

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM
DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

BRUNO CASTELLO MIGUEL

**O EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO PELOS TERCEIROS
AFETADOS NO JULGAMENTO POR AMOSTRAGEM DE RECURSOS
REPETITIVOS**

VITÓRIA

2013

BRUNO CASTELLO MIGUEL

**O EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO PELOS TERCEIROS AFETADOS NO
JULGAMENTO POR AMOSTRAGEM DE RECURSOS REPETITIVOS**

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

Orientador: Professor Doutor Hermes Zaneti Júnior

VITÓRIA

2013

BRUNO CASTELLO MIGUEL

**O EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO PELOS TERCEIROS AFETADOS NO
JULGAMENTO POR AMOSTRAGEM DE RECURSOS REPETITIVOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo – PPGDIR UFES, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito Processual Civil sob a orientação do Professor Dr. Hermes Zaneti Júnior

Aprovado em _____

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Hermes Zaneti Júnior
Universidade Federal do Espírito Santo
Orientador

Prof. Dr. Brunela Vieira de Vicenzi
Universidade Federal do Espírito Santo
Membro interno

Prof. Dr. Tiago Figueiredo Gonçalves
UNESC – Centro Universitário do Espírito Santo
Membro externo

Agradeço ao Professor Dr. Hermes Zaneti Júnior, exemplo de dedicação ao estudo do Direito Processual Civil, pela condução da orientação do presente trabalho.

Aos Professores Doutores Bruno Silveira de Oliveira, Flávio Cheim Jorge e Ricardo Gueiros Bernardes Dias, pelas valiosíssimas contribuições por ocasião do exame de qualificação.

À Barbara, aos meus familiares, amigos e colegas de escritório pelo apoio incondicional.

Registro ainda o meu agradecimento à Universidade Federal do Espírito Santo, fazendo-o em nome da Prof^ª. Dr^ª. Valeska Raizer Moschen, pela serenidade com que coordena o Programa de Pós-Graduação em Direito Processual Civil.

RESUMO

Trata-se de estudo dedicado à análise do instituto do julgamento por amostragem dos recursos repetitivos nas Cortes de Superposição (artigos 543-B e 543-C do Código de Processo Civil) à luz da garantia constitucional do contraditório, especialmente, com relação à participação dos terceiros afetados pelo julgamento piloto. A tônica das últimas reformas legislativas processuais no Brasil se converge na busca por minimizar os males da demora na prestação da tutela jurisdicional pelo Estado-juiz e desobstruir os Tribunais de Superposição de forma que os processos judiciais tragam soluções mais céleres e efetivas para os litigantes. Deve-se, no entanto, estar atento para que essa busca pela celeridade não represente violação a garantias processuais fundamentais dos jurisdicionados no Estado Democrático de Direito. Assim, o presente estudo se dedica a equalizar a necessidade de aceleração do procedimento (princípio da razoável duração do processo) e a uniformização da aplicação do direito (valorização dos precedentes), sem que se isso importe em prejuízo ao valor-fonte do contraditório. Num primeiro momento (capítulo 1), o trabalho se propõe a analisar a tendência de compatibilização vertical das decisões judiciais do direito brasileiro e a função dos Tribunais de Superposição no sentido de racionalização da atividade judiciária e garantia da isonomia. Ao final do primeiro capítulo, o trabalho enfrenta ainda o fenômeno jurídico de sobrecarga do Poder Judiciário e a crise decorrente do crescente número de processos que abarrotam os escaninhos dos Fóruns e Tribunais gerando demora na prestação da tutela jurisdicional. Estabelecidas essas premissas, no segundo capítulo, o trabalho procura identificar a importância do princípio do contraditório para o Estado Democrático de Direito e a necessidade de participação dos afetados pelo provimento na formação da decisão jurisdicional. Após compreender a relevância do princípio do contraditório nesse modelo processual constitucional, o estudo enfrenta a sistemática de julgamento por amostragem dos repetitivos de recursos nos Tribunais de Superposição (terceiro capítulo). Nesse terceiro capítulo, o trabalho faz uma abordagem crítica ao julgamento por amostragem de recursos repetitivos, com o objetivo de demonstrar a necessidade de participação dos prejudicados pelo provimento jurisdicional na sua formação.

Palavras-chave: Recursos repetitivos. Contraditório. Julgamento por amostragem. Razoável duração do processo. Precedentes. Tribunais de Superposição. Terceiros afetados

ABSTRACT

Study dedicated to the analysis of the judgment by random sampling of the “Repetitive Appeals” by the Superior Courts (section 543-B and 543-C of the Brazilian Civil Procedure Code), in light of constitutional adversarial system, especially with regard to the participation of third parties affected by the lead ruling. The keynote of the last procedural law reform in Brazil converges in seeking to minimize harass caused due to delay of judgment protection by the Courts, thus to unclog Superior Courts, so that judicial proceedings shall bring more quick and effective solutions for litigants. It should however, be careful that this quest for speed does not violate the fundamental procedural safeguards in a democratic state governed by the Rule of Law. That said, this study focuses in equalizing the need for speediness of the lawsuit (reasonable length of the entire procedure) and the enforcement of law on a uniform basis (*stare decisis*), but not by overlooking the adversarial system and protection. On chapter one, the study analyzes the trend of vertical compliance of judgments (top-down enforcement of rulings as a *stare decisis* effect) and the role of Superior Courts towards rationalization of judicial activity and guarantee of equal rights. The study still faces the high lawsuit volume that overloads the Judiciary, alongside the growing number of cases, which combined generates a delayed judgment by Courts. On these premises, the second chapter seeks to identify the importance of the adversarial principle for the democratic rule of law and the need for participation of the affected third parties after a ruling is held on a lead judgment that will affect many other lawsuits on a set of Repetitive Appeals. After understanding the importance of the adversarial principle as a constitutional procedural safeguard, the study faces throughout the third chapter the details of trial by random sampling of Repetitive Appeals by the Superior Courts. In this chapter, there is a critical approach in order to demonstrate the need for participation of all disadvantaged third parties that were not parties in the lead lawsuit that led to the main judgment of the Repetitive Appeals but, yet, were bound by it.

Keywords: Repetitive Appeals. Adversarial System. Judgment by Random Sampling. Reasonable Length. *Stare Decisis*. Superior Courts. Third Parties

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO | 08 |
| 1 A FUNÇÃO DOS TRIBUNAIS DE SUPERPOSIÇÃO: ATENDER ÀS NECESSIDADES DA SOCIEDADE E CRIAR ESTABILIDADE, UNIFORMIDADE E PREVISIBILIDADE | 14 |
| 1.1 DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL JUSTA E A FUNÇÃO DOS TRIBUNAIS DE SUPERPOSIÇÃO..... | 14 |
| 1.2 VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES: A TENDÊNCIA DE COMPATIBILIZAÇÃO VERTICAL DAS DECISÕES JUDICIAIS..... | 17 |
| 1.3 A CRISE DE PROCESSOS E O PARADOXO QUALIDADE X QUANTIDADE - A BUSCA INCESSANTE PELA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E O SURGIMENTO DE NOVAS TECNOLOGIAS PARA ACELERAÇÃO DOS PROCESSOS..... | 20 |
| 2 A IMPORTÂNCIA DO CONTRADITÓRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A PARTICIPAÇÃO DOS AFETADOS PELO PROVIMENTO NA FORMAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS | 26 |
| 2.1 A IMPORTÂNCIA DO CONTRADITÓRIO COMO VALOR FONTE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO..... | 26 |
| 2.1.1 Evolução histórica do instituto..... | 28 |
| 2.1.1.1 Antiguidade e Idade Média: Modelo Isonômico..... | 29 |
| 2.1.1.2 Do Modelo Isonômico Ao Modelo Assimétrico: Passagem Da Arte Do Diálogo À Arte Da Razão..... | 30 |
| 2.1.1.3 Modelo Cooperativo: Revalorização Do Contraditório..... | 31 |
| 2.1.2 Contornos atuais do conceito de contraditório..... | 33 |
| 2.2 NECESSIDADE DE ASSOCIAÇÃO DO CONTRADITÓRIO COM A FUNDAMENTAÇÃO OBRIGATÓRIA DAS DECISÕES JUDICIAIS..... | 34 |
| 2.3 MITIGAÇÃO OU POSTERGAÇÃO DO CONTRADITÓRIO - A COMPREENSÃO DO CONTRADITÓRIO COMO ARGUMENTO JURÍDICO NO PROCESSO CIVIL..... | 36 |

