuma melhora para o resultado e ainda assim ser imperativa e possuir valor por si mesma<sup>122</sup> – podendo ser exigida, observadas as restrições legitimamente impostas ao contraditório.

Por outro lado, pode ser que, em uma dada situação, um indivíduo não possua direito ao contraditório e nem exista risco de prejuízo real para sua esfera jurídica material,<sup>123</sup> mas sua participação desenvolverá o debate e melhorará as informações disponíveis aos decisores, configurando-se um interesse instrumental em sua manifestação – embora, nesse caso, não seja exigível.

Nesse sentido, o incentivo ao debate entre aqueles que possuem conhecimento técnico e/ou que possuem interesse na matéria discutida é tarefa também do Poder Judiciário, que deve combinar mecanismos institucionais com o ativismo dialógico na busca de dar efetividade aos direitos fundamentais,<sup>124</sup> de modo harmônico com os valores sociais.

Diante disso, “A justiça deve ser buscada de forma democrática para ter legitimidade no mundo moderno, e a democracia deve promover a justiça para

<sup>120</sup> ALEXY, R. *Constitucionalismo Discursivo*, p. 29.

<sup>121</sup> BONE, R. G. Personal and impersonal litigative forms: reconceiving the history of adjudicative representation, p. 283.

<sup>122</sup> MENDES, C. H. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, p. 50-51.

<sup>123</sup> Como ocorreu no julgamento da análise de constitucionalidade da lei de biossegurança a respeito das pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510), e em todos os casos que envolvem conhecimento técnico que os juristas não dispõem.

<sup>124</sup> GARAVITO, César Rodríguez. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales, p. 229.

sustentar confiança ao longo do tempo”,<sup>125</sup> sendo ambas as perspectivas combinadas a favor do desenvolvimento normativo da sociedade.

#### 2.4.3. O valor psicológico do procedimento democrático

A par daqueles que defendem a necessidade de participação por possuir valor inerente e ser necessária para a legitimidade do processo judicial e daqueles que a defendem pela correção do resultado e por trazer uma qualidade maior à decisão, quando comparada com outras formas de processo, há também aqueles que destacam seu sentido psicológico e a dignidade daqueles afetados diretamente pela decisão.

Surge, então, como um terceiro aspecto relevante do procedimento democrático,<sup>126</sup> a percepção subjetiva do processo como justo e da autoridade como legítima.<sup>127</sup>

Poder-se-ia imaginar a irrelevância deste fator para uma análise objetiva da deliberação em processos decisórios. Com efeito, a ideia de justiça varia para cada pessoa e a maior participação popular pode não significar maior sentimento de pertencimento; todavia, o valor da democracia deve ser, de uma forma geral, respeitado e isso tem relevância em uma análise ampla do processo.

Pesquisas em psicologia social demonstram que quando as pessoas sentem que foram adequadamente tratadas pelas autoridades decisoras há maior suscetibilidade de aceitação e cumprimento das decisões, satisfação com o resultado e legitimidade da autoridade.<sup>128</sup>

O diálogo é fundamental para permitir que o processo seja permeado pela democracia. A par de trazer informações ao processo decisório, também é decisivo em momento posterior, na efetivação das decisões. Em pesquisa realizada entre os tribunais da Índia, Indonésia, Nigéria, África do Sul e Brasil, concluiu-se que os

<sup>125</sup> SHAPIRO, I. *Revisiting Democracy's Place*, p. 251.

<sup>126</sup> O valor psicológico da deliberação democrática poderia ser elencado como valor instrumental. Todavia, neste trabalho, optou-se por mencioná-lo de forma autônoma para não confundir-lo com a adequação substantiva da decisão na efetivação de direitos constitucionais e materiais.

<sup>127</sup> BURCH, E. C. *Procedural justice in nonclass aggregation*, p. 9.

<sup>128</sup> HOLLANDER-BLUMOFF, Rebecca. *The psychology of procedural justice in the Federal Courts*, p. 129.

tribunais da Índia e do Brasil são os menos dialógicos e isso se reflete nas baixas taxas de cumprimento das sentenças, 31% no primeiro e 71% no segundo – com a ressalva de que apenas chega a 71% no Brasil porque a maioria das ações são individuais e limitadas.<sup>129</sup> Os tribunais sul-africanos, em contraposição, atuaram de forma essencial, por exemplo, para o desenvolvimento de políticas públicas de tratamento para a AIDS e, nesse caso, tiveram taxa de êxito estimada, em avaliação extraoficial, em 82%.<sup>130</sup>

Observa-se, portanto, que a efetividade das decisões judiciais depende não apenas dos mecanismos executivos disponíveis, mas também da maior ou menor resistência daqueles prejudicados pela decisão.<sup>131</sup>

Ainda, em um aspecto mais amplo, é importante considerar os efeitos indiretos e simbólicos do processo e das decisões judiciais que, às vezes por dificuldades práticas ou empecilhos de grupos de poder, não acarretam alterações materiais significativas, mas auxiliam no desenvolvimento do debate sobre o assunto e chamam atenção da sociedade, da mídia e de entidades para um determinado problema concreto,<sup>132</sup> pois as decisões judiciais são capazes de afetar valores sociais e desencadear atitudes públicas.<sup>133</sup>

Nos anos posteriores às decisões da Corte Suprema dos casos *Brown v. Board of Education*, de 1955, que decidiu pela inconstitucionalidade da segregação racial em escolas públicas, *Roe v. Wade*, de 1973, pelo qual se entendeu que o direito à privacidade permitia que as mulheres realizassem aborto, e *Bowers v. Hardwick*, de 1986, em que ficou reconhecida a constitucionalidade das leis que criminalizavam relações homoafetivas, houve intenso debate público e movimentos sociais a favor e contra as decisões tomadas pela Corte,<sup>134</sup> gerando mobilização social em torno de cada ponto de vista. É claro que algumas manifestações sociais não são pacíficas e adotam condutas violentas (*backlash*). De toda forma, é

<sup>129</sup> BRINKS, Daniel; GAURI, Varun. Sobre triângulos y diálogos: nuevos paradigmas en la intervención judicial sobre el derecho a la salud, p. 306-307.

<sup>130</sup> BRINKS, D.; GAURI, V. Sobre triângulos y diálogos, p. 307.

<sup>131</sup> BURCH, E. C. Procedural justice in nonclass aggregation, p. 8.

<sup>132</sup> GARAVITO, C. R. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales, p. 219.

<sup>133</sup> POST, R.; SIEGEL, R. *Constitucionalismo democrático: por una reconciliación entre Constitución y pueblo*, p. 71.

<sup>134</sup> POST, R.; SIEGEL, R. *Constitucionalismo democrático: por una reconciliación entre Constitución y pueblo*, p. 74.

importante perceber que as consequências das decisões judiciais não são apenas os efeitos materiais diretos que delas decorrem.

Assim, a legitimidade democrática também influencia o cumprimento das decisões e o desenvolvimento de debates posteriores, não apenas no sentido de possuir um valor instrumental de realização impositiva de valores constitucionais ou de decisões de qualidade, mas de conformidade social e confiabilidade institucional,<sup>135</sup> de modo que, mesmo aqueles que não concordem com uma determinada política ou decisão, estejam dispostos a cumpri-la.

O nível de participação que produz esses efeitos positivos é bastante variável e não garante, necessariamente, o direito pessoal de comparecimento perante o Judiciário,<sup>136</sup> podendo ser suficiente a representação de interesses. Em uma consideração pragmática, exige-se que o reconhecimento da importância psicológica da participação seja combinado com outros valores na busca da legitimidade e efetividade do sistema processual.

De modo que todas essas perspectivas – intrínseca, instrumental e psicológica – são importantes e devem ser consideradas no momento de avaliação do caráter democrático do processo e no momento de decidir pela importância e conveniência da abertura da deliberação no curso do processo judicial.

---

<sup>135</sup> BURCH, E. C. Procedural justice in nonclass aggregation, p. 8.

<sup>136</sup> BONE, R. G. Adjudicative representation, 602.

### 3. REPENSANDO O PROCESSO NO ESTADO CONSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

#### 3.1. O EXERCÍCIO DA DEMOCRACIA PERANTE O JUDICIÁRIO

##### 3.1.1. As peculiaridades institucionais

Tradicionalmente, a ideia de participação é mais fortemente relacionada com o exercício da atividade dos Poderes Executivo e, notadamente, Legislativo, que possuem legitimidade democrática que decorre tanto da forma como é definida sua composição (eleições) quanto da sua forma de atuação (representação de interesses)<sup>137</sup> e são os que mais evidentemente envolvem escolhas políticas e representação da sociedade.<sup>138</sup>

A legitimidade democrática que parece faltar ao Poder Judiciário decorre do fato de que tem um modo de formação e atuação diverso – composto por membros que são selecionados objetivamente por concursos públicos ou indicados e dependem de provocação para exercerem suas atividades. Por ser a autoridade final que determina a correção ou não da atuação dos demais Poderes e dos cidadãos, analisando desde a constitucionalidade das leis e políticas públicas até contratos e declarações verbais feitas por indivíduos – ao menos diante de um determinado contexto e durante um espaço de tempo –, o Judiciário se torna um ator institucional muito contundente, o que leva a ser questionado.

Mas se, por um lado, o Legislativo e o Executivo possuem representatividade popular, por terem sido eleitos, por outro lado, o Judiciário, justamente em razão da desvinculação partidária, possui maior autonomia de atuação e não se vincula a opções políticas e de governo, podendo atuar de forma mais impessoal em nome de compromissos estruturantes da sociedade. A exigência

---

<sup>137</sup> PETERS, C. Adjudication as representation, p. 320.

<sup>138</sup> Não é coincidência que mesmo uma lei que não atenda os requisitos substanciais de constitucionalidade possua, ao menos em um primeiro momento, até ser invalidada, a capacidade de orientar a conduta dos cidadãos e a presunção de legitimidade, disciplinando o intercâmbio social de uma forma tendencialmente mais pacífica. SOLUM, L. B. Procedural Justice, p. 278.

de racionalidade perante o processo judicial exige que os argumentos apresentados não sejam meramente morais ou não normativos.

A atividade parlamentar tem limitações estruturais e congênicas, não pode antecipar todas as contingências, considera argumentos morais e é sujeita a eleições periódicas.

Nas decisões do Poder Legislativo, não existe a busca pelo consenso, ao contrário, a discussão é para que seja formada uma maioria, única forma de implementar o que um grupo acredita ser a melhor política, e é muito difícil que os legisladores se convençam do acerto do posicionamento de seus adversários.<sup>139</sup> No Poder Judiciário, por sua vez, embora não se almeje o consenso entre os interessados, a discussão e a deliberação devem buscar a concordância racional dos demais responsáveis pela decisão, de modo que a avaliação da melhor interpretação ou a resolução do caso concreto ocorra da melhor forma possível.

O controle das expectativas e das condutas, na sociedade moderna, continua sendo feito fundamentalmente pelas leis, que, numa prática diária de aplicação, se submetem à interpretação dos indivíduos. Assim, a sociedade necessita desses mecanismos tendencialmente objetivos e claros que regulam a quase totalidade das relações sociais. Também são eles que servem de base para o controle estatal e fundamentam os reclamos individuais.<sup>140</sup> Da mesma forma, é evidente que a atribuição de significado aos valores constitucionais pode ser feita por outras instâncias além do Judiciário.

Por outro lado, a proteção legal dos direitos e o princípio do devido processo legal geram a necessidade de um Judiciário que atue,<sup>141</sup> de forma independente, no mesmo sentido das normas constitucionais e infraconstitucionais, com a finalidade de realizar na prática a disciplina pretendida pelo legislador, com a adaptação necessária ao caso concreto e com a consideração devida da opinião daqueles que

---

<sup>139</sup> SILVA, V. A. da. *Deciding without deliberating*, p. 564.

<sup>140</sup> HABERMAS, J. *Between facts and norms*, p. 171-172.

<sup>141</sup> A respeito da necessidade de um Judiciário mais forte, é importante levar em consideração as capacidades institucionais de cada um dos poderes. Cass Sunstein e Adrian Vermeule mencionam que, na Inglaterra, há o *Office of Parliamentary Counsel*, órgão profissional com muita experiência e com conhecimento dos métodos interpretativos dos juízes, responsável pela uniformidade da legislação e sua correção periódica, de modo que os juízes possuem menos poder discricionário. Já nos Estados Unidos, da mesma forma que no Brasil, não há uniformidade na legislação, profissionalização na elaboração de leis ou revisão periódica, sendo responsabilidade dos juízes realizar a interpretação e adequação sistemática. SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*, p. 30.



foram diretamente atingidos pelos efeitos da norma, buscando a aceitação racional de sua decisão.<sup>142</sup>

A atividade judicial possui características, como independência, argumentação sistemática e racionalidade técnica, que justificam sua especial competência para contribuir de forma relevante para a construção hermenêutica.<sup>143</sup> Nesse sentido, as pessoas não são consideradas apenas numericamente – votos – ou como uma massa homogênea – opinião pública –, mas, além das fronteiras políticas, passam a ser vistas também em suas relações sociais concretas, na singularidade de seu *status* e de seu papel social.<sup>144</sup>

É claro que as Cortes têm virtudes e vícios, da mesma forma como o Legislativo, mas cada Poder exerce o seu papel na democracia e é importante perceber que a caracterização de um órgão como democrático não depende apenas da eleição de seus membros.

Cada instituição deve ser deliberativa na medida em que isso permite o melhor desenvolvimento de suas funções, podendo o direito fundamental de participação exigido pela democracia ser exercitado de formas diversas perante instituições diversas. Cada uma possui diferentes funções e responsabilidades, com diferentes formas e razões de atuação;<sup>145</sup> assim, se o Judiciário tem funções eminentemente técnicas, a escolha de seus membros deve considerar esse aspecto e, então, o controle democrático deve ser feito de outra forma que não a interferência popular na sua formação, como ocorre em relação aos órgãos representativos.<sup>146</sup>

Como cada um dos Poderes tem funções peculiares, a deliberação é feita sobre diferentes assuntos e diferentes pontos de vista, com participação e

<sup>142</sup> HABERMAS, J. *Between facts and norms*, p. 173.

<sup>143</sup> FISS, O. M. *The forms of justice*, p. 34.

<sup>144</sup> CALMON DE PASSOS, J. J. *Democracia, participação e processo*, p. 93. No mesmo sentido, Antônio Manuel Hespanha defende, embora tratando sobre o pluralismo normativo, que “novas formas de identidade e de relacionamento social exigem e criam novas formas de expressão política, mais diversas e mais ricas que o voto e o sufrágio.” HESPANHA, A. M. *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático*, p. 63.

<sup>145</sup> HABERMAS, J. *Between facts and norms*, p. 192. No que diz respeito à matéria constitucional, Peter Häberle afirma: “O Direito Constitucional material – vivido – surge de um número enorme de funções ‘corretamente’ exercidas: aquelas desempenhadas pelo legislador, pelo juiz constitucional, pela opinião pública, pelo cidadão, mas também pelo Governo e pela oposição. Essa reflexão sobre a interpretação constitucional demonstra que, de uma perspectiva funcional-processual, correção funcional da interpretação constitucional leva praticamente a uma diversidade da interpretação constitucional. A interpretação correta depende, pois, de cada órgão, do procedimento adotado, de sua função e de suas qualificações.” HÄBERLE, P. *Hermenêutica Constitucional*, p. 52.

<sup>146</sup> PIZZORUSSO, Alessandro. *Partecipazione popolare e funzione giurisdizionale*, p. 25.

quantidade de debatedores também diversa.<sup>147</sup> A democracia possível no Judiciário é a participativa<sup>148</sup> e a de representação de argumentos,<sup>149</sup> sendo inadequado denunciar a atuação judicial por não deter e nem comportar a mesma forma de democracia existente em outros âmbitos.

A função e a forma de legitimidade judicial são próprias e, dado o seu poder de interferência no resultado do trabalho do Legislativo e do Executivo – seja através do controle de constitucionalidade, seja através da definição do conteúdo dos direitos –, há necessidade de ampliar o espectro de possibilidades discursivas para além do que os juízes conseguem vislumbrar por si mesmos, para abarcar aqueles indivíduos que estão diretamente envolvidos com a situação.<sup>150</sup> As instituições e, neste caso, notadamente a jurisdição constitucional, interagem com o público de formas especiais, pois os argumentos circulam entre espaços formais e informais, o que influencia no modo como as opiniões são formadas e decisões tomadas.

É importante reiterar que as Cortes também contribuem para influenciar as alterações no Direito e na cultura,<sup>151</sup> o que, em um Estado Constitucional que busca efetivação de direitos, é de suma relevância institucional. Ademais, a definitividade judicial, ao menos durante o período em que mantidas as premissas fáticas, auxilia a segurança e a confiabilidade dos direitos e dos ditames constitucionais e legais,<sup>152</sup> que devem se fazer valer diante de qualquer ameaça ou violação.

Assim, como o Judiciário não possui representatividade política, nem passa por processo eleitoral, a sua legitimidade democrática deve advir, principalmente, do processo. Entende-se que em toda atuação estatal deve ser respeitada a fundamentação democrática dos aparatos institucionais, ainda que os critérios de efetivação sejam diversos para cada um dos Poderes.<sup>153</sup>

A partir disso, a definição e a proteção judicial dos direitos fundamentais e democráticos pressupõem a participação da população no processo constitucional, de modo que a democracia seja também exercida através do processo e das

<sup>147</sup> MENDES, C. H. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, p. 43.

<sup>148</sup> PIZZORUSSO, A. *Partecipazione popolare e funzione giurisdizionale*, p. 35.

<sup>149</sup> FISS, O. M. *Allure of individualism*, p. 971.

<sup>150</sup> Sustenta Martin Shapiro que, “Porque a revisão de direitos é praticamente a coisa mais obviamente política que as Cortes fazem, essa revisão ameaça fortemente a percepção pública de neutralidade e independência da qual todas as Cortes dependem para a sua legitimidade perceptível.” SHAPIRO, Martin. *Judicial Review in Developed Democracies*, p. 20. Tradução livre.

<sup>151</sup> POST, R.; SIEGEL, R. *Constitucionalismo democrático*, p. 71.

<sup>152</sup> POST, R.; SIEGEL, R. *Constitucionalismo democrático*, p. 129.

<sup>153</sup> ALEXY, R. *Constitucionalismo Discursivo*, p. 25.

decisões judiciais.<sup>154</sup> O juiz pode exercer seu poder decisório apenas depois da tramitação de um processo adequado e legítimo, em que não há controle de agenda,<sup>155</sup> não há controle absoluto sobre quem deve ser ouvido, mas existe um direito de participação, e há dever de proferir uma decisão, devidamente fundamentada.<sup>156</sup>

Hoje se percebe que é possível que seja exercida a democracia também no âmbito judicial<sup>157</sup> e “é um erro imaginar que a relação entre a decisão judicial constitucional e a democracia é um jogo de soma zero, no qual o aumento de um necessariamente diminui o outro.”<sup>158</sup>

A sua legitimidade exige práticas argumentativas democráticas e adequadamente motivadas, que sejam aceitáveis perante a sociedade.<sup>159</sup> E isso é verdadeiro para toda atuação jurisdicional, seja em relação a normas constitucionais, seja em relação à legislação infraconstitucional.

### 3.1.2. A jurisdição ordinária

De acordo com o constitucionalismo democrático, devem ser considerados mesmo os movimentos populares que não são formalmente descritos no processo e essa porosidade deve ser aproveitada para estimular a deliberação além dos limites institucionais.<sup>160</sup> Essa perspectiva ampla, todavia, não é compatível com o processo

---

<sup>154</sup> A lei de pesquisas com células-tronco, por exemplo, teve mais visibilidade quando foi questionada no Poder Judiciário do que quando foi aprovada pelo Congresso Nacional. BARROSO, L. R. A razão sem voto, p. 39.

<sup>155</sup> O controle da pauta e dos temas que serão debatidos é bastante clara nos Poderes Executivo e Legislativo. Talvez esse controle também possa ser verificado no que diz respeito à jurisdição constitucional, em que a ausência de controle rigoroso sobre os pedidos de vista permite algumas manobras de controle do momento “mais adequado” para a discussão da questão. Esse controle é mais difícil na jurisdição ordinária, ainda mais com a disciplina estabelecida no novo Código de Processo Civil de julgamento dos processos preferencialmente conforme a data de sua conclusão (art. 12 do novo CPC).

<sup>156</sup> FISS, O. M. The forms of justice, p. 13.

<sup>157</sup> SALLES, C. A. de. Processo civil de interesse público, p. 70.

<sup>158</sup> POST, R.; SIEGEL, R. *Constitucionalismo democrático*, p. 82. Tradução livre.

<sup>159</sup> NOLAN, Andrew. *The doctrine of constitutional avoidance: a legal overview*, p. 6. A democracia também depende de como as Cortes são formadas, qual o grau de pluralidade que se consegue ter entre os decisores, qual a forma da decisão (*per curiam*, *seriatim*), qual maioria se exigirá (simples ou qualificada). Embora se reconheça a importância de questões como estas, nosso estudo se limitará à análise da contribuição processual para a democracia.

<sup>160</sup> MENDES, C. H. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, p. 45.

civil estruturado para resolver litígios concretos, o que faz com que, dentro do âmbito judicial, a finalidade buscada com cada forma de processo acarrete diferenças no âmbito do debate, que é mais restrito na jurisdição ordinária.

Um aspecto principal de diferenciação entre a decisão constitucional e a da magistratura ordinária é o seu impacto.<sup>161</sup> Com efeito, em regra, as decisões da jurisdição ordinária são destinadas às partes de um conflito específico, enquanto que as da jurisdição constitucional dizem respeito a toda a ordem normativa.

Assim, quando se trata de aplicação da norma diante de um caso concreto, como ocorre com as ações judiciais, existe uma forma de discurso que é limitada, pois o contexto fático é determinado, da mesma forma que o número de pessoas que possuem interesse na solução do conflito. Além disso, existe uma forma limitada de participação, que é disciplinada pelo Direito Processual Civil.

Nesse momento, as normas gerais que são aceitas como válidas pela sociedade passam a ser objeto de disputa a respeito de seu conteúdo normativo diante do conflito concreto, englobando não o interesse de uma sociedade, mas, de forma mais direta, apenas os interesses particulares daqueles que são afetados.<sup>162</sup>

Da mesma forma como os que são diretamente interessados contribuem para a formação das normas gerais e abstratas que são aplicadas e vinculantes a toda a população – através da participação nos Poderes Legislativo e Executivo pelos meios da democracia direta e indireta –, também devem contribuir para a elaboração da norma concreta. Portanto, assim como as pessoas legitimam de forma democrática a elaboração de leis e políticas públicas, ainda que, de regra, de forma indireta, a sua participação também legítima, de forma ainda mais efetiva, a formação do direito através das decisões judiciais e a solução do conflito em que estão envolvidas.

Nesse caso, quando o processo se desenvolve perante as instâncias ordinárias e tem a finalidade de vincular apenas as pessoas diretamente envolvidas, devem existir espaços que permitam o exercício da democracia na determinação da norma aplicável ao caso concreto sem inviabilizar, ao mesmo tempo, a atividade jurisdicional e a celeridade processual.

A participação das pessoas interessadas no resultado do processo é uma exigência da Constituição Federal e da democracia, constituindo-se como direito

---

<sup>161</sup> MENDES, C. H. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, p. 76.

<sup>162</sup> HABERMAS, J. *Três modelos normativos de democracia*, p. 229.

fundamental e, “Se o direito é essencial para a legitimidade ou para respeitar a dignidade individual, ele deve fazer parte da instituição do próprio processo civil”.<sup>163</sup>

Assim, no processo civil, da mesma forma como na legislação, “o resultado não é legítimo se são violadas as normas de participação (i) mesmo que o resultado seja considerado bom, (ii) mesmo que o processo seja confiável e (iii) mesmo que o resultado, se houvesse participação, fosse o mesmo.”<sup>164</sup> Tanto é assim que uma lei pode ser declarada nula pelo vício de iniciativa do processo legislativo ou por não ter sido observado o quórum de aprovação; da mesma forma, é possível a anulação do processo, por ação rescisória ou ação de *querela nullitatis*, se houver nulidade da citação. Se o vício não for essencial ao processo ou tendo em vista os efeitos produzidos, todavia, é possível que haja ratificação decorrente do resultado.<sup>165</sup>

A partir do Estado Democrático de Direito estabelecido pela Constituição,<sup>166</sup> o direito de participação da população nas decisões dos órgãos públicos é um direito fundamental, que deve ser garantido na maior medida possível – admitindo-se, como todo direito fundamental, restrições em nome de outros direitos igualmente fundamentais. É claro que o direito de participação vai ser maior ou menor de acordo com a finalidade do órgão e com as possibilidades práticas, mas deve sempre ser observado como direito fundamental que é.

Dessa maneira, o direito processual de participação admite restrições em nome de outros direitos fundamentais e interesses com fundamentalidade material. Assim como os demais direitos constitucionais, ele é uma oportunidade constitucionalmente exigível, mas tem a característica de prevalecer ou não diante de um caso concreto a depender dos direitos em jogo e do custo econômico e social envolvido. Seu exercício e efetividade em um dado caso concreto demandam análise substancial.

---

<sup>163</sup> BONE, R. G. *Adjudicative representation*, 600. Tradução livre.

<sup>164</sup> SOLUM, L. B. *Procedural Justice*, p. 279. Tradução livre.

<sup>165</sup> António Manuel Hespanha afirma que o Direito é o que seus destinatários aceitam e consideram como tal, concepção que pode ser considerada consensualista. Assim, o consenso poderia ser realizado através de um processo que conta com o acordo da maioria dos membros da comunidade (constitutivo ou decorrente do processo) ou do reconhecimento comunitário de seus resultados (ratificativo ou decorrente do resultado). “o primeiro propicia (embora não garanta) o segundo. Enquanto que o segundo indica (embora de forma mais fraca) o primeiro”. HESPANHA, A. M. *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático*, p. 139-140.

<sup>166</sup> Art. 1º, da Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)”.

Acrescenta-se a isso o fato de que os direitos processuais possuem, inerente ao seu conceito, a limitação pelos custos sociais, o que afeta o “nível de risco de erro que o direito admite e, então, o processo que o direito garante.”<sup>167</sup> Com efeito, por serem direitos institucionais, são definidos pelas normas que disciplinam a instituição e dependem de fatores institucionais.<sup>168</sup>

É dessa forma – através da participação – que o processo civil contribui para a democracia, sendo válido e legítimo enquanto instrumento que permite produzir os efeitos materiais garantidos pelos direitos previstos no ordenamento ao mesmo tempo em que garante que aqueles afetados por esses direitos tenham a possibilidade de participar do processo argumentativo.

### 3.2. O PROCESSO CIVIL COMO INSTRUMENTO DE ATUAÇÃO DEMOCRÁTICA

#### 3.2.1. A importância do discurso na definição dos direitos

As demandas judiciais são o meio pelo qual a jurisdição atinge suas finalidades e seus fins definem os direitos processuais que os litigantes possuem<sup>169</sup> e a forma como eles devem ser exercidos.

Conforme exposto até aqui, diante da fluidez de sentido de um dispositivo legal, o conteúdo que uma norma deve ter em um determinado contexto deve seguir os parâmetros de legitimidade democrática exigidos e pressupostos pelo Estado Democrático de Direito, de modo que tanto a elaboração das leis quanto as decisões judiciais dependem de um processo democrático deliberativo, ainda que cada um possua mecanismos próprios de acordo com as suas funções.<sup>170</sup>

Assim, aumentam-se as possibilidades de atuação judicial a partir do momento em que se entende, de um ponto de vista científico, que a linguagem e o texto normativo não são totalmente precisos e que o Estado Constitucional exige

---

<sup>167</sup> BONE, R. G. Procedure, participation, rights, p. 108. Tradução livre.

<sup>168</sup> BONE, R. G. Adjudicative representation, 618.

<sup>169</sup> BONE, R. G. Adjudicative representation, p. 624.

<sup>170</sup> MENDES, C. H. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, p. 53.

uma atuação positiva de todos os Poderes estatais para implementação de seus predicados normativos e identificação das normas de Direito.

Em uma visão democrática, portanto, a legitimidade inclui a abertura da participação, a forma de deliberação durante o processo,<sup>171</sup> e a argumentação racional utilizada para defesa de posicionamentos e para a decisão. Com isso, busca-se concordância motivada e racional das pessoas na medida em que a fundamentação da decisão responde aos argumentos lançados em momento anterior, entre aqueles que participaram da deliberação.<sup>172</sup>

A interseção entre procedimentos legislativos, que estabelecem a ordem normativa estatal, e processo argumentativo, desenvolvido com poder de imposição perante o Judiciário, permite que razões pragmáticas sejam equilibradas com a ordem normativa.<sup>173</sup>

Existe, portanto, uma ligação indissociável entre o aspecto processual e o substancial – e também psicológico –, de modo que não há como definir a forma de participação das partes sem pensar nas consequências e nos direitos materiais que são buscados. Não há como analisar a forma do processo sem pensar no que está sendo substancialmente discutido.<sup>174</sup>

A “atividade criadora de significados jurídicos”<sup>175</sup> merece mais atenção. A discussão anterior à decisão ajuda a prevenir a tomada de decisões desconectadas do contexto em que serão aplicadas<sup>176</sup> e de decisões parciais, pois, às vezes, a parcialidade ocorre porque quem decide não tem conhecimento suficiente sobre a situação fática que está analisando.<sup>177</sup> A manifestação de cada parte dentro do processo revela as dimensões fáticas e normativas que são importantes de seu ponto de vista, indicando também as matérias que são importantes para as partes e sobre as quais se requer uma solução estatal.<sup>178</sup> É o que se discute no trâmite do processo que o magistrado deve considerar para tomar sua decisão, em conjunto com as provas e as normas e as perspectivas de realização prática de seu

<sup>171</sup> HABERMAS, J. *Between facts and norms*, p. 278-279.

<sup>172</sup> HABERMAS, J. *Between facts and norms*, p. 228.

<sup>173</sup> HABERMAS, J. *Between facts and norms*, p. 178.

<sup>174</sup> BELLAMY, R. *Political Constitutionalism*, p. 110-111.

<sup>175</sup> UGARTE, R. Á. La aporía y el diálogo en la adjudicación constitucional, p. 325. Tradução livre.

<sup>176</sup> GODOY, M. G. A democracia deliberativa como guia para a tomada de decisões legítimas, p. 69.

<sup>177</sup> NINO, C. S. *Fundamentos de derecho constitucional*, p. 182-183.

<sup>178</sup> MILGROM, Paul; ROBERTS, John. Relying on the information of interested parties, p. 21.

provimento. É a partir desses elementos que o magistrado retira o conteúdo possível de sua decisão.

A consideração e a resposta aos posicionamentos das partes e, assim, a argumentação justificativa da decisão, bem como a consideração dos fatos e dos efeitos práticos, devem demonstrar a correção e a “justiça” da resposta judicial a partir de uma avaliação razoavelmente objetiva.<sup>179</sup> São as razões públicas de agentes comprometidos com a imparcialidade, com a efetivação de direitos e com a concreta solução do litígio que permitem identificar a possibilidade de replicar a decisão em casos análogos, ainda que possa ser excepcionada,<sup>180</sup> e a legitimidade democrática da atuação jurisdicional.

A legitimidade do processo, tendo em mente o caráter argumentativo do direito, depende de algo que vai além do que se entende ser a legislação substantiva e exige que sejam efetivamente consideradas as perspectivas das partes e o contexto fático em que elas estão inseridas.

Assim, com o pressuposto de correspondência dos resultados normativos à situação concreta, o processo da jurisdição ordinária deve seguir o princípio democrático. A legitimidade de qualquer direito e processo, seja constitucional ou infraconstitucional, depende da adequação do procedimento para resolver os desacordos e dar coerência entre a ordem normativa e a faticidade.<sup>181</sup> Tanto em um quanto em outro caso, o procedimento seguido deve ser razoável para que as partes, embora discordem, aceitem a razoabilidade do desacordo e das oportunidades discursivas.<sup>182</sup>

Respeitada essa participação e analisados os argumentos levantados, as decisões judiciais não devem ser vistas como produto de um juiz ou de um colegiado, mas como resultado de um processo de participação e debate que, destaque-se, restringe as opções decisórias disponíveis para a Corte.<sup>183</sup> Assim, as

<sup>179</sup> MACCORMICK, N. *Retórica e o Estado de Direito*, p. 129.

<sup>180</sup> MACCORMICK, N. *Retórica e o Estado de Direito*, p. 132.

<sup>181</sup> BELLAMY, R. *Policial Constitutionalism*, p. 21.

<sup>182</sup> MACCORMICK, N. *Retórica e o Estado de Direito*, p. 339.

<sup>183</sup> PETERS, C. *Adjudication as representation*, p. 347. É verdade que o processo norte-americano é diferente do nosso e lá as partes têm maior liberdade na condução do processo, mas essa observação não deixa de ser verdade também para o processo brasileiro, em que o magistrado é vinculado pelos limites da causa impostos pelas partes através do pedido e da causa de pedir (art. 128, do CPC/1973 e art. 141 do novo CPC).



partes são vinculadas a algo que elas ajudaram a construir,<sup>184</sup> ainda que a decisão final tenha sido proferida de forma estatal imperativa.

Constata-se, então, a importância do discurso na definição dos direitos, não apenas constitucionais, como mencionado no capítulo anterior, mas também na jurisdição ordinária, tanto em casos individuais, que envolvem diretamente apenas as partes, quanto em casos que possuem efeitos diretos mais amplos.

No âmbito da jurisdição ordinária, a atuação das partes e dos magistrados e os embates argumentativos são definidos de acordo com procedimentos jurídicos que disciplinam a conduta e as expectativas dos envolvidos e dos interessados na solução da controvérsia, sempre buscando oportunizar ampla defesa e discussão das questões em jogo.<sup>185</sup> Assim, o caráter dialético ou argumentativo do processo civil é inerente à solução do conflito e é pressuposto pela própria estrutura processual, que prevê a abertura de espaços para que as partes instruem o processo e permitam ao magistrado conhecer a disputa que é levada ao Judiciário e que possibilita sempre o direito ao contraditório.

### 3.2.2. A dinâmica processual de deliberação

Justamente porque o Judiciário é independente das disputas políticas e governamentais que envolvem o Legislativo e o Executivo, o debate democrático do processo judicial não segue a mesma estrutura do debate extra-judicial, embora este possa ser considerado como forma de obter informações sobre a opinião social.

A apresentação dos fatos pelas partes e a disputa interpretativa fornecem ao magistrado informações a respeito do contexto em que as partes contendem e da interpretação que cada uma faz das normas aplicáveis ao caso,<sup>186</sup> limitando o

<sup>184</sup> PETERS, C. *Adjudication as representation*, p. 350.

<sup>185</sup> MACCORMICK, N. *Retórica e o Estado de Direito*, p. 35-36. Constituição Federal, art. 5º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

<sup>186</sup> Antonio do Passo Cabral afirma: “os interesses contrapostos dos litigantes os pressionam a justificar suas posições e pretensões. Porém, como qualquer litigante projeta uma reação crítica do adversário (contra-argumentos), é correto inferir que, num debate intersubjetivo, o participante antecipa a reflexividade pela prognose das futuras objeções aos seus atos, incorporando-as virtualmente à sua linha argumentativa. Assim, as razões para um comportamento são ‘razões compartilhadas’, com consideração dos demais sujeitos. Nesse contexto, os atos são produto de

conteúdo da decisão jurisdicional.<sup>187</sup> Ainda, o processo deliberativo permite que o órgão estatal avalie as consequências e os efeitos práticos de sua decisão, pois tem um melhor conhecimento da situação material.

Se o controle da decisão do magistrado depende, essencialmente, da fundamentação que utiliza para justificar seu raciocínio e sua decisão, que é o que permite sua impugnação, é importante observar que essa fundamentação depende, ao menos em parte, do discurso elaborado pelas partes. Mesmo que o réu não apresente resposta e fique configurada a revelia, a decisão final depende do pedido e da causa de pedir apresentados pelo autor, ou seja, são sempre as partes que trazem ao Judiciário uma limitação sobre como devem ser interpretados e avaliados seus interesses e os fatos que reputam relevantes.<sup>188</sup>

Assim, não importa apenas a decisão, mas também a forma como ela é feita e seu conteúdo diante das normas constitucionais e do caso concreto. A partir disso, pode ser insuficiente que o resultado do processo seja correto de um ponto de vista legal, pois sua correção depende também da perspectiva e da interpretação concedida ao texto e aos fatos.

Não se nega que, de regra, cada parte tem interesse em uma decisão favorável para si e não está, em última instância, em busca de um debate genuinamente democrático. Todavia, é justamente isso que a faz defender uma posição racional e tentar convencer o magistrado de que aquele é realmente o entendimento correto diante da ordem normativa, dos princípios jurídicos e dos fatos. Então, as partes devem ter uma “pretensão de seriedade”, levando a sério as regras processuais e tratando o processo judicial como técnica profissional que deve ser.<sup>189</sup>

Além disso, também não se ignora que as condições materiais das partes podem significar diferentes níveis de participação processual, mas tal situação não

---

condicionamentos que não são ‘escolhidos’ unilateralmente por ninguém, mas conjuntamente por todos” CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*, p. 341-342.

<sup>187</sup> ATIENZA, M. *As Razões do Direito*, p. 180.