| | |
|--|------------|
| 3 A PARTICIPAÇÃO DE TERCEIROS AFETADOS NO JULGAMENTO POR AMOSTRAGEM DE RECURSOS REPETITIVOS..... | 43 |
| 3.1 O MANEJO POR AMOSTRAGEM DOS RECURSOS REPETITIVOS E AS VIOLAÇÕES AO CONTRADITÓRIO..... | 43 |
| 3.1.1 Influência do Direito Estrangeiro – Direito Comparado..... | 46 |
| 3.1.2 O Procedimento dos Recursos Especial e Extraordinário na Modalidade Repetitiva.. | 48 |
| 3.1.2.1 A atuação dos presidentes e vice-presidentes dos Tribunais locais..... | 49 |
| 3.1.2.2 O Relator..... | 49 |
| 3.1.2.3 Da prestação de informações pelos tribunais de origem..... | 49 |
| 3.1.2.4 O processamento do recurso nos Tribunais de Superposição..... | 49 |
| 3.2 A PARTICIPAÇÃO DE TERCEIROS AFETADOS NO JULGAMENTO POR AMOSTRAGEM DE RECURSOS REPETITIVOS..... | 51 |
| 3.2.1 A participação terceiros afetados pelo provimento na formação da decisão judicial...51 | 51 |
| 3.2.2 Eficácia do reconhecimento da representatividade do recurso paradigma - Efeito vinculante ou persuasivo da decisão proferida em sede de Recurso Repetitivo..... | 53 |
| 3.2.3 Efeitos das decisões perante terceiros que não contribuíram para a sua formação..... | 57 |
| 3.2.4 Eleição do paradigma: A apresentação adequada da controvérsia e a seleção da representatividade adequada..... | 64 |
| 3.2.5 Intervenção de sobrestado na formação da decisão representativa..... | 69 |
| 3.2.6 Recorribilidade da decisão que determina o sobrestamento indevido de recurso..... | 79 |
| 3.2.7 Sobrestamento dos recursos e não dos processos..... | 85 |
| 3.2.8 Revisão posterior da tese jurídica fixada - Técnicas que permitem a revisão do precedente..... | 90 |
| 3.2.9 Interesse Público na formação do precedente – Impossibilidade de desistência após a afetação do recurso à sistemática dos recursos repetitivos..... | 91 |
| CONCLUSÃO..... | 93 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 100 |

INTRODUÇÃO

Não é novidade que o tema da morosidade da justiça ocupa a pauta de discussão das reformas legislativas para aperfeiçoamento do sistema processual civil no Brasil¹. O reconhecimento de novas gerações de direitos e a significativa ampliação do acesso à justiça decorrentes do Estado Democrático de Direito, aliados à notória cultura de litigiosidade enraizada na sociedade brasileira, fizeram com que o Poder Judiciário recebesse sobrecarrega de demandas nas últimas décadas.

A proliferação em grande quantidade de anseios sociais vertidos em ações judiciais passou a abarrotar os escaninhos dos Fóruns e Tribunais que, acumulados, aumentaram decisivamente o tempo de duração dos processos. Decerto, ao contrário do que apregoa o conhecido brocado popular, a Justiça tardia é, em verdade, falha, já que não atende aos anseios da sociedade de pacificação social dos conflitos².

Nesse cenário, nas últimas décadas, operadores da Justiça e legisladores puseram-se numa busca pela diminuição do tempo de duração do processo. Esta tem sido a tônica das reformas legislativas processuais no Brasil: minimizar os males da demora na prestação da tutela jurisdicional pelo Estado-juiz, desobstruir os Tribunais de Superposição de forma que os processos judiciais tragam soluções mais céleres e efetivas para os litigantes³.

As recentes reformas operadas no Código de Processo Civil fundam-se na premissa de que ele (o código), com certo ranço patrimonialista, focado na tutela individual de direitos e o excesso de recursos, seria o grande responsável pelo retardo na prestação da tutela jurisdicional, e,

¹ Certamente, grande parte dos temas discutidos nas cadeiras acadêmicas de Processo Civil perderia relevância prática se o processo judicial não demorasse tanto. Discutir temas caros como o “aproveitamento de atos processuais”, “instrumentalidade das formas” e a “relevância das tutelas de urgência”, não fariam muito sentido, sob o ponto de vista pragmático, se processo judicial não fosse moroso.

² O tempo é inimigo do processo, contra o qual o juiz deve travar uma guerra sem trégua, mas o tempo é também algo inato ao processo, a ponto de um não sobreviver sem o outro. Daí, a preocupação dos operadores do direito em abreviá-lo por meio da eliminação de formalismos inúteis, de demoras injustificáveis e de protelações maliciosas. Nesse sentido, Carnelutti: *Il valore, che il tempo ha nel proceso, è immenso e, in gran parte, sconosciuto. Non sarebbe azzardato paragonare il tempo a um nemico, contro il qual il giudice lotta senza posa. Del resto, anche sotto que questo aspetto, il processo è vita. Le esigenze, che si pongono al giudice, in ordine al tempo, son tre: fermarne, retrocederne, accelerarne il corso.* CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e Processo**. Napoli: Morano, 1958, p. 10.

³ Citamos como exemplo a criação dos Juizados Especiais, Lei n.º 9099/90, as tutelas de urgência, a criação do Conselho Nacional de Justiça pela EC n.º 45/2004, a fixação de metas administrativas para o Poder Judiciário, o julgamento monocrático pelo relator, o julgamento liminar de improcedência do artigo 285-A.

portanto, deveria ser substituído por uma legislação mais moderna e atualizada com realidade social contemporânea⁴.

Também imbuídos nesse nobre propósito, os Tribunais de Superposição passaram a criar gargalos jurisprudenciais a fim de breçar a proliferação de recursos, mas que, por sua vez, acabaram por trazer algumas limitações às garantias processuais como efeitos colaterais, em especial, ao contraditório.

Em que pese a boa intenção do legislador e das políticas judiciárias no sentido de desafogar o Poder Judiciário para tornar a entrega da tutela jurisdicional mais rápida e efetiva, parece que os efeitos colaterais dela decorrente merecem ser cuidadosamente avaliados, a fim de que não sejam tolhidas garantias processuais fundamentais dos jurisdicionados no Estado Democrático de Direito.

Ao contrário do ideário reproduzido na jurisprudência dos Tribunais de Superposição e nas últimas alterações processuais legislativas, entendemos que a garantia do contraditório não constitui um obstáculo para a razoável duração do processo, partindo da ideia de que contraditório e celeridade não são inversamente proporcionais. Pelo contrário: o debate judicial argumentativo bem feito conduz a redução do tempo processual na medida em que propicia a formação de decisões mais bem construídas e fundamentadas, com a consequente redução da viabilidade de ser atacada por recursos⁵.

⁴ Sem nenhum demérito às valiosas tentativas empreendidas pelo legislador reformista, parece-nos que a mera alteração legislativa, por si só, não possui o “toque de Midas” capaz de gerar um aumento significativo na velocidade de tramitação dos processos. Parece inegável a necessidade de atualização da legislação processual brasileira diante do novo cenário pintado pela Constituição Federal de 1988. No entanto, parece-nos que a solução para a improficência da prestação da atividade jurisdicional célere e efetiva no Brasil exigirá mais do que mera alteração legislativa. É preciso enfrentar as falhas na organização judiciária, o mau aparelhamento da Justiça, a cultura nacional de litigiosidade (protelatória e contumaz), além da ineficiência dos Poderes Executivo e Legislativo quanto às atribuições constitucionais que lhes competem, que acabam desaguando no Poder Judiciário. Sobre o tema, especialmente a atuação do Poder Judiciário em questões de larga repercussão social ou política que originalmente competiriam ao Poder Executivo e Legislativo (Judicialização da Política), Cf. BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 333.

⁵ Vale frisar que os litigantes em processo judicial têm, em regra, prazos curtos e peremptórios para se manifestar nos autos, e que, caso não sejam cumpridos, incorrerão em preclusão. Logo, não se pode concordar que a abertura do contraditório por 10, 15 ou 30 dias para manifestação das partes nos autos seja capaz de gerar prejuízo significativo ao bom andamento do processo. Nesse sentido, leciona Humberto Teodoro Junior: Um processo sem seu [contraditório] exercício, em que não houve colocação clara (e debates acerca) dos pontos controversos é fonte geradora de sem número de recursos (a começar de embargos de declaração, por vezes sucessivos e inúteis), o que certamente não auxilia na obtenção de uma razoável duração do processo. THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao

Este, no entanto, não é o posicionamento que tem prevalecido nas Cortes de Superposição no Brasil, conforme se pretende desenvolver neste trabalho. O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, sufocado pelo grande número de recursos que lhe bate à porta, tem adotado de forma canhestra a chamada jurisprudência defensiva, criando toda sorte de obstáculos formais e muitas vezes desarrazoados para estancar a proliferação de recursos⁶. O Poder Legislativo, por sua vez, permanece imbuído nesse propósito de dar efetividade à prestação jurisdicional, desobstruindo as Cortes de Superposição para dar soluções mais céleres e efetivas para os jurisdicionados.

Na esteira das recentes alterações legislativas do Código de Processo imbuídas desse espírito reformista, é que surgiu, em 2004, para os Recursos Extraordinários, e em 2008, para os Recursos Especiais, a sistemática de julgamento por amostragem de recursos repetitivos (Emenda Constitucional n.º 45/2004 e Lei n.º 11.672/2008, respectivamente).

A inovação processual, inspirada no *Musterverfahren* do direito alemão e influenciada pela doutrina do *Stare Decisis* da *common law*⁷, estabelece o procedimento para o julgamento por amostragem dos recursos que versem sobre a mesma questão de fundo no âmbito dos Tribunais de Superposição, como mais uma tentativa de aliviar a sobrecarga de demandas, além de conferir uniformidade à aplicação do direito.

Por esse novo sistema de julgamento não mais é remetido às Cortes de Superposição centenas de recursos que versam sobre a mesma questão de direito. Diante a identificação da questão de direito repetitiva, o Presidente do Tribunal de origem ou o próprio Tribunal de Superposição elegerá um ou mais recursos representativos da controvérsia determinando o sobrestamento dos demais feitos idênticos até o julgamento do recurso piloto.

contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. Revista de Processo, v. 168, São Paulo: RT. 2009. p. 108.

⁶ Em 2008, O Min. Humberto Gomes de Barros, no seu discurso de posse na presidência do STJ, comparou a atividade do STJ ao paradoxo que envolveu Juca Mulato, personagem de Menotti Del Pichia, quando descobriu que: Não amar é sofrer; amar é sofrer mais: “À semelhança do patético Juca, o STJ percebeu que, na situação em que se encontrava, Não julgar é justiça denegar; Julgar às pressas é arriscar e com a injustiça flertar”:

Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=551&tmp.texto=87057>, acesso em: 10 de abril de 2013.

⁷ Que serão abordadas no item 3.1.1 deste trabalho.

Após o julgamento da questão de fundo no recurso piloto, os tribunais de origem deverão aplicar o entendimento firmado nos recursos sobrestados, sendo enviados às Cortes de Superposição apenas os processos em que a tese contrária for mantida pelo tribunal de origem. À primeira vista, a alteração legislativa apresenta impacto positivo para os jurisdicionados diante a promessa de abreviação do tempo de tramitação dos processos⁸, não fosse a subversão prática do instituto levada a cabo pela política judiciária protecionista dos Tribunais de Superposição no sentido de limitar a participação pelo contraditório das partes afetadas pelo provimento piloto.

Alcançamos aqui o ponto nodal que constitui objetivo do presente trabalho: tentativa de equacionar a necessidade de aceleração do procedimento (princípio da razoável duração do processo) e a uniformização da aplicação do direito (valorização dos precedentes), sem que se isso importe em prejuízo ao valor-fonte do contraditório.

Para tanto, o presente estudo apresentará como percurso, num primeiro momento (capítulo 1), a tendência de compatibilização vertical das decisões judiciais do direito brasileiro e a função dos Tribunais de Superposição no sentido de racionalização da atividade judiciária e garantia da isonomia. Para a compreensão desse fenômeno, propõe-se uma análise acerca da importância dos precedentes judiciais no sistema processual brasileiro que, com base na fusão do modelo romano-germânico com o anglo-saxão, firmou-se como sistema híbrido dotado de características peculiares.

Ao final desse primeiro capítulo, analisaremos ainda o fenômeno jurídico de sobrecarga do Poder Judiciário e a crise decorrente do crescente número de processos que abarrotam os escaninhos dos Fóruns e Tribunais responsável pelo aumento decisivo do tempo de duração dos processos. Eis o grande paradoxo que aflige os operadores do direito: qualidade da tutela jurisdicional *versus* quantidade e produtividade.

⁸ Em 2005, o STJ recebeu mais de 210 mil processos. No ano seguinte, o número ultrapassou a casa dos 250 mil. Em 2007, o Tribunal julgou mais de 330 mil processos; desses 74% repetiam questões já pacificadas pela Corte. O espantoso percentual nos revela que temos uma máquina estatal (cara) que ocupa a maior parte do seu ofício para reproduzir teses jurídicas já pacificadas. Dados e estatísticas disponíveis no Relatório de Desempenho do STJ. Disponível em: <www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=109740>, Acesso em 15 de junho de 2013.

Estabelecidas essas premissas, no segundo capítulo, o trabalho procurará verificar a importância do princípio do contraditório para o Estado Democrático de Direito e a necessidade de participação dos afetados pelo provimento na formação da decisão jurisdicional.

Delineando as transformações históricas do instituto, desenharemos o novo conceito de contraditório que se coloca aliado à motivação obrigatória das decisões judiciais como espinha dorsal do processo civil contemporâneo. Ver-se-á que, jungido nesse novo paradigma democrático-deliberativo⁹, o contraditório abandona o tradicional binômio reducionista “informação-reação”, passando a ser visto como instrumento de participação efetiva das partes no embate argumentativo com o estado-juiz de modo que possam influir decisivamente na produção do provimento judicial.

Em contrapartida, após nos determos na compreensão da relevância do princípio do contraditório nesse novo modelo processual constitucional, esclareceremos, ao fim desse capítulo, que não se trata de um valor absoluto e intangível, podendo então ser diferido ou, até mesmo, mitigado, desde que não represente efetivo prejuízo à parte.

Percorrendo esse caminho, passaremos então, definitivamente, a enfrentar a necessidade de se equacionar a aceleração do procedimento (princípio da razoável duração do processo) e a uniformização da aplicação do direito (valorização dos precedentes), sem que se isso importe em prejuízo ao valor-fonte do contraditório. O objetivo será identificar até que ponto a incessante busca pela celeridade ínsita na Jurisprudência das Cortes de Superposição se revela legítima para suprimir a garantia constitucional do contraditório.

Como tubo de ensaio, esmiuçaremos a sistemática de julgamento por amostragem dos repetitivos de recursos nos Tribunais de Superposição, que será abordada no terceiro capítulo do presente trabalho. Nesse terceiro capítulo, traçaremos um panorama geral do instituto com a apresentação dos aspectos relevantes e os pontos sensíveis dessa técnica de julgamento, especialmente no que diz respeito à possibilidade dos afetados pelo provimento jurisdicional participarem da sua formação.

⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. Vol. I. 2ª ed. Era das transições. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003, p. 45-46.

Diante das premissas fixadas nos capítulos anteriores, apresentamos uma abordagem crítica ao julgamento por amostragem de recursos repetitivos, com o objetivo de demonstrar a necessidade de participação dos prejudicados pelo provimento jurisdicional na sua formação.

Pontualmente, serão tratados problemas que envolvem a eleição do recurso paradigma, a suposta “irrecorribilidade” da decisão de sobrestamento, a afetação dos recursos representados e os problemas relativos à representatividade adequada, a participação dos terceiros afetados pelo provimento judicial piloto, a participação do Ministério Público e a ausência de critérios legais para a vinculação da decisão paradigma.

1. A FUNÇÃO DOS TRIBUNAIS DE SUPERPOSIÇÃO: ATENDER ÀS NECESSIDADES DA SOCIEDADE E CRIAR ESTABILIDADE, UNIFORMIDADE E PREVISIBILIDADE

1.1 DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL JUSTA E A FUNÇÃO DOS TRIBUNAIS DE SUPERPOSIÇÃO

Independentemente da nomenclatura que pretenda usar¹⁰, pode-se dizer que o fenômeno da constitucionalização do direito, marcado pela passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional, representou a ruptura da tradição jurídica positivista, dando lugar a difusão da teoria dos direitos pautada na força normativa da constituição.

Luís Roberto Barroso identifica como marcos teóricos o que a escola da UERJ nomeou de neoconstitucionalismo: a) o reconhecimento de força normativa à constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional e c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional¹¹.