<sup>188</sup> Manuel Atienza assevera: “Na sua opinião [de Alexy], dois aspectos permitem concluir que a ação de fundamentar tem uma estrutura necessariamente comunicativa. O primeiro reside no fato de que a solução correta de um problema moral consiste, geralmente, na solução de um conflito de interesses, e a argumentação tem um papel essencial na interpretação dos interesses e nas mudanças de interesses para chegar a um equilíbrio justo. O segundo é que o modo como se haverá de interpretar, avaliar e modificar os interesses é algo que deve ser deixado para os afetados, pois, do contrário, não se respeitaria o princípio da autonomia; mas isso quer dizer que essas questões não podem ser resolvidas monologicamente” ATIENZA, M. *As Razões do Direito*, p. 189.

<sup>189</sup> ATIENZA, M. *As Razões do Direito*, p. 197.

deve ser determinante para o resultado da decisão judicial e as possibilidades de influência devem ser equivalentes.<sup>190</sup>

Tanto do ponto de vista de uma teoria da justificação, que considera os argumentos lançados pelos decisores, quanto do ponto de vista dos efeitos da decisão, é necessário considerar a adequada participação daqueles que têm interesse direto na resolução da disputa. As razões utilizadas na decisão devem ser públicas,<sup>191</sup> permitindo informar e convencer as partes e os cidadãos de que, da perspectiva da interpretação do ordenamento que se entendeu por ser a mais adequada, aquela é a melhor solução. Quando se consideram os efeitos da decisão judicial, a aceitação daquela decisão como a decisão que deve prevalecer naquele momento exige que as pessoas a aceitem como legítima.

Assim, observa-se que o processo tem uma função primordial na resolução adequada das situações de direito material e na efetiva possibilidade de as partes exercerem seu direito argumentativo antes da decisão, ainda que de forma limitada, por ser técnica e jurídica.<sup>192</sup> Nesse âmbito, “Processo importa porque afeta a magnitude de risco de erro e, portanto, a qualidade dos resultados que a tutela jurisdicional produz”,<sup>193</sup> motivo pelo qual a análise da legitimidade democrática do Poder Judiciário não pode prescindir da questão processual.

### 3.3. A DEMOCRACIA POSSÍVEL NO PROCESSO CIVIL

#### 3.3.1. Identificação das pessoas interessadas no processo

Em uma análise detalhista, todos os cidadãos teriam interesse em intervir em qualquer processo, na medida em que a atividade desenvolvida pelo Judiciário é de interesse público, custeada com recursos públicos, tem efeitos sociais e deve ser consistente com a jurisprudência e as leis do ordenamento jurídico, que afetam a

---

<sup>190</sup> ABREU, Rafael Sirangelo. *Igualdade e Processo: posições processuais equilibradas e unidade do direito*, p. 78 e 83.

<sup>191</sup> SOLUM, L. B. *Procedural Justice*, p. 230.

<sup>192</sup> BONE, R. G. *Procedure, Participation, Rights*, p. 105.

<sup>193</sup> BONE, R. G. *Procedure, Participation, Rights*, p. 106. Tradução livre.

todos. Como a matéria de decisão é limitada, apenas as pessoas que têm interesse naquele assunto poderiam participar, mas, ainda assim, o número de interessados é expressivo e não existem meios de lidar com essa participação ilimitada na prática.

Em um caso em que se discute o fornecimento de medicamentos pelo Poder Público, por exemplo, são interessados, além do paciente e do ente federativo, o Ministério da Saúde, que elabora a lista dos medicamentos que são fornecidos gratuitamente, todas as pessoas que dependem de medicamentos fornecidos pelo Estado e todos os contribuintes, que pagam impostos ao Erário para que ele mantenha o serviço de saúde. De forma semelhante ocorreria com todos os casos que envolvem remanejamento de serviços e políticas públicas, como reformas em penitenciárias, vagas em creches e escolas públicas e alterações tributárias.

Do mesmo modo, em uma ação para alteração societária seriam interessados, além dos sócios, os empregados, os fornecedores e os clientes, diante da possibilidade de mudança da forma de gestão da empresa.

A partir das regras da teoria do discurso, que laboram em um plano ideal, todos os indivíduos interessados poderiam participar do processo de deliberação.<sup>194</sup> A democracia exige a liberdade e igualdade dos cidadãos, individualmente considerados, ao menos no que diz respeito à sua capacidade de participação e influência no debate coletivo e no processo democrático,<sup>195</sup> mas tal situação ideal nem sempre é possível na prática.

No discurso jurídico, as questões práticas e os elementos fáticos trazem a necessidade de limitação do debate<sup>196</sup> a apenas aqueles que possuem interesse direto na demanda, para que o direito de participação se torne praticável e possa efetivamente fazer diferença na cognição do magistrado. A participação de absolutamente todos os interessados nem sempre é viável diante da dificuldade de lidar com um número expressivo de informações, às vezes irrelevantes para a solução da controvérsia, e necessidade de resposta tempestiva ao pedido de tutela jurisdicional.

Portanto, o direito de participação é um direito fundamental e deve ser observado na maior medida possível, como uma oportunidade constitucionalmente garantida. Contudo, sua prática e efetividade devem ser avaliadas diante de casos

---

<sup>194</sup> ATIENZA, M. *As Razões do Direito*, p. 164.

<sup>195</sup> POST, R. *Democracia e Igualdade*, p. 87.

<sup>196</sup> ATIENZA, M. *As Razões do Direito*, p. 172.

concretos, pois sua observância rigorosa, a todos os direta e indiretamente interessados e em todas as situações, inviabilizaria o processo e, conseqüentemente, tornaria inócuo o seu exercício.

Para suprir ou, ao menos, amenizar a impossibilidade de participação pessoal de todos os interessados, é importante considerar a representação de interesses e argumentos que, diferente da representação constatada nos Poderes Legislativo e Executivo, pode estar presente no âmbito do processo judicial como forma subsidiária de garantia de acesso à justiça e de contraditório.

Isso porque a atuação judicial através do processo tem como pressuposto a atividade argumentativa de todos aqueles que participam do procedimento. Se um determinado interesse é trazido ao processo de forma consistente, é possível entender que todos aqueles que possuem o mesmo posicionamento terão o seu direito de participação respeitado, ainda que indiretamente. Sobre o assunto, trataremos de forma mais detalhada no item 7.3.3.

### 3.3.2. Limitações da deliberação no processo civil

Uma questão fundamental é definir quem a Corte está apta a ouvir no âmbito de um processo, mas, para isso, precisamos ter consciência das limitações existentes e da participação que é possível ser alcançada.

Uma primeira limitação diz respeito a condições materiais das pessoas. Existem muitas formas de participação em um processo, como se verá à frente, e, a depender da situação, a manifestação das pessoas interessadas pode ser bastante simples, como através de petições ou fóruns de discussão *online*. De um modo geral, todavia, considerando as pessoas que intervêm de forma direta, participar de um processo judicial exige dispêndio de valores – com transporte e com advogado, por exemplo – e, enquanto a Defensoria Pública não estiver adequadamente aparelhada, essa limitação é relevante, pois afasta potenciais participantes do campo do debate.

Condições materiais podem impedir que todos os diretamente afetados possam participar de um processo discursivo. Essa tensão é inevitável e sua correção está em um âmbito extraprocessual, mas, ciente dessa limitação, quando

viável e desejável, os decisores devem preocupar-se em utilizar mecanismos processuais que reduzam o impacto processual das diferenças materiais, fazendo audiências públicas ou convenções locais e permitindo a participação direta da população interessada e a facilidade de acesso. Não deve ser desconsiderada, contudo, a necessidade de equilíbrio entre os “benefícios de resultados precisos e de custos impostos pelo sistema processual”<sup>197</sup> e que a legitimidade democrática não requer necessariamente a participação direta, pois as pessoas podem optar por não participar mesmo tendo condições materiais para tanto e é possível utilizar a ideia de representação argumentativa.

O exercício do direito de participação depende também da publicidade dada para a decisão e para o debate e o tempo adequado entre a publicidade e a possibilidade de manifestação. A efetiva participação das pessoas exige conhecimento sobre o conteúdo do que está sendo discutido e do que é relevante para a deliberação do julgador<sup>198</sup> e tempo suficiente para preparação de uma manifestação adequada.

A publicidade permite, igualmente, que, quando oportuno, interessados compareçam espontaneamente ao debate, sendo dever do decisor apreciar a quantidade de participantes que é relevante e útil para o processo.

Existe também limitação sob a perspectiva das razões que são válidas, pois é necessário que se selecione a argumentação que é aceitável,<sup>199</sup> que não são todas aquelas possíveis no processo legislativo ou na construção da opinião pública. As normas processuais “limitam o espectro de tópicos, questões e argumentos admissíveis e ligam a argumentação à decisão”,<sup>200</sup> de modo que o processo civil exige técnica e formalidade na argumentação, ao menos quando ela ocorre diretamente no processo.

O conteúdo das intervenções e da justificação apresentada pelo julgador – o que vai demonstrar se a participação foi realmente considerada, embora o valor da participação não possa ser reduzido aos efeitos da participação no resultado do processo<sup>201</sup> – é fundamental para garantir a racionalidade e correção da decisão. A linguagem do Direito é uma linguagem técnica e a admissão da argumentação dos

<sup>197</sup> SOLUM, L. B. *Procedural Justice*, p. 185.

<sup>198</sup> SOLUM, L. B. *Procedural Justice*, p. 283.

<sup>199</sup> MENDES, C. H. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, p. 59.

<sup>200</sup> HABERMAS, J. *Between facts and norms*, p. 178. Tradução livre.

<sup>201</sup> SOLUM, L. B. *Procedural Justice*, p. 275. Como mencionado no item 2.4, a participação tem valor intrínseco, instrumental e psicológico.

participantes deve ser, de alguma forma, expressada em linguagem jurídica. Ademais, a adequada justificação das decisões depende de como ocorre o processo de descobrimento.<sup>202</sup>

De outra perspectiva, existe também limitação de conhecimento do juiz no processo e a quantidade de informação deve ser passível de apreensão pelo magistrado. Há tanto o problema de insuficiência quanto de excesso de dados.<sup>203</sup> Se, por um lado, existe a necessidade de aportes fáticos, pois o decisor não sabe das preferências, alternativas e particularidades do caso,<sup>204</sup> por outro lado, o excesso de informação pode atrapalhar a identificação das matérias e assuntos que são realmente importantes, sendo contraprodutiva.<sup>205</sup>

Igualmente, a forma como deve ser a participação depende do caso concreto, se por juntada de memoriais nos autos, pessoalmente ou por representantes, por eventos locais, permitindo-se que as pessoas interessadas compareçam e se manifestem conforme sua vontade, ou por audiências públicas, intimando determinadas pessoas para participar de deliberação aberta – a intimação de determinadas pessoas pode criar “um ambiente que pode ser muito mais misto em termos de posicionamentos ideológico, social e profissional” do que a autorização de livre manifestação.<sup>206</sup>

Essas limitações ao direito de participação e, conseqüentemente, ao processo devem ser conciliadas com a exigência democrática de informação. É claro que o processo argumentativo que se desenvolve no Poder Judiciário não garante necessariamente uma decisão razoável, ou mais justa ou mais correta,<sup>207</sup> mas certamente é um passo para que se busque uma decisão mais adequada e ciente das principais variáveis que o caso envolve.

Ainda, a participação deve ocorrer no momento mais adequado para a resolução do litígio. Definir, por exemplo, se é mais conveniente a intervenção antes da fase instrutória, para permitir a melhor delimitação da matéria controversa, durante essa fase, para busca de maiores elementos probatórios, ou após essa fase, quando já há informações sobre a extensão do conflito, é tarefa que apenas pode ser realizada diante do caso concreto.

---

<sup>202</sup> ATIENZA, M. El derecho como argumentación, p. 47.

<sup>203</sup> ATIENZA, M. *As Razões do Direito*, p. 220.

<sup>204</sup> MILGROM, P.; ROBERTS, J. Relying on the information of interested parties, p. 21.

<sup>205</sup> MENDES, C. H. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, p. 45.

<sup>206</sup> MENDES, C. H. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, p. 43. Tradução livre.

<sup>207</sup> BOHMAN, J. The coming age of deliberative democracy, p. 403-404, 410.

Além disso, é necessário considerar que a participação no processo demanda tempo, de modo que, além de identificar o melhor momento para o debate, é necessário ter sensibilidade para avaliar quando o debate deve ser terminado.<sup>208</sup>

A limitação do discurso jurídico que ocorre dentro do processo não decorre apenas da lei, da dogmática – dos pedidos das partes, por exemplo – e dos precedentes, mas também da manifestação possível e realmente realizada pelos participantes e do momento em que o debate ocorre.<sup>209</sup> A democracia deliberativa realizável exige disciplina por um procedimento adequado e limitação de participação,<sup>210</sup> pois, embora seja necessário que todas as informações importantes sejam levadas ao conhecimento do julgador, apenas essas informações devem estar no processo.

Dessa forma, é necessário investigar qual é a forma de democracia possível e desejável no processo civil. Existem limitações intrínsecas e a democracia deliberativa perante o Judiciário deve seguir a possibilidade prática e a razoabilidade entre o incentivo para maior intervenção ou a restrição de fechamento do debate.

### 3.3.3. A proporcionalidade encontrada diante do caso concreto

Se a participação das pessoas interessadas no resultado do processo é uma exigência da Constituição Federal e da democracia, constituindo-se como direito fundamental,<sup>211</sup> é também direito fundamental a celeridade do processo e efetividade da jurisdição, de modo que devem ser ponderadas essas duas perspectivas a fim de se definir qual é o nível de interesse e representação que pode ser praticamente admitido no processo, preservando o seu potencial democrático.

Os aspectos procedimentais – tal como o que ora se analisa –, embora sejam fundamentais, não têm condições de ser normativos a não ser em termos

<sup>208</sup> MENDES, C. H. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, p. 38 e 160.

<sup>209</sup> ATIENZA, M. *As Razões do Direito*, p. 180.

<sup>210</sup> James Bohman defende que “A democracia deliberativa possível não pode depender de fazer toda decisão produto de deliberação de todos os cidadãos.” BOHMAN, J. *The coming age of deliberative democracy*, p. 418. Tradução livre.

<sup>211</sup> Archon Fung fala do princípio dos interesses afetados (*principle of affected interests*) que, como princípio básico das instituições democráticas, determina que os indivíduos devem ser capazes de influenciar as decisões que lhes afetarão. FUNG, Archon. *The principle of affected interests: an interpretation and defense*, p. 237.



muito genéricos, como avaliação da observância do princípio da equidade, da igualdade, de tratamento isonômico, da liberdade, da reciprocidade e da publicidade, pois não dispensam uma análise axiológica e substantiva diante dos casos concretos. Ou seja, embora estejamos cientes da necessidade de participação e da limitação da prática processual, a democracia concretizável depende sempre da análise casuística e de um procedimento razoavelmente flexível,<sup>212</sup> com sensibilidade dos decisores para avaliação das informações heterogêneas que podem ser admitidas com eficiência no processo e quais mecanismos são mais adequados para lidar com os desacordos normativos.

Embora na maioria dos casos a participação deliberativa seja recomendável, existem situações em que ela deve ser evitada, como quando o conflito é individual e a participação de mais pessoas apenas atrapalharia o andamento do processo, sem acrescentar qualquer relevância democrática. É necessário selecionar que formas de participação serão aceitas, limitando a modos e quantidades viáveis, e quais razões são aceitáveis diante de casos particulares,<sup>213</sup> a depender da tese que está efetivamente em discussão.

Por isso, o direito de participação depende, em grande medida, da sensibilidade do magistrado, que pode intimar pessoas possivelmente interessadas na solução do litígio, e deve verificar o momento processual mais oportuno e adequado para a participação. Não é viável buscar a justiça processual em um modelo de “*one size fits all*”.<sup>214</sup>

É claro que toda seleção implica exclusão, mas não há meios práticos de permitir que absolutamente todos interfiram no processo, da mesma forma que não há como admitir que não haja ampliação da participação nos casos em que existem vários interesses envolvidos. É importante ter sempre em mente que, como direito fundamental, o direito processual de participação admite restrições.

Com efeito, por ser um direito processual é sujeito e definido pelas normas que disciplinam o processo e depende de fatores institucionais,<sup>215</sup> de modo que a argumentação desenvolvida nas ações judiciais “sujeita o discurso a restrições temporais, sociais e substantivas”.<sup>216</sup>

---

<sup>212</sup> MENDES, C. H. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, p. 162.

<sup>213</sup> MENDES, C. H. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, p. 59.

<sup>214</sup> BURCH, E. C. Procedural justice in nonclass aggregation, p. 19.

<sup>215</sup> BONE, R. G. Adjudicative representation, 618.

<sup>216</sup> HABERMAS, J. *Between facts and norms*, p. 178. Tradução livre.

Tal circunstância é uma exigência da própria ideia de democracia, que pressupõe igualdade de tratamento na participação, mas exige que a intervenção seja consistente e praticável. Quando o processo se desenvolve perante as instâncias ordinárias e tem a finalidade de vincular apenas as pessoas diretamente afetadas, deve ter espaços que permitam o exercício da democracia na determinação da norma aplicável ao caso concreto sem inviabilizar, ao mesmo tempo, a atividade jurisdicional e a tramitação processual.

Portanto, a forma de democracia possível e desejável no processo civil é aquela que combina o direito de participação e o princípio da celeridade e eficiência processuais, adaptando o processo para que seja um instrumento adequado de solução de conflitos.

Tanto é assim, que a estrutura processual já procura, com alguns institutos, a adaptação do procedimento à situação material de acordo com a finalidade buscada, tema a ser abordado no próximo capítulo.

## 4. A DELIBERAÇÃO PROCESSUAL

### 4.1. OS LITÍGIOS INDIVIDUAIS

#### 4.1.1. O processo civil tradicional

O método adversarial, em que existem dois polos de interesses conflitantes que submetem a resolução de sua contenda a um terceiro imparcial, é visto, de forma geral, como o mais adequado para resolver disputas de forma precisa e aceitável<sup>217</sup> quando não se consegue uma composição através de meios alternativos, pois permite que as partes assumam posições processuais tendencialmente equivalentes, com igualdade de oportunidades de manifestação e de convencimento. Se é necessário que exista uma forma imperativa de solução de disputas, suas normas devem ser eficientes e, ao menos aparentar, ser justas<sup>218</sup> e o processo civil originalmente elaborado a partir dos ideais revolucionários franceses parece atender a esses requisitos a partir da perspectiva do direito privado.<sup>219</sup> A ideia de neutralidade do processo civil individual traz a impressão de que “nada acrescenta ou retira em relação às normas por meio dele aplicadas”.<sup>220</sup>

Nesse sentido, a garantia da autonomia privada e da equidade da bilateralidade do processo informam vários institutos processuais, como a configuração da causa de pedir e a restrição de sua alteração,<sup>221</sup> a possibilidade de contraditório em relação a todos os temas e fatos apresentados pelas partes,<sup>222</sup> a delimitação dos fatos controvertidos e dos meios de prova e os limites da coisa julgada.<sup>223</sup>

<sup>217</sup> RUBENSTEIN, William B. The concept of equality in civil procedure, p. 1873.

<sup>218</sup> RUBENSTEIN, W. B. The concept of equality in civil procedure, p. 1884.

<sup>219</sup> Sérgio Cruz Arenhart afirma que “A polarização dos conflitos operada pelo processo, em dois grupos – ou bipolarização, na lição da Chayes – constitui obviamente uma simplificação dos problemas que ocorrem no meio social, mas que funciona bem para a maioria dos conflitos de direito privado.” ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões Estruturais no Direito Processual Civil Brasileiro*, p. 2.

<sup>220</sup> SALLES, C. A. de. Processo civil de interesse público, p. 52-53.

<sup>221</sup> Art. 264, *caput* e parágrafo único, do CPC/1973, e art. 329 do novo CPC.

<sup>222</sup> A exemplo do art. 326 do CPC/1973 e dos arts. 7º e 10 do novo CPC.

<sup>223</sup> ARENHART, S. C. *Decisões Estruturais no Direito Processual Civil Brasileiro*, p. 3.

A ideia de um processo judicial feito para as partes e completamente disponível aos seus interesses não é mais adequada, mas, de toda forma, é importante observar, a partir disso, que mesmo o processo individual busca a correção de resultados, com uma resposta estatal que seja adequada à situação concreta, notadamente a partir da teoria da instrumentalidade do processo.<sup>224</sup> Para além da visão ideológica de um processo supostamente neutro, que permite cognição plena e ampla instrução probatória, exige-se veracidade das provas – por exemplo, se a confissão tiver algum vício pode ser revogada,<sup>225</sup> a falsidade da prova, a existência de prova nova e o erro de fato admitem ação rescisória<sup>226</sup> e novos meios de prova permitem a relativização da coisa julgada.<sup>227</sup>

Além disso, existe a garantia de imparcialidade, que, caso ausente, gera o impedimento ou a suspeição do magistrado,<sup>228</sup> e vários níveis de jurisdição recursal.<sup>229</sup> Ainda, o processo civil individual disciplina o direito de ação e de defesa e a atividade do magistrado, com abertura para exercício de discricionariedade judicial apenas em relação a matérias que não influenciam no conteúdo do processo, como a fixação da data da audiência ou calendário processual, ou que são extremamente limitados, como a determinação das provas a serem produzidas, que ficam sujeitas à impugnação.<sup>230</sup>

Observa-se, portanto, que a participação e o desenvolvimento de um processo íntegro que tende a alcançar a resposta “correta” e “justa” para a situação concreta configuram-se como direitos subjetivos das partes e fazem parte da concepção do processo civil desde sua origem.

Em uma leitura consentânea com o Estado Constitucional, o ambiente privado característico do processo civil tradicional recebe influências publicistas

---

<sup>224</sup> Carlos Alberto de Salles leciona: “Com o abandono da postura autonomista em favor daquela concepção que vem sendo denominada instrumentalista, o direito processual passa a necessitar de novos enfoques para sua análise, aptos a permitirem a compreensão do inteiro significado das situações jurídicas que lhe são colocadas para daí gerarem respostas capazes de superar o mero equacionamento formal da realidade fática. Essa necessidade obriga o processualista a tomar em consideração elementos que transcendem à mera disciplina formal do sistema jurisdicional e do campo tradicional do saber jurídico, onrigando-o a lançar mão de outras áreas do conhecimento científico, em um enfoque necessariamente multidisciplinar” SALLES, C. A. de. *Processo civil de interesse público*, p. 46-47.

<sup>225</sup> O art. 352 do atual Código de Processo Civil prevê a possibilidade de revogação ou anulação da confissão em caso de erro de fato, dolo e coação. O art. 393 do Novo Código estabelece a possibilidade de anulação da confissão em caso de erro de fato e coação.

<sup>226</sup> Art. 485, VI, VII, VIII e IX, do CPC/1973 e art. 966, VI, VII e VIII do novo Código.

<sup>227</sup> Sobre o assunto, ver: MARINONI, L. G. *Coisa Julgada Inconstitucional*, p. 191 e ss.

<sup>228</sup> Arts. 134 e 135 do CPC/1973, arts. 144 e 145 do novo Código.

<sup>229</sup> SOLUM, L. B. *Procedural Justice*, p. 245.

<sup>230</sup> PISANI, Andrea Proto. *Giusto processo e valore della cognizione piena*, p. 278.

preocupadas com o valor substancial e com o sentido dos instrumentos utilizados pela jurisdição para a aplicação do Direito. Assim, uma das características essenciais da atuação judicial é a oportunidade de participação das pessoas afetadas através da apresentação de provas relevantes e argumentos fundamentados para uma decisão em seu favor.<sup>231</sup> As partes não participam do processo com a finalidade de contribuir com a legitimação do exercício da jurisdição, de exercer a democracia ou de fazer parte do poder jurisdicional;<sup>232</sup> todavia, a expressão constitucional que a defesa de interesses particulares assume tem relevância democrática e conotação que transcende o interesse individual que é imediatamente satisfeito.

No processo civil atual, como já se mencionou, é sempre necessário que a decisão tenha uma base de conteúdo constitucional, de modo que a definição do procedimento mais adequado não dispensa uma análise substancial do processo e da decisão, abandonando-se uma ideia exclusivamente adversarial.

Ainda em uma perspectiva processual da democracia deliberativa, é necessário avaliar os princípios que informam a atuação jurisdicional nos conflitos individuais no Estado Constitucional e como eles têm sido adaptados para atender a uma visão mais instrumentalista do processo.

#### 4.1.2. A constitucionalização

##### 4.1.2.1. O devido processo legal

O princípio do devido processo legal, de origem inglesa, está presente no ordenamento brasileiro desde sua origem, garantindo respeito às formas

---

<sup>231</sup> FULLER, Lon L.; WINSTON, Kenneth I. *The Forms and Limits of Adjudication*, p. 364 e 369. Cândido Rangel Dinamarco assevera que “A dialética do contraditório é mesmo composta assim das incertezas em que se refletem perspectivas, possibilidades, *chances*, expectativas e ônus, e cada qual dos litigantes há de contar muito consigo mesmo e com a cooperação efetiva que possa trazer ao juiz no processo, sempre com vista à melhoria de sua própria situação.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, p. 241.

<sup>232</sup> MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. *Novo curso de processo civil*, v. 1, p. 442.

processuais, mas é a partir de 1988, quando aparece explicitamente na Constituição Federal,<sup>233</sup> que assume contornos mais amplos.<sup>234</sup>

A publicização do processo civil impõe, na mesma linha constitucionalista que informa a atuação positiva dos órgãos estatais, que o magistrado, na gestão do processo, atue de modo a intervir no debate desenvolvido durante o contraditório quando necessário para manter a paridade das partes, impedindo que uma parte restrinja indevidamente as oportunidades de influência da outra.<sup>235</sup> Nesse sentido, o processo demonstra sua instrumentalidade ao garantir-se como espaço para efetivação de princípios constitucionais e direitos materiais, tanto na receptividade das informações que são relevantes para a resolução do conflito – através do contraditório e outras formas de participação<sup>236</sup> – quanto pelo resultado que produz através da tutela jurisdicional, que deve ser adequada, efetiva e tempestiva.<sup>237</sup>

Se o processo é capaz de legitimar a decisão final e o exercício do poder estatal, isso não ocorre por mera formalidade, mas pelo modo como disciplina e dimensiona as garantias constitucionais,<sup>238</sup> bem como pela consideração dos aspectos materiais do litígio que são capazes de influenciar no resultado do processo.<sup>239</sup>

A partir disso, percebe-se a relevância dos direitos materiais para a determinação da “*finalidade* do processo e na *conformação* de sua organização técnica”.<sup>240</sup> Isso porque é justamente o substrato fático que vai indicar a necessidade de alteração e adaptação das regras procedimentais.

O processo justo depende de análise do caso concreto e adaptação dos procedimentos, permitindo, por exemplo que, quando necessário, o direito de participação seja exercido, ainda que não previsto de forma específica nas regras processuais infraconstitucionais.

---

<sup>233</sup> Art. 5º, LIV, da Constituição Federal.

<sup>234</sup> RAMOS, João Gualberto Garcez. *Evolução histórica do princípio do devido processo legal*, p. 101-102 e 108.

<sup>235</sup> DINAMARCO, C. R. *A Instrumentalidade do Processo*, p. 63.

<sup>236</sup> Vide item 5.

<sup>237</sup> MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. *Novo curso de processo civil*, v. 1, p. 488.

<sup>238</sup> DINAMARCO, C. R. *A Instrumentalidade do Processo*, p. 155.

<sup>239</sup> MARINONI, L. G. *Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional*, p. 3-4.

<sup>240</sup> MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. *Novo curso de processo civil*, v. 1, p. 492.

Assim, a garantia do devido processo legal deve incluir tanto um aspecto de adaptação para efetividade e proteção do direito material quanto de flexibilização das formas processuais para que permitam a adequada apuração da situação fática. Além disso, não se deve ignorar o necessário equilíbrio entre esses direitos e a necessidade de resolução final do litígio em um tempo razoável.

Dessa forma, é a partir dessa perspectiva que devem ser analisadas as limitações da deliberação no processo civil (item 3.3.2) e a proporcionalidade das normas processuais diante dos casos concretos (item 3.3.3).

O direito ao devido processo legal, portanto, é uma norma geral que acaba por assumir diversas facetas na prática, como igualdade, contraditório, motivação das decisões judiciais e publicidade.<sup>241</sup> Para os fins deste trabalho, é importante analisar em especial, ainda que brevemente, o direito ao contraditório e à ampla defesa, que constituem expressão da democracia deliberativa e do direito de participação no processo civil individual.

#### 4.1.2.2. O direito ao contraditório e à ampla defesa

O ambiente dialético do processo foi afirmado desde os tempos romanos, em que a imposição de uma decisão a uma pessoa apenas poderia ocorrer se a ela fosse garantido o direito de apresentar argumentos contrários ao da outra parte no processo (*auditur et altera pars*),<sup>242</sup> sendo fundamental para o próprio conceito de jurisdição.<sup>243</sup>

---

<sup>241</sup> Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitiero lecionam: “embora o novo Código de Processo Civil não tenha *textualmente* previsto o direito ao processo justo dentre as suas normas fundamentais, é claro que o que está por detrás da previsão de direito à tutela adequada e efetiva (art. 3.º), de direito à colaboração (art. 6.º), de direito à igualdade, ao contraditório, à motivação e à publicidade (arts. 7.º, 9.º, 10 e 11) e direito à tutela tempestiva (art. 4.º) é a necessidade de se outorgar ao processo civil nele densificado uma *justa estruturação*.” MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. *Novo curso de processo civil*, v. 1, p. 493.

<sup>242</sup> CABRAL, A. do P. Il principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito, p. 450.

<sup>243</sup> SILVA, O. A. B. da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*, v.1, p. 70.

Originalmente, o direito ao contraditório era visto como a “*bilateralidade de instância, dirigindo-se tão somente às partes*. Nesse contexto, o contraditório realizava-se apenas com a observância do binômio *conhecimento-reação*”.<sup>244</sup>

Hoje, além da dimensão conhecimento-reação, o contraditório assume uma feição substancial de garantir que as partes efetivamente participem e influenciem o convencimento do juiz, expressando a democracia deliberativa que pode ser exercida no Judiciário.<sup>245</sup> Nesse sentido, o processo mostra-se como “miniatura do Estado democrático”,<sup>246</sup> e as partes assumem, além do direito de intervenção, o dever de intervenção devidamente fundamentada, de modo a deixar evidente a sua posição. É o exercício substancial do contraditório que interfere na conduta das demais partes no processo<sup>247</sup> e influencia a atividade jurisdicional.

Observa-se que o direito de participação assume, no processo civil individual, feições de direito ao contraditório,<sup>248</sup> que garante a ambas as partes ou, melhor, a ambos os polos do litígio a oportunidade de se manifestar no decorrer do trâmite processual a respeito do que é relevante para a solução da causa. O contraditório daquele que terá seu conflito solucionado pelo aparato estatal demonstra, de maneira ainda mais evidente do que no Legislativo e no Executivo, a ligação entre o direito processual e a construção do Direito.<sup>249</sup> Seja porque as pretensões das partes limitam a atuação jurisdicional, seja porque cada parte apresenta a sua versão dos fatos e a sua interpretação normativa, é o direito de participação que permite o “processo de conhecimento” e que promove a habilidade judicial de resolver o litígio existente.

Para que esse aspecto seja integralmente observado, ao menos em uma situação ideal que serve como parâmetro, é necessário que haja igualdade entre as partes, em um sentido processual de paridade de armas, para que o contraditório

<sup>244</sup> MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. *Novo curso de processo civil*, v. 1, p.501.

<sup>245</sup> CABRAL, A. do P. Il principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito, p. 456.

<sup>246</sup> DINAMARCO, C. R. *A Instrumentalidade do Processo*, p. 369.

<sup>247</sup> Conforme afirma Antonio do Passo Cabral, “Trata-se do *direito à consideração* que modernamente se agrega ao binômio informação-reação do contraditório: a participação assegura que os comportamentos dos sujeitos processuais sejam resultado da influência dos atos dos demais, devidamente considerados por todos numa dialética de mútua implicação e estímulo”. CABRAL, A. do P. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*, p. 341.

<sup>248</sup> MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. *Novo curso de processo civil*, v. 1, p. 443.

<sup>249</sup> BONE, R. G. Procedure, participation, rights, p. 115.



possa se desenvolver de forma adequada.<sup>250</sup> Todavia, é importante perceber que nem sempre é necessário ter uma simetria perfeita entre os poderes ou direitos e obrigações das partes,<sup>251</sup> desde que as diferenças sejam racionais e argumentativamente justificadas e exista sempre a possibilidade de manifestação,<sup>252</sup> até porque seus interesses e necessidades são distintos, desde que se mantenha a equidade em seu potencial de influência.

O princípio do contraditório também assume as características de cooperação processual,<sup>253</sup> em busca de um diálogo constante entre os sujeitos processuais<sup>254</sup> e de evitar que sejam tomadas decisões com conteúdo que não foi debatido pelas partes – decisões “surpresa” ou de *terza via*.<sup>255</sup>

Ainda, é importante perceber que a efetivação do direito de participação não se esgota nesse direito de reação e de influência na atividade do magistrado. É necessário, também, tendo como pressuposto o devido processo legal, observar a publicidade dos atos jurisdicionais e a devida fundamentação das decisões,<sup>256</sup> pois a efetiva oportunidade de manifestação e participação exige conhecimento do que está sendo debatido e do que foi decidido, seus motivos, adequada intimação das partes, prazos adequados, dentre outros elementos que possam ser necessários no caso concreto.<sup>257</sup>

O contraditório abrange, portanto, uma gama de situações e direitos que devem ser adequadamente percebidos e valorados para que exista efetividade dessa garantia constitucional, que sempre foi central para o processo civil. Com efeito, o contraditório dá origem a vários institutos processuais fundamentais. É esse direito de participação efetiva no processo civil – que engloba, como mencionado, a possibilidade de reação e manifestação, cooperação, publicidade, intimação e prazos adequados – que justifica, por exemplo, a limitação da coisa julgada aos

<sup>250</sup> MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. *Novo curso de processo civil*, v. 1, p. 445.

<sup>251</sup> MENDES, C. H. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, p. 128.

<sup>252</sup> MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. *Novo curso de processo civil*, v. 1, p. 446.

<sup>253</sup> De acordo com o art. 6º do novo CPC, “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

<sup>254</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no Processo Civil Brasileiro: um terceiro enigmático*, p. 87.

<sup>255</sup> CABRAL, A. do P. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*, p. 342.

<sup>256</sup> MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. *Novo curso de processo civil*, v. 1, p. 444.

<sup>257</sup> MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. *Novo curso de processo civil*, v. 1, p. 447-448.

litigantes<sup>258</sup> e a impossibilidade de discussão, em ação posterior, a respeito de matérias que poderiam ter sido alegadas pelas partes.<sup>259</sup>

Assim, observa-se que é o direito ao contraditório e, de uma forma mais ampla, o direito de participação na tomada de decisões estatais, que abrem espaço para que terceiros que, a princípio, não tinham legitimidade e interesse jurídico em intervir no processo individual, tenham o direito de manifestação quando uma decisão os afeta de forma especial. É porque existe a necessidade de adequação da resposta jurisdicional aos fatos e do procedimento às garantias fundamentais e ao direito material que é permitido que terceiros, que possuem relação com os fatos, intervenham no processo,<sup>260</sup> como nos casos de assistência, oposição, nomeação à autoria, denúncia da lide e chamamento ao processo,<sup>261</sup> recurso de terceiro prejudicado<sup>262</sup> e embargos de terceiro.<sup>263</sup>

Dessa forma, a abertura de participação para aqueles que não são partes, mas são afetados pela decisão judicial, já existe no processo civil individual atual, de modo que as considerações feitas a seguir são extensão lógica de uma ideia tradicional. De toda forma, é importante perceber, a partir das premissas elaboradas nos primeiros capítulos, que essa forma de abertura do processo para manifestação dos interessados é uma forma de atribuir legitimidade democrática para o processo civil e, conseqüentemente, para a atuação do Poder Judiciário.

#### 4.1.2.3. O princípio da demanda e dispositivo

Ainda a respeito das alterações do processo civil individual em razão da sua constitucionalização e interesse público, é importante mencionar as flexibilizações

<sup>258</sup> Art. 472 do CPC/1973 e art. 506 do novo CPC.

<sup>259</sup> Art. 474 do CPC/1973 e art. 508 do novo CPC.

<sup>260</sup> Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero afirmam: “Quando se passou a entender que a jurisdição, ao interpretar, outorga um sentido possível ao texto, dentre vários aceitáveis (adscritivismo interpretativo), e que nem sempre é aplicável ao caso apenas uma única norma, a legitimidade democrática passou a depender não só da vinculação do juiz aos dispositivos da Constituição e da legislação aplicáveis, mas também da prévia oportunidade de participação das partes na decisão (democracia participativa). Portanto, é na teoria da interpretação que reside o elemento que justifica os novos contornos do direito ao contraditório no processo civil.” MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. *Novo curso de processo civil*, v. 1, p. 502.

<sup>261</sup> Arts. 50 e ss. do CPC/1973 e arts. 119 e ss. do novo CPC.

<sup>262</sup> Art. 499 do CPC/1973 e art. 996 do novo CPC.

<sup>263</sup> Arts. 1.046 e ss. do CPC/1973 e arts. 674 e ss. do novo CPC.

que ocorreram em relação aos princípios da demanda e dispositivo, igualmente essenciais na ideia de processo civil e que sofreram adaptação para atender a instrumentalidade do processo.

De acordo com o princípio da demanda, o Poder Judiciário deve manter-se inerte em suas atividades, atuando apenas quando e na medida em que provocado pelos jurisdicionados.<sup>264</sup> Com efeito, a atividade judicial é inerte e o processo depende de iniciativa da parte interessada para começar,<sup>265</sup> admitindo-se apenas raras exceções a esse princípio.<sup>266</sup>

Em paralelo, no trâmite do processo, pelo princípio dispositivo, as partes dispõem da ação judicial de acordo com seus interesses, segundo a disponibilidade do direito material,<sup>267</sup> alegando e provando matérias que limitam a atuação judicial – embora também exista a necessidade de impulso oficial do processo, isso apenas é possível no âmbito que ultrapassa a disponibilidade do direito material.<sup>268</sup>

Com o princípio da demanda e o dispositivo, busca-se assegurar a imparcialidade do juiz, que deve observar o debate travado entre as partes e fornecer uma resposta estatal de acordo com o que foi solicitado.<sup>269</sup> Com efeito, o juiz deve fornecer a resposta estatal ao conflito conforme o que foi especificamente pleiteado pelas partes, ainda que entenda que nenhuma das opções disponíveis seja a que melhor resolveria a situação concreta.<sup>270</sup>

<sup>264</sup> SILVA, O. A. B. da. *Curso de Processo Civil*, v. 1, p. 64-65.

<sup>265</sup> Nesse sentido, os arts. 2º e 262 do CPC/1973 e o art. 2º do novo CPC.

<sup>266</sup> Na jurisdição voluntária, como no inventário e na partilha, e na decretação de falência, por exemplo, é possível que o magistrado atue mesmo diante da ausência de pedido das partes interessadas.

<sup>267</sup> MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. novo curso de processo civil, v. 1, p. 451.

<sup>268</sup> A este princípio contrapõe-se o inquisitório (SILVA, O. A. B. da. *Curso de Processo Civil*, v. 1, p. 62.), em que o juiz é o gestor central do processo e tem amplos poderes de investigação para além do que foi trazido como objeto do processo pelas partes. No nosso processo civil, o ônus probatório é atribuído primordialmente às partes (art. 332 e ss. do CPC/1973 e arts. 369 e ss. do novo CPC), mas é permitido ao magistrado determinar a produção de provas que entender necessárias ao julgamento da causa (art. 130 do CPC/1973 e art. 370 do novo CPC), haja vista a proibição do *non liquet* e a necessidade de proferir uma decisão final para resolver a disputa (art. 126 do CPC/1973 e art. 140 do novo CPC). De toda forma, o processo continua sendo identificado como dispositivo em razão de suas características principais.

<sup>269</sup> Nesse sentido, estabelecem os arts. 128, 459 e 460 do CPC/1973 que “O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”, que “O juiz proferirá a sentença, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor.” e que “É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”. No novo CPC, os dispositivos equivalentes são os arts. 141 e 492.

<sup>270</sup> ARENHART, S. C. *Decisões Estruturais no Direito Processual Civil Brasileiro*, p. 3.

Todavia, tais princípios assumem características cada vez mais flexíveis, em favor do caráter público do processo e da atividade de solução de conflitos do Poder Judiciário.

É possível, por exemplo, que haja alteração do pedido inicial durante o curso da demanda, se houver contraditório efetivo. No CPC/1973, é possível que o pedido seja alterado até o proferimento da decisão saneadora, dependendo, após a citação do réu, de concordância deste.<sup>271</sup> O novo CPC reitera essas previsões, estabelecendo que a interpretação do pedido deve ser feita considerando o conjunto das alegações feitas na inicial e o princípio da boa-fé.<sup>272</sup>

O magistrado também pode determinar a forma de efetivação da tutela jurisdicional que seja necessária para a efetivação de seu provimento, nos casos de obrigações de fazer e não fazer e entrega de coisa, sem restringir-se ao pedido feito pela parte.<sup>273</sup> Essa atipicidade dos meios executivos, que dependem de avaliação em cada caso, denota a mitigação da adstrição da sentença ao pedido feito pela parte.

Nos casos de demandas repetitivas, o Tribunal está autorizado a prosseguir no julgamento do incidente de resolução conjunta ainda que haja desistência da ação ou abandono do processo,<sup>274</sup> em razão da importância da matéria e transcendência do interesse na questão.

A jurisprudência já havia decidido dessa forma em relação a Recursos Especiais, ainda que não fossem repetitivos e representativos da controvérsia, em razão da relevância da matéria discutida.<sup>275</sup> No novo CPC, existe previsão específica sobre o tema estabelecendo o prosseguimento do julgamento do Recurso

---

<sup>271</sup> Arts. 264 e 294 do CPC/1973 e art. 329 do novo CPC.

<sup>272</sup> Art. 322, §2º, do novo CPC.

<sup>273</sup> Arts. 461, §5º, e 461-A, §3º, do CPC/1973, e arts. 536 e 538, §3º, do novo CPC.

<sup>274</sup> Art. 976, §1º, do novo CPC.

<sup>275</sup> No REsp 1.063.343/RS, em questão de ordem, a Corte Especial indeferiu o pedido de desistência do recurso, pois já iniciado o procedimento para julgamento de Recurso Especial representativo da controvérsia (Relatora Ministra Nancy Andrighi). No REsp 1.308.830/RS, a Relatora, Ministra Nancy Andrighi, afirmou, também em questão de ordem: “É possível o indeferimento do pedido de desistência de recurso especial, ainda que conte com a anuência do recorrido e não se sujeite à sistemática do recurso repetitivo, na hipótese em que a controvérsia envolva incontestável interesse público, haja vista que a interpretação do artigo 501 do CPC, que autoriza a desistência unilateral a qualquer tempo, deve ser feita à luz da realidade surgida após a criação do Superior Tribunal de Justiça, levando-se em consideração o seu papel de fixar teses de direito que servirão de referência para as instâncias ordinárias de todo o país, transcendendo o interesse meramente individual das partes.”

Extraordinário ou dos recursos repetitivos nos Tribunais Superiores.<sup>276</sup> Tal solução pode ser questionada,<sup>277</sup> mas, de toda forma, demonstra nitidamente a relevância de os Tribunais Superiores indicarem o seu entendimento, que é independente da manutenção do interesse da parte em ver seu recurso julgado, e uma defesa forte de suas funções de unificadores da interpretação e da aplicação da legislação.

A partir das considerações feitas sobre a constitucionalização do processo, observa-se que o processo civil tradicional precisou se adequar à pluralidade e à complexidade das relações sociais e princípios fundamentais, originalmente de cunho essencialmente individualista. Com isso, o contraditório e o princípio da demanda, por exemplo, foram flexibilizados para atender às situações de direito material e os imperativos de ordem pública do processo.

Embora os princípios do processo civil individual permaneçam válidos enquanto normas que são preferencialmente atendidas, é possível que sejam flexibilizados em nome de objetivos igualmente legítimos e atuais do processo. Da mesma forma deve ocorrer em relação ao direito de participação quando os efeitos da decisão judicial são mais amplos.

Se, por um lado algumas normas processuais permitem ao magistrado atuar de uma forma mais flexível, essas mesmas normas exigem um nível de fundamentação e argumentação maior, demonstrando a idoneidade de seu uso.<sup>278</sup> A neutralidade apenas pode plausivelmente significar imparcialidade no sentido de respeito às partes e concessão de iguais oportunidades de defesa,<sup>279</sup> sendo que o controle da atividade jurisdicional deve ser feito através da argumentação.

#### 4.2. A AMPLIAÇÃO DOS EFEITOS DO PROCESSO

<sup>276</sup> O art. 998, parágrafo único, do novo CPC, dispõe: “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.”

<sup>277</sup> Diante da previsão do art. 501 do CPC/1973 e 998 do novo CPC, do art. 97 da Constituição e da Súmula Vinculante nº 10. ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes no Novo Código de Processo Civil a partir do paradigma do pós-positivismo*, p. 7

<sup>278</sup> MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. *novo curso de processo civil*, v. 1, p. 133.

<sup>279</sup> DINAMARCO, C. R. *A Instrumentalidade do Processo*, p. 231.

#### 4.2.1. Processos individuais com potencialidade coletiva

O processo civil individual produz efeitos, naturalmente, entre várias pessoas, em razão da vida em sociedade e das relações sociais. As sentenças constitutivas, que constituem, modificam ou extinguem relações jurídicas, como a de divórcio, a de rescisão de contrato e a de interdição, por exemplo, exigem que todas as pessoas que se relacionam com as partes do processo observem a nova situação jurídica. Isso ocorre não apenas com as sentenças constitutivas, mas com todas as sentenças judiciais,<sup>280</sup> que devem ter sua eficácia respeitada por toda a sociedade.

Trata-se, portanto, de uma consequência natural das decisões judiciais, em razão dos efeitos práticos produzidos pela tutela jurisdicional.

O que é relevante, neste momento, é diferenciar esses efeitos naturais das decisões judiciais das situações em que uma demanda individual atinge a esfera jurídica de uma pessoa, ou de um grupo, de forma especial, de modo a justificar o interesse em ouvi-la. Nessas situações, embora o litígio seja entre duas posições determinadas, os direitos ao contraditório, ao devido processo legal e à participação exigem que seja ampliada a deliberação no processo.

Uma ação de reintegração de posse, por exemplo, é de interesse e diz respeito, em regra, apenas ao antigo possuidor e àquele que lhe esbulhou a posse.<sup>281</sup> Todavia, se o imóvel discutido estiver ocupado por pessoas participantes de movimento social, a situação é mais complexa e delicada,<sup>282</sup> sendo prudente a ampliação da discussão para que entidades estatais e organizações não-governamentais auxiliem na adequada solução do conflito.

---

<sup>280</sup> ARENHART, S. C. *Recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes*, p. 7.

<sup>281</sup> Arts. 926 e ss. do CPC/1973 e arts. 560 e ss. do novo CPC.

<sup>282</sup> Sérgio Cruz Arenhart explica: “Imagine-se uma demanda de reintegração de posse, de área ocupada por movimento social. A pretensão do autor será, obviamente, a retomada imediata do imóvel; já a resistência dos réus simboliza a tentativa de manutenção da área, especialmente com o propósito de sensibilizar o governo para os problemas sociais ligados à terra. Uma solução judicial que esteja condicionada, apenas, a acolher ou a rejeitar, no todo ou em parte, o pedido do autor, certamente gerará soluções inadequadas. Optando pelo deferimento da medida reintegratória, pode-se agravar um problema social, com a remoção de famílias inteiras, que poderão ocupar outro imóvel ou insistir em outros meios mais violentos para fazerem-se ouvir. A rejeição do pedido, por outro lado, implicará negativa ao direito de posse/propriedade, um dos pilares do direito privado moderno, com consequências também nefastas, a par de gerar reações certamente graves no âmbito dos conflitos agrários. Vê-se aí como uma simples demanda privada assume, hoje, contornos complexos. Vê-se também como a estrutura processual clássica é inútil para a solução desse conflito.” ARENHART, S. C. *Decisões Estruturais no Direito Processual Civil Brasileiro*, p. 4.

Da mesma forma, a ação de uma pessoa contra a operadora de seu plano de saúde buscando cobertura médica para um determinado tratamento é uma ação individual bastante comum. Se a discussão, contudo, for a respeito da abusividade de uma cláusula específica, que se repete em milhares de outros contratos de adesão, várias pessoas terão interesse na declaração da ilegalidade e poderia ter sido ajuizada uma ação coletiva que atingisse todas as pessoas que estivessem nessa situação.

Também a pretensão processual de realização de uma cirurgia ou um tratamento de emergência pelo sistema público de saúde não envolve apenas um interesse particular e os recursos financeiros do Estado, mas também questões de política pública, alocação orçamentária e determinação do interesse público.<sup>283</sup>

Assim, existem ações individuais, que não demandam qualquer forma de participação ampliada, nem envolvem algum aspecto público ou político, caso em que a ampliação da participação apenas traria obstáculos para a celeridade e efetividade jurisdicionais.

Por outro lado, há também aquelas ações que atraem um maior número de interessados, em que a situação fática é de interesse de uma gama de indivíduos, e que exigem, para a correção do resultado, que a deliberação argumentativa seja ampliada.

Nesses casos, o Judiciário acaba se envolvendo em questões que dizem respeito a políticas públicas, que não são tradicionalmente de sua competência. Não obstante, o fornecimento de uma solução jurídica para esses casos pode ser positivo, caso o processo seja adequadamente formatado, na medida em que é possível regularizar a forma de organização da política pública e fazer ajustes práticos, permitir o diálogo com os indivíduos que não se sentem adequadamente incluídos no programa e melhorar a deliberação pública.<sup>284</sup>

---

<sup>283</sup> ARENHART, S. C. *Decisões Estruturais no Direito Processual Civil Brasileiro*, p. 5.

<sup>284</sup> Varun Gauri assevera: “Nesses casos emblemáticos de financiamento de saúde (Decisão T-760, de 2008) e de pessoas desabrigadas (Decisão T-025, de 2004), a Corte Constitucional Colombiana exigiu que autoridades do Estado explicassem suas políticas e apresentassem novos planos em determinados intervalos de tempo. As Cortes indianas rotineiramente requerem que o Estado demonstre razões para políticas econômicas e sociais e sua (não)implementação e faça reformas em programas em áreas como controle de poluição, alimentação, emprego, condições das penitenciárias e direito das mulheres”. GAURI, Varun. *The Judicialization of Development Policy*, p. 224-225. Tradução livre.

Assim, a depender da questão sobre a qual se deve decidir, o contraditório deve ser diferenciado<sup>285</sup> e ampliado. Mesmo nos casos de ações individuais, se elas atingem diretamente mais pessoas, é necessário dar oportunidade de participação aos interessados para que mais pontos de vista sejam considerados na tomada de decisão. Assim, a aplicação da norma geral e abstrata ao caso concreto tende a ser melhor, pois mais coerente com a realidade.

Não se ignora que é difícil ao Judiciário fazer uma análise de resultados, pois não tem estrutura para isso. Contudo, ainda que não se consiga precisar as consequências reais da decisão ou o nível de melhora da decisão judicial, ouvir as partes envolvidas e interessadas pode auxiliar no correto dimensionamento do conflito, que é importante para que a decisão ganhe legitimidade democrática tanto de um ponto de vista anterior – ouvir os afetados – quanto de um ponto de vista posterior – efeitos adequados da decisão.

#### 4.2.2. Conflitos policêntricos, ações coletivas e processos estruturais

Além dos tradicionais conflitos individuais, a legislação da sociedade moderna também reconheceu a existência de direitos coletivos e conflitos sociais mais amplos, que exigem igualmente uma resposta do ordenamento para o caso concreto.

Existem casos policêntricos, que envolvem diretamente o interesse de várias pessoas,<sup>286</sup> como é o caso do direito ambiental,<sup>287</sup> e, portanto, reconhece-se que o processo civil individualista tem sido insuficiente para a resolução de algumas demandas que afetam diretamente mais partes do que as tradicionalmente pensadas em um confronto bilateral. Como a doutrina já denunciou há algum tempo,

---

<sup>285</sup> MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. *Novo curso de processo civil*, v. 1, p. 444. A afirmação é feita a respeito da diferença entre questões que envolvem direitos fundamentais e questões de natureza fática que não exija controle de constitucionalidade, mas também pode ser aplicada quando estão em discussão matérias mais amplas, que atingem um grupo social maior do que aquele das ações estritamente individuais.

<sup>286</sup> MENDES, C. H. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, p. 163-164.

<sup>287</sup> É importante observar que uma situação concreta pode dar origem a vários tipos de interesses, gerando direitos individuais, coletivos ou difusos. Aqui, menciona-se o direito ambiental apenas por ser uma questão que sempre gera um interesse coletivo ou difuso, ainda que também possa gerar interesses individuais.



existem determinadas situações que impactam diretamente na esfera jurídica de muitas pessoas, como é o caso, um dos exemplos mais notórios dessas circunstâncias, das ações coletivas. Nesses casos, os conceitos e categorias do processo civil são inadequados para tratar do direito material, exigindo, se não um processo completamente novo, uma adaptação e adequação coletiva.<sup>288</sup>

Com a alteração da estrutura da sociedade, as formas de tutela adequada são, também, diferentes<sup>289</sup> e a atuação judicial deve estar preparada para resolver adequadamente também estes conflitos. Destaque-se que existe vedação do *non liquet*, que impede que o Judiciário se recuse a oferecer solução jurídica para um caso específico. Assim, se disputas concretas devem ser resolvidas pelo Judiciário, quando forem policêntricas, devem contar com a participação dos afetados para preservar a legitimidade democrática.<sup>290</sup>

É nesse sentido que a ação popular e a ação civil pública, por exemplo, buscam dar uma resposta processual para possibilidade de defesa judicial dos direitos coletivos, com vistas ao direito de acesso à justiça e de adequada proteção, pois eles não podem ser adequadamente tutelados através do processo civil tradicional, que foi pensado para conflitos individuais.

As ações coletivas seguem uma racionalidade bastante diferente daquela dos conflitos bilaterais, tendo características próprias no que se refere à legitimidade, litispendência, coisa julgada, dentre outros institutos.

A estrutura processual também é pensada de forma diferente nas medidas estruturais, ou no processo estrutural. Nesses casos, o conflito a ser resolvido diante do Judiciário é policêntrico e demanda também uma forma de execução e implementação da decisão mais flexível e controlada, de modo gradativo a fim de evitar que “a decisão judicial se converta em problema maior do que o litígio que foi examinado”.<sup>291</sup>

---

<sup>288</sup> Carlos Alberto de Salles assevera: “Tendo em vista a grande complexidade das situações levadas a juízo, notadamente quando envolvem direitos difusos e coletivos, as regras e princípios processuais têm perdido em parte o seu caráter *transubstancial*, no sentido de se aplicarem indistintamente a várias áreas do direito material, por ser evidente aí o requisito de maior especificidade de tratamento.” SALLES, C. A. de. *Processo civil de interesse público*, p. 47.

<sup>289</sup> FISS, O. M. *The forms of justice*, p. 36.

<sup>290</sup> PETERS, C. *Adjudication as representation*, p. 419.

<sup>291</sup> ARENHART, S. C. *A tutela coletiva de interesses individuais*, p. 359. Carlos Alberto de Salles afirma: “o conceito de *efetividade* implica uma consideração de meios e fins, podendo ter-se por efetivo aquele processo que atinge as finalidades a que se destina, considerando o conjunto de objetivos implícitos no direito material e a totalidade da repercussão da atividade jurisdicional sobre dada situação de fato.” SALLES, C. A. de. *Processo civil de interesse público*, p. 51.

Caso notável ocorreu no julgamento de *Brown v. Board of Education*, de 1955, em que a Suprema Corte Norte-Americana reconheceu a inconstitucionalidade da segregação racial em escolas públicas. Diante da dificuldade de implementação da decisão,<sup>292</sup> um ano depois, em nova discussão, a Suprema Corte determinou a elaboração de planos de atuação locais para implementação gradativa da decisão anterior.<sup>293</sup>

No mesmo sentido, em 2004, na sentença T-025, reconhecendo a existência de um “estado de coisas inconstitucional”, a Corte Constitucional colombiana determinou a realização de várias medidas para auxílio das famílias que foram obrigadas a se deslocarem em razão de conflito armado interno no país, dentre elas a realização de um plano governamental para atender a emergência humanitária e o atendimento do núcleo essencial dos direitos fundamentais mínimos, como alimentação, educação, saúde e moradia.<sup>294</sup>

A efetivação da decisão judicial leva à busca conjunta de soluções e superação de resistências e à discussão sobre vias alternativas entre os afetados e interessados, com formação de coalisões políticas e atuação de ONGs e entidades civis. No caso da sentença T-025, a sociedade civil, por iniciativa própria, organizou uma comissão, que foi fundamental na concretização da decisão.<sup>295</sup>

Em âmbito brasileiro, é bastante conhecido o caso da Ação Civil Pública que busca a recuperação da degradação ambiental causada pela exploração de carvão no estado de Santa Catarina. Julgada a procedência da demanda, no processo de execução principal são decididos temas gerais que afetam todos os executados e, em paralelo, em processos de execução específicos, são discutidos os temas que dizem respeito a cada um dos executados, havendo também um fórum técnico (Grupo de Assessoramento do Juízo) de auxílio às partes e ao juiz, realização de audiências públicas e relatórios de monitoramento periódicos. Todas as informações estão no site “Portal da Ação Civil Pública do Carvão”, vinculado à Seção Judiciária

---

<sup>292</sup> Isso exigiu novos critérios para a construção de escolas, redistribuição de professores e turmas, revisão do sistema de transporte, realocação de recursos, modificação de currículo e de agenda, novos sistemas de informação, dentre outros aspectos. FISS, O. M. *The forms of justice*, p. 2-3.

<sup>293</sup> ARENHART, S. C. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*, p. 6-7.

<sup>294</sup> GARAVITO, C. R. *El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales*, p. 222

<sup>295</sup> GARAVITO, C. R. *El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales*, p. 237.

da Justiça Federal de Santa Catarina, permitindo o acesso e o acompanhamento de toda sociedade.<sup>296</sup>

Da mesma forma, ações que buscam resolver problemas de políticas públicas, como superpopulação carcerária ou estrutura de penitenciárias, distribuição de serviços de saúde, readequação de serviços policiais ou médicos, vagas em escolas públicas, remanejamento urbano, dentre outros, são situações que demandam uma atitude ativa do Poder Judiciário, mas, ao mesmo tempo, exigem flexibilidade na implementação da decisão, ciência e superação dos problemas práticos e equalização dos interesses envolvidos. De forma que o modo tradicional de resolução de conflitos tem dado espaço a um modo “interativo experimental”,<sup>297</sup> em que os juízes deixam seu papel de comando e assumem a função “de mediadores entre os atores envolvidos, sobre quem recai a responsabilidade primária de encontrar soluções para o problema”.<sup>298</sup>

As decisões estruturais possuem um conteúdo substantivo forte, mas estabelecem apenas linhas gerais do procedimento executivo e apontam para finalidades amplas.<sup>299</sup> Segue-se, então a fase executiva, em que é recomendável que, como ocorre no processo de conhecimento, exista debate entre as pessoas afetadas para melhor conhecimento sobre os obstáculos práticos de sua efetivação.<sup>300</sup>

Reitere-se, a partir disso, que a legitimidade democrática não é integralmente atingida apenas pela conformidade da decisão judicial com a legislação substancial,<sup>301</sup> pois, embora a legislação possua uma sustentação que

<sup>296</sup> Disponível em: <<https://www.jfsc.jus.br/acpdocarvao/index.php>>.

<sup>297</sup> BRINKS, D.; GAURI, V. Sobre triângulos y diálogos, p. 308. Tradução livre. Os autores mencionam que “quando, como no Brasil, as Cortes são mais imperiais e menos cooperativas, os litigantes – nem sempre de boa-fé, obviamente – não raro suavizam o enfoque judicial mediante a criação de um espaço de negociação entre a ordem do tribunal e seu cumprimento efetivo. (...) Nos casos coletivos, muito menos propensos a ter êxito no Brasil, os promotores utilizam os processos legais disponíveis, entre outros, as investigações administrativas, para ativar e motivar negociações sérias sobre a criação de novos espaços educativos e disponibilidade de medicamentos.” (BRINKS, D.; GAURI, V. Sobre triângulos y diálogos, p. 308. Tradução livre).

<sup>298</sup> UGARTE, R. Á. La aporía y el diálogo en la adjudicación constitucional, p. 337.

<sup>299</sup> GARAVITO, C. R. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales, p. 232.

<sup>300</sup> Para o autor, os maiores obstáculos práticos para execução de decisões estruturais é a resistência política e o conhecimento da capacidade institucional, de modo que as sentenças dialógicas “têm maior potencial para produzir efeitos gerais mais profundos no cumprimento dos DESC [direitos econômicos, sociais e culturais]” (GARAVITO, C. R. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales, p. 236).

<sup>301</sup> BONE, R. G. Procedure, participation, rights, p. 117.

decorre da democracia, existe sempre possibilidade de interpretações diferentes e de percalços no momento de efetivação das normas e decisões judiciais.

Nesses casos em que os conflitos concretos são policêntricos, existe uma exigência lógica do direito material e do sistema normativo de adequação do processo para viabilizar a veiculação dessas pretensões coletivas em juízo e adequada efetivação empírica.

O direito de participação de todos os interessados também precisa ser observado nos conflitos policêntricos, embora a legislação defina quem são os legitimados ativos das ações coletivas,<sup>302</sup> pois isso contribui com a democracia direta, permitindo a intervenção daqueles diretamente afetados e, portanto, está ligado à legitimidade democrática do processo e, conseqüentemente, da atuação judicial.

É importante observar que a legitimidade do Poder Judiciário não advém apenas da participação. Depende também, dentre outros fatores, da argumentação das decisões, da coerência, da consistência do processo de seleção de seus membros e de atuação substantivamente consoante com a Constituição, a sociedade e o caso material. Embora devam ser considerados outros elementos para que a decisão judicial seja adequada, o processo é crucial para o desempenho das atividades judiciais, de modo que a democracia deliberativa configura-se como “o procedimento mais adequado e confiável”, pois são considerados todos os envolvidos com igual respeito e consideração e sua função epistêmica permite o adequado conhecimento da causa.<sup>303</sup>

De modo que, além do processo civil pensado para os direitos individuais, que tem formas de participação de terceiros que podem ser ampliadas, existem também outras formas de processo estruturadas para atender a conflitos coletivos que igualmente precisam se adequar às novas formas de decisões judiciais e à necessária participação de todos os interessados ou, ao menos, de amplos grupos de interesses.

---

<sup>302</sup> Art. 5º da Lei 7.347/85 e art. 82 do Código de Defesa do Consumidor.

<sup>303</sup> GODOY, M. G. A democracia deliberativa como guia para a tomada de decisões legítimas, p. 75.

#### 4.2.3. As decisões vinculantes

Paralelamente aos conflitos individuais que repercutem na esfera jurídica de outras pessoas ou atraem o interesse de terceiros e dos conflitos policêntricos, atualmente, o sistema jurídico atribui a várias decisões judiciais, proferidas em conflitos bilaterais, a potencialidade de gerar efeitos em outros processos, para além das partes envolvidas naquele litígio original. Ainda que nem sempre tenham efeitos vinculantes, a legislação atribui-lhes peso argumentativo e persuasivo bastante considerável.

Quando se percebe a necessária ligação entre a conclusão de um julgamento e a sua fundamentação e o processo discursivo anterior, observa-se que o sistema apenas pode ser racionalmente compreendido a partir da argumentação e da possibilidade de reafirmar a mesma conclusão nos casos em que os elementos essenciais fáticos e jurídicos se repitam.<sup>304</sup> Isso demonstra a “crescente dependência dos esquemas e estruturas jurídicas a que o homem moderno está sujeito”.<sup>305</sup>

Nesse sentido, a decisão de um caso acaba por influenciar decisões posteriores, mas isso não significa que o Judiciário esteja adotando uma postura legislativa. Trata-se de um efeito prospectivo da exigência de coerência do ordenamento, que, com a crescente importância das decisões judiciais, deve considerar a estabilização de expectativas que pode ser trazida pela atividade judicial.<sup>306</sup>

A necessidade de maior coesão da jurisprudência e a imperiosidade de uma maior racionalidade no tratamento das decisões judiciais e a adaptação do sistema normativo à sociedade atual, deve ser acompanhada de uma atenção à participação dos interessados no processo.

---

<sup>304</sup> CABRAL, A. do P. Coisa julgada e preclusões dinâmicas, p. 415. O autor afirma que, com isso, “confere-se maior racionalidade operativa ao sistema de estabilidades, que deixa de criar contradições práticas entre duas ou mais decisões completamente incompatíveis entre si”.

<sup>305</sup> SILVA, O. A. B. da. Democracia moderna e processo civil, p. 102.

<sup>306</sup> António Manuel Hespanha afirma que “a interpretação boa há-de ser a que capitalize a experiência alargada de concretizações passadas e que estabilize duradouramente a resolução de conflitos naquele domínio, cumprindo, portanto, os objetivos do direito. (...) Assim, o sentido da norma deve ser fixado em função de elementos que permitam encontrar o sentido contextualmente mais estabilizador”. HESPANHA, A. M. *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático*, p. 275-276.

Com a possibilidade de aplicação de uma decisão a várias outras ações, até mesmo para impedir o seu processamento, e para não admitir recursos, como se verá a seguir (item 7.2), pode ocorrer que um terceiro, a princípio indiferente, tenha futuramente interesse na matéria discutida. Contudo, essa pessoa que posteriormente se torna parte dificilmente terá condições e formas de efetivamente discutir sua pretensão no seu processo judicial.<sup>307</sup> Diante de uma jurisprudência pacífica ou de um posicionamento de adoção obrigatória, os seus argumentos podem deixar de ser apreciados.<sup>308</sup>

Acrescenta-se, ainda, a legitimidade restrita para a revisão das teses firmadas e a regra do direito processual civil individual de que se considera analisado, ainda que não tenha havido discussão expressa, “todo *argumento* hábil para sustentar a procedência ou a improcedência da ação”, de modo que a preclusão argumentativa é bastante rígida.<sup>309</sup>

Então, a principal questão que se coloca é investigar como e em que medida o processo civil consegue absorver esses interesses sociais mais amplos e manter-se fiel à matriz constitucional e democrática que o informa.<sup>310</sup>

Dessa forma, é preciso conciliar a necessidade de uniformidade e consistência jurisprudencial com o devido respeito ao contraditório que, nesse aspecto de efeitos ampliados para além das partes no processo, assume contornos de direito de participação no processo civil.

#### 4.3. A INSUFICIÊNCIA DO PROCESSO CIVIL ATUAL

Já ficou assentada a necessidade de participação no processo daqueles que são diretamente afetados pela decisão proferida pelo Judiciário, seja em processos individuais ou coletivos. Contudo, os meios de abertura atuais previstos no

---

<sup>307</sup> ARENHART, S. C. *O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes*, p. 9.

<sup>308</sup> Não se ignora a possibilidade de *distinguish* ou de *overruling* dos precedentes, mas há formas de decisões vinculantes que restringem consideravelmente a possibilidade de sua revisão e de demonstração da distinção dos casos.

<sup>309</sup> De acordo com o art. 474 do CPC/1973 e o art. 508 do novo CPC. Da mesma forma, ver BUENO, C. S. *Amicus curiae no Processo Civil Brasileiro*, p. 566.

<sup>310</sup> BUENO, C. S. *Amicus curiae no Processo Civil Brasileiro*, p. 444.

ordenamento não permitem a efetiva participação e apresentação de argumentos por todos os afetados.

O sistema individual de solução de conflitos tem em vista os conflitos particulares e traz em si a ideia de respeito à autonomia da vontade das partes, que podem razoavelmente controlar os rumos do litígio livres de interferências de terceiros.<sup>311</sup> As regras do processo bilateral tradicional diminuem a possibilidade de participação de terceiros na medida em que apenas os admite nos casos expressamente previstos, quando caracterizado o seu interesse jurídico.

Apesar do aumento da complexidade das relações sociais, o processo civil se manteve essencialmente igual, apegado à noção do sistema adversarial individual,<sup>312</sup> embora hoje já bastante mitigado. Por isso, conquanto possa ser utilizado como modelo, não é suficientemente democrático e legítimo para a resolução de disputas policêntricas<sup>313</sup> e para a legitimação de decisões que são vinculantes aos casos semelhantes posteriores.

Com a ampliação dos efeitos das decisões judiciais, tanto em demandas individuais, em que há escolha do sistema em atribuir caráter persuasivo ou vinculante, quanto em demandas coletivas, decorrentes da complexidade das relações sociais, é também necessária a ampliação das formas de participação e intervenção no processo judicial. A partir do momento em que o processo civil é utilizado para resolver litígios que envolvem direitos coletivos transcendentais da esfera individual, ele deve ser informado pelo interesse público e deve-se perceber a “necessidade de que qualquer decisão estatal seja adotada a partir de técnicas aptas a permitirem incorporar o que a sociedade entende por relevante”,<sup>314</sup> ao mesmo tempo em que se busca a efetivação das normas previstas no ordenamento.

É importante ter meios de participação em que os interessados possam se manifestar no mesmo sentido substancial defendido para o contraditório entre as partes, de modo que a sua contribuição não seja apenas a expressão de uma opinião ou de um posicionamento, mas seja constituído efetivamente como ato jurídico institucionalizado, inserido em um procedimento jurisdicional cuja conclusão deve, obrigatoriamente, considerar o debate ocorrido previamente.<sup>315</sup>

---

<sup>311</sup> LOWMAN, Michael K. The litigating amicus curiae, p. 1249.

<sup>312</sup> LOWMAN, M. K. The litigating amicus curiae, p. 1257.

<sup>313</sup> MENDES, C. H.. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, p. 163-164.

<sup>314</sup> SALLES, C. A. de. Processo civil de interesse público, p. 62.

<sup>315</sup> PIZZORUSSO, A. Partecipazione popolare e funzione giurisdizionale, p. 26.

No processo civil individual, tais interesses não possuem

um *veículo* adequado – pelo menos não expressamente previsto de forma ampla e abrangente o suficiente – para apresentar-se perante o Estado-juiz. São interesses ou direitos em busca de uma *oportunidade*. Voz eles têm. O que não têm é oportunidade de serem ouvidos e, nessa exata medida, aptidão para influenciar as decisões que vão ser tomadas, com ou sem sua *participação*.<sup>316</sup>

Se houve alteração do “paradigma de produção do ordenamento jurídico”, é também imperiosa a adequação das “formas de controle dessa legalidade”,<sup>317</sup> de modo que se, pelos critérios tradicionais, determinados terceiros seriam indiferentes ou desinteressados e, portando, não seriam parte legítima para intervir no processo, é necessário repensar esses critérios<sup>318</sup> com base em todas as premissas apresentadas ao longo deste trabalho – necessidade de interpretação das normas jurídicas diante do restante do ordenamento e das circunstâncias concretas, constitucionalismo democrático, caráter argumentativo do Direito, caráter dialético das disputas jurídicas, constitucionalização do processo e ampliação dos efeitos das decisões judiciais.

---

<sup>316</sup> BUENO, C. S. *Amicus curiae no Processo Civil Brasileiro*, p. 444. Destaque no original.

<sup>317</sup> BUENO, C. S. *Amicus curiae no Processo Civil Brasileiro*, p. 95.

<sup>318</sup> ARENHART, S. C. *O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes*, p. 13.



## 5. DEMANDAS DE PARTICIPAÇÃO AMPLIADA NO NOVO CPC

### 5.1. O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

#### 5.1.1. A inspiração nas decisões-modelo do direito alemão

O novo Código de Processo Civil prevê vários institutos para auxiliar na celeridade do processo e uniformidade das decisões judiciais em relação a matérias que se repetem diante do Judiciário.

Quando existem várias ações propostas em que se discute a mesma questão de direito, tramitando ainda no primeiro grau de jurisdição, é possível que seja instaurado incidente para resolução conjunta dos casos, a ser processado pelo Tribunal de segundo grau de jurisdição.<sup>319</sup>

De acordo com a exposição de motivos do novo CPC, tal dispositivo teve inspiração no instituto *Musterverfahren* do direito alemão, através do qual é possível “a resolução de uma quantidade expressiva de processos em que as partes estejam na mesma situação, não se tratando necessariamente do mesmo autor nem do mesmo réu”.<sup>320</sup>

Na Alemanha, em razão de milhares de objeções a projetos estatais, nos anos de 1960 a 1980, o Tribunal Administrativo de Munique selecionou alguns casos representativos da controvérsia para resolução, que posteriormente seria aplicada como modelo aos demais. Em 1980, a Corte Constitucional Alemã confirmou a constitucionalidade do procedimento adotado, o qual foi introduzido no Estatuto da Justiça Administrativa de 1991.<sup>321</sup>

A utilidade prática de tal procedimento fez com que se entendesse cabível, também no âmbito do processo civil, a possibilidade de um acordo entre as partes

<sup>319</sup> Art. 976 e ss. do novo CPC.

<sup>320</sup> Exposição de Motivos da Comissão de Juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto de Código de Processo Civil, p. 21, nota de rodapé nº 19. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Outros países também possuem mecanismos semelhantes, como é o caso da *Group Litigation Order* (GLO), criada no direito inglês em 2000, e das ações piloto de Portugal.

<sup>321</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil, p. 3.

que fixe um processo-modelo e suspenda as demais ações, vinculando o juiz à solução daquele, na parte em que as questões são semelhantes.<sup>322</sup>

Em 2005, o procedimento foi previsto para solucionar controvérsias do mercado de capital (*Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz – KapMuG*), com vigência até 01/11/2020.<sup>323</sup> Em 2008, o mesmo procedimento-modelo também foi adotado no âmbito da assistência e previdência social.<sup>324</sup>

A ideia alemã é que uma causa-modelo, que contenha questões fáticas ou jurídicas controvertidas semelhantes a outras, seja decidida pelo Tribunal, com possibilidade de participação dos interessados, e, tomando como padrão a solução dada, sejam analisados os casos particulares de acordo com suas especificidades.<sup>325</sup>

Observa-se que o instituto alemão tem em vista a solução das causas pendentes, não se aplicando a causas futuras, e busca resolver questões pontuais que sejam levantadas em um determinado momento histórico.<sup>326</sup>

Para dar início ao procedimento alemão, exige-se que haja dez requerimentos, no prazo de seis meses, não sendo possível sua instauração de ofício.<sup>327</sup> Atingido o requisito, a admissibilidade é feita em primeiro grau, que fixa o mérito do incidente e o encaminha ao Tribunal. A instauração não será admitida quando o processo já estiver pronto para julgamento, o incidente prolongar

---

<sup>322</sup> CAPONI, Remo. Modelo europeu de tutela coletiva no processo civil: comparação entre a experiência alemã e italiana, p. 260-261.