Notadamente, os princípios ganharam força normativa, superando a premissa até então predominante de que toda norma era sinônimo de regra¹². Nesse sentido, Hermes Zaneti Jr. aponta que a mudança do novo paradigma constitucional inclui na sua força normativa também os princípios, que passaram a desempenhar o papel principal, de destaque, na unicidade da Constituição¹³.

A técnica legislativa abandona o casuismo para dar lugar a cláusulas abertas e conceitos indeterminados que exigem maior atividade hermenêutica do intérprete e dos próprios

¹⁰ Neoconstitucionalismo, Neoprocessualismo ou Pós-Positivismo. A nomenclatura não é unânime. Não é por outra razão que Fredie Didier se refere a vários “neoconstitucionalismos”. Nesse sentido: DIDIER JR, Fredie. Teoria do Processo e Teoria do Direito: O Neoprocessualismo. In: DIDIER JR, Fredie e JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). **Teoria do Processo – Panorama Doutrinário Mundial**. Salvador: JusPODIVM, 2008.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). Elaborado em outubro de 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em 11 junho de 2013.

¹² Valiosa a contribuição de Humberto Ávila: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 154-185.

¹³ ZANETI JÚNIOR, Hermes. Processo constitucional. **O modelo constitucional de processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumem Juris editora. 2007, p. 23.

jurisdicionados. A jurisdição não mais “brotará” do texto normativo, como se pretendeu, afinal nem tudo está nos códigos¹⁴.

Em paralelo a mudança na teoria da norma, verificou-se que o ordenamento jurídico adquiriu uma feição complexa. Os Códigos perdem seu caráter de plenitude (característica intrínseca ao Estado Legislativo), dando lugar a estatutos e legislações especiais que concorrem na disciplina da vida social¹⁵. Nessa senda, a atividade jurisdicional passou a ser vista como atividade de reconstrução do sentido normativo das proposições dos enunciados fático-jurídicos. O essencial passa a ser não meramente a descrição ou revelação do texto legal, mas sim a reconstrução da norma pela jurisdição.

Inocência Mártires Coelho¹⁶ sintetiza que esse novo constitucionalismo configura-se em “*a) mais Constituição do que leis; b) mais juízes do que legisladores; c) mais princípios do que regras; d) mais ponderação do que subsunção; e) mais concretização do que interpretação*”.

Na esteira dessas transformações, o processo deixa então de ser pensado subjetivamente, passando a responder não só pela necessidade de resolver casos concretos mediante a prolação de uma decisão justa para as partes, mas também pela promoção da unidade do direito mediante a formação de precedentes¹⁷.

Conforme desenvolve Daniel Mitidiero, nesse modelo de estado constitucional, a dignidade da pessoa humana e a segurança jurídica passam a estar intrinsecamente ligados. Esses dois princípios fundamentam a organização de um processo destinado à tutela dos direitos mediante a prolação de uma decisão justa e a formação de precedentes judiciais¹⁸.

¹⁴ A contraposição entre o modelo hierárquico (em que a lei e o juiz que a ela está vinculado são o vértice do sistema) e um modelo coordenado (em que as tarefas são divididas entre os sujeitos do processo – autor, juiz e réu – em contraditório, de forma a identificar o problema e fornecer a solução mais justa) para os debates judiciais. Ibid., p.

¹⁵ MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.15.

¹⁶ COELHO, Inocência Mártires. Ordenamento jurídico, constituição e norma fundamental. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 127.

¹⁷ Daí que o processo civil o Estado Constitucional tem por função dar tutela a direitos mediante a prolação de decisão justa para o caso concreto e a formação de precedente para promoção da unidade do direito para a sociedade em geral. MITIDIERO, op. cit., p.16, nota 14.

¹⁸ MITIDIERO, op. cit., 2013, p.15

Do ponto de vista do estado constitucional, o fim do processo civil só pode ser reconduzido à tutela dos direitos mediante a prolação de uma decisão justa e alinhada aos precedentes. Daí que a tutela dos direitos que deve ser promovida pelo processo tem dupla direção – dirige-se às partes no processo e à sociedade em geral.

A dignidade da pessoa humana, portanto, relaciona-se com a necessidade de obtenção de uma decisão justa como meio particular para efetivação de direitos (o foco está nas partes). De outro lado, a segurança jurídica impõe que essa decisão, para que seja justa, esteja alinhada com os precedentes (o foco na ordem jurídica e na sociedade civil como um todo)¹⁹. Nesse passo, o direito ao processo justo tem de ser pensado à luz de uma adequada organização das cortes que integram o sistema responsável pela prestação da tutela adequada, efetiva e tempestiva de direitos²⁰.

Portanto, a busca pelo processo justo tem que levar em conta necessariamente o perfil judiciário brasileiro, em especial as normas de organização judiciária que visam delinear a função dos Tribunais em nosso país e a maneira como a entrega da tutela jurisdicional deve ser desempenhada. Cabem aos tribunais basicamente as funções de resolver controvérsias e proteger os direitos individuais e enriquecer o estoque de normas jurídicas para a verificação e proteção da ordem jurídica²¹.

O primeiro escopo responde à necessidade das partes de ver o seu caso bem apreciado em juízo e o segundo escopo, responde primordialmente à necessidade de aderência das soluções jurídicas à cultura social – interessando, desta forma, mais à sociedade como um todo do que propriamente ao direito individual das partes do processo²². Nessa linha de ideias, caberá aos órgãos judiciários ordinários primordialmente a solução das controvérsias (primeira função), sendo responsabilidade das Cortes de Superposição o resguardo da uniformidade e a promoção do desenvolvimento do direito (segunda função).

¹⁹ Importante esclarecer que o referencial da segurança jurídica está no alinhamento aos precedentes e não mais na certeza e literalidade do texto legal, pensamento predominante no Liberalismo. MITIDIERO, op. cit. p.16.

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 492-493

²¹ “*Resolution of disputes*” e “*enrichment of de supply of legal rules*”, conforme MITIDIERO, Daniel. *Por uma Reforma da justiça civil no Brasil: um diálogo entre Mauro Cappelletti, Vittorio Denti, Ovídio Baptista e Luiz Guilherme Marinoni*, **Repro** 199. São Paulo: Ed. RT, 2011.

²² MITIDIERO, Daniel. **Por uma Reforma da justiça civil no Brasil: um diálogo entre Mauro Cappelletti, Vittorio Denti, Ovídio Baptista e Luiz Guilherme Marinoni**, **Repro** 199. São Paulo: Ed. RT, 2011

No presente trabalho, nos interessará a segunda função – resguardo do direito objetivo e uniformização de jurisprudência-, essencialmente atribuída aos Tribunais de Superposição, pois será este ambiente que servirá de “tubo de ensaio” para o tema aqui em análise. Havendo o respeito aos precedentes dos Tribunais de Superposição, estar-se-á conferindo a estabilidade necessária ao sistema jurídico, oferecendo aos jurisdicionados o mínimo de previsibilidade e igualdade de tratamento, além da economia processual.

1.2 VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES: A TENDÊNCIA DE COMPATIBILIZAÇÃO VERTICAL DAS DECISÕES JUDICIAIS

Conforme visto, com a virada do Estado Legislativo para o Estado Constitucional foi inevitável reconhecer que a atividade judiciária envolve necessariamente a interpretação da legislação, caindo por terra o ideário de Montesquieu²³.

Na medida em que crescia a importância da atividade interpretativa do Juiz²⁴, crescia também a necessidade de uniformização dessa atividade interpretativa pelos Tribunais de Superposição.

No Brasil, essa mudança de paradigma foi nitidamente percebida com a inserção no nosso sistema processual, tradicionalmente concebido sobre o ideário do *civil law*²⁵, de mecanismos que atribuem maior importância aos precedentes das Cortes de Uniformização, de modo a prestigiar a isonomia, a uniformidade e a previsibilidade da aplicação do direito.

Tal tendência de fortalecimento da jurisprudência no Brasil recebeu decisiva influência da doutrina do *stare decisis* do direito estadunidense, preocupada com o valor da segurança

²³ O Judiciário seria “*la bouche qui prononce les paroles de la loi*”. COMPARATO, Fabio Konder Comparato. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Editora Saraiva, 4ª ed., 2006.