<sup>323</sup> A necessidade da legislação decorre do caso *Deutsche Telekom*. As ações dessa empresa foram colocadas no mercado em 1999 e 2000, mas pouco tempo depois sofreram considerável desvalorização, então, os acionistas a processaram, gerando mais de 13 mil processos, alegando a existência de informações erradas e lacunosas a respeito da empresa. De acordo com o Presidente do Tribunal de Frankfurt, a solução das demandas demoraria 15 anos. CAPONI, R. Modelo europeu de tutela coletiva no processo civil, p. 261.

<sup>324</sup> MENDES, A. G. de C.; TEMER, S. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil, p. 4.

<sup>325</sup> NUNES, Dierle; PATRUS, Rafael Dilly. Uma breve notícia sobre o procedimento-modelo alemão e sobre as tendências brasileiras de padronização decisória: um contributo para o estudo do incidente de resolução de demandas repetitivas brasileiro, p. 474 e 476.

<sup>326</sup> ABOUD, G.; CAVALCANTI, M. de A. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos do sistema decisório, p. 9. Se a finalidade do incidente é celeridade na resolução das demandas, a adoção do *KapMug* como modelo é questionável, haja vista que o Presidente do Tribunal de Frankfurt, em 2005, estimou a demora de 15 anos para solução das demandas individuais e, atualmente, a lei do processo modelo foi prorrogada para até 2020.

<sup>327</sup> ABOUD, G.; CAVALCANTI, M. de A. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos do sistema decisório, p. 7.

indevidamente o processo, o meio de prova ou as alegações forem inadequadas ou quando o ponto controvertido não necessitar de resolução coletiva.<sup>328</sup>

Selecionada, por decisão irrecorrível, a causa-modelo, normalmente baseada na abrangência dos pedidos e das teses levantadas, há publicidade da instauração do incidente, suspensão das demais causas e os demais demandantes atuam como interessados, ficando vinculados à sua resolução – os que solicitarem participação quando o procedimento já está muito avançado ou não participarem não ficam vinculados.<sup>329</sup> Os autores que não foram escolhidos como “líderes” são considerados intervenientes e podem apresentar informações ou incluir questões comuns,<sup>330</sup> auxiliando o debate e a melhor solução da questão, ou desistir de sua demanda individual, deixando de se vincular à decisão do incidente – uma forma de *opt-out* e afastamento dos efeitos da decisão coletiva.<sup>331</sup> A vinculação também pode ser afastada se quem foi escolhido como “líder” agiu de forma negligente ou com culpa grave na condução do incidente.<sup>332</sup>

É importante a observação de que no direito alemão não há disciplina extensa sobre ações coletivas, mas apenas algumas previsões pontuais.<sup>333</sup>

### 5.1.2. A previsão brasileira

O art. 976 do novo Código prevê a instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas para julgamento de questões unicamente de direito que se repetem em vários processos e que, caso apreciadas separadamente, trazem risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Não existe nenhuma limitação quanto à matéria ou ao período de tempo em que o instituto pode ser utilizado.

O pedido de instauração do incidente deve ser direcionado ao Presidente do Tribunal, que encaminha os autos para análise de admissibilidade e julgamento pelo

<sup>328</sup> CABRAL, A. do P. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas, p. 134.

<sup>329</sup> NUNES, D.; PATRUS, R. D. Uma breve notícia sobre o procedimento-modelo alemão e sobre as tendências brasileiras de padronização decisória, p. 478.

<sup>330</sup> CABRAL, A. do P. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão, p. 136-137.

<sup>331</sup> ABBOUD, G.; CAVALCANTI, M. de A. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos do sistema decisório, p. 7.

<sup>332</sup> CABRAL, A. do P. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão, p. 139.

<sup>333</sup> CABRAL, A. do P. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão, p. 130.

órgão colegiado estabelecido no regimento interno.<sup>334</sup> Admitido o incidente, todos os processos pendentes no âmbito de competência do Tribunal devem ser suspensos, podendo a suspensão ser estendida a todo o território nacional pelos Tribunais Superiores, a pedido da parte – ainda que não seja do mesmo âmbito territorial do Tribunal –, do Ministério Público ou da Defensoria Pública.<sup>335</sup>

A instauração pode ocorrer por requerimento das partes, por iniciativa do Ministério Público ou da Defensoria Pública ou de ofício, instruído por documentos que demonstrem os seus requisitos,<sup>336</sup> e a desistência ou o abandono do processo que deu origem ao incidente não impede a continuidade do julgamento,<sup>337</sup> por existir um interesse coletivo e institucional de resolução conjunta das questões coletivas.

Não há exigência de que, no pedido de instauração do incidente, sejam expostas as teses jurídicas mais abrangentes, de modo que o Tribunal analise efetivamente as argumentações individuais e as partes possam encontrar na decisão a justificção para o acolhimento ou não de seu argumento. Sequer se exige que seja exposta alguma tese, mas isso deve ocorrer porque todas as demandas semelhantes ficam suspensas<sup>338</sup> – em analogia com a exigência feita em relação aos recursos repetitivos (art. 1.036, §6º, do novo CPC) – e quem faz o pedido, porque existe a necessidade de demonstrar a repetição de demandas, tem condições de conhecer as teses jurídicas aventadas nas ações individuais.

A causa que origina o incidente deve estar tramitando no Tribunal,<sup>339</sup> o que reduz sua eficácia na solução das demandas repetitivas, haja vista que, até que uma delas chegue ao segundo grau de jurisdição, haverá necessidade de percorrer todo o trâmite processual de primeiro grau. Por outro lado, dessa forma, permite-se um maior amadurecimento do debate<sup>340</sup> e uma análise decisória mais informada.

<sup>334</sup> Arts. 978 e 981 do novo CPC.

<sup>335</sup> Arts. 982, §§ 3º e 4º, e 1.029, §4º, do novo CPC.

<sup>336</sup> Art. 977, *caput* e parágrafo único, do novo CPC.

<sup>337</sup> Art. 976, §1º, do novo CPC.

<sup>338</sup> Art. 982, I, do novo CPC.

<sup>339</sup> Estabelece o art. 978 do novo CPC: “Art. 978. O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal. Parágrafo único. O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente.” Da mesma forma, o enunciado 344 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A instauração do incidente pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal”.

<sup>340</sup> MENDES, A. G. de C.; TEMER, S. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil, p. 10.

A nova legislação prevê o registro eletrônico das questões submetidas ao incidente e das teses jurídicas formadas após o julgamento,<sup>341</sup> a fim de facilitar a identificação dos processos que ficam vinculados à decisão. É importante ter em mente que o incidente tem origem e como um de seus requisitos a identificação de demandas repetitivas com “controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito”.<sup>342</sup> Tal identidade, todavia, exige também similitude das circunstâncias de fato, pois a interpretação da norma jurídica depende do contexto fático e uma mesma interpretação não poderia ser aplicada para casos que possuem elementos fáticos essenciais diversos, de modo que o registro das teses jurídicas em um banco de dados deve sempre ter ligação com a situação fática específica que originou o incidente.<sup>343</sup>

A decisão do incidente deve ser replicada para todos os casos, presentes e futuros, que contenham a mesma controvérsia, no âmbito de competência do Tribunal, abrangendo também os Juizados Especiais. Caso não seja observada a vinculação, cabe reclamação ao Tribunal competente.<sup>344</sup>

Não existe previsão de nenhum sistema de *opt-in* ou *opt-out*, sendo que a única forma de não se vincular ao que foi decidido é demonstrando que o caso é diferente – embora não exista nenhuma previsão legislativa nesse sentido, é uma exigência lógica da atividade interpretativa.

Após a decisão do Tribunal, o novo Código prevê o cabimento de Recurso Especial e Extraordinário, conforme o caso,<sup>345</sup> os quais devem atender aos requisitos constitucionalmente exigidos, sendo que a presunção de repercussão geral no caso do recurso direcionado ao Supremo, embora ainda constante do art. 987, §1º, do novo CPC, foi retirada do art. 1.035, §3º, II, pela Lei 13.256, de 4 de

---

<sup>341</sup> Art. 979, §§ 1º e 2º, do novo CPC.

<sup>342</sup> Art. 976, I, do novo CPC.

<sup>343</sup> De acordo com o Professor Luiz Guilherme Marinoni, como o incidente de resolução de demandas repetitivas tem em vista a solução de uma questão específica que se repete em vários casos “idênticos”, sua solução “não é elaborada a partir da regra da universabilidade” e, portanto, não forma um precedente. (MARINONI, L. G. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos, p. 401). Pode-se pensar, todavia, que a decisão pode ser utilizada como precedente em caso posterior que não se enquadre nas demandas repetitivas se os elementos fáticos e de direito que identificam os casos justifique tal postura.

<sup>344</sup> Art. 985, I e II, e §1º, do novo CPC.

<sup>345</sup> Art. 987, *caput*, do novo CPC.

fevereiro de 2016.<sup>346</sup> Julgado pelas Cortes Superiores, a tese fixada tem aplicação no território nacional.<sup>347</sup>

Decidido o incidente, existe a possibilidade de prosseguimento do processo para resolução das questões não abrangidas por ele<sup>348</sup> ou julgamento parcial do mérito, caso o processo esteja em primeiro grau,<sup>349</sup> e julgamento do recurso individual de acordo com a decisão coletiva.

### 5.1.3. A ampliação das funções dos Tribunais locais

A partir dessas observações gerais, verifica-se que o incidente de resolução de demandas repetitivas assume natureza abstrata,<sup>350</sup> embora deva ser vinculado a uma determinada situação de fato. A possibilidade de instauração pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública, independentemente de sua participação no processo originário, sua finalidade de apreciar apenas a questão de direito comum e a continuidade do julgamento do incidente mesmo com desistência ou abandono do processo que o originou demonstram que existe um interesse transcendente aos direitos individuais,<sup>351</sup> pressuposto em razão da repetitividade das demandas.

Atribui-se, portanto, uma função interpretativa e uniformizadora aos Tribunais locais, que hoje é exercida apenas pelos Tribunais Superiores, com efeito

---

<sup>346</sup> Luiz Guilherme Marinoni criticava a presunção estabelecida pelo legislador, propondo uma leitura conjunta dos arts. 927, §1º, e 1.035, §1º: “Imaginar que casos repetitivos, apenas por isso, possam abrir oportunidade à atuação do STF e do STJ não tem qualquer cabimento. Isso significaria completo desvirtuamento das funções destas Cortes Supremas. Faria supor que têm a função de definir critérios para a facilitação da resolução dos casos que se repetem. Ora, casos desse tipo podem não ter qualquer relevância para o desenvolvimento do direito. Na verdade, ao se criar fórmula para dar unidade à solução dos casos repetitivos corre-se o risco de esquecer da função das Cortes Supremas em nome da otimização do julgamento dos casos de massa, como se a razão para respeitar um precedente estivesse aí.” (MARINONI, Luiz Guilherme. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos, p. 413). Com a alteração do novo CPC, antes de sua vigência, pela Lei 13.256/2016, apesar de ainda constar no art. 927, §1º, que “O recurso tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida”, o art. 1.035, §3º, que estabelece as presunções de repercussão geral, teve seu inciso II, que tratava do julgamento de casos repetitivos, revogado.

<sup>347</sup> Art. 987, §2º, do novo CPC.

<sup>348</sup> MENDES, A. G. de C.; TEMER, S. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil, p. 19.

<sup>349</sup> Art. 356 do novo CPC.

<sup>350</sup> MENDES, A. G. de C.; TEMER, S. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil, p. 6.

<sup>351</sup> MENDES, A. G. de C.; TEMER, S. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil, p. 7.

vinculante,<sup>352</sup> pois as teses jurídicas fixadas no incidente podem ser utilizadas não apenas nos casos repetitivos, mas também para a solução de casos semelhantes futuros, quando verificados elementos de identidade fática e jurídica e existirem motivos para reproduzir a decisão.<sup>353</sup> Isso porque, a partir do momento em que a nova legislação prevê a fixação de precedentes, todas as decisões dos Tribunais devem considerar a potencialidade de sua universalizabilidade.<sup>354</sup>

Em razão do devido processo legal, do contraditório e do acesso à justiça, é, então, fundamental que as questões analisadas pelo Tribunal sejam argumentativamente representativas das alegações feitas pelas partes no âmbito das ações individuais. De tal forma, a análise feita pelo Tribunal pode ser considerada uma resposta aos argumentos e defesas apresentadas, sob pena de o incidente não ser efetivo ou se converter em mecanismo ilegítimo que acaba por denegar a justiça.

Ainda, é importante observar que, embora as partes que possuam processos pendentes possam se manifestar no julgamento do incidente,<sup>355</sup> quem for parte em casos futuros não tem a possibilidade de discutir a tese fixada, seja porque seu processo pode ser extinto liminarmente, conforme se verá à frente, seja porque não existe previsão de pedido de revisão da tese fixada na decisão pelas partes, mas apenas de ofício ou a pedido do Ministério Público ou da Defensoria Pública.<sup>356</sup> Assim, apesar de a finalidade ser a uniformização e a integridade da jurisprudência, de acordo com os arts. 976 e 926 do novo CPC, existe, na verdade – se o instituto mantiver as características de rigidez previstas na legislação –, a sobreposição da

---

<sup>352</sup> REICHELDT, Luis Alberto. O incidente de resolução de demandas repetitivas no Novo Código de Processo Civil brasileiro e o redimensionamento do papel constituinte associado aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais, p. 6.

<sup>353</sup> O art. 985, I e II, do novo CPC, prevê a aplicação da tese jurídica fixada no incidente a todos os casos pendentes e futuros que “versem sobre idêntica questão de direito”.

<sup>354</sup> O Professor Daniel Mitidiero afirma, a respeito das Cortes locais, que “a função dessas cortes está ligada justamente à *exploração dos possíveis significados* dos textos jurídicos a partir do *controle da justiça do caso concreto* (a *interpretação* do direito é apenas um *meio* para chegar-se ao *fim controle da justiça do caso*). É diferente do que ocorre com as Cortes Supremas, em que o *caso concreto* é apenas um *meio* a partir do qual se parte para chegar-se ao *fim interpretação do direito*.” Assim, apenas os Tribunais Superiores seriam responsáveis pela formação de precedentes. MITIDIERO, D. Precedentes, jurisprudência e súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro, p. 3. Destaque no original.

<sup>355</sup> Art. 984, II, b, e §1º, do novo CPC.

<sup>356</sup> Art. 986 do novo CPC.

“otimização da solução dos litígios em face do direito fundamental ao contraditório”.<sup>357</sup>

Existirá, portanto, uma tendência de uniformidade entre os casos semelhantes, mas também uma grande dificuldade de alteração do que foi decidido no incidente. Levada ao extremo, essa situação abre espaço para que a legislação precise atualizar a jurisprudência.<sup>358</sup>

É importante também destacar que as ações coletivas permanecem com a sua relevância para a solução de conflitos individuais homogêneos,<sup>359</sup> com representação dos interesses das pessoas ausentes e redução do número de processos em tramitação desde a propositura da demanda.<sup>360</sup>

## 5.2. A CENTRALIZAÇÃO DAS AÇÕES REPETITIVAS

### 5.2.1. A *multidistrict litigation*

Através da *multidistrict litigation*, prevista no *United States Code, Title 28, §1407*, permite-se o agrupamento, para processamento conjunto, de ações individuais, ajuizadas perante Tribunais diferentes, que contenham questões de fato em comum.

A transferência das ações é feita com vistas à conveniência das partes e das testemunhas pelo *Judicial Panel on Multidistrict Litigation*, órgão responsável pela identificação dos processos que serão agrupados. A finalidade da medida é o

---

<sup>357</sup> MARINONI, L. G. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos, p. 408.

<sup>358</sup> ABOUD, G.; CAVALCANTI, M. de A. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos do sistema decisório, p. 10.

<sup>359</sup> Para Antonio do Passo Cabral há, nas ações de grupo, além do benefício de julgamento conjunto das questões semelhantes, respeito a garantias individuais que são ausentes nas ações coletivas, como a legitimidade ordinária e o contraditório, “evitando, na medida do possível, as ficções representativas” e “Cada membro do grupo envolvido é tratado como uma parte, ao invés de uma ‘não-parte substituída’”. CABRAL, A. do P. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão, p. 126-128. Todavia, como no incidente não é possível que todos os interessados participem diretamente do processo, existe também a necessidade de uma forma de representatividade.

<sup>360</sup> MENDES, A. G. de C.; TEMER, S. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil, p. 8.



processamento justo e eficiente das demandas,<sup>361</sup> buscando tratar de forma uniforme as ações semelhantes, evitar a repetição dos mesmos atos processuais em todas elas e aproveitar a instrução probatória.

O agrupamento das ações pode ser feito de ofício pelo *Judicial Panel* ou a pedido da parte e, após o trâmite processual, as ações são encaminhadas para o juízo de origem para julgamento.

Durante o procedimento conjunto, em razão da complexidade e variedade dos atos processuais, o juiz ou o conjunto de juízes responsáveis pode criar uma comissão de advogados das partes para coordenar as estratégias a serem adotadas na defesa dos interesses de seus clientes.<sup>362</sup> Tal situação é de extrema relevância, pois as partes que possuíam, a princípio, o direito de, pessoalmente, influenciar o curso de sua demanda passam a fazer parte de uma tramitação coletiva que deve atender aos interesses de várias pessoas.

### 5.2.2. O procedimento conjunto no novo CPC

O novo CPC permite a aplicação dessa mesma ideia da *multidistrict litigation* através de cooperação nacional entre juízes. O art. 69, §2º, II e VI, prevê que magistrados, ainda que pertencentes a órgãos jurisdicionais de diferentes ramos do Poder Judiciário (§3º), acordem o estabelecimento de procedimentos para “a obtenção e apresentação de provas e a coleta de depoimentos” e “a centralização de processos repetitivos”.<sup>363</sup>

Cuida-se de uma nova configuração do princípio do juiz natural em nome da eficiência jurisdicional, evitando a repetição de atos processuais, e da homogeneidade de tratamento de ações semelhantes.

Após um procedimento único, as ações seguirão, tendencialmente, também uma sentença padrão, que será repetida nas várias ações individuais – é importante

<sup>361</sup> Para Robert G. Bone, devem ser considerados os custos e a eficiência de uma forma global em relação ao sistema judiciário. BONE, R. G. The puzzling idea of adjudicative representation: lessons for aggregate litigation and class actions, p. 622.

<sup>362</sup> BONE, R. G. The puzzling idea of adjudicative representation, p. 620.

<sup>363</sup> O §2º do art. 69 do novo CPC estabelece: “§2º. Os atos concertados entre os juízes cooperantes poderão consistir, além de outros, no estabelecimento de procedimento para: (...) II – a obtenção e apresentação de provas e a coleta de depoimentos; (...) VI - a centralização de processos repetitivos”.

observar que, em segundo grau, o incidente de resolução de demandas repetitivas apenas terá cabimento se a questão controvertida for unicamente de direito. Ainda, o magistrado pode, para facilitar a tramitação das demandas repetitivas, oficiar os legitimados para que, eventualmente, proponham ação coletiva, de acordo com o art. 139, X, do novo CPC.

Não há nenhuma disciplina legislativa sobre o modo como deve ocorrer tal procedimento conjunto. Um dos obstáculos de implementação desse mecanismo, além da forma como ele é iniciado – apenas acordo entre juízes, sem previsão de forma, de quais princípios devem ser atendidos ou de oitiva das partes<sup>364</sup> –, certamente, é a ausência de um órgão coordenador, que poderia possibilitar o agrupamento de ações em um âmbito territorial maior e verificar qual localidade teria melhores condições para a centralização. Sem um órgão responsável, cabe aos magistrados que cooperam a identificação das demandas que são repetitivas e permitem o procedimento unificado, o que restringe as possibilidades de unificação e celeridade do instituto.

Além disso, não há uma previsão de como as partes dos processos suspensos poderão se manifestar, se haverá efetivamente “centralização de processos repetitivos” ou apenas delegação de produção de provas previamente requeridas, como será feito o acompanhamento de produção das provas ou se o contraditório será posterior.

Tais situações devem ser desenvolvidas pela doutrina e jurisprudência diante de casos concretos, sempre tendo em vista o dever de oportunizar a manifestação das partes e o direito de participação de todos os interessados no processo ou, ao menos, a adequada representação de seus interesses e de sua argumentação.

### 5.3. A ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA

---

<sup>364</sup> A manifestação das partes deve ocorrer por imperativo do art. 10 do CPC/2015, segundo o qual o juiz não pode decidir com base em fundamento sobre o qual as partes não tenham se manifestado.

O art. 555, §1º, do CPC/1973, prevê que, havendo relevante questão de direito de interesse público e para evitar ou compor divergência entre os órgãos fracionários dos Tribunais de segunda instância, o relator de recurso de Apelação ou de Agravo pode suscitar incidente de assunção de competência. Com isso, a resolução de questão, que se repete em vários recursos e que é objeto de entendimentos diferentes, é atribuída a um órgão colegiado, ao qual os demais ficam vinculados.

Esse mecanismo não era muito conhecido dos juristas, sendo pouco utilizado nos Tribunais. Talvez a limitada legitimação para iniciativa – apenas *ex officio* – fosse uma das razões.

No novo Código, o instituto ganha destaque, em capítulo próprio. O art. 947 da nova legislação prevê o cabimento do incidente, a ser suscitado de ofício, pela parte, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, para prevenir ou compor divergências entre órgãos fracionários do Tribunal, em casos de “relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos” – caso haja repetição em vários processos e a questão seja unicamente de direito, é cabível o incidente de resolução de demandas repetitivas –, com vinculação de todos os juízes submetidos à jurisdição do Tribunal.

O instituto se aproxima da finalidade do incidente de uniformização de jurisprudência,<sup>365</sup> que não foi reiterado na nova legislação.

Em razão da influência da doutrina dos precedentes judiciais e da vinculação das decisões, é importante resolver de forma uniforme as questões que se repetem em vários processos ou que possuem relevância social. É através desses mecanismos que os Tribunais devem “uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (art. 926 do novo CPC).

Tal tarefa não prescinde da abertura procedimental para participação daqueles que possuem interesse na matéria a ser analisada. Porque a decisão vai vincular os demais órgãos judiciários no âmbito de competência do respectivo Tribunal, devendo ser replicada em todas as ações semelhantes pendentes e futuras, e possui grande repercussão social, os Tribunais devem, da mesma forma que ocorre com outros mecanismos, admitir a ampliação do debate argumentativo e

---

<sup>365</sup> Previsto no art. 476 do CPC/1973, na Lei dos Juizados Especiais Federais (nº 10.259/2001, art. 14) e na Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública (nº 12.153/2009, art. 18).

adotar instrumentos que permitam a publicidade da questão a ser deliberada e a oitiva dos interesses envolvidos na questão.

Assim, mesmo aqueles que não são partes na demanda que deu origem ao incidente, em razão da matéria e da replicabilidade da decisão, devem ter oportunidade de se manifestar ou ter seus interesses representados perante a Corte.

## 5.4. OS RECURSOS REPETITIVOS

### 5.4.1. Os recursos individuais

#### 5.4.1.1. O recurso extraordinário

Sob a ideia de recursos repetitivos inserem-se tanto o Recurso Extraordinário, de competência do Supremo Tribunal Federal (STF), quando o Recurso Especial, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), ambos chamados de recursos extraordinários ou de superposição, pois julgados pelos Tribunais Superiores, que têm a finalidade de uniformizar o entendimento sobre a Constituição e sobre a legislação federal.

Esses recursos possuem fundamentação vinculada, dependendo, para sua admissibilidade, de demonstração de que a impugnação se encaixa em uma das alíneas dos arts. 102, III,<sup>366</sup> ou 105, III,<sup>367</sup> da Constituição Federal.

No caso do Recurso Extraordinário, além dos requisitos do art. 102, III, da Constituição, deve ser observada a necessidade de repercussão geral – exigência

---

<sup>366</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

<sup>367</sup> Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: (...) III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

trazida pela Emenda Constitucional nº 45/2004 (art. 102, §3º, da Constituição Federal) e regulamentada pela Lei nº 11.418/2006 (art. 543-A, do Código de Processo Civil) e pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (art. 322)<sup>368</sup> – , que deve ser demonstrada como preliminar nas razões recursais.

O respeito às decisões proferidas em julgamento pelo STF tem sido interpretado como observância da eficácia normativa da Constituição,<sup>369</sup> pois este Tribunal apenas atua em casos concretos quando existe repercussão geral da matéria constitucional discutida. Seu entendimento pode, então, ser visto como integrante do contexto de atribuição de sentido às normas constitucionais.

O art. 543-A, §1º, do CPC/1973, indica que a repercussão geral é caracterizada pela “existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa” e, conforme o §3º, existe sempre repercussão geral quando a decisão impugnada for contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal, previsões que são mantidas no art. 1.035, §§ 1º e 3º, I, do novo CPC.<sup>370</sup> A repercussão geral também é presumida quando o Recurso Extraordinário é interposto contra acórdão que reconhece a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.<sup>371</sup>

---

<sup>368</sup> De acordo com o Informativo 472 da Corte, a demonstração da repercussão geral apenas pode ser exigida a partir de 03/05/2007, data da alteração do Regimento Interno, pois o art. 3º da Lei 11.418/2006 atribuiu ao Tribunal Superior estabelecer as regras necessárias para a aplicação da lei.

<sup>369</sup> O Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução nº 21.702/2004, expandindo a interpretação dada pelo STF a respeito do art. 29, IV, da Constituição Federal, que trata do número de vereadores em cada município (RE 197.917), dando eficácia *erga omnes* a uma decisão que havia sido proferida em controle difuso. A Resolução foi questionada em duas ADIns, nº 3.345 e 3.365, que foram rejeitadas por maioria. Informações constantes do Informativo nº 398 do STF: “Esclareceu-se que a Resolução 21.702/2004 foi editada com o propósito de dar efetividade e concreção ao julgamento do Pleno no RE 197917/SP (DJU de 27.4.2004), já que nele o STF dera interpretação definitiva à cláusula de proporcionalidade inscrita no inciso IV do art. 29 da CF, conferindo efeito transcendente aos fundamentos determinantes que deram suporte ao mencionado julgamento. (...) Afirmou-se que o TSE, dando expansão à interpretação constitucional definitiva assentada pelo Supremo - na sua condição de guardião maior da supremacia e da intangibilidade da Constituição Federal - em relação à citada cláusula de proporcionalidade, submeteu-se, na elaboração do ato impugnado, ao princípio da força normativa da Constituição, objetivando afastar as divergências interpretativas em torno dessa cláusula, de modo a conferir uniformidade de critérios de definição do número de Vereadores, bem como assegurar normalidade às eleições municipais”. Nesse sentido, ver DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos Tribunais*, v. 3, p. 364.

<sup>370</sup> Para Fredie Didier Junior e Leonardo José Carneiro da Cunha, “A presunção é plenamente justificável, pois reforça a força vinculativa das decisões do STF, não somente daquelas incluídas em enunciado de súmula vinculante (...), mas também dos enunciados de súmula não-vinculante (‘súmula simples’) e à jurisprudência dominante não sumulada.” DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 3, p. 347-348.

<sup>371</sup> Art. 1.035, §3º, III, do novo CPC.

A decisão que admite a existência de repercussão geral ou que a nega será replicada em todos os recursos que tenham questão constitucional idêntica.<sup>372</sup> Por ser aplicada a outros casos que discutam a mesma questão de direito, é recomendável que a deliberação seja mais ampla,<sup>373</sup> sem restringir-se ao recorrente e ao recorrido.

O art. 543-A, §6º, do CPC/1973, da mesma forma que o art. 323, §3º, do Regimento Interno do STF, autoriza que o relator admita a manifestação de terceiros na análise da repercussão geral, que ocorre em sessão eletrônica. De acordo com a redação dos dispositivos, trata-se de mera faculdade do magistrado e, para que exista efetivamente a possibilidade de participação de terceiros, deve-se divulgar e dar publicidade às questões que estão sendo discutidas no recurso cuja repercussão geral será analisada.<sup>374</sup>

Sem essa publicidade prévia à análise da repercussão geral e, portanto, sem manifestação dos interessados na matéria, se a análise da Corte for positiva não haverá maiores problemas democráticos porque, então, a ampliação do debate pode ocorrer em momento posterior. Tratando-se de decisão que nega a existência do requisito de admissibilidade, todavia, deve-se permitir apresentação de recursos e de discussão mais ampla sobre o tema. Isso porque a rejeição da presença do requisito da repercussão geral significará que o Tribunal não analisará aquela matéria constitucional e que os recursos individuais semelhantes não serão analisados pela Corte, ao menos por um longo período de tempo – já que a decisão que não reconhece a repercussão geral pode ser replicada aos casos posteriores indefinidamente, até a revisão da tese.

Mesmo que se entenda que o Recurso Extraordinário não é um direito subjetivo das partes, ele contribui para a interpretação das normas constitucionais e para a construção do Direito, de modo que a análise de admissibilidade, que vai definir se o Supremo Tribunal vai se manifestar sobre determinada matéria ou não, é de interesse social e, de forma especial, daqueles que têm específico interesse na fixação de um entendimento sobre a matéria.

No julgamento do mérito do recurso, como regra, embora existente a possibilidade da decisão espriar seus efeitos para além do caso em análise, não

---

<sup>372</sup> Arts. 543-A, §5º, e 543-B, §2º, do CPC/1973; art. 1.035, §§ 5º e 8º, do novo CPC.

<sup>373</sup> No que diz respeito à repercussão geral, o art. 543-A, §6º, do CPC/1973, e o art. 1.035, §4º, do novo CPC, preveem a possibilidade de manifestação de terceiros.

<sup>374</sup> DIDIER JUNIOR, F.; CUNHA, L. J. C. da. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 3, p. 359.

será o caso de se ampliar o debate travado pelas partes para que terceiros participem<sup>375</sup> – conquanto se trate de matéria constitucional, com repercussão geral. Isso porque as decisões do STF servem, obviamente, como orientação hermenêutica, mas está sempre aberta a possibilidade de impugnação e debate sobre a aplicação da decisão aos outros casos que não estão a ela vinculados originalmente. Dessa forma, é possível que se discuta sobre a aplicação do entendimento em cada ação posterior.

A decisão que julga o mérito do Recurso Extraordinário, ao contrário da decisão que julga a presença ou não da repercussão geral, não possui efeito vinculante. Apesar do caráter persuasivo da decisão de mérito e da tendência de objetivação do controle difuso de constitucionalidade, sua aplicação ou não ainda pode ser discutida em cada uma das demandas em que será aplicada, não havendo necessidade de se ampliar o debate no processo do recurso originário.<sup>376</sup>

Caso a decisão proferida em Recurso Extraordinário seja objetivada, como algumas circunstâncias indicam (item 5.4.2), e passe a ser vinculante, haverá evidente necessidade de ampliação do debate, da mesma forma como ocorre em relação às ações diretas,<sup>377</sup> e como deve ocorrer com as demais decisões vinculantes estabelecidas pelo novo CPC.

---

<sup>375</sup> Para Luiz Guilherme Marinoni, como não há direito subjetivo ao recurso extraordinário, não deve ser admitida a manifestação de terceiros: “quando o Supremo vislumbra a repercussão geral da questão posta em recurso extraordinário – o que, diga-se de passagem, já seria suficiente para suspender os demais recursos –, autoriza-se a Corte decidir a partir de caso ou casos exemplares sem viabilizar a participação de terceiros. Isso porque esses não têm direito subjetivo de ver os recursos extraordinários conhecidos e discutidos, na medida em que a repercussão geral é expediente legítimo para permitir a seleção de casos em nome do exercício da função da Corte Suprema de desenvolver o direito.” (MARINONI, L. G. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos, p. 418.)

<sup>376</sup> Com a objetivação do controle difuso de constitucionalidade e tendo em vista a função do Supremo Tribunal Federal, seria razoável propor a ampliação da participação quando se trata da definição de sentido de normas constitucionais. Todavia, isso exigiria alterações significativas no processo e na estrutura do Tribunal, pois não é viável, praticamente, a ampliação do debate em todos os mais de 50.000 recursos em tramitação no STF. Dados estatísticos mais detalhados disponíveis em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REALProcessoDistribuido>>.

<sup>377</sup> A manifestação de órgãos e entidades, solicitação de informações, nomeação de peritos e realização de audiências públicas nas ações diretas são autorizadas pelo arts. 7º, §2º, e 8º, §§ 1º e 2º, da Lei 9.868/1999, que disciplina o procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade, e art. 6º, §§ 1º e 2º, da Lei 9.882/1999, que regulamenta o processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

#### 5.4.1.2. O recurso especial

No que diz respeito ao Recurso Especial, sendo competência do Superior Tribunal de Justiça interpretar e uniformizar o entendimento a respeito da legislação federal infraconstitucional, exige-se que o recurso, para ser conhecido, atenda às alíneas do art. 105, III, da Constituição Federal – basicamente, violação de lei federal ou divergência interpretativa entre os Tribunais.

Não existe requisito semelhante à repercussão geral do Recurso Extraordinário, de modo que a análise da admissibilidade é feita pelo Tribunal de origem e pelo Tribunal Superior, sem necessidade de intervenção de terceiros, pois o seguimento ou não do recurso não afeta, a não ser de forma persuasiva, as partes de outros processos.

Conquanto a interpretação e uniformização do direito federal infraconstitucional seja interesse que transcende as partes do caso concreto, as decisões proferidas em julgamentos de Recursos Especiais não possuem eficácia *erga omnes*, nem alcançam terceiros. Ou seja, o Tribunal é responsável, essencialmente, pela definição da correta interpretação normativa apenas para o caso concreto, admitindo-se que em ações posteriores discuta-se a mesma matéria.

Dessa forma, a Corte possui função nomofilática de controle da legalidade das decisões recorridas<sup>378</sup> e, atingidos os requisitos exigidos pela Constituição Federal, a parte possui direito subjetivo ao recurso,<sup>379</sup> sendo mais um instrumento individual de impugnação de decisões do que efetivamente de discussão a respeito de interpretação de lei federal.

Se, todavia, houvesse um requisito como a repercussão geral ou algum elemento que permitisse ao Tribunal Superior atuar mais diretamente apenas com sua atividade interpretativa, a Corte estaria, então, desenvolvendo uma função predominantemente coletiva, sendo razoável pensar-se em ampliação ou não da participação de forma análoga à que ocorre no Supremo.

---

<sup>378</sup> MITIDIERO, D. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*, p. 42.

<sup>379</sup> MARINONI, L. G. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos, p. 418.



#### 5.4.2. A autonomia da pretensão inicialmente individual

Os recursos interpostos perante os Tribunais Superiores, em razão da função hermenêutica e orientadora dessas Cortes, assumiram, com o passar o tempo e através de entendimento jurisprudencial, um aspecto mais objetivo, que vai de encontro, em muitos casos, com uma visão individualista dos recursos.

As alegações feitas pelo recorrente sobre a repercussão geral, por exemplo, não vinculam o STF, que pode “admitir recurso extraordinário entendendo relevante e transcendente a questão debatida por fundamento constitucional diverso”,<sup>380</sup> ainda que não analisadas pelo Tribunal de origem.<sup>381</sup> Inclusive o requisito do prequestionamento nas vias ordinárias já foi dispensado em razão da relevância da matéria e do papel fundamental do Supremo na definição do sentido das normas constitucionais.<sup>382</sup>

Existe, portanto, uma objetivação do controle incidental de constitucionalidade e, quando existe um interesse de análise da matéria que

<sup>380</sup> MARINONI, L. G. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*, p. 51.

<sup>381</sup> Nesse sentido: “I. Recurso extraordinário: letra a: possibilidade de confirmação da decisão recorrida por fundamento constitucional diverso daquele em que se alicerçou o acórdão recorrido e em cuja inaplicabilidade ao caso se baseia o recurso extraordinário: manutenção, lastreada na garantia da irredutibilidade de vencimentos, da conclusão do acórdão recorrido, não obstante fundamentado este na violação do direito adquirido. II. Recurso extraordinário: letra a: alteração da tradicional orientação jurisprudencial do STF, segundo a qual só se conhece do RE, a, se for para dar-lhe provimento: distinção necessária entre o juízo de admissibilidade do RE, a - para o qual é suficiente que o recorrente alegue adequadamente a contrariedade pelo acórdão recorrido de dispositivos da Constituição nele prequestionados - e o *juízo de mérito, que envolve a verificação da compatibilidade ou não entre a decisão recorrida e a Constituição, ainda que sob prisma diverso daquele em que se hajam baseado o Tribunal a quo e o recurso extraordinário.* (...)” (STF, RE 298694, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/2003, por maioria – destaquei).

<sup>382</sup> Consta do Informativo nº 365 que, no AI 375.011 AgR, a Relatora Ministra Ellen Gracie mencionou que devem ser valorizadas as manifestações do STF, de modo que requisitos processuais não devem impedir a efetividade das decisões da Corte, intérprete das normas constitucionais, a racionalização da prestação jurisdicional e a garantia da força normativa da Constituição. Com tais considerações, apesar da inexistência de prequestionamento, conheceu e deu provimento ao Agravo Regimental e ao Recurso Extraordinário. Ementa: “AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. (...) 1. *Decisão agravada que apontou a ausência de prequestionamento da matéria constitucional suscitada no recurso extraordinário*, porquanto a Corte a quo tão-somente aplicou a orientação firmada pelo seu Órgão Especial na ação direta de inconstitucionalidade em que se impugnava o art. 7º da Lei 7.428/94 do Município de Porto Alegre - cujo acórdão não consta do traslado do presente agravo de instrumento -, sem fazer referência aos fundamentos utilizados para chegar à declaração de constitucionalidade da referida norma municipal. 2. *Tal circunstância não constitui óbice ao conhecimento e provimento do recurso extraordinário*, pois, para tanto, basta a simples declaração de constitucionalidade pelo Tribunal a quo da norma municipal em discussão, mesmo que desacompanhada do aresto que julgou o leading case. (...)” (STF, AI 375011 AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 05/10/2004 – destacou-se).

transcende as partes do processo, o Supremo Tribunal deve reconhecer isso de ofício e pronunciar-se sobre a questão.

Especificamente no que diz respeito ao Recurso Extraordinário, o fato de a decisão, que é proferida no controle difuso, poder ter seus efeitos modulados, da mesma forma que ocorre em relação ao controle concentrado demonstra sua autonomia em relação ao caso concreto, no qual tem origem.<sup>383</sup> O controle de constitucionalidade no modelo difuso, como não poderia deixar de ser, não é válido e eficaz apenas para as partes do litígio concreto, mas expande seus efeitos para todos os casos com questões semelhantes,<sup>384</sup> embora isso não seja uma decorrência automática de seu julgamento e seja entendimento ainda em desenvolvimento pela jurisprudência. Assim, a finalidade não é assegurar um interesse particular do recorrente ou corrigir a decisão impugnada, mas buscar a aplicação uniforme das normas constitucionais. Ou seja, mesmo quando processados e julgados individualmente, existe um interesse coletivo no julgamento de Recursos Extraordinários, que é o que atrai e justifica a atuação do Supremo.

Isso ocorre porque, conquanto seja incidental, o controle de constitucionalidade tem a potencialidade de atingir várias outras pessoas que não estão naquele processo, pois a decisão é replicada em casos semelhantes pelos Tribunais de hierarquia inferior, seja em razão da autoridade do STF, seja por autorização do art. 481, parágrafo único, do CPC/1973 – ainda que, por enquanto, não de forma vinculante.<sup>385</sup>

---

<sup>383</sup> Conforme constou dos Informativos nº 372 e 418 do STF (HC 82.959) e previsto, no âmbito das ações abstratas, na Lei 9.868/1999, art. 27.

<sup>384</sup> Nesse sentido: “Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente.” (STF, Rcl nº 4.335, rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014).

<sup>385</sup> Dispõe o art. 481, parágrafo único, do CPC/1973, inserido pela Lei 9.756/1998: “Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”. O Ministro Sepúlveda Pertence, relator do Recurso Extraordinário 191.898/RS, julgado pela Primeira Turma do STF, afirmou: “a decisão plenária do Supremo Tribunal declaratória da inconstitucionalidade de norma, posto que incidente, (...) elide a presunção de sua constitucionalidade; a partir daí, podem os órgãos parciais dos outros tribunais acolhê-la para fundar as razões de casos ulteriores, prescindindo de submeter a questão de constitucionalidade ao seu próprio plenário”. MARINONI, L. G. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*, p. 82.

Pela aplicação do art. 52, X, da Constituição Federal,<sup>386</sup> ou pela eficácia *erga omnes* natural que a decisão constitucional deve ter,<sup>387</sup> o pronunciamento do Supremo atinge toda a sociedade, sem ficar restrito ao caso concreto.

Além disso, em relação ao Recurso Extraordinário e ao Recurso Especial, a desistência do recurso e o abandono da causa não impedem a continuidade do julgamento pelo Tribunal Superior.<sup>388</sup> Nos casos de recursos repetitivos, tratados no item subsequente, a desistência do recurso, a partir do momento em que ele é selecionado como representativo da controvérsia, não pode gerar o término do julgamento por amostragem. Seja impedindo-se a desistência,<sup>389</sup> seja autorizando-se a desistência do recurso, mas mantendo-o como parâmetro para a decisão dos recursos repetitivos sobrestados,<sup>390</sup> é relevante perceber que a ação individual assume conotação e interesse coletivos, sendo autônoma em relação aos interesses individuais inicialmente constantes do processo.

Assim, verifica-se que, com a tendência de objetivação dos recursos extraordinários, haverá necessidade de conferir-se maior atenção à ampliação da participação e do debate jurídico, se não de forma pessoal, ao menos de forma representativa, a fim de manter presente e em destaque o fator que confere legitimidade democrática à atuação Judicial interpretativa.

#### 5.4.3. O agrupamento de recursos nos Tribunais Superiores

Quando existem vários recursos extraordinários *lato sensu* fundamentados em uma mesma questão de direito, é possível que sejam afetados para julgamento conjunto, submetendo-se à disciplina dos recursos repetitivos.<sup>391</sup>

---

<sup>386</sup> Dispõe a Constituição Federal: "Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal".

<sup>387</sup> Alguns juristas defendem a ocorrência de mutação constitucional do art. 52, X, afirmando a desnecessidade de intervenção do Senado Federal para que o julgamento do STF tenha efeitos *erga omnes*, conforme votaram os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau no julgamento da Reclamação nº 4335-5.

<sup>388</sup> Da mesma forma que ocorre com as ações abstratas (art. 5º da Lei 9.868/1999).

<sup>389</sup> Como ocorreu no julgamento dos Recursos Especiais nº 1.058.114 e 1.063.343, como já mencionado na nota de rodapé nº 275.

<sup>390</sup> DIDIER JUNIOR, F.; CUNHA, L. C. da. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 3, p. 337.

<sup>391</sup> Arts. 543-B e 543-C do CPC/1973 e arts. 1.036 e ss. do novo CPC.

A respeito da admissibilidade dos recursos, vale lembrar que a decisão sobre a existência ou não de repercussão geral, como mencionado acima, tem efeitos para todos os casos que possuam a mesma controvérsia de direito, de modo que todos os Recursos Extraordinários repetitivos possuem sua admissibilidade reconhecida a partir do julgamento do recurso paradigma.<sup>392</sup> Isso não ocorre, todavia, no caso do Recurso Especial, cujos requisitos de admissibilidade (art. 105, III, da Constituição Federal) devem ser apreciados em relação a cada recurso.<sup>393</sup>

Os Recursos Extraordinários ou Especiais interpostos que contenham a mesma questão de direito serão sobrestados e a eles será aplicada a mesma solução dos casos escolhidos como representativos da controvérsia.

O Código de 1973 prevê a seleção, pelo Tribunal de origem, de um ou mais recursos como representativos da controvérsia.<sup>394</sup> O novo CPC prevê que o Presidente ou o Vice-Presidente do Tribunal de origem deve selecionar dois ou mais recursos para remeter ao Tribunal Superior, permitindo também ao Ministro relator selecionar outros recursos representativos ou tomar a iniciativa de agrupar recursos repetitivos.<sup>395</sup>

Ainda, o novo Código contém previsão expressa de quais recursos representativos devem ser escolhidos, admitindo-se a seleção apenas daqueles que sejam admissíveis e contenham “abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida”.<sup>396</sup>

O sobrestamento de processos repetitivos, de acordo com a nova legislação, é feito não apenas em relação aos recursos que contenham a mesma controvérsia, como ocorre na sistemática do CPC/1973, mas a todas as ações, ainda que estejam

---

<sup>392</sup> Fredie Didier Junior e Leonardo José Carneiro da Cunha asseveram que “É possível concluir, sem receio, que o incidente para a apuração da repercussão geral *por amostragem* é um procedimento de caráter objetivo, semelhante ao procedimento da ADIN, ADC e ADPF, e de profundo *interesse público*, pois se trata de exame de uma questão que diz respeito a um sem número de pessoas, resultando na criação de uma norma jurídica de caráter geral pelo STF.” DIDIER JUNIOR, F.; CUNHA, L. J. C. da. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 3, p. 356.

<sup>393</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia de. Sobre o novo art. 543-C do CPC: sobrestamento de recursos especiais “com fundamento em idêntica questão de direito”, p. 216-217. Tanto é assim que, caso mantida a decisão do Tribunal de origem em sentido contrário ao que foi decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, o Recurso Especial que havia sido sobrestado deve passar por exame de admissibilidade (Art. 543-C, §§ 7º e 8º, do CPC/1973).

<sup>394</sup> Art. 543-B, §1º, do CPC/1973.

<sup>395</sup> Art. 1.036, §§ 1º, 4º e 5º, do novo CPC.

<sup>396</sup> Art. 1.036, §6º, do novo CPC.

tramitando em primeiro grau de jurisdição,<sup>397</sup> admitindo-se o prosseguimento apenas se for demonstrada a distinção das questões.<sup>398</sup>

É importante observar que o efeito vinculante das decisões dos Tribunais Superiores não deve ser restrito ao dispositivo, como ocorre, de regra, no processo civil. Os fundamentos determinantes da decisão são relevantes para saber qual foi o debate travado previamente à decisão e os motivos que levaram a Corte a adotar o posicionamento,<sup>399</sup> permitindo a diferenciação dos casos,<sup>400</sup> de modo que as razões fáticas e jurídicas são fundamentais para compreensão do julgado, em conformidade com a doutrina de precedentes que influencia a nova legislação. Aliás, a Lei 13.256/2016, que alterou o novo CPC antes de sua vigência, acrescentou os §§ 5º e 6º ao art. 966, sendo cabível ação rescisória, por “violar manifestamente norma jurídica”, contra acórdão que não observou a distinção “entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento”.<sup>401</sup>

O entendimento firmado pelo Tribunal Superior no julgamento de recursos repetitivos é de observância obrigatória nos processos em que se discuta a mesma questão de direito, segundo a previsão do art. 927, III, do novo CPC, cabendo reclamação contra o acórdão que não observá-lo<sup>402</sup> – embora o art. 1.041 do novo CPC admita que seja mantido acórdão divergente, quando, então, o Recurso Especial deve ser encaminhado ao Superior Tribunal de Justiça.

Com a consciência da relevância da discussão e debate sobre o tema, em razão dos efeitos amplos da decisão, o novo CPC determina que, nos casos de recursos repetitivos, o relator identifique com precisão a questão a ser submetida a

<sup>397</sup> Arts. 543-B, §1º, e 543-C, §2º, do CPC/1973 e arts. 1.036, §1º, e 1.037, §13, I e II, do novo CPC.

<sup>398</sup> Art. 1.037, §9º do novo CPC.

<sup>399</sup> O Ministro Celso de Melo afirmou, na Reclamação 2.986/SE: “Na realidade, o caso versado nos presentes autos parece configurar hipótese de ‘violação de conteúdo essencial’ do acórdão consubstanciador do julgamento da referida ADIn 2.868/PI, o que caracterizaria possível transgressão ao efeito transcendente dos fundamentos determinantes daquela decisão plenária emanada do Supremo Tribunal Federal, ainda que proferida em face de legislação estranha ao Estado de Sergipe, parte ora reclamante”. MARINONI, L. G. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*, p. 79-81.

<sup>400</sup> Art. 1.037, §9º, do novo CPC.

<sup>401</sup> Consta da Lei 13.256/2016 os seguintes parágrafos acrescentados ao art. 966: “§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. §6º Quando a ação rescisória fundar-se na hipótese do §5º deste artigo, caberá 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.”

<sup>402</sup> Art. 988, II, do novo CPC. Ver item 7.2.3 abaixo.

juízo, que vincula e limita o julgamento do colegiado.<sup>403</sup> A delimitação do assunto e da tese a serem decididos restringe a matéria de análise dos decisores, facilita o conhecimento a respeito do que será discutido e das razões do entendimento do Tribunal e, ainda, permite a delimitação do debate entre aqueles que são interessados em participar e manifestar-se no processo.

Enquanto no CPC/1973 a participação de terceiros é prevista expressamente apenas para os Recursos Especiais repetitivos,<sup>404</sup> na nova legislação ela é prevista de forma geral para os recursos repetitivos.<sup>405</sup> Essa abertura para o debate é essencial para o adequado julgamento das impugnações repetitivas, pois, embora devam ser escolhidos os recursos com as teses mais abrangentes, pela impossibilidade de leitura de absolutamente todas as razões para verificação de qual delas contém a argumentação presente nas demais, deve-se oportunizar a participação de quem tem interesse na discussão da matéria. Mais uma vez, a oportunidade de participação, embora talvez não possa ser oferecida de forma pessoal e individual a todos os recorrentes e interessados, deve considerar a representação argumentativa das manifestações admitidas pela Corte, de forma que as alegações feitas pelas partes recebam resposta judicial.

## 5.5. AS SÚMULAS

### 5.5.1. A orientação judicial fixada em enunciados

A origem das súmulas no direito brasileiro é atribuída aos assentos portugueses, introduzidos no direito pátrio pelo Decreto nº 2.684/1875, que deu “força de lei no Império a assentos da Casa de Suplicação de Lisboa e competência ao Supremo Tribunal de Justiça para tomar outros”, com finalidade de conferir “intelligencia das leis civis, comerciais e criminaes, quando na execução dellas occorrerem duvidas manifestadas por julgamentos divergentes havidos no mesmo

---

<sup>403</sup> Art. 1.037, *caput*, I, e §2º, do novo CPC.

<sup>404</sup> Art. 543-C, §4º, do CPC/1973.

<sup>405</sup> Art. 1.038, I, II e III, do novo CPC.

Tribunal, Relações e Juízos de primeira instancia nas causas que cabem na sua alçada”.<sup>406</sup> O Decreto também previa que, uma vez elaborados os assentos, o Supremo Tribunal de Justiça não poderia mais revogá-los.

Em 1993, o Tribunal Constitucional Português declarou a inconstitucionalidade dos assentos, por violação à norma constitucional que proibia a atribuição de elaboração de normas gerais a outros Poderes que não o Legislativo.<sup>407</sup>

Atualmente, a jurisprudência é identificada pela existência de reiteradas decisões dos Tribunais em um determinado sentido e, com a adesão do entendimento de vários julgadores, tem a possibilidade de se tornar enunciado sumular.<sup>408</sup> A formação da jurisprudência e das súmulas depende da reiteração de decisões em um mesmo sentido e, a partir do momento em que são formados os enunciados, existem regras gerais, com conteúdo normativo, que se desvinculam dos casos concretos.<sup>409</sup> Os enunciados sumulares, todavia, têm a finalidade de facilitar a aplicação da lei pelos magistrados e a identificação do entendimento dos Tribunais de hierarquia superior, não possuindo a mesma força normativa e obrigatória que as normas legislativas possuem.

Assim, a identificação da jurisprudência auxilia na elaboração de decisões posteriores apenas a título de exemplo e inspiração para a decisão, normalmente se limitando ao contido nas ementas dos julgados.

Já a finalidade das súmulas é servir como norma, com uma redação concisa e clara, que funcione, prontamente, para a solução de casos concretos, dispensando a pesquisa sobre o entendimento majoritário de um determinado assunto<sup>410</sup> e reduzindo a necessidade de argumentação judicial. É um texto normativo abstrato que se desvincula da fundamentação aventada em cada caso que lhe deu origem, mas que não possui força normativa como se lei fosse – conquanto suas características se aproximem muito.

---

<sup>406</sup> Coleção das Leis do Império do Brasil. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/publicacoes/doimperio>>. Acesso em 22/12/2015.

<sup>407</sup> Acórdão nº 810/1993. Disponível em: <[http://www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/JCA\\_MA\\_15443.pdf](http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/JCA_MA_15443.pdf)>. Acesso em 02/12/2015.

<sup>408</sup> NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, G. Stare decisis vs direito jurisprudencial, p. 499.

<sup>409</sup> TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência, p. 143.

<sup>410</sup> O art. 926, §1º, do novo CPC, estabelece que “os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante”.

O Supremo Tribunal Federal, além dos enunciados de súmulas que servem de orientação interpretativa, pode também editar súmulas vinculantes, “após reiteradas decisões sobre matéria constitucional”,<sup>411</sup> cabendo reclamação – instrumento apresentado diretamente ao Supremo – contra decisão judicial que tenha recusado sua aplicação.<sup>412</sup>

Observa-se, portanto, que a edição de súmulas, sejam as ordinárias, sejam as de efeito vinculante, parte de uma análise mais quantitativa do que qualitativa.<sup>413</sup>

No novo CPC, os Tribunais, ao editarem enunciados de súmula, “devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.<sup>414</sup> Com isso, os magistrados devem justificar a aplicação ou não das súmulas a partir de seus fundamentos determinantes e da compatibilidade dos casos concretos<sup>415</sup> e também as partes devem pautar sua atividade argumentativa nesses novos aspectos da atividade judicial.

Isso demonstra a influência do sistema de precedentes, que tradicionalmente lida com casos concretos, em um instituto que é vinculado a outra tradição normativa.

Na nova legislação, mesmo as súmulas que não possuem efeitos vinculantes passam a ser de observância obrigatória,<sup>416</sup> aproximando-se os efeitos dos enunciados elaborados pelos Tribunais Superiores, com a diferença de que a reclamação apenas é cabível contra a violação de súmulas vinculantes.

### 5.5.2. O debate prévio à atividade normativa

Apesar da aplicação das súmulas por todos os magistrados brasileiros, não existe uma previsão legal de ampliação da deliberação antes da elaboração, revisão

---

<sup>411</sup> Art. 103-A da Constituição Federal, inserido pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

<sup>412</sup> Art. 988, III, do novo CPC.

<sup>413</sup> Michele Taruffo observa: “Chega-se, em substância, a uma aproximação mais quantitativa do que qualitativa, uma vez que se tende a pensar que quanto mais são as decisões a favor de certa solução, mais esta solução deveria se impor ao juiz sucessivo, sem considerar que frequentemente se trata de dúzias de reproduções mecânicas do mesmo enunciado”. TARUFFO, M. *Precedente e jurisprudência*, p. 148.

<sup>414</sup> Art. 926, §2º, do novo CPC.

<sup>415</sup> A respeito da fundamentação da sentença, ver art. 489, V e VI, do novo CPC.

<sup>416</sup> Art. 927, IV, do novo CPC.



ou cancelamento de um enunciado. O CPC de 1973 apenas prevê a elaboração de súmula em caso de incidente de uniformização de jurisprudência, sem disciplinar com maiores detalhes o procedimento a ser seguido, estabelecendo, em seu art. 479, *caput* e parágrafo único, que “Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante”.

Pelas normas internas dos Tribunais a participação dos interessados é autorizada. A Resolução nº 388/2008 do STF, por exemplo, prevê a possibilidade de manifestação de interessados no prazo de cinco dias.

Apenas em relação à súmula vinculante o legislador estabeleceu a possibilidade de o relator, por decisão irrecorrível, admitir a participação de terceiros, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.<sup>417</sup> As normas internas do Tribunal Superior prevê a tramitação da proposta de forma eletrônica, estabelecendo a publicação de edital no site do Tribunal e no Diário Oficial Eletrônico para ciência e manifestação de interessados no prazo de cinco dias.<sup>418</sup>

Também em relação à súmula vinculante, o Projeto de Lei nº 6.636/2006 pretende alterar a Lei nº 11.417/2006, prevendo a possibilidade de admissão de terceiros na discussão “mesmo aqueles sem interesse estritamente jurídico na questão” (art. 3º, §2º, do projeto de lei).

A súmula é uma forma de facilitação do trabalho do Tribunal Superior e das instâncias inferiores e, como advém do julgamento de recursos, não seria necessário, a princípio, ampliar a participação das partes na elaboração, revisão ou cancelamento do enunciado, haja vista que já participaram no âmbito do recurso julgado. Contudo, com a aproximação dos efeitos das súmulas, que passam a ser de observância obrigatória, se a discussão mais ampla deve ocorrer no âmbito da súmula vinculante, é recomendável que o debate aconteça também quando se trata de súmula ordinária.

O novo CPC prevê, no caso de “alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula”, a possibilidade de realização de audiências públicas e participação de pessoas e entidades que possam contribuir para o debate e discussão da matéria.<sup>419</sup> Existe, portanto, um reconhecimento de que a atividade normativa e orientadora desenvolvida pelos Tribunais, mesmo quando se trata da

---

<sup>417</sup> Art. 3º, §2º, da Lei 11.417/2006.

<sup>418</sup> Arts. 354-A e ss. do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

<sup>419</sup> Art. 927, §2º, do novo CPC.

elaboração ou revisão de enunciados sumulares, deve ser acompanhada de instrumentos democráticos de participação.

## 5.6. OS PRECEDENTES

### 5.6.1. O funcionamento dos precedentes no direito norte-americano

O *stare decisis*, ou a doutrina que afirma a autoridade dos precedentes, não é contemporâneo às origens do *common law*,<sup>420</sup> nem é completamente estranho ao direito europeu continental.<sup>421</sup> Ao contrário, desenvolveu-se durante o século XIX, decorrente de reformas legais para unificação dos Tribunais, do desenvolvimento de métodos de arquivamento confiável das decisões e da caracterização do Direito como ciência.<sup>422</sup>

De acordo com esse sistema, as razões que são necessárias e suficientes para a adoção de um determinado entendimento (*ratio decidendi*) devem vincular a decisão dos demais casos faticamente semelhantes,<sup>423</sup> sendo secundárias as fundamentações apresentadas meramente como acessórias ou que não são fundamentais para a solução do caso (*obiter dicta*). Assim, os precedentes funcionam eminentemente como um sistema hermenêutico que leva sempre em consideração a coerência do Direito, construído pela jurisprudência, e o contexto em que a decisão é proferida. Se a decisão for suficientemente coerente, íntegra e racional para representar o ponto de partida de um debate e for um padrão decisório passível de replicação em casos semelhantes, pode ser que se torne um precedente,<sup>424</sup> a depender dos casos futuros.

A definição do que é vinculante e do que não é depende em grande parte da visão posterior de quem analisa a decisão, do seu entendimento sobre a função do

---

<sup>420</sup> HASNAS, John. Hayek, the Common Law, and Fluid Drive, p. 91.

<sup>421</sup> DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais, p. 337-339.

<sup>422</sup> HASNAS, J. Hayek, the Common Law, and Fluid Drive, p. 92-93.

<sup>423</sup> MITIDIERO, D. Precedentes, jurisprudência e súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro, p. 7.

<sup>424</sup> ABOUD, G.; CAVALCANTI, M. de A. Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do Novo Código de Processo Civil a partir do paradigma do pós-positivismo, p. 15.

precedente e sobre a função de cada uma das Cortes e do Judiciário como um todo,<sup>425</sup> de modo que a utilização ou não de um precedente demanda uma justificação que seja coerente com o sistema jurídico. Embora exista uma forte vinculação aos precedentes,<sup>426</sup> eles podem ser, pela mesma Corte que os decidiu, afastados integralmente (*overruling*) quando houver inconsistência com valores sociais ou com proposições morais, políticas ou de experiência,<sup>427</sup> ou apenas parcialmente (*overturning*), através de transformação (*transformation*) ou redefinição do seu âmbito de incidência (*overriding*).<sup>428</sup>

Ainda, é possível que, diante de um precedente que se entenda equivocado, exista uma sinalização de que a *ratio decidendi* anterior deve ser alterada, sem, contudo, existir uma revogação expressa do precedente ou a demonstração de se tratar de caso diverso (*distinguishing*). Trata-se da técnica das distinções inconsistentes (*inconsistent distinctions*).<sup>429</sup>

Um precedente não se autointitula como tal, não identifica em seu conteúdo o que deve ser vinculante e o que é secundário, sua aplicação, portanto, não é automática. Depende de análise posterior a respeito das questões efetivamente debatidas,<sup>430</sup> que envolve interpretação do conteúdo da decisão, da questão de direito envolvida, dos fatos analisados<sup>431</sup> e julgados anteriores e posteriores que possam esclarecer “o significado de declarações contidas no precedente sob interpretação”.<sup>432</sup> Ainda, o que é *ratio decidendi* e seu âmbito de aplicação dependem igualmente de interpretação em cada caso concreto, podendo haver aplicação analógica, em observância à coerência do sistema,<sup>433</sup> ou compreendendo-

---

<sup>425</sup> KOZEL, Randy J. The scope of precedent, p. 183-184.

<sup>426</sup> MINZNER, Max. Saving stare decisis: preclusion, precedent and procedural due process, p. 607.

<sup>427</sup> MARINONI, L. G. *Precedentes Obrigatórios*, p. 399.

<sup>428</sup> MITIDIERO, D. Precedentes, jurisprudência e súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro, p. 10.

<sup>429</sup> MITIDIERO, D. Precedentes, jurisprudência e súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro, p. 9.

<sup>430</sup> NERY JUNIOR, N.; ABOUD, G. Stare decisis vs direito jurisprudencial, 496.

<sup>431</sup> Assevera Michele Taruffo que “a analogia das duas *fattispectie* concretas não é determinada *in re ipsa*, mas é afirmada ou excluída pelo juiz do caso sucessivo conforme se considere prevalente os elementos de identidade ou os elementos de diferença entre os fatos dos dois casos.” TARUFFO, M. Precedente e jurisprudência, p. 142-143.

<sup>432</sup> MARINONI, L. G. Uma nova realidade diante do projeto de CPC, p. 832.

<sup>433</sup> DERZI, M. de A. M.; BUSTAMANTE, T. da R. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais, p. 351-353.

se que é *ratio decidendi* o que, até então, era interpretado como *obiter dictum* (*alternative holding*).<sup>434</sup>

O caso *Marbury v. Madison*, por exemplo, que é tomado como a decisão paradigma do início do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos (*judicial review*), não definiu a si próprio como um precedente e por quase trinta anos não foi visto como uma decisão revolucionária.<sup>435</sup>

Nesse mesmo sentido, no direito inglês, existe o *Mootness Principle*, ou princípio da vinculação ao debate, “que estabelece que os tribunais não podem discursar abstratamente sobre regras jurídicas hipotéticas, mas apenas estabelecer as regras que derivam especificamente da análise de cada caso concreto”.<sup>436</sup>

Nas demandas posteriores, portanto, deve haver debate sobre a aplicação ou não do precedente, analisando-se a existência ou não de questões fáticas e jurídicas semelhantes ao do caso anteriormente decidido.<sup>437</sup> Trata-se apenas de um ponto de partida para a resolução do caso concreto futuro.<sup>438</sup>

Confere-se, assim, especial importância à fundamentação, a partir da qual se extraem os argumentos e questões que foram essenciais ao julgamento. Da mesma forma, é também a partir da argumentação e do debate travado entre as partes que é possível saber se as futuras partes que terão o precedente aplicado ao seu caso tiveram seus interesses efetivamente representados no debate anterior e se seu caso pode ser resolvido, de forma consistente, pela racionalidade e fundamentação constante da decisão vinculante.

### 5.6.2. Os precedentes no Novo CPC

O art. 926 do novo Código estabelece a necessidade de observância das decisões anteriormente proferidas pelos Tribunais, a fim de manter a jurisprudência “estável, íntegra e coerente”.

<sup>434</sup> MARINONI, L. G. Uma nova realidade diante do projeto de CPC, p. 828.

<sup>435</sup> NERY JUNIOR, N.; ABOUD, G. *Stare decisis* vs direito jurisprudencial, 500.

<sup>436</sup> DERZI, M. de A. M.; BUSTAMANTE, T. da R. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais, p. 352.

<sup>437</sup> MITIDIERO, D. Precedentes, jurisprudência e súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro, p. 8.

<sup>438</sup> ABOUD, G.; CAVALCANTI, M. de A. Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do Novo Código de Processo Civil a partir do paradigma do pós-positivismo, p. 12.

O dispositivo subsequente estabelece um rol de decisões que devem ser observadas pelos juízes e tribunais: “I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”.

O art. 927, contudo, não diz que essas decisões são precedentes, nem que apenas elas seriam precedentes no ordenamento brasileiro. Como o precedente é construído em casos posteriores, conforme mencionado acima, um enunciado normativo como as súmulas ou a decisão de casos repetitivos não pode ser considerado como precedente, ao menos não nos mesmos termos do sistema de *common law*.<sup>439</sup> Além disso, as decisões que não se enquadrarem nas hipóteses desse dispositivo, podem ser consideradas como precedentes, a depender de sua aplicação posterior, embora apenas com caráter persuasivo, não vinculante.

Pelo novo Código, os próprios Tribunais devem determinar quais são seus precedentes e organizá-los de acordo com a questão jurídica decidida.<sup>440</sup> Tal previsão dá a impressão de que ou os nossos precedentes são as decisões anteriores dos Tribunais, equiparando o termo à jurisprudência – sendo, nessa perspectiva, inócuo, a não ser pela previsão legislativa de organização de acordo com a questão jurídica decidida<sup>441</sup> –, ou os Tribunais terão a possibilidade de selecionar as suas decisões que são e as que não são precedentes – sendo, então, um sistema que não é, efetivamente, de precedentes, pois as decisões e as matérias vinculantes são definidas de forma prévia.

A previsão contida no art. 927 do novo CPC, portanto, é uma opção legislativa pela vinculatividade de determinadas decisões, com a finalidade de resolver casos presentes e futuros, “independentemente da qualidade e da

<sup>439</sup> NERY JUNIOR, N.; ABBOUD, G. Stare decisis vs direito jurisprudencial, 489-490.

<sup>440</sup> Dispõe o Art. 927, §5º, do novo CPC: “Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores”.

<sup>441</sup> A organização dos precedentes de acordo com a “questão jurídica decidida” também afasta o sistema brasileiro de um sistema de precedentes, na medida em que, no *common law*, os elementos essenciais para a compreensão dos precedentes são os fatos. A organização pela “questão jurídica decidida” já é razoavelmente feita pela ementa dos julgados.

consistência da conclusão de suas decisões”.<sup>442</sup> Com isso, a fixação de entendimento sobre determinadas questões pelos Tribunais encerraria o debate e deveria ser aplicada para a solução de casos repetitivos posteriores, como ocorre com o julgamento de recursos repetitivos; todavia, a ideia de precedente do sistema da *common law* trata a decisão anterior como início do debate,<sup>443</sup> não como a solução pronta a ser dada ao caso posterior. Assim, a forma de definição das decisões vinculantes adotada pela nova legislação acaba sendo mais “um instrumento para gestão de processos nos Tribunais Superiores do que um mecanismo apto a privilegiar a casuística, a igualdade e a coerência do ordenamento”.<sup>444</sup>

Sob um aspecto teórico, os precedentes norte-americanos possuem uma forte vinculação com a argumentação jurídica no momento de interpretação e aplicação do Direito, sendo a estrutura argumentativa tópica, relacionada a casos concretos.<sup>445</sup> Sob um ponto de vista prático, as decisões anteriores tomadas pelos Tribunais estadunidenses são um instrumento de trabalho dos juristas,<sup>446</sup> ainda que sem os efeitos vinculantes, pretendidos a partir do novo CPC.

Diante dessas considerações, é importante ter sempre em mente que a finalidade dos precedentes é conferir uniformidade à resposta estatal oferecida para casos semelhantes, não atribuir função legislativa aos Tribunais ou engessar a argumentação jurídica.

A vantagem do destaque que se dá a um sistema de precedentes é buscar um maior esforço argumentativo das partes e dos magistrados na justificação de seus entendimentos, ao mesmo tempo em que se pretende uma consideração maior da disputa argumentativa que já foi travada em âmbito judicial em ações anteriores.<sup>447</sup> O grande problema da variação da jurisprudência e da existência de decisões diferentes para casos semelhantes é a ausência de critérios e de justificação da diferença ou da alteração de entendimento, o que viola a segurança jurídica. A ideia dos precedentes pode auxiliar desde que, para solucionar uma

---

<sup>442</sup> ABBOUD, G.; CAVALCANTI, M. de A. Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do Novo Código de Processo Civil a partir do paradigma do pós-positivismo, p. 15.

<sup>443</sup> NUNES, D.; PATRUS, R. D. Uma breve notícia sobre o procedimento-modelo alemão e sobre as tendências brasileiras de padronização decisória, p. 473.

<sup>444</sup> NERY JUNIOR, N.; ABBOUD, G. *Stare decisis* vs direito jurisprudencial, p. 505.

<sup>445</sup> TARUFFO, M. Precedente e jurisprudência, p. 140.

<sup>446</sup> TARUFFO, M. Precedente e jurisprudência, p. 141.

<sup>447</sup> Sobre as dificuldades de deliberação em razão de normas internas e práticas das Cortes brasileiras, ver SILVA, V. A. da. *Deciding without deliberating*.

dificuldade prática de ausência de fundamentação suficiente, não acabe criando outro problema, de igual relevância – engessamento do entendimento dos Tribunais.

## 6. INSTRUMENTOS PARA DELIBERAÇÃO

A partir da ampliação dos efeitos das decisões judiciais, são necessários também mecanismos de ampliação da participação dos interessados. Neste capítulo, pretendemos abordar alguns instrumentos que podem colaborar com a deliberação judicial de modo a torná-la mais completa, consciente dos elementos empíricos e democrática.

### 6.1. AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

As audiências públicas não são uma exclusividade da atividade judicial. Elas existem e podem ser realizadas em vários contextos em que é necessário conhecimento da situação concreta e maior debate no processo decisório. No âmbito do Poder Legislativo, é cada vez mais comum a realização de audiências públicas para discussão da matéria antes da elaboração de leis.<sup>448</sup> Também na Administração Pública as audiências públicas são realizadas para, por exemplo, ajudar no planejamento orçamentário e elaboração de plano diretor municipal.<sup>449</sup>

---

<sup>448</sup> Durante a elaboração do novo CPC, por exemplo, foram realizadas diversas audiências públicas em todo o território nacional pela Comissão de Juristas. No site do Senado Federal é possível também que a sociedade acompanhe e participe, online, de audiências públicas e pesquisas de opinião e que qualquer cidadão dê sua opinião sobre projetos de lei, inclusive apresentando proposta de elaboração de uma nova lei (“Se a sua ideia for aprovada pelas outras pessoas e receber a quantidade de apoios necessários, ela será avaliada pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa e poderá tramitar formalmente no Senado.”). Informações disponíveis em: <http://www12.senado.leg.br/hpsenado>.

<sup>449</sup> A Lei nº 10.257/2001, que regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece, como diretriz geral da política urbana a “gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano” (art. 2º, II). A Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) prevê a realização de audiências públicas para elaboração de planejamento orçamentário e prestação de contas (art. 48). A Lei de Licitações (nº 8.666/1993) prevê a utilização do mesmo mecanismo para contratações que ultrapassem cem vezes o valor de R\$ 1.500.00 (art. 39), e no processo administrativo, em razão da relevância da questão (Lei nº 9.784/1999, art. 32). Ainda, no processo de licenciamento ambiental, podem ser realizadas audiências públicas para avaliação do impacto ambiental (Resolução nº 9/1987 do Conama).



Trata-se de um canal de participação direta da sociedade na decisão estatal, de caráter consultivo,<sup>450</sup> que leva a sua contribuição para o processo deliberativo e permite aos participantes tomar ciência da complexidade e das variáveis do assunto.

Dessa mesma forma ocorre no âmbito do Poder Judiciário, em que esse mecanismo contribui tanto para angariar maiores informações sobre a situação fática quanto para auxiliar na resolução de disputas hermenêuticas que ocorrem no momento de aplicação das normas.

Esse instrumento de participação é recomendado para casos em que existe um grupo considerável de pessoas que devem ser ouvidas ou que tem interesse em acompanhar a discussão. A formatação que deve seguir a audiência pública não possui regulamentação no âmbito Judiciário, o que deixa disponível maior margem para adaptação do procedimento em cada caso concreto.<sup>451</sup>

Para que o direito de participação seja efetivamente observado, é necessário que haja ampla publicidade da audiência e dos temas a serem debatidos, tempo razoável para preparação, a depender da complexidade do tema e do nível de organização dos participantes, e realização em local adequado e acessível, podendo-se pensar em sua invalidade em caso de violação a esses pressupostos participativos. Ainda, é de grande importância a adequada definição do mediador e seu comprometimento com a pluralidade do debate, a utilização de metodologias participativas, o fomento da manifestação, controle de tempo e objetividade na condução dos trabalhos.<sup>452</sup>

Quando a questão discutida for eminentemente de direito ou não houver maior necessidade de instrução probatória e a manifestação de entidades representativas de setores sociais for suficiente para assegurar a pluralidade do debate, a audiência pública pode ser substituída pela apresentação de memoriais escritos ou elaboração de petições *online*.

---

<sup>450</sup> FONSECA, Igor Ferraz; REZENDE, Raimer Rodrigues; OLIVEIRA, Marília Silva de; PEREIRA, Ana Karine. Audiências públicas: fatores que influenciam seu potencial de efetividade no âmbito do Poder Executivo federal, p. 9.

<sup>451</sup> Se as previsões normativas podem contribuir para melhor conhecimento do procedimento e garantir prazos mínimos e publicidade e transparência das informações, é também verdade que o procedimento pode ficar ultrapassado e engessar a forma da audiência pública a ponto de impedir a adequada participação. FONSECA, I. F.; REZENDE, R. R.; OLIVEIRA, M. S. de; PEREIRA, A. K. Audiências públicas: fatores que influenciam seu potencial de efetividade no âmbito do Poder Executivo federal, p. 15.