²⁴ Por mais que o intérprete se esforce por permanecer fiel ao seu “texto”, ele será sempre, por assim dizer, forçado a ser livre – porque não há texto musical ou poético, nem tampouco legislativo, que não deixe espaço para variações e nuances, para a criatividade interpretativa. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

²⁵ ZANETI JÚNIOR, op. cit., 2007.

jurídica, na sua acepção de previsibilidade do Direito, intimamente ligada ao *Rule of Law*²⁶. A doutrina da *stare decisis* assegura que o direito não se altere de forma errática e permite que a sociedade presuma que os princípios fundamentais estão fundados no direito ao invés de nas inclinações dos indivíduos²⁷.

Tem-se, portanto, a mudança referencial do significado de “segurança jurídica”: Não mais se admite compreendê-la como a pretensa necessidade de regulamentação legislativa casuística sobre todas as hipóteses fático-jurídicas cogitáveis. Segurança jurídica deve estar relacionada à uniformidade de aplicação do direito, ou seja, segurança jurídica se dará ao se aplicar uniformemente o direito de acordo com os precedentes²⁸.

De fato, é absolutamente indesejável que haja excessiva discordância entre os tribunais sobre como decidir uma mesma questão de direito. A existência de decisões diferentes sobre situações iguais, além de gerar insegurança jurídica, conduz ao descrédito com relação à atuação jurisdicional. Nesse sentido, Teresa Arrdua Alvim Wambier é precisa em afirmar que para alcançarmos um processo justo e isonômico é necessário que assegure-se uma mesma pauta de conduta para todos os jurisdicionados: “as pessoas não podem ser como cachorros que só descobrem que algo é proibido quando um bastão atinge o seu nariz”²⁹.

De igual modo, aceitar, ilimitadamente que o juiz tenha liberalidade para decidir de acordo com sua própria convicção corrobora para que haja várias pautas de conduta diferentes e incompatíveis para os jurisdicionados³⁰. O livre convencimento do juiz não pode ser entendido como uma liberdade para que cada juiz adapte o direito ao caso concreto a sua maneira pessoal.

²⁶ O cruzamento ocorreu entre a tradição da common law estadunidense, que inspirou nossa ordem constitucional republicana, e a tradição romano-germânica, predominante na Europa Continental, do qual recepcionou-se o direito privado, o direito público infraconstitucional e o penal. ZANETI JÚNIOR, 2007, p.

²⁷ *The decision in this case is supported, but not compelled, by the stare decisis doctrine, the means by which this Court ensures that the law will not merely change erratically but will develop in a principled and intelligible fashion.* Suprema Corte no conhecido julgamento do caso *Vasquez vs. Hillery* (*Vasquez vs. Hillery* 474 U.S. 254, 256) Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/474/254/>>. Acesso no dia

²⁸ MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.20.

²⁹ Frase atribuída a R. C. Van Caenegem por WAMBIER, Teresa Arrdua Alvim. **Direito Comparado: Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law.** Revista de Processo n.º 172, São Paulo: RT 2009. p. 127-128.

³⁰ Sobre o tema pertinente a leitura de STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

A liberdade conferida ao julgador pelas cláusulas abertas e princípios jurídicos não se destina ao juiz individualmente considerado, mas ao Judiciário como um todo³¹.

Sidnei Beneti³² adverte que essa ausência de segurança jurídica provocada por decisões extremamente diferentes umas das outras para casos substancialmente idênticos, "tonteia" juízes de 1.º grau, partes e advogados, tornando o sistema *flácido* e *sem coesão*. De modo enérgico, o Min. Humberto Gomes de Barros, por oportunidade do julgamento do REsp 228432/RS, manifestou a preocupação da Corte em imprimir uniformidade na interpretação da legislação federal:

Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós - os integrantes da Corte - não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal, para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte.

De fato pode-se dizer que o desrespeito aos precedentes compromete o Estado de Direito na medida em que as coisas passam a ocorrer como se houvessem várias leis regendo a mesma conduta, sem qualquer estabilidade e previsibilidade.

Espera-se dos Tribunais de Superposição que, justamente em virtude da missão que lhes foi atribuída pela Constituição Federal, ao proferirem uma decisão judicial, dela se extraia um modelo de atuação para os próprios tribunais e para todos os demais órgãos do Judiciário, de modo que, mesmo que ainda não sumulado um determinado entendimento, sirva de parâmetro para os julgamentos futuros³³.

³¹ Cf. CARVALHO NETTO, Menelick. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 88, p. 81-108, 2003; e CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Argumentação jurídica e decisionismo. In: José Adércio Sampaio Leite. (Org.). **Crise e desafios da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, v. 1, p. 521-543.

³² “Decide-se, muitas vezes, a mesma questão de modos diferentes até que se consolide uma única orientação nos Tribunais de Superposição; a dispersão de julgados ‘tonteia’ juízes de 1.º grau, partes e advogados. Esta dispersão gera uma instabilidade que compromete o equilíbrio da economia do País. BENETI, Sidnei Agostinho. Doutrina de precedentes e Organização Judiciária. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). **Estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: RT, 2006, p. 482.

³³ Nesse ponto, não se pode deixar de mencionar fortes vozes na doutrina que afirmam não existir qualquer razão plausível para se atribuir efeito vinculante à jurisprudência somente em determinadas situações - modelo de controle de constitucionalidade abstrato e concreto, súmulas vinculantes. Entendem referidos autores que não há razão lógica para que se faça uma diferenciação entre precedentes vinculantes e precedentes persuasivos. Cf. TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. A. 61, n. 3, p. 795-810. Milano: Giuffrè, 2007; MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva,

Fixamos aqui uma premissa base para o presente estudo, em consonância com o pensamento de Teresa Wambier, para quem o direito, além de estável, tem de ser adaptável, já que serve à sociedade e esta sofre alterações ao longo do tempo - estas duas facetas (estabilidade e continuidade), conjugam-se de modo que a estabilidade não é nem deverá ser fixidez e a continuidade que não é nem será imutabilidade³⁴.

Nesse sentido, portanto, a premissa consiste em que seja priorizado, pelos tribunais de segundo grau e juízos monocráticos, o absoluto respeito aos precedentes das Cortes de Superposição com vistas à uniformização da aplicação do direito e de modo a assegurar a segurança e previsibilidade do sistema. Por outro lado, os Tribunais de Superposição devem preocupar-se ainda em estimular e orientar, no âmbito jurisdicional, o que se pode chamar a modernização do direito, fazendo-se intérprete das novas realidades e dos novos problemas jurídicos surgidos.

Daí, pois, a consecução da unidade do Direito pelos Tribunais de Superposição em uma dupla perspectiva: uma, no plano da unidade retrospectiva, alcançada pela compatibilização das decisões; a outra no plano da unidade prospectiva, buscada pelo desenvolvimento de novas soluções aos problemas sociais³⁵.

1.3 A CRISE DE PROCESSOS E O PARADOXO QUALIDADE X QUANTIDADE - A BUSCA INCESSANTE PELA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E O SURGIMENTO DE NOVAS TECNOLOGIAS PARA ACELERAÇÃO DOS PROCESSOS

É perceptível que o reconhecimento de novos direitos e a significativa ampliação do acesso à justiça decorrentes do surgimento do Estado Democrático de Direito³⁶, aliados ao que se

2005, 4. ed. p. 146 e MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 2ª ed. rev. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.p. 74.

³⁴ Além de estável, o direito tem de ser adaptável, já que serve à sociedade e esta sofre alterações ao longo do tempo. Estas duas facetas (estabilidade e continuidade),conjugam-se de modo que a estabilidade não é nem deverá ser fixidez e a continuidade que não é nem será imutabilidade. WAMBIER, 2009. p. 127-128.

³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 2ª ed. rev. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 22.

³⁶ Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006.e SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8ª Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

chama de cultura de litigiosidade³⁷ presente na sociedade brasileira, além da prevalência da tutela jurisdicional individual sobre a coletiva, fizeram com que o Poder Judiciário recebesse sobrecarrega de demandas nas últimas décadas.

As experiências políticas ao longo da história revelaram que, de acordo com o contexto político-social momentâneo, sempre uma das três esferas do poder se sobressaiu às demais.

Tal como concebida por Montesquieu em “O Espírito das Leis” (1748), a teoria da tripartição dos poderes nunca se materializou de forma plena, estanque, com perfeito equilíbrio e independência do Legislativo, Executivo e Judiciário³⁸.

Como cediço, no período pós-Revolução Francesa, marcado pelo inchaço do Poder Legislativo, a nova classe dominante burguesa adotou extensa codificação visando limitar a atuação hermenêutica dos magistrados, remanescentes do *status quo ante*.