<sup>452</sup> FONSECA, I. F.; REZENDE, R. R.; OLIVEIRA, M. S. de; PEREIRA, A. K. Audiências públicas: fatores que influenciam seu potencial de efetividade no âmbito do Poder Executivo federal, p. 20-21.

Todos esses fatores devem considerar o meio mais adequado para o principal público que a audiência pretende atingir e demonstram que a formatação do processo é fundamental para propiciar adequada participação democrática.

Outras alternativas são a nomeação de comissões consultivas que trabalhem de forma mais flexível e informal do que as audiências públicas, a criação de fóruns de discussão *online* ou oficinas de trabalho, mecanismos que podem, também ser bastante úteis a depender, sempre, do caso concreto.

## 6.2. O *AMICUS CURIAE*

### 6.2.1. O auxílio no adequado julgamento da causa

De acordo com uma concepção que advém desde os tempos romanos, o *amicus curiae*, em uma tradução literal, o amigo da Corte, sem necessidade de ser representado por advogado, tem por objetivo informar os Tribunais a respeito de matérias que fogem do conhecimento das Cortes, auxiliando na integridade da decisão.<sup>453</sup>

Sua finalidade é trazer ao processo elementos relevantes para o julgamento da causa pelos magistrados, havendo exigência de representatividade, no sentido de efetivamente ter conhecimento a respeito de matéria que auxilia no julgamento – requisito subjetivo – e de interesse objetivo e relevância da matéria – requisito objetivo. Assim, o *amicus curiae* não é parte, nem terceiro interessado, nem defende o acolhimento ou rejeição de uma das teses, configurando-se mais propriamente como um auxiliar do juízo que, pelo seu interesse institucional e conhecimento técnico, ajuda o desenvolvimento do debate e a justa solução do conflito.<sup>454</sup>

A intervenção do *amicus* é atualmente prevista na legislação para vários casos. A Lei 9.868/1999, que trata da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, prevê a possibilidade de manifestação

---

<sup>453</sup> LOWMAN, M. K. The litigating amicus curiae, p. 1248.

<sup>454</sup> MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, p. 99.

de órgãos e entidades (art. 7º, §2º),<sup>455</sup> da mesma forma que, no âmbito dos Tribunais de Justiça, o art. 950, §3º, do novo CPC.<sup>456</sup> Nesse mesmo sentido, a Lei nº 6.385/1976, que regulamenta o Mercado de Valores Mobiliários (art. 31);<sup>457</sup> no âmbito do processo administrativo, a Lei 8.884/1994, que transforma o CADE em autarquia e disciplina a prevenção e repressão às infrações à ordem econômica (art. 89); e a Lei 10.259/2001, que trata dos Juizados Especiais Federais (art. 14, §7º).

Embora não haja identidade absoluta entre todas essas formas de intervenção de *amicus curiae*, observa-se que já existe, há bastante tempo, a ideia de autorizar que pessoas intervenham no processo civil com a finalidade de auxiliar na solução do caso.<sup>458</sup>

O art. 138 do novo Código de Processo Civil, constante do Título III, que trata da intervenção de terceiros no processo, tornou atípica a possibilidade de intervenção de pessoa natural ou jurídica, com representatividade adequada, autorizando sua participação em qualquer processo, “considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia”.<sup>459</sup>

Tal intervenção não altera a competência para processamento e julgamento do feito, não altera as partes do processo, não autoriza que o *amicus* recorra da decisão que indefere sua participação ou apresente qualquer outro recurso. O §2º do dispositivo, ao estabelecer que o juiz ou o relator deve definir os poderes do *amicus*

---

<sup>455</sup> Constou da decisão do Ministro Celso de Melo, na medida cautelar da ADI 2130: “permitindo que o STF venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à solução da controvérsia. A admissão do *amicus curiae* no processo objetivo da ADIn qualifica-se como fator de legitimação social das decisões do Tribunal Constitucional, viabilizando, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize a possibilidade de participação de entidades e de instituições que efetivamente representem interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais.” STF, ADIn MC 2130-SC, rel. Min. Celso de Melo, j. 20/12/2000.

<sup>456</sup> Art. 462 do CPC/1973.

<sup>457</sup> O dispositivo prevê a possibilidade de consulta pública a terceiros para que o processo seja melhor instruído, sem atribuir-lhe, necessariamente, a condição de interessado no processo.

<sup>458</sup> ARENHART, S. C. O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes, p. 18.

<sup>459</sup> Estabelece o novo CPC: “Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação. § 1º. A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º. § 2º. Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*. § 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.” A generalização das hipóteses de cabimento da intervenção do *amicus curiae* já foi defendida em BUENO, C. S. *Amicus curiae no Processo Civil Brasileiro*, p. 554 e ss.

*curiae* quando admite sua intervenção no processo, parece autorizar, ao contrário do que ocorre hoje, que o *amicus* tenha alguns poderes a mais e, por exemplo, participe ativamente da instrução probatória.

Para que este mecanismo assuma ainda maiores potencialidades de desenvolvimento e aprimoramento da prestação jurisdicional, é imperioso que ocorra ampliação das hipóteses de seu cabimento,<sup>460</sup> como autoriza a nova legislação. Nesse sentido, para evidenciar que se trata de um interesse jurídico que é distinto do interesse que legitima a atuação de outros terceiros como o assistente, Cassio Scarpinella Bueno sugere que o *amicus curiae* compareça ao processo com base no seu interesse institucional, que, além de ser jurídico, “transcende o interesse individual das partes”.<sup>461</sup>

Assim, em razão de sua função esclarecedora e enriquecedora do debate jurisdicional, o *amicus* deve atuar em todos os casos “*em que presente o interesse público na participação processual*”.<sup>462</sup>

É importante observar que a intervenção do *amicus curiae* tem por escopo principal auxiliar na atividade do Judiciário, e não defender os interesses de uma das partes, sendo mais adequada quando houver um interesse público presente no processo.

A possibilidade de intervenção depende, assim, da matéria discutida. A ideia de que as partes originárias devem aceitar a intervenção do *amicus curiae* demonstra um tributo ao processo individual e adversarial, sendo que o terceiro, quando intervém, deve atuar no âmbito desse quadro processual. De outro ângulo, se tal restrição é afastada – nos casos em que há interesses público e social na matéria –, admite-se a ideia de que mais posicionamentos sejam discutidos perante o Tribunal e permite-se que a Corte solicite a intervenção de pessoas que possam contribuir para o julgamento,<sup>463</sup> independentemente de concordância das partes originárias do processo. Assim, a amplitude da participação do *amicus curiae* depende do processo em que sua intervenção ocorre e da finalidade que se busca alcançar com esse instrumento.

---

<sup>460</sup> CABRAL, A. do P. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial; PINTO, Rodrigo Strobel. *Amicus curiae: atuação plena segundo o princípio da cooperação e o poder instrutório judicial*.

<sup>461</sup> BUENO, C. S. *Amicus curiae no Processo Civil Brasileiro*, p. 460.

<sup>462</sup> CABRAL, A. do P. Pelas asas de Hermes, p. 24.

<sup>463</sup> KRISLOV, Samuel. *The amicus curiae brief: from friendship to advocacy*, p. 717.

### 6.2.2. A atuação como parte interessada

O *amicus curiae*, mesmo ampliadas as hipóteses de possibilidade de intervenção, pode apenas levar ao conhecimento do Tribunal maiores informações a respeito da causa sob julgamento, auxiliando a adequada compreensão do objeto do processo e o convencimento judicial.<sup>464</sup>

Todavia, é importante atentar para o fato de que esse instituto tem potencialidades muito maiores, notadamente quando se pensa em um sistema de decisões vinculantes.

Percebendo a possibilidade de iniquidades, as Cortes do sistema de *common law* acabaram utilizando o *amicus curiae* como “método judicial informal de representação de interesses de terceiros antes ignorado no sistema adversarial”,<sup>465</sup> determinando, por imperiosidade de assegurar justiça ao caso, a intimação de potenciais interessados no processo.

Nesses casos, a sua intervenção deve ser admitida se for demonstrada a necessidade de sua oitiva por exigência da democracia deliberativa e adequado desenvolvimento do contraditório.<sup>466</sup> Propõe-se, então, que o interesse que legitima a intervenção do *amicus curiae* não é simplesmente jurídico, da mesma forma como ocorre em relação aos demais terceiros, mas, além de institucional, público, evidenciando que sua manifestação tem em vista aspectos mais amplos do que a discussão bilateral travada entre os polos ativo e passivo.<sup>467</sup>

---

<sup>464</sup> BUENO, C. S. *Amicus curiae no Processo Civil Brasileiro*, p. 407.

<sup>465</sup> LOWMAN, M. K. *The litigating amicus curiae*, p. 1249. O autor menciona que a primeira notícia que se tem de admissão de *amicus curiae* para proteção de interesses de terceiros é datada de 1736, no caso *Coxe v. Phillips*, 95 Eng. Rep. 152 (K. B. 1736), e que entidades privadas assumiram papel mais ativo, na qualidade de “*amicus curiae* litigante”, pela primeira vez em 1972, no caso *Wyatt v Stickney*, 344 F. Supp. 373 (M. D. Ala. 1972). Uma entidade privada foi admitida como “*amicus curiae* litigante” de forma independente do poder e prestígio de uma entidade governamental no caso *United States v. Michigan (Michigan Fishing Rights Case)*, de 1979. Samuel Krislov menciona que a possibilidade de intervenção em causas em que as partes interessadas não têm seus interesses representados remonta ao caso *Strawbridge v. Curtiss*, de 1806, em que o Chief Justice Marshall asseverou que “cada interesse distinto deve ser representado por pessoas, todas titulares da possibilidade de processar ou ser processada nos tribunais federais”. KRISLOV, S. *The amicus curiae brief: from friendship to advocacy*, p. 697-698.

<sup>466</sup> CABRAL, A. do P. *Pelas asas de Hermes*, p. 33.

<sup>467</sup> BUENO, C. S. *Amicus curiae no Processo Civil Brasileiro*, p. 429.

A relevância da matéria justifica a intervenção do *amicus curiae* em razão da possibilidade de formação de precedentes, súmulas e decisões vinculantes.<sup>468</sup> O interesse público presente em sua manifestação é justificado em razão das finalidades da jurisdição e dos interesses de ordem pública<sup>469</sup> envolvidos nos processos que possuem a potencialidade de serem replicados para a solução de casos posteriores. Nesses casos, o *amicus curiae* não deixa de atuar como um amigo da Corte, que traz maiores informações ao processo a fim de permitir um julgamento mais consciente das situações de direito material atingidas, em atenção ao caráter público de sua intervenção, contudo, é natural que, havendo possibilidade de afetação de seus interesses institucionais, o *amicus* defenda um determinado posicionamento e postule o julgamento da causa em um determinado sentido.

De acordo com a definição norte-americana, o amigo da Corte fornece informações ao Tribunal, pois, ainda que não esteja diretamente envolvido no caso, tem interesse no resultado do processo.<sup>470</sup> Naquele país, já se admitiu que o *amicus curiae* exigisse o cumprimento de decisão judicial, indicasse e interrogasse testemunhas, participasse da instrução probatória, propusesse acordos e apresentasse recursos.<sup>471</sup> Nesses termos, “vez por outra, se traduziria mais num

---

<sup>468</sup> Cassio Scarpinella Bueno afirma: “O Superior Tribunal de Justiça editou, em 2005, a Súmula 309 nos seguintes termos: ‘O débito alimentar que autoriza prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores à citação e as que vencerem no curso do processo’. Comparando o enunciado tal qual redigido com os precedentes da Súmula, era perceptível um equívoco na sua redação. A Associação dos Advogados de São Paulo deliberou, por isso mesmo, enviar ao Superior Tribunal de Justiça ofício que dava conta do ocorrido e pedia providências no sentido de ser modificado o enunciado porque, em última análise, sua aplicação acarretaria resultado diametralmente oposto do que aquele Tribunal havia decidido reiterada e majoritariamente. No julgamento do HC 53.068/MS, perante a 2ª Seção, a relatora, Ministra Fátima Nancy Andrighi, deliberou modificar o enunciado da Súmula 309, dando conta do equívoco de seu enunciado e o fez, fazendo menção expressa inclusive ao ofício da AASP. Louvável a iniciativa da entidade de classe paulista e corretíssima, em todos os sentidos, a iniciativa de Sua Excelência, a Ministra Nancy Andrighi, ao, fazendo alusão àquele pleito, alterar o enunciado da Súmula 309. É importante destacar que a AASP não era e nem poderia ser ‘parte’ no processo em que a Súmula foi modificada. Ela também não poderia pleitear sua ‘intervenção’ na qualidade de terceiro observando as regras (tradicionais) do Código de Processo Civil. Não são más regras, evidentemente, mas são regras que se voltam a realidades muito diversas daquelas que este trabalho busca descrever. O que a AASP fez foi tutelar interesses ‘institucionais’ que vão, por definição, além dos interesses de seus associados como indivíduos (como *advogados*) mas que dizem respeito, em última análise, ao exercício da *advocacia* e, por isso mesmo, relacionam-se intimamente, é aqui que nos parece importante chegar, ao Estado Democrático de Direito brasileiro”. BUENO, C. S. *Amicus curiae no Processo Civil Brasileiro*, p. 568-569.

<sup>469</sup> CABRAL, A. do P. *Pelas asas de Hermes*, p. 26.

<sup>470</sup> *The Lectric Law Library's Lexicon*. Disponível em: <<http://www.lectlaw.com/def/a048.htm>>. Acesso em 17/10/2015. Menciona-se como exemplo o caso da decisão sobre a legalidade do aborto, em que intervieram organizações anti-aborto e a favor da escolha individual da mulher. Igualmente: <<http://techlawjournal.com/glossary/legal/amicus.htm>>. Acesso em 17/10/2015. DIDIER JUNIOR, F. *Recurso de Terceiro: juízo de admissibilidade*, p. 77-78.

<sup>471</sup> LOWMAN, M. K. *The litigating amicus curiae*, p. 1263 e 1267.

*amicus partis* ou num *amicus causae*”,<sup>472</sup> que pode ter a finalidade de defender seu interesse institucional, uma das partes originais do processo ou um grupo de pessoas que não atua individualmente para influenciar a decisão.

Portanto, além das formas tradicionais de participação, a depender da matéria objeto da demanda e dos efeitos da decisão, o *amicus curiae* deve ser visto como parte no processo, representante dos interesses em jogo que não se fazem presentes por seus titulares.<sup>473</sup> De modo que deve ser reconhecida sua ampla possibilidade de recorrer<sup>474</sup> e utilizar dos meios processuais necessários para adequadamente representá-los.

Nesse sentido, é possível que o *amicus curiae* atue como parte interessada, no julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas e de recursos extraordinários repetitivos, para “compensar a não participação direta dos vários recorrentes”.<sup>475</sup> Também na elaboração, revisão e cancelamento de súmulas e em outros processos com efeitos mais amplos, é possível que o *amicus curiae* atue como representante de determinado grupo social, defendendo um posicionamento específico perante o Tribunal.

### 6.3. O TERCEIRO PREJUDICADO

#### 6.3.1. O interesse jurídico

O terceiro, que não faz parte do processo, tem a possibilidade de recorrer de uma decisão judicial que o prejudique, desde que demonstre ter interesse jurídico na discussão da matéria, conforme autorizado pelo art. 499, §1º, do Código de

<sup>472</sup> MACIEL, Adhemar Ferreira. *Amicus curiae*: um instituto democrático, p. 279.

<sup>473</sup> Assevera Cassio Scarpinella Bueno que “não há como negar possa – na verdade, ‘deva’ – o amicus ser legítimo portador de ‘interesses’ que estão ‘fora’ do processo em julgamento mas que, de alguma forma, mais ou menos intenso, será afetado por aquilo que for anteriormente decidido. Justamente porque não há como, sem agredir o ‘modelo constitucional do processo’, afetar algum bem jurídico, interesse ou direito, sem o ‘devido processo legal’, o ‘contraditório’ e a ‘ampla defesa’.” BUENO, C. S. *Amicus curiae no Processo Civil Brasileiro*, 567.

<sup>474</sup> MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. *Novo curso de processo civil*: tutela dos direitos mediante procedimento comum, v. 2, p. 99.

<sup>475</sup> MARINONI, L. G. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos, p. 415.

Processo Civil de 1973.<sup>476</sup> Com isso, permite-se uma “adequação subjetiva” do processo, pois aquele que é especialmente afetado pela decisão judicial passa a ter legitimidade para intervir na relação processual e discutir a justiça da decisão, submetendo-se, então, aos efeitos da coisa julgada.<sup>477-478</sup>

A identificação do terceiro prejudicado que pode recorrer de decisões proferidas em processo judicial alheio depende de sua caracterização como terceiro interessado, em sentido processual, o que significa que ele deve demonstrar seu interesse jurídico, não bastando a demonstração de interesse econômico ou pessoal. Nesse sentido, deve ser demonstrado que a relação jurídica que o terceiro integra pode ser afetada pela decisão a ser proferida em processo em que contendem outras partes<sup>479</sup> e para o qual não é legitimado.

É claro que uma decisão judicial tem, de regra, efeitos que vão além da esfera jurídica e material das partes, afetando todos aqueles que, de alguma forma, possuem uma relação com os sujeitos do processo ou com o objeto do litígio, como já mencionado. Assim, por exemplo, a sentença que decide sobre a propriedade de um determinado imóvel deve ser observada pelos vizinhos, parentes, fisco e eventuais interessados em adquirir o bem.<sup>480</sup> Da mesma forma, o filho não pode recorrer como terceiro interessado de uma sentença que decide o divórcio de seus pais; nem um cliente de uma operadora de plano de saúde pode recorrer de uma decisão proferida em prejuízo de outro cliente da mesma operadora. Esses terceiros, que não são interessados em sentido processual, não possuem legitimidade para discutir o que foi decidido e se submetem aos efeitos diretos da decisão.

---

<sup>476</sup> Consta do dispositivo: “Art. 499. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público. § 1º Cumpre ao terceiro demonstrar o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial.”

<sup>477</sup> DIDIER JUNIOR, F. *Recurso de Terceiro: juízo de admissibilidade*, p. 39 e 49.

<sup>478</sup> O art. 472 do CPC/1973 estabelece que a coisa julgada não beneficia nem prejudica terceiros – o art. 506 do novo Código de Processo Civil afasta a coisa julgada quando existe prejuízo de terceiros. Conforme entendimento doutrinário, a coisa julgada é uma qualidade dos efeitos da sentença atribuída pela lei, o que não impede que os efeitos atinjam terceiros. A autoridade de coisa julgada é válida para terceiros em caso de substituição ou sucessão processual – caso em que o interveniente não é propriamente terceiro, mas parte – e quando existe conexão ou dependência da relação jurídica do terceiro com a relação jurídica discutida em juízo, que o legitima a intervir no processo. LIEBMAN, E. T. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, p. 88-92.

<sup>479</sup> BUENO, C. S. *Amicus curiae no Processo Civil Brasileiro*, p. 414.

<sup>480</sup> A respeito da eficácia direta e reflexa da sentença, que auxilia na identificação daqueles que são terceiros interessados, ver SILVA, O. A. B. da. *Sentença e coisa julgada*, p. 104 e ss. e LIEBMAN, E. T. *Eficácia e autoridade da sentença...*, p. 84 e ss.



Por outro lado, se o terceiro tiver relação jurídica dependente ou conexa com a que está sendo discutida no processo, é possível a sua intervenção, através da assistência simples,<sup>481</sup> apresentação de recurso,<sup>482</sup> embargos de terceiro<sup>483</sup> ou ação rescisória.<sup>484</sup> Dessa forma, se uma ação possessória de reintegração é julgada procedente, atribuindo a posse ao autor, por exemplo, as pessoas que firmaram com o réu um contrato de arrendamento do imóvel ou um empréstimo sem garantia especial têm legitimidade para recorrer da decisão e buscar proteger a relação jurídica subjacente que seria afetada pela sentença;<sup>485</sup> em uma ação de despejo ajuizada pelo locador contra seu inquilino, seria terceiro interessado o sublocatário.<sup>486</sup>

A possibilidade de que o terceiro, que não faz parte da relação processual, recorra das decisões judiciais que o prejudicam é expressão do princípio da economia processual e do acesso à justiça,<sup>487</sup> bem como da democracia exercida através do processo, permitindo a discussão da matéria por aquele que terá sua esfera jurídica especialmente afetada.

Contudo, essa formulação teórica está vinculada à concepção de processo civil individual, ou seja, com a ideia de um processo preocupado com a solução de conflitos individuais em que existem dois polos de interesses determinados.<sup>488</sup>

É importante observar que terceiros que não se enquadram nos requisitos legais de terceiros prejudicados – isto é, não possuem relação jurídica com nexo de interdependência com uma das partes do processo – e, portanto, não podem interferir no litígio alheio, podem também ser afetados pelas decisões judiciais de forma especial e irreversível. Isso ocorre notadamente nos casos que têm a potencialidade de ter seu resultado replicado para a solução de outras situações materiais, como ocorre nos mecanismos do novo Código mencionados no capítulo

<sup>481</sup> Art. 50 do CPC/1973 e art. 119 do novo CPC.

<sup>482</sup> Art. 499 do CPC/1973 e art. 996 do novo CPC.

<sup>483</sup> Art. 1.046 e ss. do CPC/1973 e art. 674 e ss. do novo CPC.

<sup>484</sup> art. 487, II, do CPC/1973, e art. 967, II, do novo CPC.

<sup>485</sup> SILVA, O. A. B. da. *Sentença e coisa julgada*, p. 107-108.

<sup>486</sup> SILVA, O. A. B. da. *Sentença e coisa julgada*, p. 110-111.

<sup>487</sup> DIDIER JUNIOR, F. *Recurso de Terceiro: juízo de admissibilidade*, p. 38.

<sup>488</sup> Fredie Didier Junior afirma: “Toda construção dogmática do recurso de terceiro, bem como o único dispositivo normativo que o governa, foi elaborada a partir de uma concepção do processo civil como mecanismo de solução de conflitos individuais. Em verdade, toda doutrina acerca das intervenções de terceiro pauta-se nos institutos criados em época em que o processo civil era puramente individualista. Com efeito, o fenômeno interventivo diz respeito, sobretudo, ao problema da legitimidade, que, como se sabe, sofre inúmeras derrogações a partir do aprimoramento da tutela coletiva.” DIDIER JUNIOR, F. *Recurso de Terceiro*, p. 98. No mesmo sentido: BUENO, C. S. *Amicus curiae no Processo Civil Brasileiro*, p. 415.

anterior. Para essas circunstâncias, as exigências do art. 996, parágrafo único, da nova legislação,<sup>489</sup> são restritivas e insuficientes para garantir a participação democrática dos interessados.

### 6.3.2. O interesse na discussão da matéria

Na vigência do Código de Processo Civil de 1939, que regulava o recurso de terceiro prejudicado no art. 815,<sup>490</sup> duas correntes doutrinárias majoritárias discutiam sobre a situação que autorizaria a intervenção: uma defendia que a existência de um prejuízo de fato seria suficiente para autorizar o recurso do terceiro, outra afirmava a necessidade de um prejuízo jurídico.<sup>491</sup> Como visto acima, essa segunda doutrina foi a adotada pelo Código de 1973.

Com a crescente replicação e atribuição de efeitos vinculantes às decisões judiciais não é razoável, nem democrático, exigir que, em todos os casos, o terceiro demonstre seu interesse jurídico na demanda, pois, dessa forma, “sofrerão (praticamente de forma imutável) os efeitos de uma decisão judicial, sem jamais ter condições de, efetivamente, opor-se a ela”.<sup>492</sup>

Deve existir, então, uma ampliação dos requisitos que autorizam a intervenção de um terceiro no processo nos casos que envolvem prolação de decisões vinculantes.<sup>493</sup>

Dessa forma, ao adentrar o processo, o terceiro prejudicado não terá espaço para interferir no trâmite processual, nem terá direitos processuais como se fosse parte da demanda originária, pois sua finalidade, em regra, é postular pela solução

<sup>489</sup> Art. 499, §1º, do CPC/1973.

<sup>490</sup> Consta do CPC/1939: “Art. 815. O terceiro prejudicado poderá, todavia, recorrer da decisão. O prazo para a interposição do recurso do terceiro prejudicado será o das partes, e da mestra data se contará (art. 812). § 1º Será de três (3) meses o prazo, se o terceiro prejudicado não tiver domicílio ou residência na jurisdição do juiz da causa. § 2º Se o terceiro for incapaz e não tiver quem o represente ou assista, o recurso poderá ser interposto dentro dos trinta (30) dias seguintes h [sic] cessação da incapacidade ou h [sic] nomeação do representante ou assistente”.

<sup>491</sup> DIDIER JUNIOR, F. *Recurso de Terceiro*, p. 47. Rui Barbosa, José Frederico Marques, Carvalho Santos, Seabra Fagundes, Pedro Palmeira, Odilon de Andrade, Amaral Santos e João Claudinho de Oliveira Cruz defendiam o primeiro entendimento, enquanto que Pontes de Miranda, Santos Estanislão, Pedro Batista Martins, José Carlos Barbosa Moreira, Eliézer Rosa e Cunha Sales faziam parte da segunda corrente doutrinária.

<sup>492</sup> ARENHART, S. C. *O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes*, p. 20.

<sup>493</sup> ARENHART, S. C. *O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes*, p. 23.

da lide de uma determinada forma, não defender seu interesse.<sup>494</sup> Todavia, pode ser que ele atue em defesa de um interesse específico, quando, então, tem direito e responsabilidade de representar adequadamente aqueles interesses e de produzir provas nesse sentido.

Nesse sentido, a Suprema Corte dos Estados Unidos já admitiu a participação de uma empresa considerando que a decisão tomada poderia lhe prejudicar. No caso *Atlantis Development Corp. v. U.S.*,<sup>495</sup> por exemplo, porque a decisão de um precedente pode gerar efeitos em casos futuros, a Suprema Corte Norte-Americana admitiu a intervenção de um terceiro, que não tinha nenhuma ligação direta com o litígio, para oportunizar sua adequada defesa antes de uma decisão que poderia ser-lhe desfavorável.<sup>496</sup>

## 6.4. O ASSISTENTE DAS PARTES

### 6.4.1. Casos de assistência

A assistência de terceiro é admitida no direito pátrio para o auxílio de uma das partes, autor ou réu, em uma demanda pendente, quando o assistente tem interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas.<sup>497</sup> O interesse jurídico, como já mencionado, é caracterizado pela possibilidade de a decisão afetar o terceiro em alguma relação jurídica conexa com aquela discutida (assistência simples),<sup>498</sup> ou seja, pelos efeitos reflexos da sentença.

---

<sup>494</sup> ARENHART, S. C. *O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes*, p. 22.

<sup>495</sup> 379 F.2d 818 (5th Cir. 1967). Trata-se de “feito envolvendo determinada empresa que explorava conjunto de recifes sem a autorização do governo federal, foi por este processada, sob o argumento de que tal área pertencia aos Estados Unidos da América. A empresa Atlantis Development Corp. requereu sua intervenção no feito, alegando que havia adquirido os direitos sobre a área de recifes do seu descobridor e sustentando que eventual decisão daquela causa (que entendesse que o local seria patrimônio federal) poderia, por conta do stare decisis, importar na aniquilação do direito de propriedade alegado pela empresa Atlantis.” ARENHART, S. C. *O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes*, p. 16.

<sup>496</sup> ARENHART, S. C. *O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes*, p. 16.

<sup>497</sup> Art. 50 do CPC/1973 e art. 119 do novo CPC.

<sup>498</sup> No caso do terceiro ter participação direta ou indireta na relação jurídica controvertida, admite-se a assistência litisconsorcial, que, a rigor, é um caso de litisconsórcio ulterior. MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. *Curso de processo civil*, v. 2, p. 93.

A intervenção do terceiro como assistente pode ocorrer por ter “*interesse na correta interpretação dos fatos e do direito colocados em litígio que diretamente não lhe diz respeito*” ou por possuir “*relação jurídica com o assistido, a qual depende da solução a ser dada ao litígio que deve ser decidido*”.<sup>499</sup>

Na primeira hipótese, por exemplo, se enquadraria a intervenção de tabelião em ação de nulidade ou falsidade de escritura por ele elaborada, pois, a depender da conclusão a que chegar o magistrado – por exemplo, houve dolo –, poderá sofrer ação de regresso.

Na segunda hipótese, o terceiro sofre com a eficácia constitutiva da sentença. Autoriza-se, então, por exemplo, a intervenção do sublocatário em ação de despejo, do legatário em processo proposto pelo herdeiro legítimo contra o herdeiro testamentário para anulação do testamento e do fiador em ação entre credor e devedor.<sup>500</sup>

A diferença em relação ao terceiro prejudicado é que o assistente não se contrapõe ao que as partes do processo estão discutindo nem precisa aguardar o prejuízo concreto decorrente de uma decisão judicial, mas adere a um dos polos buscando uma sentença que seja favorável aos seus interesses. Com isso, ele auxilia uma das partes e tem a possibilidade de fiscalizar o litígio para evitar conluio, que poderia prejudicar sua esfera jurídica.<sup>501</sup>

O adequado exercício do direito de manifestação do assistente acarreta a sua vinculação à justiça da decisão,<sup>502</sup> chamado de “efeito de intervenção”, que o submete aos efeitos reflexos da sentença e o impede de discutir, em ação posterior, os fundamentos da decisão, ainda que, como terceiro, não esteja submetido aos efeitos da coisa julgada.<sup>503</sup>

#### 6.4.2. A contribuição para a deliberação processual

---

<sup>499</sup> MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. *Curso de processo civil*, v. 2, p. 94. Destaque no original.

<sup>500</sup> SILVA, O. A. B. da. *Curso de Processo Civil*, v. 1, p. 274-275.

<sup>501</sup> MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. *Curso de processo civil*, v. 2, p. 94.

<sup>502</sup> Art. 55 do CPC/1973 (no capítulo que trata também do litisconsórcio, de forma separada da intervenção de terceiros) e art. 123 do novo CPC (no título que trata da intervenção de terceiros).

<sup>503</sup> Art. 472 do CPC/1973 e 506 do novo CPC.

De regra, a assistência é limitada ao auxílio da defesa das teses aventadas por uma das partes, autor ou réu, de acordo com o interesse jurídico do assistente, não havendo ampliação do objeto do processo. Todavia, a assistência pode ampliar o debate travado entre as partes, dentro dos limites objetivos da demanda, e trazer informações para melhor conhecimento da causa pelo magistrado.<sup>504</sup>

Pode-se imaginar a possibilidade de utilização da assistência, então, como mecanismo para auxiliar a defesa de determinada tese jurídica em casos de demandas repetitivas, pois vários processos ficam suspensos e as partes, não podendo atuar como *amicus curiae*, por não terem representatividade, e podendo apresentar sua manifestação apenas em audiência pública ou apresentação de memoriais em um determinado momento do processo, teriam interesse em acompanhar mais de perto e influenciar o trâmite do incidente ou o processamento do recurso.

Apesar da objetivação do julgamento que ocorre nesses casos, existem sempre teses jurídicas distintas que conflitam e podem existir argumentos que as corroborem que não foram pensados pela Corte ou não constam no pedido de instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas ou nos recursos representativos da controvérsia selecionados. Assim, seria útil que, dentro das possibilidades práticas e da razoabilidade e respeitado o equilíbrio entre os direitos fundamentais envolvidos, as partes dos processos sobrestados tivessem a possibilidade de acompanhar o procedimento que afetará o julgamento da sua demanda.

Dessa forma, os atuais instrumentos processuais podem ser adaptados para corresponder a uma ideia mais coletiva de processo, que tem seus efeitos ampliados, se forem adequadamente flexibilizados e moldados sob um aspecto democrático.

---

<sup>504</sup> BUENO, C. S. *Amicus curiae no Processo Civil Brasileiro*, p. 421.

## 7. A REPLICABILIDADE DAS DECISÕES

### 7.1. A PRETENSÃO DE UNIVERSALIZABILIDADE

#### 7.1.1. A racionalidade e estabilidade da jurisprudência

Os mecanismos de decisão conjunta de interesses semelhantes e as formas de participação no processo encontram justificativa teórica na ideia de uniformização de jurisprudência, estabilidade, integridade e coerência, características mencionadas no art. 926 do novo CPC. Com efeito, a ideia de segurança jurídica, previsibilidade e solução jurídica igual para casos que possuem elementos essenciais, de fato e de direito, iguais exige uma sistemática de vinculação das decisões, que é inspirada no sistema de *common law* norte-americano.

Assim, para que a atuação judicial contribua para a definição do Direito e conformação das normas aos casos concretos, exige-se a estabilidade e consistência das decisões do Judiciário. Por isso, a argumentação utilizada pelos magistrados e o embate discursivo travado entre as partes devem ser informados pela razoabilidade, em sentido objetivo de prudência na solução prática do litígio, e imparcialidade, de modo que o mesmo raciocínio possa ser replicado em casos análogos, em que estejam presentes os mesmos elementos fáticos e jurídicos determinantes daquela decisão.<sup>505</sup>

Conforme afirma Neil MacCormick,

Isso não depende de qualquer doutrina ou prática de seguir precedentes. Ao contrário, a racionalidade do sistema de precedentes depende dessa propriedade fundamental da justificação normativa, dentro de qualquer moldura justificatória: sua universalizabilidade. Qualquer compromisso com a imparcialidade entre diferentes indivíduos e diferentes casos exige que os fundamentos para o julgamento neste caso sejam tidos como repetíveis em casos futuros.<sup>506</sup>

---

<sup>505</sup> MACCORMICK, N. *Retórica e o Estado de Direito*, p. 218-227.

<sup>506</sup> MACCORMICK, N. *Retórica e o Estado de Direito*, p. 120.

A observância das decisões anteriormente formuladas, portanto, é uma necessidade de racionalidade e eficiência do sistema judicial que contribui para a segurança jurídica dos jurisdicionados, na medida em que acrescentam previsibilidade ao processo interpretativo das leis elaboradas pelo Legislativo.

A não aplicação de uma interpretação que prevalece no sistema é possível, mas exige um ônus argumentativo igualmente razoável e também com características de universalizabilidade. Ou seja, a alteração da interpretação em razão da mudança da sociedade ou diante de um caso que contenha alguma peculiaridade relevante é obviamente possível, e até desejável, mas isso fica sujeito a um ônus argumentativo relevante que seja capaz de demonstrar a racionalidade e coerência da decisão e não surpreenda os jurisdicionados com a alteração abrupta de uma norma que, até então, era confiável.

A coerência da justificação da decisão judicial com o ordenamento jurídico, a axiologia social e as circunstâncias de fato não é suficiente por si mesma, devendo ser complementadas por uma responsabilidade epistêmica,<sup>507</sup> de modo a manter o que foi decidido, em razão de sua coerência, em situações similares,<sup>508</sup> o que envolve a racionalidade na aplicação do Direito pelo Judiciário<sup>509</sup> e a consciência de que esse mesmo raciocínio será potencialmente replicado em casos posteriores.

A fundamentação das decisões deve considerar não apenas a solução do caso atual que se apresenta ao Judiciário, mas deve ser exposta “em termos de uma proposição jurídica aceitável que cubra o presente caso e seja, portanto, disponível para outros casos semelhantes”.<sup>510</sup>

É essa universalizabilidade que garante a racionalidade, coerência e real previsibilidade, de modo que todo sistema que seja fiel ao Estado de Direito está obrigado a adotá-la.<sup>511</sup> Por isso, a imperiosidade de coerência entre as decisões judiciais não é algo restrito ao sistema de *common law*, que trabalha há muito tempo com a ideia de precedentes<sup>512</sup> – embora seja, talvez, mais evidente nesse sistema –, ao contrário, é exigência de todo sistema jurídico que se pretenda racional e é o que, diante da indeterminação e da permanente necessidade de debate sobre o sentido

<sup>507</sup> AMAYA, Amália. Coherence, evidence, and legal proof, p. 24.

<sup>508</sup> AMAYA, A. Coherence, evidence, and legal proof, p. 21.

<sup>509</sup> MARINONI, L. G. Cultura e previsibilidade do Direito, p. 2.

<sup>510</sup> MACCORMICK, N. *Retórica e o Estado de Direito*, p. 137-138.

<sup>511</sup> PEREIRA, P. P. *Legitimidade dos precedentes*, p. 108-112.

<sup>512</sup> É importante observar que a ideia de precedentes constitucionais surge nos Estados Unidos justamente quando se percebe a possibilidade de dúvidas e divergências interpretativas. MARINONI, L. G. Cultura e previsibilidade do Direito, p. 3.

das normas jurídicas, pode garantir uma maior aproximação da segurança e previsibilidade jurídicas.

Nesse sentido, existe a necessidade de observância das decisões anteriores que resolveram casos semelhantes e das que resolveram questões jurídicas semelhantes e frequentes no Judiciário.<sup>513</sup> Ainda que o precedente seja interpretativo, como ocorre com os recursos extraordinário e especial repetitivos e nas ações diretas, é muito relevante observá-los no direito brasileiro diante de sua utilidade operacional e garantia de igualdade e segurança jurídica.