Já no período pós Segunda Guerra Mundial, a doutrina do *Welfare State* se consolidou como modalidade de organização política e econômica, primando prevalência do Poder Executivo perante os demais poderes. A evolução político-social do Estado social e o surgimento do Estado Democrático Constitucional de Direito trouxe consigo uma tendência de valorização e fortalecimento do Judiciário³⁹.

O Poder Judiciário assume metaforicamente a condição de “Juiz Hercules”, descrita por François Ost⁴⁰, como superpoder paternalista onipotente e onipresente. Nesse cenário, uma verdadeira avalanche de anseios sociais vertidos em ações judiciais passou a se acumular nos escaninhos dos Fóruns e Tribunais. Atualmente, “quase tudo” vai parar na Justiça, desde os

³⁷ *Um olhar sobre o comportamento humano, desde tempos imemoriais até nossos dias, revela esta simples verdade: o ser humano não quer e não gosta de perder: vencido, talvez; jamais convencido. É próprio do homem o apegar-se às suas convicções e teses, para vê-las vencedoras. O que está à base desse impulso parece ser uma constante necessidade de autoafirmação e de subjugação do próximo aos interesses do dominador, do vencedor, postura psicológica essa que, provavelmente, remonta às priscas eras da civilização e se vem mantendo ao longo dos séculos, no chamado inconsciente coletivo.* MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Recurso Extraordinário e Recurso especial**. 11ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010, p.19

³⁸ MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999 p. 73-74.

³⁹ BARROSO, Luis Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 334.

⁴⁰ OST, François. **Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de juez**. Trad. Isabel Lifante Vidal. DOXA – Cuadernos de Filosofía, número 14, 1993, p.169-194.

entreveros entre vizinhos, problemas cotidianos com a empresa de telefonia até questões políticas de extrema repercussão nacional, etc..⁴¹

Como era de se esperar, não demorou se tornarem mais evidentes as mazelas do aumento significativo e progressivo do tempo médio de duração dos processos. Nesse sentido, Ada Pellegrini aponta que:

A crise na demora da prestação jurisdicional dissemina-se e serpenteia pelo corpo social, como insatisfação dos consumidores da justiça, assumindo as vestes do descrédito nas instituições, atinge os operadores do direito e os próprios magistrados, como que impotentes perante a complexidade dos problemas que afligem o exercício da função jurisdicional. É inacessível, cara, complicada, lenta, inadequada e seria ela a denegação de justiça, sendo assim injusta.⁴²

Nos Tribunais de Superposição fica ainda mais nítido esse excesso de demandas que historicamente vem assolando o Judiciário. Segundo Rodolfo Mancuso⁴³, em 1904, a média de distribuição de processos era 26 (vinte e seis) processos por ano, média esta que atingiu 55 (cinquenta e cinco) processos por ano em 1933. Em 1960, foram julgados 5.946 recursos extraordinários, quantidade que já na época foi considerada excessiva e preocupante por seus juízes. O crescimento continuou em índices já preocupantes, sendo que no relatório anual de 1985 constavam 17.798 julgados. E o crescimento desenfreado persistiu: em 1994, foram julgados 16.250 recursos extraordinários e 16.758 recursos especiais. Em 1997, o Supremo Tribunal Federal recebeu 19.599 processos e julgou 21.317⁴⁴.

À semelhança do Supremo Tribunal Federal, no Superior Tribunal de Justiça o aumento vertiginoso no número de processo também preocupa a casa desde sua instituição. No ano 2000, o tribunal recebeu em média três mil processos por semana, ou seja mais de dez mil processos por mês⁴⁵. Quando os órgãos máximos da organização judiciária recebem muito

⁴¹ BARROSO, Luis Roberto. **O ano da judicialização da política** - Editorial, Revista de Direito do Estado, nº 8, 2008 e YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Ação civil publica: judicialização dos conflitos e redução da litigiosidade. In: MILARÉ, Edis (Coord.) **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 118.

⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. 2ª edição, Rio de Janeiro, 1998, p. 20

⁴³ MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Recurso Extraordinário e Recurso especial**. 11ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010, p.72

⁴⁴ Referido autor fez um curioso cálculo: 17.000 processos-ano julgados por onze ministros importa em 4,2 processos/dia, por Ministro, contando-se os sábados, domingos, feriados, recessos e as férias de janeiro a julho, ocasião em que se supõe que seus membros devam desfrutar de uma forma qualquer de lazer e descanso.

⁴⁵ sítio do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=109740>. Acesso em: 12 de dezembro de 2013.

mais processos do que são capazes de julgar, enfrentamos a ineficiência da prestação da tutela jurisdicional e conseqüentemente o desprestígio dos jurisdicionados com a Justiça.

Logo, o tema da razoável duração do processo passou a preocupar cada vez mais os operadores do direito, vindo ao centro de debates sobre efetividade da prestação da tutela jurisdicional. Diante esse quadro, as Cortes de Superposição sufocadas pela avalanche de demandas que lhes batiam à porta passaram a adotar a chamada “jurisprudência defensiva”, criando toda sorte de obstáculos jurisprudenciais e regimentais para que as Cortes de Superposição não soçobrassem em face do volume de recursos que a ela subiam⁴⁶.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) desde 1969, já previa que:

toda pessoa tem direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza.⁴⁷

Nessa linha, a Emenda Constitucional n.º 45/2004, nominada Reforma do Poder Judiciário, ao acrescentar o inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição Federal, assegurando “a todos no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios

⁴⁶ Inicialmente a edição da lei n.º 3.396/58 passou a exigir que o despacho de admissibilidade do recurso extraordinário fosse motivado, à semelhança do que já ocorria nos casos de inadmissibilidade. Por sua vez, a EC n.º 16/65 outorgou ao STF competência para julgar representações de inconstitucionalidade de lei e atos normativos, estaduais e federais, com a finalidade – que vem expressa na exposição de motivos do projeto dessa Emenda – de lhe permitir, num único julgamento, solver a questão da constitucionalidade, ou não, dessas normas, o que estancaria, no nascedouro, a fonte de recursos extraordinários que lhe seriam interpostos se a declaração de inconstitucionalidade se tivesse de fazer em cada caso concreto. A EC n.º 1/69, restringiu o cabimento do recurso extraordinário quando interposto com fundamento nas letras “a” e “d” do inc. III de seu art. 119. Em 1975, a Emenda Regimental n.º 3, ampliativa daquelas restrições, substituiu, com exceção a elas, o dissídio com a sua jurisprudência predominante pela arguição de relevância da questão federal. A arguição de relevância foi também um dos expedientes vocacionado à diminuição do número de recursos no STF. O Autor chega a afirmar que a atual repercussão geral é um *rentrée* da arguição de relevância, mas com o *farol trocado*. No STJ a política defensiva criou o Núcleo da Presidência (NAPRE), destinado a filtrar os recursos manifestamente descabidos que chegam ao STJ, reduzindo ainda mais o número de processos distribuídos para julgamento. A edição da lei n.º 9756/98 buscou superar alguns entraves que atrapalhavam a tramitação dos recursos excepcionais, a saber: a interposição desses recursos na modalidade retida, quando manejados contra decisões interlocutórias nos processos de conhecimento, cautelar e embargos à execução (parágrafo terceiro do artigo 542 CPC), a ampliação dos poderes do relator, o qual, estando o acórdão recorrido em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, fica autorizado a conhecer do agravo para dar provimento ao próprio recurso especial, poderá ainda, se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito, determinar sua conversão, observando-se, daí em diante o procedimento do recurso especial. MANCUSO, 2010, p.72

⁴⁷ Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992

que garantam a celeridade de sua tramitação”, elevou a razoável duração do processo à categoria de direito fundamental constitucional⁴⁸.

Nota-se, portanto, que já há décadas está em pauta a importância de que o julgamento das causas judiciais fosse dotado de mecanismos que permitissem uma demora que não ultrapassasse aquela estritamente necessária.

Para que a diretriz constitucional da razoável duração do processo não se degradasse num simples ideal, uma mera norma programática, providências concretas de base legislativa foram implementadas com o objetivo de abreviar o tempo de tramitação dos processos na Justiça, as chamadas “Técnicas de aceleração dos procedimentos” nos termos de Cândido Dinamarco⁴⁹. Nesse esteira, surgiram no sistema processual brasileiro as figuras da improcedência *prima facie* em processos repetitivos (artigo 285-A do CPC), situação pela qual o legislador deu poderes ao próprio juiz de piso para fazer prevalecer decisões anteriores proferidas em casos idênticos; a chamada súmula impeditiva de recursos (art. 518 §1º do CPC), que visa eliminar o acesso da apelação ao tribunal, nos casos em que a sentença está em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal; o julgamento monocrático do artigo 557 do CPC; na mesma linha, a repercussão geral como requisito de admissibilidade para os recursos extraordinários (art. 543-A do CPC) e o instituto da súmula vinculante pelo qual se uniformiza os julgamentos das matérias constitucionais.