É importante mencionar que o instituto da coisa julgada, ainda quando *erga omnes*, não seria suficiente para atingir esses mesmos resultados vinculativos, pois, além de ter finalidade diversa, é limitada ao dispositivo da decisão.<sup>514</sup> A aplicação das matérias já julgadas através daqueles mecanismos mencionados no Capítulo 5 não deve ficar restrita ao resultado do julgamento – parte dispositiva da decisão – nem apenas aos fundamentos de mérito necessários à solução do caso concreto, mas abranger todas as questões efetivamente decididas pelo tribunal que foram necessárias para chegar àquela conclusão.<sup>515</sup>

Assim, a estabilidade da interpretação apenas pode ser compreendida como continuidade jurídica, no sentido de serem permitidas alterações consistentes de entendimento para constante adaptação das normas, mas apenas na medida em que respeitadas a segurança jurídica e as legítimas expectativas sociais.<sup>516</sup> As várias possibilidades de solução razoável para os casos repetitivos devem ser selecionadas e fixadas com vistas à função estabilizadora do Direito, que guiará futuros intérpretes na resolução de casos iguais ou semelhantes,<sup>517</sup> embora fique sujeita a verificações de adequação subsequentes.<sup>518</sup>

---

<sup>513</sup> MARINONI, L. G. Uma nova realidade diante do projeto de CPC, p. 830.

<sup>514</sup> MARINONI, L. G. Uma nova realidade diante do projeto de CPC, p. 856.

<sup>515</sup> MARINONI, L. G. Uma nova realidade diante do projeto de CPC, p. 839-842.

<sup>516</sup> CABRAL, A. do P. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*, p. 313-314.

<sup>517</sup> Com a ideia de replicação da decisão para solução de casos iguais, pretende-se referir, principalmente, aos casos repetitivos decorrentes de uma mesma situação fática, que poderiam ser identificados como direitos individuais homogêneos. Já os casos semelhantes seriam aqueles em que, embora decorrentes de situação fática diversa, permitem a identificação de elementos essenciais comuns, como no caso da jurisprudência que entende ser devida indenização por danos morais em casos de falecimento de familiar em acidente de trânsito.

<sup>518</sup> HESPANHA, A. M. *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático*, p. 280.



Com isso, configura-se um aspecto objetivo da segurança jurídica,<sup>519</sup> verificável pela estabilidade da jurisprudência, que ganha relevância com a ideia de vinculação das decisões judiciais de casos anteriores à argumentação e solução de casos posteriores.

### 7.1.2. A segurança jurídica

A segurança jurídica dos cidadãos tem, então, uma correspondência com a necessidade de coerência na posição do Estado, independentemente do órgão que a expressa.

Com a consciência de que o Direito tem natureza lógico-argumentativa e que são as razões de decidir que conectam as normas ao mundo empírico – o que demonstra que a ciência jurídica está em constante desenvolvimento –, a segurança jurídica assume um sentido que não está ligado apenas à lei, como ocorria no Estado Legislativo, mas principalmente à “controlabilidade semântico-argumentativa” e “garantia de respeito” ao Direito como um todo.<sup>520</sup> Assim, a decisão judicial deve ser vista “*não só como um meio de solução de determinado caso concreto, mas também como um meio para promoção da unidade do direito*”.<sup>521</sup>

Nesse momento, percebe-se que a racionalidade e a previsibilidade possíveis não estão apenas na universalidade da legislação, mas são garantidas igualmente pela universalizabilidade das razões justificadoras da decisão judicial, característica que possui certa rigidez e estabilidade, mas não dispensa nem ignora uma análise da pluralidade do caso concreto e da atualização normativa coerente com o desenvolvimento social.

A estabilidade da jurisprudência e o maior esforço argumentativo dos Tribunais e das partes trazem a possibilidade de melhor previsão da atuação judicial, tanto em um aspecto subjetivo, de segurança jurídica, quando em um aspecto

---

<sup>519</sup> Antonio do Passo Cabral menciona que a proteção da confiança incide nas relações entre Estado e indivíduo, atuando como direito de defesa contra aquele, e a continuidade abrange também as relações entre indivíduos, podendo ser oposta também a esses. CABRAL, A. do P. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*, p. 320.

<sup>520</sup> MITIDIERO, D. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*, p. 20.

<sup>521</sup> MITIDIERO, D. Precedentes, jurisprudência e súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro, p. 2.

processual e econômico, evitando ações cuja matéria já foi analisada pelo Judiciário e já se conhece o resultado.<sup>522</sup>

É curioso observar que nossa legislação busca a satisfação do ideal de segurança jurídica – com seus consectários de previsibilidade, uniformidade e estabilidade – com a importação de um sistema que, contraditoriamente, depende em grande parte de argumentação e vê no sistema continental europeu uma estrutura hierárquica bastante rígida<sup>523</sup> – que é o que deveria garantir a segurança jurídica desejada.

De qualquer forma, o problema não é alterar o padrão de processo em busca de decisões mais uniformes, mas não adaptar as características que legitimam a atuação judicial e lhe atribuem competência para a decisão de casos concretos e para a definição de direitos.<sup>524</sup>

## 7.2. A VINCULAÇÃO DOS CASOS POSTERIORES

### 7.2.1. O julgamento liminar de improcedência

Em uma sociedade em que existem relações massificadas é natural que existam, também, ações judiciais em massa. Muitas demandas possuem relação com o mesmo fato, são derivadas de uma mesma causa ou são pretensões com o mesmo fundamento de direito e, não raro, esses pleitos, quando adentram o Judiciário de forma individual, recebem respostas estatais diversas, sem que se demonstre o motivo pelo qual isso ocorre.

<sup>522</sup> TARUFFO, M. Le funzioni delle corti supreme tra uniformità e giustizia, p. 28.

<sup>523</sup> KOMÁREK, Jan. Reasoning with previous decisions, p. 11. O autor faz a observação de que “Cortes francesas (ou italianas) são muito menos flexíveis que as outras Cortes discutidas aqui” (tradução livre), porque, no sistema de *civil law*, consideramos a importância da decisão anterior de acordo com a autoridade de quem a proferiu e com o que consta da ementa, sem discutir se o caso concreto efetivamente se enquadra no que foi decidido previamente – embora existam ementas para vários posicionamentos, o sistema que não permite discussão sobre os fatos do caso anterior parece efetivamente mais rígido. Por outro lado, há quem veja o sistema de precedentes como extremamente rígido e autoritário por ser “um modelo piramidal no qual apenas o vértice pode ‘dizer o direito’, de forma vinculante a todos e *once and forever*”. TARUFFO, Michele. Le funzioni delle corti supreme tra uniformità e giustizia, p. 36. Tradução livre.

<sup>524</sup> FISS, O. M. The forms of justice, p. 51.

Não é recente a preocupação com a dispersão desses conflitos e com a divergência das soluções jurídicas. Desde o Código de Defesa do Consumidor, com maior notabilidade, pretende-se unir em uma mesma ação os direitos individuais que admitem solução conjunta e análoga.<sup>525</sup> Apesar da possibilidade de tutela coletiva, ainda existem muitas ações semelhantes que são ajuizadas individualmente.

Esses casos são tratados pelo Código de Processo Civil como causas repetitivas, como mencionado no capítulo anterior, e as decisões proferidas nos incidentes, pela sua universalizabilidade, serão replicadas nas demais causas, seja no julgamento da demanda de forma vinculada à decisão proferida naqueles incidentes, no impedimento de tramitação de demandas ou no impedimento do processamento de recursos.

Para evitar o dispêndio de custos e tempo em todas as causas semelhantes, o art. 285-A do CPC/1973 prevê que a ação repetitiva seja julgada improcedente antes da citação do réu, caso a matéria controversa seja unicamente de direito e já tenham sido proferidas, no juízo e em casos idênticos, sentenças anteriores no mesmo sentido.<sup>526</sup> Essa previsão legal, introduzida pela Lei 11.277/2006, permite uma tutela jurisdicional tendencialmente mais uniforme, mas seu principal objetivo é a celeridade da prestação jurisdicional com base na experiência do magistrado em sua atividade judicante.

A doutrina passou a defender que esse regramento não poderia ser aplicado quando os Tribunais de hierarquia superior tivessem jurisprudência em sentido contrário, pois então a celeridade pretendida com o julgamento liminar não teria efeitos concretos, uma vez que haveria desrespeito à hierarquia judiciária e, apresentado recurso pela parte, o processo retornaria ao primeiro grau para prosseguimento de seu trâmite.<sup>527</sup>

---

<sup>525</sup> A legislação consumerista denomina de direitos individuais homogêneos, espécie dos direitos coletivos *lato sensu*, aqueles decorrentes de origem comum, autorizando sua tutela coletiva. Art. 83 e ss. do Código de Defesa do Consumidor.

<sup>526</sup> Contra o dispositivo, foi ajuizada a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3695-5 pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a qual ainda aguarda julgamento. Todas as manifestações ocorridas no processo – a Presidência da República, o Ministério da Justiça, o Senado Federal, a Advocacia-Geral da União, a Procuradoria-Geral da República – foram no sentido do julgamento de improcedência da ação direta e reconhecimento da constitucionalidade da norma.

<sup>527</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil II*, p. 66. Nesse sentido, também já decidiu o Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos Recursos Especiais nº 1.109.398 e nº 1.279.570.

O novo Código de Processo Civil não autoriza que decisões de primeira instância possam acarretar o julgamento de improcedência antes da citação, prevendo outras decisões paradigmas que podem dar ensejo à improcedência liminar do pedido, em seu art. 332: “I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local”.

Dessa forma, ainda que não de forma obrigatória, mas de modo bastante contundente, as decisões tomadas pelos Tribunais de hierarquia superior podem ser aplicadas pelo magistrado de primeiro grau para julgar improcedente uma demanda assim que ela for proposta, impedindo a tramitação de uma ação cujo resultado já se sabe, de antemão, que será negativo.

Com isso, uma ação individual que contenha uma discussão a respeito de algo que já foi analisado pelo Judiciário, no âmbito de processos com efeitos ampliados, não terá oportunidade de seguir seu curso, nem de questionar a tese fixada, em nome da uniformidade dos julgamentos.

### 7.2.2. A restrição de acesso aos Tribunais

As decisões que vinculam juízos inferiores e os magistrados em casos posteriores também impedem a análise de recurso pelo Tribunal e ou permitem o julgamento monocrático.

O recurso de apelação, por exemplo, não é admitido quando “a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”.<sup>528</sup> Na nova legislação, o juízo de primeiro grau deve remeter o recurso ao Tribunal independentemente de análise de admissibilidade<sup>529</sup> e a conformidade ou não da decisão impugnada com a orientação fixada em decisões

---

<sup>528</sup> Art. 518, §1º, do CPC/1973.

<sup>529</sup> Art. 1.010, §3º, do novo CPC.

vinculantes é matéria de mérito, que permite o julgamento monocrático do recurso, como se verá a seguir.

Ainda no que diz respeito à admissibilidade de processos em segundo grau de jurisdição, consoante o art. 475 do CPC/1973, não haverá reexame necessário quando “a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente”. No novo CPC, as decisões do plenário Supremo Tribunal Federal e as súmulas de Tribunal Superior também afastam a necessidade de reexame necessário,<sup>530</sup> acrescentando que a remessa obrigatória também não ocorrerá quando a sentença for fundamentada em julgamento de Recursos Extraordinário e Especial repetitivo, julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência ou estiver de acordo com “orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público”.<sup>531</sup>

Ultrapassada a fase de admissibilidade do recurso, o art. 557 do CPC/1973, incluído pela Lei 9.756/1998, permite que o relator dos recursos, monocraticamente, negue seguimento “a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”, ou dê provimento, também monocraticamente, se a decisão impugnada estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante de Tribunais Superiores (§1º). Se a decisão estiver em conformidade com súmula de Tribunal Superior, o juiz de primeiro grau pode nem receber o recurso.<sup>532</sup>

No novo CPC, autorizam o julgamento monocrático nos Tribunais, tanto para dar provimento ao recurso quanto para negar, os enunciados de súmula do próprio Tribunal e dos Tribunais Superiores, o julgamento de Recursos Extraordinário e Especial repetitivos e de incidente de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência.<sup>533</sup>

---

<sup>530</sup> Art. 475, §3º, do CPC/1973.

<sup>531</sup> Art. 496, §4º, do novo CPC.

<sup>532</sup> Art. 518, §1º, do CPC/1973.

<sup>533</sup> Art. 932. Incumbe ao relator: (...) IV – negar provimento a recurso que for contrário a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio Tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; V – depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio Tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal

Destaque-se que a ausência de aplicação de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem explicar a distinção entre os casos ou superação do entendimento, é causa de nulidade da decisão por ausência de fundamentação.<sup>534</sup>

Além do julgamento liminar de improcedência de ações repetitivas e da restrição aos recursos contra decisões que estão em conformidade com entendimentos já pacificados nos Tribunais, o cabimento de reclamação diretamente ao órgão competente reitera o potencial de vinculação das decisões posteriores.

### 7.2.3. A reclamação

Atualmente, a reclamação tem previsão na Constituição Federal para preservação da competência e garantia de autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça,<sup>535</sup> e para observância e adequada aplicação das Súmulas Vinculantes.<sup>536</sup> Sua regulamentação é feita pelos regimentos internos desses Tribunais<sup>537</sup> e as hipóteses concretas em que é cabível esse mecanismo de controle são definidas pela jurisprudência.<sup>538</sup>

No novo CPC, existe disciplina própria para a reclamação, nos arts. 988 e seguintes, que poderá ser proposta perante qualquer Tribunal para preservar sua competência, garantir autoridade de suas decisões, garantir a observância de súmula vinculante e de decisão do STF proferida em controle concentrado de constitucionalidade e de acórdãos referentes ao julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência. É importante observar que a redação original do novo CPC, aprovada em 2015, permitindo a reclamação para garantir a observância de acórdãos proferidos no julgamento de

---

Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência”

<sup>534</sup> Art. 489, §1º, VI, do novo CPC.

<sup>535</sup> Art. 102, I, I, e art. 105, I, f, da Constituição Federal.

<sup>536</sup> Art. 103-A, §3º, da Constituição Federal.

<sup>537</sup> Arts. 156 e ss. do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e arts. 187 e ss. do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

<sup>538</sup> A respeito da ampliação ou restrição do cabimento da reclamação, ver CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. A reclamação no novo CPC – fim das limitações impostas pelos tribunais superiores ao cabimento? *Revista de Processo*, v. 244, p. 347-358, jun. 2015.

todos os casos repetitivos – abrangendo, portanto, Recursos Extraordinário e Especial repetitivos<sup>539</sup> – foi alterada, admitindo-se a reclamação nesses casos apenas quando esgotadas as instâncias ordinárias.<sup>540</sup>

Tal previsão decorre logicamente da atribuição de eficácia vinculante a essas decisões.

#### 7.2.4. O risco de engessamento das teses vinculantes

Com a possibilidade de que as decisões judiciais vinculem a solução de casos posteriores de forma tão significativa a ponto de restringir ou até impedir o seu processamento perante o Judiciário, evidencia-se a necessidade de que a discussão das matérias não fique restrita apenas às partes, mas inclua vários pontos de vistas, “ainda que não possuam interesse ou relação direta com o objeto do processo em que se manifestam”.<sup>541</sup> Esse é um dos motivos pelos quais a participação dos interessados naqueles mecanismos de unificação de entendimentos dos Tribunais é extremamente relevante e necessária.

A adequada participação, naquela sede, além dos benefícios mencionados acima a respeito do debate democrático e conhecimento da situação fática, pode significar redução de demandas posteriores que conteriam o mesmo discurso e o debate das mesmas teses. Com isso, ganha-se tanto em legitimação democrática da decisão vinculante quanto em posterior economia de recursos.

Todavia, mesmo com a ampliação de participação naqueles instrumentos processuais, a estabilidade das decisões gerada com as previsões dos arts. 332 (julgamento liminar de improcedência), 932 (julgamento monocrático nos tribunais) e 988 e ss. (reclamação) chega a ser temerária, pois a discussão em casos posteriores fica completamente impedida.

---

<sup>539</sup> Art. 988, IV, c/c art. 928 do novo CPC.

<sup>540</sup> Consta da Lei 13.256/2016, que alterou o §5º do art. 988 do novo CPC: “§5º É inadmissível a reclamação: I - proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada; II - proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.”

<sup>541</sup> CABRAL, A. do P. Pelas asas de Hermes, p. 12.

As novas ações propostas que não se mostrarem, de plano, diferentes do caso repetitivo serão julgadas liminarmente improcedentes se a solução vinculante for contrária aos autores – havendo possibilidade de discussão apenas se o entendimento fixado for prejudicial ao réu. O recurso da sentença liminar de improcedência, igualmente, não teria chances significativas de prosperar, podendo ser negado provimento monocraticamente.

A possibilidade de revisão das teses fixadas permitiria que os novos litigantes discutissem a questão já decidida ou, ao menos, demonstrassem a distinção do seu caso.<sup>542</sup> Contudo, no que diz respeito ao incidente de demandas repetitivas, por exemplo, a previsão do art. 986 do novo CPC deixa o manuseio da decisão do incidente ainda mais rígida, ao permitir que a revisão apenas seja provocada de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública. Na disciplina do incidente de assunção de competência (art. 947 do novo CPC), dos recursos extraordinários repetitivos (art. 1.036 a 1.041 do novo CPC), das súmulas e de precedentes não há previsão da forma como deve ser feita a revisão da tese.

As partes de processos em que se discute a mesma questão jurídica, em razão da forte vinculação à decisão, têm evidente interesse em requerer a revisão do entendimento.<sup>543</sup> É claro que a possibilidade irrestrita de revisão uma decisão que deve unificar o entendimento do Tribunal não é adequada por extrapolar as finalidades do instituto, mas uma legitimidade tão limitada de questionamento também não corresponde às funções que o Judiciário deve desempenhar na solução adequada de conflitos concretos. Da forma como previsto no novo CPC, os interessados serão obrigados a provocar os magistrados, que são vinculados às decisões, para que atuem de ofício, ou o Ministério Público ou a Defensoria Pública para que adotem as medidas necessárias, apenas transferindo o debate para outro órgão público.

É imperativo, portanto, que, além de ampliação do debate durante os incidentes, haja também maior oportunidade de discussão posterior, com a

---

<sup>542</sup> MARINONI, L. G. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos, p. 402.

<sup>543</sup> MENDES, A. G. de C.; TEMER, S. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil, p. 26.



legitimação de mais pessoas para requerer a revisão do entendimento,<sup>544</sup> ou com flexibilidade da vinculação quando houver indícios da razoabilidade de uma nova discussão.

É necessário manter a perspectiva democrática nos processos individuais posteriores, ainda que observada a adequada participação na formação da decisão vinculante.<sup>545</sup>

Nesse sentido, deve ser destacado que o disposto no art. 508 do novo CPC, similar ao art. 474 do CPC/1973, além de tratar da coisa julgada, que não se confunde com a vinculação da fundamentação, apenas pode ser aplicado entre as partes do processo individual, não se presumindo deduzidas e repelidas as teses que não foram analisadas pelos Tribunais no julgamento dos incidentes. Isso porque a vinculação ocorre a respeito das teses e dos argumentos que foram efetivamente analisados pelo Tribunal para fixação de seu entendimento.

Tal situação indica que deve ser observado o devido processo civil democrático tanto no âmbito do processo prévio às decisões vinculantes, para buscar a melhor solução para o caso analisado, quanto em momento posterior, na aplicação do entendimento fixado pelo Tribunal, para que a solução conferida aos casos seja consistente. A atribuição de efeitos vinculantes às decisões judiciais não dispensa a necessidade de avaliação dos casos concretos a que elas serão aplicadas nem pressupõe que aquela solução será válida por tempo indefinido, independentemente das alterações sociais.

Há necessidade de observar a devida participação e abertura para rediscussão para que o sistema não acabe sendo engessado por essa busca de coerência e para que, com a consciência da inadequação de um sistema que fornece respostas diferentes à solução de casos semelhantes, não caminhemos em direção a um enrijecimento normativo.

### 7.3. (IM)POSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO

---

<sup>544</sup> Poderiam ser legitimados, por exemplo, as entidades representativas de grupos de interesses e os órgãos de classe, como a OAB, ou permitir o pedido de revisão que fosse assinado por um determinado número de advogados.

<sup>545</sup> Conforme dispõem os arts. 10 e 927, §1º, do novo CPC.

### 7.3.1. O acesso à justiça e o dia na Corte – a representação argumentativa

Em razão do princípio do contraditório, existe sempre a necessidade de participação dos indivíduos nos processos judiciais que têm a potencialidade de afetá-los. Ainda que limitado, pois o contraditório irrestrito inviabiliza o processo judicial, as pessoas têm o direito de participar de um processo que terminará por definir a norma aplicável a um caso que a afeta diretamente. Se o Estado está autorizado a estabelecer um sistema de decisões vinculantes em nome de maior eficiência e uniformidade de sua atividade jurisdicional, os direitos fundamentais de participação e contraditório exigem que o processo que propicia tais decisões deve ser o mais adequado e democrático possível.<sup>546</sup>

Pode-se imaginar que a decisão que é replicada em casos análogos, vedando a tramitação ou restringindo o sistema recursal, impede o acesso à justiça e o devido contraditório. Por um imperativo de racionalidade do sistema judicial e garantia de previsibilidade e de estabilidade, todavia, a adoção de um sistema que vincula a solução de casos concretos semelhantes a uma mesma decisão é legítima quando considera e permite a abertura do procedimento a formas variadas de participação.

Nesse sentido, a garantia de acesso à justiça pode ser atendida quando a decisão judicial aprecia todos os argumentos da parte, ainda que não tenha sido proferida diante do seu caso particular. A relevância da argumentação para o desempenho da atividade judicial e a necessidade de debate deliberativo para a construção do processo permitem considerar como representação argumentativa as teses discutidas em casos anteriores quando englobam os fundamentos apresentados pela parte em litígio semelhante posterior. Assim, existe uma forma de democracia deliberativa que pode e deve ser legitimamente exercida perante o Judiciário, baseada nos elementos que constituem a atividade interpretativa das normas e o modo de atuação judicial.

Em relação às demandas repetitivas, é sabido que os fundamentos da decisão são repetidos pelos juízos, de modo que a aplicação de uma mesma

---

<sup>546</sup> BONE, R. G. Rethinking the “day in court” ideal and nonparty preclusion, p. 258.

decisão a todos os casos não altera significativamente o método já utilizado pelos magistrados e traz o benefício de ser mais célere.

Também não há que se falar em desrespeito ao duplo grau de jurisdição quando as decisões vinculantes restringem o acesso aos Tribunais. Considerável parte da doutrina afirma que não se trata de um princípio implícito na Constituição, decorrente da estrutura judiciária, ou, ao menos, não possui natureza absoluta, haja vista que há previsões constitucionais definindo a competência originária de Tribunais Superiores, inclusive do Supremo Tribunal Federal, sem previsão de recurso para outra instância (por exemplo, art. 102, I, da Constituição Federal). Essa é a tese que vem sendo adotada pelo STF.<sup>547</sup>

De toda forma, os princípios constitucionais, como todos os princípios, admitem ponderação, de modo que tais garantias podem ser parcialmente afastadas em prol da celeridade e isonomia processual. Se já existiam dogmas do processo civil individual que estavam sendo flexibilizados, esse movimento se acentua com o novo CPC e com a determinação de efeitos vinculantes a decisões proferidas em várias sedes. Existem vários mecanismos que impedem a rediscussão das questões relativas ao conflito não apenas para as partes originalmente envolvidas na demanda, mas para todos aqueles que se encontrarem em situações semelhantes,<sup>548</sup> o que demonstra a relativização ou, ao menos, uma flexibilização e uma nova atribuição de sentido ao princípio do contraditório e dos efeitos da sentença.<sup>549</sup>

O procedimento deve ser avaliado em conformidade com sua real utilidade e impacto na realização dos direitos fundamentais, tanto dentro do processo, quanto em relação ao sistema judicial como um todo e à sociedade.<sup>550</sup> A restrição ao contraditório e ao acesso à justiça deve ser analisada nos casos concretos a partir

---

<sup>547</sup> AI 601832 AgR, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 17/03/2009; AI 513044 AgR, Relator(a): Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 22/02/2005; RE 356287, Relator(a): Min. Moreira Alves, Primeira Turma, julgado em 19/11/2002.

<sup>548</sup> Nesse sentido, o julgamento liminar de improcedência e o impedimento de acesso aos Tribunais, como mencionado no capítulo anterior.

<sup>549</sup> É importante mencionar que a relativização de alguns dogmas tradicionais não acarretará a relativização da democracia ou do devido processo legal, caso sejam adequadamente observadas as situações em que é legítimo pressupor que a questão já foi intensivamente discutida perante o Judiciário diante de uma mesma circunstância empírica. A respeito dos efeitos da sentença, Luiz Guilherme Marinoni esclarece que “o princípio do deduzido e do dedutível apenas serve para delimitar a coisa julgada material, que diz respeito à segurança jurídica entre as partes de um mesmo litígio, nada tendo a ver com a *ratio decidendi*, que objetiva assegurar a todo e qualquer jurisdicionado igualdade de tratamento perante o juiz.” MARINONI, L. G. Uma nova realidade diante do projeto de CPC, p. 848.

<sup>550</sup> BONE, R. G. Rethinking the “day in court” ideal and nonparty preclusion, p. 212.

da argumentação utilizada e, quando indevida, deve ser oportunizada a manifestação da parte – seja no curso do processo que pode gerar uma decisão vinculante, seja posteriormente, em sua impugnação.

Isso porque os efeitos das decisões nas esferas jurídicas individuais não possuem o mesmo impacto fático e normativo, alguns podendo gerar preocupações maiores que outros no que diz respeito à qualidade do resultado ou ao direito individual de contraditório.<sup>551</sup> Além disso, o acesso à justiça e a participação têm papel fundamental no processo civil, mas podem ser valorados de formas diferentes em contextos cambiantes,<sup>552</sup> de modo que a solução de demandas repetitivas com força vinculante não pode ser adequadamente compreendida no âmbito do processo individual.

É importante perceber que, provavelmente, a ausência de participação de determinada pessoa no procedimento anterior não será suficiente para afastar a decisão que a vincula se os seus argumentos tiverem sido adequadamente representados e analisados pelo Tribunal, mas direitos substanciais e as consequências materiais do contraditório poderiam justificar a necessidade de um tratamento individualizado.<sup>553</sup> Ainda, a depender da coesão de determinado grupo de interesses, uma pessoa vai ter maior ou menor direito de ter manifestação individual,<sup>554</sup> sempre de acordo com a situação material específica.

O tipo de instrumento de participação a ser utilizado – conforme decisão da Suprema Corte Norte-americana no caso *Mathew v. Eldridge*, que pode ser utilizada como sugestão para o sistema brasileiro – demanda consideração a respeito do interesse privado atingido pela decisão da Corte, do risco de uma negativa errônea de processamento, do valor de um novo processo e do interesse governamental, incluindo o custo de um processo a mais.<sup>555</sup> A escolha da forma de participação e de

---

<sup>551</sup> BONE, R. G. Personal and impersonal litigative forms: reconceiving the history of adjudicative representation, p. 306.

<sup>552</sup> FISS, O. M. The allure of individualism, p. 978.

<sup>553</sup> BONE, R. G. Rethinking the “day in court” ideal and nonparty preclusion, p. 263. O autor ainda afirma: “Se as partes não intervêm em uma ação geral e não existe nenhuma razão instrumental para o novo litígio, segue-se a preclusão como uma questão natural” (BONE, R. G. Rethinking the “day in court” ideal and nonparty preclusion, p. 271. Tradução livre. Para melhor compreensão, menciona-se também no original: “If limited partners do not intervene in the general partner’s suit and there is no outcome-oriented reason for relitigation, preclusion should follow as a matter of course”).

<sup>554</sup> BURCH, E. C. Procedural justice in nonclass aggregation, p. 13.

<sup>555</sup> SOLUM, L. B. Procedural justice, p. 253 e ss.

representação não é apenas quantitativa, mas qualitativa<sup>556</sup> e pode significar diferenças substanciais no conteúdo e efetividade da decisão.

Assim, no nosso ordenamento, o direito de ação deve ser interpretado em conjunto com a garantia do contraditório, que, em determinados casos, tem ligação mais com a substância do que está sendo discutido – argumentação – do que propriamente com o direito de ajuizar uma ação ou, de alguma forma, comparecer diante do Judiciário para defender um posicionamento. Não é razoável que o Judiciário tenha que se submeter a um interesse individual quando as argumentações levantadas pela parte já foram por ele analisadas em casos iguais ou semelhantes.<sup>557</sup> A função constitucional da atividade judicial, o número de demandas e o direito de participação de outras pessoas exige que o contraditório seja combinado com a proporcionalidade pan-processual<sup>558</sup> e com a razoabilidade prática de seu exercício. Reitere-se que essas observações apenas podem ser avaliadas concretamente a partir dos argumentos levantados pelas partes e dos argumentos analisados e considerados na decisão vinculante.

Isso significa que o direito de ação e ao contraditório são também atendidos quando o interesse do indivíduo, suas teses e seus argumentos – considerando todos os aspectos fáticos relevantes e a situação jurídica – já foram analisados pelo Judiciário. De modo que tais direitos podem ser considerados satisfeitos se houver adequada representação, o que significa que, ainda que o contraditório e o acesso à justiça não sejam exercidos de forma pessoal, o processo pode ser legítimo do ponto de vista democrático.

---

<sup>556</sup> NIGRO, M. Il nodo della partecipazione, p. 232.

<sup>557</sup> No que diz respeito ao exame de constitucionalidade, quando uma lei é declarada inconstitucional existe vinculação do julgamento em relação a outras leis que tenham conteúdo de fundo constitucional igual. Nesse sentido: “II - Possibilidade de reconhecimento de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público pelos órgãos fracionários dos Tribunais, com base em julgamentos do plenário ou órgão especial que, embora não guardem identidade absoluta com o caso em concreto, analisaram matéria constitucional equivalente.” (STF, RE 571968 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 22/05/2012); “2. A aplicação do precedente não precisa ser absolutamente literal. Se, a partir do julgado, for possível concluir um posicionamento acerca de determinada matéria, já se afigura suficiente a invocação do aresto para afastar a vigência da norma maculada pelo vício da inconstitucionalidade, já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.” (STF, RE 578582 AgR, Rel. Min. Dias Tofoli, Primeira Turma, julgado em 27/11/2012).

<sup>558</sup> Em uma análise macroscópica, a proporcionalidade deve ser considerada “na relação externa dos processos ou, mais precisamente, na avaliação dos processos tomados em seu conjunto”. ARENHART, S. C. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção de direitos individuais homogêneos*, p. 35.

Como afirma Owen M. Fiss, “o que a Constituição garante não é um direito de participação, mas (...) um direito de representação: não um dia na Corte, mas o direito de ter seu interesse adequadamente representado”.<sup>559</sup>

É nesse sentido que os valores democráticos podem ser atendidos no âmbito das decisões vinculantes estabelecidas no art. 927 do novo CPC.

### 7.3.2. A representação de grupos de interesses

A importância da participação individual varia de acordo com o contexto e com a matéria que está sendo discutida,<sup>560</sup> podendo ser bastante útil, como parâmetro, a ideia de representatividade adequada das ações coletivas também no âmbito das ações individuais que possuem uma perspectiva mais ampla ou das ações que envolvem vários centros de interesses.

Isso porque, nas ações posteriores, os interesses e direitos possuem uma titularidade definida, mas serão vinculados a uma decisão anterior, da qual os titulares não participaram e, talvez, sequer tinham conhecimento. O juiz tem uma grande responsabilidade na identificação dos interesses que estão em jogo,<sup>561</sup> tanto para oportunizá-los a intervenção no procedimento em que será proferida decisão vinculante, quanto para avaliar em que medida as partes de cada processo individual estão efetivamente vinculadas.

Não haveria necessidade de trabalhar com a ideia de representação se fosse suficiente a qualidade do resultado da atuação judicial<sup>562</sup> – o que reitera a importância intrínseca e instrumental do processo judicial deliberativo. Se a qualidade do resultado fosse o único benefício a se considerar, deveria ser autorizada nova demanda sempre que houvesse a possibilidade de ser produzido um resultado melhor – e, para saber disso, então, todas as demandas posteriores deveriam ter sua tramitação autorizada para verificar se o resultado é melhor ou não.

---

<sup>559</sup> FISS, O. M. The allure of individualism, p. 970-971.

<sup>560</sup> BONE, R. G. Procedure, participation, rights, p. 104.

<sup>561</sup> FISS, O. M. The forms of justice, p. 41.

<sup>562</sup> BONE, R. G. The puzzling idea of adjudicative representation: lessons for aggregate litigation and class actions, p. 579.

Contudo, pensamos na representação em um aspecto processual, em razão do “dia na Corte” e do contraditório.

O direito de comparecer pessoalmente perante a Corte para discutir uma situação que afeta seus interesses, da mesma forma que o direito ao contraditório, sempre esteve muito ligado a uma ideia processual de participação, que valoriza intrinsecamente a iniciativa individual e a liberdade de escolhas, independentemente do impacto disso no resultado.<sup>563</sup>

Em um aspecto abstrato e ideal, o direito ao contraditório, à participação e, de uma forma mais ampla, de acesso à justiça, exigem a manifestação direta daqueles que são interessados em uma determinada demanda judicial. Por outro lado, em uma abordagem proporcional a outros direitos e concreta, a participação, eventualmente, deverá ser interpretada como direito de representação, no sentido de que a Constituição não garante a todos um “dia na Corte”, mas o direito de que seus interesses sejam adequadamente representados,<sup>564</sup> ainda que não exista um mecanismo que permita formalmente certificá-los como tal.

Porque não existe possibilidade de todos os indivíduos participarem individualmente, é necessário que existam formas de representação de seus interesses.<sup>565</sup>

A ideia constante das ações coletivas é possibilitar a proteção de direitos de titularidade ampla – direitos difusos e coletivos *stricto sensu* – ou de titularidade individual que se repetem de forma razoavelmente uniforme – direitos individuais homogêneos. A ampliação da participação tem em vista tanto a representação de grupos de interesses quanto a abertura do processo para pessoas que são afetadas pela decisão judicial. Nos casos das decisões vinculantes, embora não estejamos tratando de ações coletivas e nem se pressuponha, como regra, que o terceiro que intervém no processo tenha intenção de representar o grupo que possui interesses semelhantes aos seus, é necessário ter em vista em que medida uma decisão anterior pode, legitimamente, ser replicada a casos futuros.

---

<sup>563</sup> BONE, R. G. Rethinking the “day in court” ideal and nonparty preclusion, p. 205.

<sup>564</sup> FISS, O. M. Allure of individualism, p. 971.

<sup>565</sup> Luiz Guilherme Marinoni afirma que o Ministério Público deve atuar não apenas como fiscal da lei no incidente de resolução de demandas repetitivas, mas também como representante dos direitos individuais homogêneos, como autorizado pelas leis que disciplinam as ações coletivas. MARINONI, L. G. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos, p. 410-411.

Nas ações coletivas, o legitimado ativo coletivo<sup>566</sup> propõe-se como representante das pessoas que estão ausentes da ação e, como estas não têm um controle efetivo sobre a atuação processual, além dos requisitos objetivos estabelecidos na legislação, cabe ao magistrado averiguar se há efetiva preocupação da entidade na tutela dos interesses do grupo e dos membros ausentes e se há antagonismos ou conflitos de interesses internos, tanto em relação ao representante quanto em relação ao advogado.<sup>567</sup> Dessa forma, dever-se-ia analisar a reputação do representante, sua credibilidade, sua capacidade, seus conhecimentos técnicos e sua experiência sobre a matéria, dentre outros.<sup>568</sup>

Esses mesmos pressupostos devem ser atendidos quando há necessidade de representação de interesses de pessoas que são ausentes do processo judicial, por exemplo, quando o *amicus curiae* atua em defesa de um determinado posicionamento em audiências públicas ou apresentação de memoriais.

Evidentemente, nos casos em que há intervenção de um terceiro prejudicado ou de um assistente, não são os mesmos elementos que devem ser analisados, pois o terceiro atua em seu próprio nome.

É diferente, todavia, a representação que ocorre dos processos selecionados como paradigmas nas demandas repetitivas, que é uma representação dos posicionamentos processuais que as partes podem adotar, de seus argumentos e de suas teses.

É verdade que uma pessoa não pode ser obrigada a representar os interesses de outras pessoas contra a sua vontade ou sem que tenha ciência de sua responsabilidade. Contudo, seu litígio e suas teses podem ser os mesmos de outro indivíduo, notadamente se o advogado for o mesmo, de modo que a sua demanda acaba por representar todo um grupo de interesses, em sentido amplo.<sup>569</sup>

Nesses casos, é importante deixar claro, não se trata propriamente de representação de indivíduos, mas de interesses.<sup>570</sup> Isso significa que, para possibilitar o desenvolvimento prático de alguns litígios, o interesse de um indivíduo

---

<sup>566</sup> Art. 1º da Lei da Ação Popular (nº 4.717/1965), art. 5º da Lei da Ação Civil Pública (nº 7.347/1985) e art. 82 do Código de Defesa do Consumidor.

<sup>567</sup> GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 104 e 111.

<sup>568</sup> ROCHA, Luciano Velasque. *Ações coletivas*, p. 144.

<sup>569</sup> BONE, R. G. *Adjudicative representation*, p. 588.

<sup>570</sup> FISS, O. M. *The allure of individualism*, p. 972.



deve ser considerado adequadamente representado se sua tese foi analisada pelo Judiciário.

Se não houve representante da classe e a matéria não foi discutida antes, há o direito de litigar, em razão da garantia constitucional do contraditório. Se houve representação adequada, não há direito de relitigar, a não ser em casos excepcionais em que fique configurada alguma especificidade que exija observar o direito de participação de forma individual.