Toda essa pauta voltada para otimizar o produto final da jurisdição passou a se preocupar também com os recursos especiais e extraordinários, mormente aqueles repetitivos, segmento que vinha respondendo em larga medida pela sobrecarga de processos no STF e STJ. Assim, tomou corpo a ideia do tratamento em bloco dos recursos excepcionais múltiplos e repetitivos, que as estatísticas apontavam como os grandes vilões responsáveis pela morosidade da justiça⁵⁰.

⁴⁸ Inovações trazidas pela própria emenda n.º 45, como o instituto da repercussão geral e da súmula vinculante, conselho nacional de justiça, traziam para o centro do tablado de discussão o problema da morosidade da justiça.

⁴⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 4ª Edição. Vol. II, São Paulo, Malheiros Editores, 2001, p. 896-904.

⁵⁰ Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2010-set-15/recurso-repetitivo-repercussao-geral-servem-efetividade-jurisprudencial>>. Acesso em: 21 de abril de 2013.

Na esteira dessas recentes alterações legislativas do Código de Processo, imbuídas nesse espírito reformista, surgiu em 2004, para os Recursos Extraordinários, e em 2008, para os Recursos Especiais, a sistemática de julgamento por amostragem de recursos repetitivos (Emenda Constitucional n.º 45/2004 e Lei n.º 11.672/2008, respectivamente)⁵¹, objeto do presente estudo.

Inicialmente, a inovação legislativa traz impacto positivo para os jurisdicionados diante a promessa de uniformização da aplicação da jurisprudência e diminuição do tempo de tramitação dos processos, mas, por outro lado, traz consigo alguns efeitos colaterais, especialmente, quando tratamos de limitações excessivas à participação dos afetados no julgamento do paradigma⁵².

Eis aqui o grande desafio da sistemática de julgamento por amostragem de recursos: equacionar a colisão entre dar uniformidade e razoável duração ao processo e o princípio do contraditório permitir a participação dos afetados pelo provimento jurisdicional sem que isso represente um retrocesso no que diz respeito à efetividade da tutela jurisdicional em tempo razoável.

Nesse ponto, Barbosa Moreira é preciso ao recomendar que não se deve hiperdimensionar a malignidade da lentidão da Justiça e sobrepô-la, sem ressalvas nem matizes, a todos os demais problemas da Justiça, de modo a acelerá-la a qualquer custo.⁵³

Cumpre-nos, portanto, analisar cuidadosamente os efeitos colaterais advindos dessas reformas legislativas e da praxe judiciária, a fim de que possam atingir ao seu desiderato de uniformização da jurisprudência e abreviação do tempo de duração dos litígios, sem que isso importe numa violação desarrazoada de garantias processuais fundamentais inerentes ao Estado Democrático de Direito e ao processo justo.

⁵¹ Desde longa data o RISTF no seu artigo 127 já previa um *modus procedendi* para o julgamento em bloco de processos coalizados pela identidade de matéria, o que Rodolfo Mancuso considera ser o embrião do art. 543-C do CPC. MANCUSO, 2010, p.70.

⁵² Em verdade, a subversão prática do instituto pela política protecionista dos Tribunais de Superposição no sentido de bloquear a, todo custo, a “subida” de recursos excepcionais e limita decisivamente a participação pelo contraditório das partes afetadas pelo provimento jurisdicional.

⁵³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Teorias de direito processual: oitava série**. São Paulo: Saraiva, 2004, p.02

2. A IMPORTÂNCIA DO CONTRADITÓRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A PARTICIPAÇÃO DOS AFETADOS PELO PROVIMENTO NA FORMAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Antes de adentrarmos especificamente acerca da necessidade de participação dos jurisdicionados na formação do provimento jurisdicional, cumpre previamente compreender a importância do contraditório como espinha dorsal do Processo Civil contemporâneo no Estado Democrático de Direito. Jungido nesse novo paradigma democrático-participativo⁵⁴, o contraditório abandonou o tradicional binômio reducionista “informação-reação”, passando a ser visto como instrumento de participação efetiva das partes no embate argumentativo com o estado-juiz de modo que possam influir decisivamente na produção do provimento judicial. Nesse novo modelo de processo, os jurisdicionados valem-se do contraditório para participar do debate argumentativo de justificação racional e de aceitação dessa racionalidade junto aos participantes do discurso jurídico, visando à obtenção do resultado jurídico justo⁵⁵.

Nos deteremos, nesse segundo capítulo, em desenvolver a compreensão da relevância do princípio do contraditório nesse novo modelo processual constitucional, que nos fornecerá, subsequentemente, subsídios para analisar, mais detidamente, até que ponto seria legítima a mitigação ou postergação do exercício do contraditório pelas partes que têm seus recursos excepcionais sobrestados e julgados por amostragem na forma do 543-B e 543-C do Código de Processo Civil.

2.1. A IMPORTÂNCIA DO CONTRADITÓRIO COMO VALOR FONTE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

No final do século XX, o cenário mundial de superação dos regimes totalitários⁵⁶ e consolidação do Estado Democrático de Direito inspirou decisivamente o Constituinte Brasileiro de 1988 a adotar mecanismos de participação popular e de controle da administração pública como postulados fundamentais. Institutos que hoje nos parecem

⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. Vol. I. 2ª ed. Era das transições. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003.

⁵⁵ BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. **Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos**. São Paulo: Atlas, 2007.

⁵⁶ O processo de democratização disseminado no cenário mundial pós-guerras ainda é um desafio em muitos países médio-orientais e africanos.

absolutamente indissociáveis da ideia de democracia⁵⁷, tamanho o grau de inserção em nossas práticas políticas cotidianas, foram, em 1988, pioneiras ferramentas introduzidas no ordenamento para propiciar a atuação da sociedade nas deliberações políticas.

A Constituição Federal de 1988, na mesma medida em que elencou um imenso rol analítico e ambicioso de direitos e garantias fundamentais no seu corpo, também se preocupou em dispor de instrumentos acessíveis a qualquer do povo para fazer valer, na prática, tais conquistas abstratamente previstas no seu texto. Esse modelo de democracia participativa que se estabeleceu, muito mais do que um simples direito de eleger seus representantes mediante o voto direto, consiste num sistema político pautado na atuação participativa dos mais amplos segmentos da sociedade na gestão do Estado, com o fim precípuo concretizar as diretrizes constitucionais⁵⁸. O Judiciário inseriu-se nesse contexto como espaço democrático privilegiado para a atuação participativa da sociedade civil nos debates e deliberações político-sociais⁵⁹.

A constitucionalização analítica de direitos e a previsão de um controle de constitucionalidade dos mais abrangentes do mundo⁶⁰ ampliou significativamente o espectro de atuação do poder judiciário, transformando-o num tablado de discussões em que se passou a decidir questões de larga repercussão social e política. Como corolário lógico, esse novo paradigma democrático deliberativo também gerou importantes reflexos no processo judicial, especialmente no que diz respeito à mudança da tradicional relação angularizada “Estado-Juiz X Partes”. As partes deixaram de lado a condição de meros objetos passivos da decisão judicial, passando a intervir decisivamente no ato decisório por meio do diálogo participativo⁶¹.

Esse novo quadro exigiu a reformulação da ideia clássica de contraditório com a construção de um *novo conceito* que abrangesse não apenas a mera “audiência bilateral das partes”, mas que contemplasse o direito das partes de influenciar decisivamente na formação do provimento jurisdicional.

⁵⁷ Citamos aqui como exemplo a criação do voto direto e universal, a instalação dos Tribunais de Contas, a ampliação do acesso à justiça, o fortalecimento do Ministério Público e defensoria pública, entre inúmeras outras.

⁵⁸ HABERMAS, 2003.

⁵⁹ Cf. BARROSO, 2009. p. 333.

⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 146.

⁶¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no processo civil: Proposta e um formalismo valorativo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

Conforme desenvolveremos mais detidamente nas linhas seguintes, nesse novo modelo de processo os jurisdicionados valem-se do contraditório para participar do debate argumentativo de justificação racional e de aceitação dessa racionalidade junto aos participantes do discurso jurídico, visando à obtenção do resultado jurídico justo⁶².