### 7.3.3. A preclusão da matéria

Em razão da restrição do contraditório futuro com os mecanismos de vinculação mencionados, observa-se que existe preclusão da discussão da matéria mesmo para aquelas pessoas que não participam do processo original, que nos remete à ideia norte-americana de *issue preclusion* (ou *collateral estoppel*). Nos Estados Unidos, a preclusão da matéria, seja de fato ou de direito,<sup>571</sup> impede que as mesmas questões sejam novamente discutidas em uma ação – individual ou coletiva – posterior, ainda que o litígio inclua apenas uma das partes da demanda originária (*nonmutual issue preclusion*).<sup>572</sup>

<sup>571</sup> MINZNER, M. Saving stare decisis, p. 609-610.

<sup>572</sup> A possibilidade de um terceiro impedir a rediscussão da matéria foi decidida nos casos *Bernhard v. Bank of America National Trust and Savings Association*, julgado pela Suprema Corte da Califórnia em 1942, e *Blonder-Tongue Laboratories Inc. v. University of Illinois Foundation*, decidido pela Suprema Corte Norte-Americana em 1971. MARINONI, L. G. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos, p. 404.

Apesar da aproximação dos institutos de um ponto de vista do devido processo legal e da garantia do “dia na corte”, a preclusão da matéria (*issue preclusion*) não se identifica com a sistemática dos precedentes (*stare decisis*). De acordo com Robert G. Bone, “o stare decisis permite ao juiz afastar-se da decisão anterior se ele acredita que a questão deve ser decidida de forma diferente, depois de dar o peso apropriado ao precedente. A preclusão da matéria não proporciona tal liberdade ao juiz: se há preclusão da matéria, o juiz deve seguir a decisão anterior independentemente de reputá-la ou não como correta. (...) A preclusão ata as mãos do juiz de forma mais forte que o stare decisis”. BONE, R. G. Preclusion, p. 7. Tradução livre. Por outro lado, os precedentes têm a potencialidade de atingir um número maior de pessoas, de modo que os institutos também se diferenciam a partir da perspectiva da confiança gerada: MINZNER, M. Saving stare decisis, p. 599 e 621. Este autor afirma: “do ponto de vista do devido processo, preclusão e precedents operam de forma idêntica em relação a quem não foi parte na demanda original. O stare decisis sobrevive enquanto a preclusão enfraquece porque o primeiro tem um maior impacto e permite que quem não participou da demanda conforme sua conduta com a expectativa de que o precedente é vinculante. Como a preclusão não se aplica de forma geral àqueles que não participaram da demanda, ela falha em conferir a confiança que permite ao precedente sobreviver”. MINZNER, M. Saving stare decisis, p.632. Tradução livre.

No caso da *defensive nonmutual issue preclusion*, amplamente aceita pela doutrina e pela jurisprudência estadunidense, permite-se que o réu alegue a impossibilidade de o autor litigar uma matéria porque já a discutiu, sem sucesso, em outro processo, contra outro réu. Entende-se que não é razoável dar ao litigante mais de uma oportunidade justa e completa para a resolução da mesma matéria.<sup>573</sup>

Maiores problemas existem na aplicação da *offensive nonmutual issue preclusion*, pela qual se autoriza que o autor impeça que o réu discuta alguma matéria de defesa que já foi alegada, sem sucesso, contra outro autor, em demanda anterior. Nesse caso há maior discussão porque essa situação não traz necessariamente maior economia processual – incentivando as pessoas a não participarem da primeira demanda e aguardar o julgamento de demandas semelhantes que, caso procedentes, aumentam o número de ações judiciais – e pode caracterizar cerceamento de defesa em algumas situações. Essa doutrina é aplicada, então, apenas quando várias demandas foram resolvidas contra réu, caracterizando-se a causa como madura, se tinha consciência da potencialidade de reiteração da demanda e se sua defesa foi, então, vigorosa.<sup>574</sup> Em razão disso, permite-se que o réu requeira inclusão no polo ativo de todos aqueles que poderiam demandá-lo para que participem da demanda proposta (*mandatory joinder*).<sup>575</sup>

Para que exista preclusão, que pode ser reconhecida de ofício,<sup>576</sup> a parte contra quem ela é alegada deve ter tido justa e completa possibilidade de discutir a questão. Caso isso não tenha ocorrido ou, sendo a questão de direito, o contexto das duas ações é substancialmente diverso ou a lei aplicável é diferente, não é permitida a *issue preclusion*.<sup>577</sup> Uma característica importante do sistema norte-americano é que a *issue preclusion* não pode ser alegada contra um terceiro, que não teve oportunidade de participar da primeira demanda.<sup>578</sup> Essa observação,

---

<sup>573</sup> GIDI, A. Loneliness in de crowd: why nobody wants opt-out class members to assert offensive issue preclusion against class defendants, p. 6.

<sup>574</sup> Apesar de a Suprema Corte ter estabelecido alguns critérios para que seja autorizada a *offensive issue preclusion* em *Parklane Hosiery Co. v. Shore* (de 1979), está no âmbito de discricionariedade das cortes decidir pela aplicação ou não da preclusão, com base na economia processual e na justiça. GIDI, A. Loneliness in de crowd: why nobody wants opt-out class members to assert offensive issue preclusion against class defendants, p. 8-10.

<sup>575</sup> MARINONI, L. G. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos, p. 410.

<sup>576</sup> GIDI, A. Loneliness in de crowd: why nobody wants opt-out class members to assert offensive issue preclusion against class defendants, p. 11.

<sup>577</sup> HAZARD JR, Geoffrey C. Preclusion as to issues of law: the legal system’s interest, p. 86.

<sup>578</sup> GIDI, A. Loneliness in de crowd: why nobody wants opt-out class members to assert offensive issue preclusion against class defendants, p. 5 e 11.

contudo, tem em vista ações individuais, de modo que o réu de uma ação coletiva poderia utilizar a *defensive issue preclusion* contra o autor de uma ação individual posterior, que foi adequadamente representado na demanda coletiva.

Também a doutrina norte-americana da “representação virtual” (*virtual representation*) impede que as pessoas possam discutir novamente um assunto, mesmo que elas não tenham sido partes nem membro de classe ausentes, se alguém com interesses semelhantes “litigou vigorosamente” na ação anterior.<sup>579</sup> Nesses casos, se houve discussão da mesma tese, identidade ou semelhança de interesses, escopos correlatos ou, ao menos, não contraditórios, é razoável pressupor a legitimidade da vinculação à decisão adotada em caso anterior.<sup>580</sup>

A impossibilidade de rediscussão de uma questão que já foi decidida atende tanto a um princípio de eficiência, no sentido de evitar que se faça a mesma coisa que já foi feita, quanto a justificações epistemológicas e institucionais, uma vez que determinados os fatos e o direito a eles aplicável de forma que tende a ser definitiva.<sup>581</sup>

Efetivamente, quando se pensa em procedimentos que envolvem amplos interesses, com suspensão das ações pendentes sobre o mesmo tema e vinculação de ações posteriores, pensa-se fundamentalmente em segurança jurídica e uniformidade jurisdicional, tendo em vista, também, a eficiência do sistema judicial. Com a consideração das finalidades da jurisdição e para que as decisões sejam efetivamente respeitadas, é necessário que exista vinculação das demais pessoas,<sup>582</sup> quando isso for legítimo e atendidos determinados critérios.

Assim, o que deve ser observado com muita cautela, em um sistema de vinculação de decisões e tendo como premissa a teoria da linguagem, é a argumentação e o debate anterior. De modo que haverá legítima aplicação da decisão anterior quando a tese aventada pela parte e o objeto da disputa coincidir com a matéria anteriormente já discutida, debatida e decidida, em um mesmo contexto fático e social, de tal forma que permita concluir que a parte teve seu direito

<sup>579</sup> BONE, R. G. Rethinking the “day in court” ideal, p. 197.

<sup>580</sup> MORRIS, John K. Non parties and preclusion by judgement: the privity rule reconsidered, p. 1123.

<sup>581</sup> HAZARD JR, G. C. Preclusion as to issues of law, p. 82.

<sup>582</sup> A igualdade de solução atribuída a casos que são essencialmente iguais faz parte da ideia de igualdade que o processo civil deve entregar à sociedade. William B. Rubenstein identifica três tipos de igualdade que são centrais para o processo: igualdade de armas entre os litigantes, igualdade formal, igualdade de resultados para casos iguais. RUBENSTEIN, W. B. The concept of equality in civil procedure, p. 1867-1868.

ao contraditório e à participação devidamente respeitados através da análise de seus argumentos, ainda que tenham sido levados ao conhecimento do Tribunal por outra pessoa.

Além da avaliação sobre o que já foi discutido e decidido pelo Judiciário, é sempre necessária também uma análise da proporcionalidade pan-processual, relacionada à relação externa dos processos,<sup>583</sup> ou seja, à gestão dos processos pelas secretarias dos juízos e ao trabalho despendido e necessário em cada um deles, de modo que a solução de uma causa mais simples ou frequente no Judiciário seja mais rápida e ocupe menos recursos e tempo de trabalho e a administração dos processos possa se concentrar na particularidade das demandas que não são de massa.

Por este motivo, é fundamental, em um sistema de vinculação de decisões, trabalhar também com a ideia de representação argumentativa.

---

<sup>583</sup> ARENHART, S. C. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção de direitos individuais homogêneos*, p. 35.

## 8. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Com o presente trabalho, busca-se ampliar a ideia de participação no processo civil também para a jurisdição ordinária a fim de que as causas que envolvem diretamente mais pessoas além do autor e do réu recebam uma resposta estatal tendencialmente mais completa, adequada e legítima. Existe certa dificuldade de controle da efetiva participação das partes no processo e sua potencialidade de influenciar na decisão, mas isso apenas é possível diante de cada caso.

É evidente que a existência de um processo flexível que permita adequação das formas e ampliação dos participantes não é suficiente para atender a ideia de um processo deliberativo. Essas características também dependem em considerável medida de um elemento subjetivo de vontade de atuação democrática, mas a existência de uma estrutura processual que permita e incentive essas atitudes já é um primeiro passo nesse sentido. Não é apenas a cultura que influencia a legislação, mas também a legislação pode abrir espaço para a criação de uma cultura que seja mais consentânea com os valores constitucionais da sociedade.<sup>584</sup>

A participação democrática de que se tratou neste trabalho aproxima o Estado da sociedade, aproximação que não pode ser tão intensa a ponto de confundi-los nem deve ser tão frouxa que reduza a comunicação a um aspecto meramente formal.<sup>585</sup> Então, é necessário tanto evitar uma atitude paternalista quanto tomar cuidado para que o intercâmbio de informações não seja algo aparente que, ao invés de permitir efetivamente a participação, acabe por maquiar o autoritarismo.<sup>586</sup>

Isso porque, de qualquer forma, não é possível estabelecer, em termos gerais, a estrutura adequadamente democrática de cada processo, sendo atribuição dos membros do Judiciário a decisão sobre quando permitir maior participação, em quais processos, quem deve se manifestar e quais os limites da participação. Se

---

<sup>584</sup> Conforme afirma Conrado Hübner Mendes, “a via é de mão dupla: mecanismos adequados tendem a encorajar atitudes deliberativas; as atitudes adequadas devem conduzir a um constante refinamento do próprio processo”. MENDES, C. H. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, p. 146. Tradução livre.

<sup>585</sup> NIGRO, M. Il nodo della partecipazione, p. 230.

<sup>586</sup> Afirma Roberto Gargarella: “As valiosas audiências públicas convocadas pela justiça, em matéria de saúde no Brasil, ou em relação à Lei dos Meios, na Argentina, terminaram desembocando em instâncias típicas de decisionismo judicial, embora abertas previamente ao reconhecimento de vozes antes não escutadas.” GARGARELLA, Roberto. *El nuevo constitucionalismo dialógico...*, p. 25.

quisermos aumentar a participação no processo e buscar uma decisão mais legítima que considere da forma mais adequada possível as variáveis presentes em um determinado caso, podemos apenas estabelecer algumas diretrizes – e vamos ter que confiar na cautela e prudência do Judiciário.

A democracia deliberativa, além do seu aspecto prático necessário, precisa envolver concepções ideais, de modo que deve ser considerado o painel normativo da Constituição atual em que a deliberação está inserida, “mas também a constituição ideal que os participantes procuram alcançar através de suas contribuições.”<sup>587</sup> A discussão e debates argumentativos apenas ocorrerão na medida em que exista comprometimento dos operadores do direito, o que envolve não apenas os magistrados, mas também os advogados e as partes.<sup>588</sup> Conforme afirma Ovídio Araújo Baptista da Silva, sempre atual,

A democracia verdadeira, que só poderá ser aquela que privilegia e estimula a participação, tão intensa e constante quanto seja possível, bem poderia ser comparada a um mecanismo extremamente delicado – já que se está a falar justamente da assimilação das ciências sociais à mecânica e à matemática – cujo funcionamento, ao contrário do que poderia para muitos ser desejável, não é jamais automático, necessitando de operadores treinados e competentes.<sup>589</sup>

Isso é fundamental notadamente nos casos de julgamentos conjuntos e replicação de decisões previstos no CPC/2015, quando uma decisão pode servir como parâmetro de solução para vários casos concretos. Nessas situações, a argumentação desenvolvida judicialmente e as teses apreciadas devem ser informadas por um princípio democrático que permita abranger um número adequado de variáveis empíricas para que a resposta estatal seja mais consentânea possível com o litígio material que é discutido no processo e forneça efetivamente uma resposta jurisdicional àqueles que buscam a atuação estatal.

Dependerá da atuação concreta de todos os envolvidos com o processo conferir legitimidade democrática e adequada atenção ao direito ao contraditório nos novos mecanismos de solução coletiva de conflitos estabelecidos no novo CPC. A democracia representativa possível no âmbito do processo judicial pressupõe a consideração dos argumentos e teses discutidos e analisados pelo Judiciário, sendo

---

<sup>587</sup> BOHMAN, J. The coming of age of Deliberative Democracy, p. 414.

<sup>588</sup> GARGARELLA, R. El nuevo constitucionalismo dialógico..., p. 27-28.

<sup>589</sup> SILVA, O. A. B. da. Democracia moderna e processo civil, p. 113.

absolutamente necessária no mecanismo de decisões vinculantes da nova legislação. As vias de participação e de acesso à justiça apenas efetivarão todo o seu potencial na medida em que quem é responsável pela decisão esteja comprometido com o desenvolvimento consistente do Direito e com a realização democrática do processo.<sup>590</sup>

---

<sup>590</sup> GARGARELLA, R. El nuevo constitucionalismo dialógico..., p. 23.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes no Novo Código de Processo Civil a partir do paradigma do pós-positivismo. *Revista de Processo*, v. 245, p. 351-377, jul. 2015. Acessado em: <[www.revistadostribunais.com.br](http://www.revistadostribunais.com.br)>.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos do sistema decisório. *Revista de Processo*, v. 240, p. 221-242, fev. 2015. Acessado em: <[www.revistadostribunais.com.br](http://www.revistadostribunais.com.br)>.

ABREU, Rafael Sirangelo. *Igualdade e Processo: posições processuais equilibradas e unidade do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Luís Afonso Heck (trad.). 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Zilda Hutchinson Schild Silva (trad.). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

\_\_\_\_\_. Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law – I·CON*, v. 3, n. 4, 2005, pp. 572–581. Disponível em <<http://icon.oxfordjournals.org/content/3/4/572.full.pdf>>. Acesso em 29/09/2015.

AMAYA, Amalia. Coherence, evidence, and legal proof. *Legal Theory*, n. 19, p. 1-43, mar. 2013. Disponível em: <[http://journals.cambridge.org/abstract\\_S1352325213000025](http://journals.cambridge.org/abstract_S1352325213000025)>. Acesso em 02/10/2015.

ARGENTINA, Tribunal Constitucional, Acordada nº 42/2015, disponível em: <[https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2015/12/acordada-42\\_2015-crea-secretarc3ada-de-comunicacic3b3n-y-gobierno-abierto.pdf](https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2015/12/acordada-42_2015-crea-secretarc3ada-de-comunicacic3b3n-y-gobierno-abierto.pdf)>. Acesso em 30/12/2015.

ARENHART, Sérgio Cruz. *O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes*. Disponível em: <[https://www.academia.edu/214085/O\\_RECURSO\\_](https://www.academia.edu/214085/O_RECURSO_)



DE\_TERCEIRO\_PREJUDICADO\_E\_AS\_DECIS%C3%95ES\_VINCULANTES>.

Acesso em 22/06/2015.

\_\_\_\_\_. *Decisões Estruturais no Direito Processual Civil Brasileiro*. Disponível em: <[https://www.academia.edu/9132570/Decis%C3%B5es\\_estruturais\\_no\\_direito\\_proc\\_essual\\_civil\\_brasileiro](https://www.academia.edu/9132570/Decis%C3%B5es_estruturais_no_direito_proc_essual_civil_brasileiro)>. Acesso em 10/10/2015.

\_\_\_\_\_. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*. Maria Cristina Guimarães Cupertino (trad.). 3. ed. reimp. São Paulo: Landy Editora, 2006.

\_\_\_\_\_. El derecho como argumentación. *Isegoría*, n. 21, p. 37-47, 1999. Disponível em: <<http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/download/76/76>>. Acesso em 01/09/2015.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Kátya. Democracia procedimental e jurisdição constitucional. *Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI*, p. 6745-6765, 2007. Disponível em: <[https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XVI+Congresso+Nacional+-+Belo+Horizonte+\(15%2C+16+e+17+de+novembro+de+2007\).pdf](https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XVI+Congresso+Nacional+-+Belo+Horizonte+(15%2C+16+e+17+de+novembro+de+2007).pdf)>. Acesso em 15/06/15.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 23-50, 2015.

BELLAMY, Richard. *Policial Constitutionalism: a republican defense of the constitutionality of democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BOHMAN, James. The coming of age of Deliberative Democracy. *The Journal of Political Philosophy*. V. 6, n. 4, p. 400-425, 1998. Disponível em:

<[http://pages.uoregon.edu/koopman/courses\\_readings/phil123-net/publicness/bohman\\_delib\\_dmcyc.pdf](http://pages.uoregon.edu/koopman/courses_readings/phil123-net/publicness/bohman_delib_dmcyc.pdf)>. Acesso em 13/07/2015.

BONE, Robert G. Procedure, Participation, Rights. *Boston University Law Review*. n. 90, p. 101-118, 2010. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1600246](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1600246)>. Acesso em 05/05/2015.

\_\_\_\_\_. Adjudicative representation. *The George Washington Law Review*, v. 79, p. 577-627, 2011. Disponível em: <<http://groups.law.gwu.edu/lr/ArticlePDF/79-2-Bone.pdf>>. Acesso em 08/08/2015.

\_\_\_\_\_. Rethinking the “day in court” ideal and nonparty preclusion. *New York University Law Review*. v. 67, p. 193-293, 1992.

\_\_\_\_\_. The puzzling idea of adjudicative representation: lessons for aggregate litigation and class actions. *The George Washington Law Review*, v. 79, p. 577-627, 2011.

\_\_\_\_\_. Personal and impersonal litigative forms: reconceiving the history of adjudicative representation. *Boston University Law Review*, v. 70, p. 213-307, 1990.

BRASIL, *Coleção das Leis do Império do Brasil*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/publicacoes/doimperio>>. Acesso em 22/12/2015.

BRASIL, *Exposição de Motivos da Comissão de Juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto de Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em 07/08/2015.

BRASIL, Justiça Federal, Seção Judiciária de Santa Catarina, *Portal da ação civil pública do carvão*. Disponível em: <<https://www.jfsc.jus.br/acpdocarvao/index.php>>. Acesso em 15/12/2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Estatísticas do STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REALProcessoDistribuido>>. Acesso em 03/01/2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Informativos* nº 365, 372, 398, 418 e 472.

\_\_\_\_\_, Tribunal Pleno, Reclamação nº 4335-5, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 20/03/2014, DJe-208 divulgado 21-10-2014 publicado 22-10-2014.

\_\_\_\_\_, Tribunal Pleno, Recurso Extraordinário nº 298.694/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 06/08/2003, DJ 23-04-2004.

\_\_\_\_\_, Medida Cautelar em ADIn nº 2130, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 11/10/2000, publicado em DJ 19/10/2000.

\_\_\_\_\_, Segunda Turma, Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 571.968, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 22/05/2012, acórdão eletrônico DJe-109 divulgado 04-06-2012 publicado 05-06-2012.

\_\_\_\_\_, Primeira Turma, Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 578.582, Rel. Min. Dias Tofolli, julgado em 27/11/2012, Acórdão Eletrônico DJe-248 divulgado 18-12-2012 publicado 19-12-2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Segunda Seção, Recurso Especial nº 1.063.343/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, julgado em 12/08/2009, DJe 16/11/2010.

\_\_\_\_\_, Terceira Turma, Recurso Especial nº 1.308.830/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 08/05/2012, DJe 19/06/2012.

\_\_\_\_\_, Quarta Turma, Recurso Especial nº 1.109.398/MS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 16/06/2011, DJe 01/08/2011.

\_\_\_\_\_, Segunda Turma, Recurso Especial nº 1.279.570/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 08/11/2011, DJe 17/11/2011.

BRINKS, Daniel; GAURI, Varun. Sobre triângulos y diálogos: nuevos paradigmas en la intervención judicial sobre el derecho a la salud. In: Roberto Gargarella (comp).

*Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática.* Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014, p. 293-320.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: um terceiro enigmático.* 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BURCH, Elizabeth Chamblee. Procedural justice in nonclass aggregation. *Wake Forest Law Review*, v. 44, p. 1-57, 2009.

CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis.* 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

\_\_\_\_\_. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, n. 147, p. 123-146, maio 2007.

\_\_\_\_\_. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, Milano, ano LX, n. 2, p. 449-464, abr./jun. 2005.

\_\_\_\_\_. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. *Revista de Processo*, v. 117, set.-out./2004, p. 9-41.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, n. 243, p. 333-362, mai. 2015.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Democracia, participação e processo. In: Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe (coord.). *Participação e Processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 83-97.

CAPONI, Remo. Modelo europeu de tutela coletiva no processo civil: comparação entre a experiência alemã e italiana. *Revista de Processo*, n. 200, p. 235-268, out. 2011.

DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais. In: Alexandre Freire *et ali.* (org.). *Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil.* Salvador: Juspodivm, 2013, p. 331-360.

DESAI, Ashok H.; MURALINDAR, S. Public Interest Litigation: potencial and problems. In: B. N. Kirpal *et al.* *Supreme but not Infallible – Essays in Honour of the Supreme Court of India*. Nova Delhi: Oxford University Press, 2000, p. 159 e ss. Disponível em: <<http://www.ielrc.org/content/a0003.pdf>>. Acesso em 16/09/2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Recurso de Terceiro: Juízo de Admissibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos Tribunais*. v. 3. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

DWORKIN, Ronald. The partnership conception of democracy. *California Law Review*, v. 86, p. 453-458, maio 1998.

\_\_\_\_\_. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

FERRARESE, Maria Rosaria. Dal <verbo> legislativo a chi dice l'<ultima parola>: le corti costituzionali e la rete giudiziaria. *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, p. 63-90, 2011. Disponível em: <<https://www.yumpu.com/it/document/view/15103554/annuario-1pdf-universita-del-sannio/23>>. Acesso em 19/08/2014.

FIORAVANTI, Maurizio. Le trasformazioni della cittadinanza nell'età dello Stato Costituzionale. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, ano XLI, v. 41, p. 427-439, 2012. Disponível em: <<http://www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/41/0429.pdf> >. Acesso em 21/06/2014.

\_\_\_\_\_. *Legislação e jurisdição na Europa: a era do Estado Constitucional*. Ricardo Marcelo Fonseca e Luiz Henrique Kassuski Fortes (trad.). Texto inédito.

FISS, Owen M. The forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, p. 1-58, nov. 1979.

\_\_\_\_\_. The allure of individualism. *Iowa Law Review*, v. 78, n. 5, p. 965-979, jul. 1993.

FONSECA, Igor Ferraz; REZENDE, Raimer Rodrigues; OLIVEIRA, Marília Silva de; PEREIRA, Ana Karine. Audiências públicas: fatores que influenciam seu potencial de efetividade no âmbito do Poder Executivo federal. *Revista do Serviço Público*, v. 64, p. 7-29, jan/mar 2013.

FULLER, Lon L.; WINSTON, Kenneth I. The Forms and Limits of Adjudication. *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, p. 353-409, dez. 1978. Disponível em: <<http://people.rit.edu/wlrgsh/Fuller.pdf>>. Acesso em 13/07/15.

FUNG, Archon. The Principle of Affected Interests: an interpretation and defense. In: Jack Nagel, Rogers Smith (ed.). *Representation: Elections and Beyond Philadelphia*: University of Pennsylvania Press, 2013, p. 236-268. Disponível em: <<http://archonfung.net/docs/articles/2013/FungAffectedInterestsChap11.pdf>>. Acesso em 08/09/2015.

GARAVITO, César Rodríguez. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. In: Roberto Gargarella (comp.). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014, p. 211-244.

GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 14, nº 2, dez. 2013. Disponível em: <[http://www.utdt.edu/ver\\_contenido.php?id\\_contenido=9173&id\\_item\\_menu=5858](http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=9173&id_item_menu=5858)>. Acesso em 13/03/2015.

\_\_\_\_\_. In Search of a Democratic Justice – What Courts Should Not Do: Argentina, 1983-2002. In: \_\_\_\_\_; Siri Gloppen; Elin Skaar (ed.). *Democratization and the Judiciary: The Accountability of Courts in New Democracies*. Londres: Frank Cass, 2004, p. 181-197.

GAURI, Varun. The Judicialization of Development Policy. In: Patrick Heller; Vijayendra Rao (coord.). *Deliberation and Development: Rethinking the role of voice and collective action in unequal societies*. Washington: World Bank Group, 2015, p. 223-228. Disponível em:

<<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/22167/9781464805011.pdf>>. Acesso em 08/09/2015.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. Loneliness in de crowd: why nobody wants opt-out class members to assert offensive issue preclusion against class defendants. *SMU Law Review*, v. 66, p. 1-58, 2013.

GODOY, Miguel. A Democracia Deliberativa como Guia para a Tomada de Decisões Legítimas. Análise teórica a partir de Carlos Santiago Nino e algumas práticas institucionais no Brasil contemporâneo. *Revista Co-herência*, v. 8, n. 14, p. 63-91, jan./jun. 2011.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Gilmar Ferreira Mendes (trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. Gabriel Cohn e Álvaro de Vita (Trad.). *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, nº 36, p. 39-48, 1995. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n36/a03n36.pdf>>. Acesso em 13/07/2015.

\_\_\_\_\_. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. William Rehg (trad.). Cambridge: MIT Press, 1996.

HASNAS, John. Hayek, the Common Law, and Fluid Drive. *New York University Journal of Law & Liberty*, vol. 1, 2004. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=586941](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=586941)>. Acesso em 13/11/2015.

HAZARD JR. Geoffrey C. Preclusion as to issues of law: the legal system's interest. *Iowa Law Review*, v. 70, p. 81-94, 1984.

HESPANHA, António Manuel. *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático*. São Paulo: Annablume, 2013.

HOLLANDER-BLUMOFF, Rebecca. The psychology of procedural justice in the Federal Courts. *Hastings Law Journal*, v. 63, p. 127-178, dez. 2011.

JARAMILLO, Leonardo García. Presentación. In: \_\_\_\_\_ (coord.). *Nuevas perspectivas sobre la relación/tension entre la democracia y el constitucionalismo*. Lima: Grijley, 2014, p. 7-14.

KIMMINICH, Otto. Jurisdição constitucional e princípio da divisão dos poderes. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. v. 4. Maio/2011. p. 1025 e ss. Acessado em: <[www.revistadostribunais.com.br](http://www.revistadostribunais.com.br)>.

KOMÁREK, Jan. Reasoning with previous decisions: beyond the doctrine of precedent. *Law, Society and Economy Working Papers*, ago./2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2150133>>. Acesso em 20/12/2015.

KOZEL, Randy J. The scope of precedent. *Michigan Law Review*, vol. 113, n. 2, 2014. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2312581](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2312581)>. Acesso em 13/11/2015.

KRISLOV, Samuel. The amicus curiae brief: from friendship to advocacy. *The Yale Law Journal*, v. 72, n. 4, p. 694-721, mar. 1963.

LIEBMAN, Enrico Tullio, *Eficácia e Autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires (trad.). Tradução dos textos posteriores a 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdiccional*. Curitiba, 2015, 715 f. Tese. (Doutorado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.



LORENZETTI, Ricardo. Las audiencias públicas y la Corte Suprema. In: Roberto Gargarella (comp.). *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2014, p. 345-354.

LOWMAN, Michael K. The litigating amicus curiae: When does the party begin after the friends leave? *The American University Law Review*, v. 41, p. 1243-1299, 1992. Disponível em: <<http://www.americanuniversitylawreview.com/pdfs/41/41-4/lowman.pdf>>. Acesso em 10/11/2015.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito: Uma teoria da argumentação jurídica*. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo (trad.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACIEL, Adhemar Ferreira. *Amicus curiae: um instituto democrático*. Revista de Processo, ano 27, v. 106, p. 281-284, abr./jun. 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa Julgada Inconstitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. *Precedentes Obrigatórios*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. *Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional*. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni\(8\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni(8)%20-%20formatado.pdf)>. Acesso em 13/09/2015.

\_\_\_\_\_. Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. In: Alexandre Freire *et ali.* (org.). *Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 807-868.

\_\_\_\_\_. Cultura e previsibilidade do direito. *Revista de Processo*, n. 239, p. 431-450, jan. 2015. Acesso em: <[www.revistadostribunais.com.br](http://www.revistadostribunais.com.br)>.

\_\_\_\_\_. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos. *Revista de Processo*, n. 249, p. 399-419, nov. 2015.

\_\_\_\_\_; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MECCARELLI, Massimo. Diritto giurisprudenziale e autonomia del diritto nelle strategie discorsive della scienza giuridica tra otto e novecento. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 40, p. 722, 2011. Disponível em: <<http://www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/40/0725.pdf>>. Acesso em 28/05/2014.

MEHTA, Pratap Bhanu. The rise of judicial sovereignty. *Journal of Democracy*, n. 2, v. 18, p. 70-83, abr. 2007.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, n. 243, p. 283-311, mai. 2015. Acessado em: <[www.revistadostribunais.com.br](http://www.revistadostribunais.com.br)>.

MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

MINZNER, Max. Saving stare decisis: preclusion, precedent and procedural due process. *Brigham Young University Law Review*, v. 597, p. 597-634, 2010. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.byu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2520&context=lawreview>>. Acesso em 04/12/2015.

MILGROM, Paul; ROBERTS, John. Relying on the information of interested parties. *Rand Journal of Economics*. V. 17, n. 1, p. 18-32, 1986. Disponível em:

<[http://www.researchgate.net/publication/4776537\\_Relying\\_on\\_the\\_Information\\_of\\_Interested\\_Parties](http://www.researchgate.net/publication/4776537_Relying_on_the_Information_of_Interested_Parties)>. Acesso em 10/08/2015.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. Precedentes, jurisprudência e súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*, v. 245, p. 333-349, jul. 2015. Acessado em: <[www.revistadostribunais.com.br](http://www.revistadostribunais.com.br)>.

MORRIS, John K. Non parties and preclusion by judgement: the privity rule reconsidered. *California Law Review*, v. 56, p. 1098-1133, ago. 1968. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol56/iss4/5>>. Acesso em 01/12/2015.

NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges, Stare decisis vs direito jurisprudencial. In: FREIRE, Alexandre *et ali.* (org.). *Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 483-512.

NIGRO, Mario. Il nodo della partecipazione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno XXXIV, n. 1, p. 225-236, mar. 1980.

NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2005.

NOLAN, Andrew. *The doctrine of constitutional avoidance: a legal overview*. Disponível em <<http://fas.org/sgp/crs/misc/R43706.pdf>>. Acesso em 27/12/2014.

NUNES, Dierle; PATRUS, Rafael Dilly. Uma breve notícia sobre o procedimento-modelo alemão e sobre as tendências brasileiras de padronização decisória: um contributo para o estudo do incidente de resolução de demandas repetitivas brasileiro. In: Alexandre Freire *et ali.* (org.). *Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 469-481.

PEREIRA, Paula Pessoa. *Legitimidade dos Precedentes: Universabilidade das decisões do STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PETERS, Christopher. Adjudication as representation. *Columbia Law Review*, v. 97, n. 2, p. 312-436, mar. 1997. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1486225](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1486225)>. Acesso em 18/08/2015.

PINTO, Rodrigo Strobel. Amicus curiae: atuação plena segundo o princípio da cooperação e o poder instrutório judicial. *Revista de Processo*, n. 151, p. 131-139, set./2007.

PISANI, Andrea Proto. Giusto processo e valore della cognizione piena. *Rivista di Diritto Civile*, ano XLVIII, n. 2, p. 265-280, mar./abr. 2002.

PIZZORUSSO, Alessandro. Partecipazione popolare e funzione giurisdizionale. In: Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe (coord.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 24-36.

PORTUGAL, Tribunal Constitucional, Acórdão nº 810/1993. Disponível em: <[http://www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/JCA\\_MA\\_15443.pdf](http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/JCA_MA_15443.pdf)>. Acesso em 02/12/2015.

POST, Robert. SIEGEL, Reva. *Constitucionalismo democrático*. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo. Trad. Leonardo Jaramillo. Buenos Aires: Siglo veintiuno, 2013.

POST, Robert. Democracia e igualdad. In: Leonardo García Jaramillo (coord.). *Nuevas perspectivas sobre la relación/tension entre la democracia y el constitucionalismo*. Lima: Grijley, 2014, p. 69-88.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *Evolução histórica do princípio do devido processo legal*. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/viewFile/14975/10027>>. Acesso em 21/10/2015.

REICHELDT, Luis Alberto. O incidente de resolução de demandas repetitivas no Novo Código de Processo Civil brasileiro e o redimensionamento do papel constituinte associado aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais. *Revista de*

Processo, n. 248, p. 273-285, out. 2015. Acessado em: <[www.revistadostribunais.com.br](http://www.revistadostribunais.com.br)>.

ROCHA, Luciano Velasque. *Ações Coletivas: o problema da legitimidade para agir*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ROSENFELD, Michel. Can rights, democracy and justice be reconciled through discourse theory? Reflections on Habermas's proceduralis paradigm of law. *Cardozo Law Review*, v. 17, p. 791-824, 1996.

RUBENSTEIN, William B. The concept of equality in civil procedure. *Cardozo Law Review*, v. 23, n. 5, p. 1865-1915, 2002. Disponível em: <<http://www.billrubenstein.com/Downloads/Concept%20of%20Equality.pdf>>. Acesso em 09/08/2015.

SALLES, Carlos Alberto de. Processo civil de interesse publico. In: \_\_\_\_\_ (org.). *Processo Civil e Interesse Público: o processo como instrument de defesa social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 39-77.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SHAPIRO, Ian. *Revisiting Democracy's Place*. Princeton University Press, 2011.

SHAPIRO, Martin. Judicial Review in Developed Democracies. In: Siri Gloppen; Roberto Gargarella; Elin Skaar. *Democratization and the Judiciary: The Accountability of Courts in New Democracies*. Londres: Frank Cass, 2004, p. 7-26.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: 2007.

\_\_\_\_\_. *Sentença e coisa julgada: ensaios*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1979.

\_\_\_\_\_. Democracia moderna e processo civil. In: Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe (coord.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 98-113.

\_\_\_\_\_. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. v. 1. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, p. 557-584, 2013.

SOLUM, Lawrence B. Procedural Justice. *Southern California Law Review*, v. 78, p. 181-321, 2004. Disponível em: <<http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1875&context=facpub>>. Acesso em 09/08/2015.

SORRENTI, Giusi. La costituzione “sottintesa”. In: *Corte Costituzionale, Giudici Comuni e Interpretazioni Adeguatrici*. Atti del Seminario Svoltosi in Roma (Palazzo della Consulta, 6 Novembre 2009). Milão: Giuffrè Editore, 2010. p. 3-96.

SUNSTEIN, Cass R. *After the rights revolution*. Reconciving the Regulatory State. Massachusetts: Harvard University Press, 1990.

\_\_\_\_\_; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=320245](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=320245)>. Acesso em 07/04/2015.

TARUFFO, Michele. Le funzioni delle Corti Supreme tra uniformità e giustizia. In: Camilo Zufelato; Giovanni Bonato; Heitor Vitor Mendonça Sica; Lia Carolina Batista Cintra (coord.). *I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 27-38.

\_\_\_\_\_. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, v. 199, p. 139-155, set./2011.

*Tech Law Journal*. <<http://techlawjournal.com/glossary/legal/amicus.htm>>. Acesso em 17/10/2015

*The Lectric Law Library's Lexicon*. Disponível em: <<http://www.lectlaw.com/def/a048.htm>>. Acesso em 17/10/2015.

UGARTE, Ramiro Álvarez. La aporía y el diálogo en la adjudicación constitucional. In: Roberto Gargarella (comp.). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como*

promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014, p. 321-343.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil II: Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia de. Sobre o novo art. 543-C do CPC: sobrestamento de recursos especiais “com fundamento em idêntica questão de direito”. *Revista de Processo*, v. 159, p. 215-221, maio 2008.