Nessa trilha, trataremos nesse capítulo de traçar a trajetória histórica e as mutações do princípio do contraditório a partir de uma retrospectiva do instituto desde a antiguidade até os dias de hoje, e identificaremos de que maneira ele se comportou diante de importantes acontecimentos políticos ocorridos no decorrer dessa linha cronológica. Em seguida, tendo em mãos as constatações obtidas com a compreensão da evolução do instituto ao longo da história, compreenderemos as feições que o conceito adotou na atualidade transformando-se em valor-fonte democratizante do processo.

2.1.1 Evolução histórica do instituto

Roberto Maranta, no século XV, apontava a origem jusnaturalista do princípio do contraditório com base no fragmento contido no livro bíblico de Gênesis (3.9), que dispunha que Deus teria ouvido as razões de Adão antes de condená-lo à expulsão do Paraíso⁶³.

Em textos de Plutarco (filósofo grego), datados de séculos antes de Cristo, era possível encontrar disposições como “antes de causar danos à pessoa, olhar em sua face e ouvir as razões que usa” e “antes de haver ouvido um e outro, não dar sentença sobre sua lide”⁶⁴. Robert Wyness Millar localizou na Alemanha medieval o provérbio popular que dispunha que “a alegação de um só homem não é alegação; o juiz deve ouvir ambas as partes”⁶⁵.

Tais registros colhidos ao longo da história nos fazem acreditar que estaria ínsita na natureza humana a preocupação de ouvir as razões do acusado/litigante antes de lhe aplicar a pena, o

⁶² Cf. ALEXANDER, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001 e BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. **Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos**. São Paulo: Atlas, 2007

⁶³ MARANTA, Roberto. Tractatus de ordine iudiciorum, **Venetis**, “Tradução nossa”. 1547. p. 109.

⁶⁴ PICARDI, Nicola. *Audiat et altera pars*: as matrizes histórico-culturais do contraditório. In: **Jurisdição e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 130.

⁶⁵ *Eines mannes red ist keine red, der richter sol die deel verboeren beed*. MILLAR, Robert Wyness. Los principios formativos del procedimiento civil. Buenos Aires: Ediar, s/d. p. 47

que nos induz a acreditar que o contraditório possui íntima relação com a própria ideia de justiça.

Ao longo dessa trajetória histórica, o instituto tomou diversas feições peculiares intimamente ligadas ao contexto político-cultural de cada época e hoje sabemos que a participação comunicativa dos cidadãos constitui postulado inafastável da democracia, sob a premissa fundamental de que o que legitima os atos do Estado é a atuação participativa da sociedade na esfera pública⁶⁶. No entanto, é possível avaliar, no decurso da história, que nem sempre foi dado ao princípio do contraditório a importância devida.

Impende, aqui, traçar a trajetória do conceito de contraditório ao longo da história, situando-o no contexto das fases metodológicas do direito processual civil - modelo isonômico; modelo assimétrico e modelo colaborativo⁶⁷ - a fim de compreendermos a sua evolução até adquirir os contornos atuais.

2.1.1.1 Antiguidade e Idade Média: Modelo Isonômico

O processo romano-canônico, que vigorou desde a Idade Antiga até o século XVII, representou um momento histórico de valorização do contraditório conhecido como modelo isonômico ou paritário. Nesse contexto fartamente influenciado pelas ideias de argumentação e justificação expressas na retórica e dialética grega, o magistrado colocava-se no mesmo nível do autor e do réu, assemelhando-se dessa maneira a um mediador, restringindo sua atuação ao quanto disposto pelas partes sobre a *res in iudicium deducta*⁶⁸.

Não se consentia qualquer iniciativa ao magistrado na escolha do rito ou na formação da prova, devendo ele julgar o processo seguindo estritamente as alegações e provas delimitadas pelas partes. A atividade jurisdicional concentrava-se em velar pela regularidade do processo/debate sem interferir na esfera jurídica das partes. Nesse sentido, o processo era

⁶⁶ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre faticidade e validade. Vol. I. 2ª ed. Era das transições. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003.

⁶⁷ Cf. GIULIANI, Alessandro. *La Controversia: Contributo alla Logica Giuridica*. Pavia, 1966; PICARDI, 2008 e MITIDIERO, 2009.

⁶⁸ MITIDIERO, 2010.

coisa das partes e não do juiz; qualquer intromissão do Juiz, do Rei ou do Papa era encarada como odiosa intervenção⁶⁹.

Nesse cenário, travavam-se embates retóricos com a contestação recíproca das partes, visando ampliar o campo de informações e favorecendo, dessa forma, a investigação de uma verdade provável⁷⁰. O contraditório representava um instrumento de investigação dialética da verdade provável, uma verdade que não se poderia pretender desvendar individualmente, mas somente com o esforço combinado das partes e do juiz⁷¹.

O debate se fortalecia na medida que nenhum argumento ou prova poderia ser usado na fundamentação do julgamento se não fosse submetida previamente ao crivo crítico das partes⁷². Esse modelo difundiu-se hegemonicamente até a virada da Idade Média para a Idade Moderna, momento que representou a transição do modelo isonômico para o assimétrico.

2.1.1.2 Do Modelo Isonômico Ao Modelo Assimétrico: Passagem Da Arte Do Diálogo À Arte Da Razão

Entre os séculos XVII e XVIII, iniciou-se um distinto clima cultural na Europa continental inspirado na racionalidade objetiva, formal e calculante⁷³. Uma verdadeira revolução científica pautada nas ideias iluministas e científicas fez surgir a Ciência Moderna, colocando em xeque o pensamento da Idade Média construído até então e que gradativamente foi substituído pelo conhecimento científico, no qual agora se acreditava como único capaz de revelar inteiramente a verdade identificada à realidade concreta do mundo em que vivemos⁷⁴.

A evolução da ciência racional, calculista e objetiva, ganhou espaço no campo jurídico até então dominado pela retórica, a ponto do direito passar a ser encarado como ciência por influência do positivismo do século XIX. Nessa fase, o papel do juiz foi radicalmente

⁶⁹ PICARDI, 2008. p. 130.

⁷⁰ Ibid., 2008. p. 133.

⁷¹ Sobre “verdade provável” e “verdade real” Cf: ZANETI JR, Hermes. O problema da verdade no Processo Civil: modelos de prova e de procedimento Probatório. In: **Revista de Processo**, ano 29, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

⁷² PICARDI, 2008. p. 129

⁷³ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil. São Paulo: Rt, 2009.

⁷⁴ Ibidem, 2009, p.

modado, deixando a posição de simples mediador do processo romano-canônico para assumir a direção de um processo em posição assimétrica de hierarquia, sendo, portanto, superior às partes.

A lógica dialética-argumentativa em voga no modelo isonômico deu espaço a uma investigação da verdade objetiva, absoluta e pré-constituída e obtida por meio da ciência e do experimentalismo (certeza). Trata-se da passagem da arte do diálogo à arte da razão⁷⁵. Notava-se uma desconfiança do sistema jurídico em relação ao diálogo, a controvérsia e a prova testemunhal, privilegiando-se a prova científica, a prova documental e a prova pré-constituída⁷⁶, em consonância ao pensamento positivista da época.

Acreditava-se existir uma verdade objetiva comprovável cientificamente, não havendo motivo para se confiar nas partes e em testemunhos. Nessa nova lógica apodítica⁷⁷, as verdades, por serem cientificamente comprováveis, não dependiam da participação das partes pelo contraditório para serem alcançadas.

O contraditório veio gradativamente perdendo a referência originária de mecanismo indispensável de investigação da verdade e sendo rebaixado à categoria de mera norma de procedimento, puramente formal, chegando ao estágio de na Alemanha ter sido elaborado um projeto que objetivava aboli-lo dos processos de jurisdição voluntária⁷⁸.

2.1.1.3 Modelo Cooperativo: Revalorização Do Contraditório

No período do pós-guerra, com a redefinição do papel do Estado e em seguida com a construção do Estado Democrático de Direito, avistam-se claros sinais de uma postura distinta nos enfrentamentos do princípio do contraditório, inserindo-o como núcleo central do processo. É o surgimento do modelo cooperativo⁷⁹.

⁷⁵ PICARDI, op. cit., 2008. p. 130.

⁷⁶ MITIDIERO, op. cit., 2009.

⁷⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O juiz e o princípio do contraditório. In **RePro** n. 71. São Paulo: RT, 1993.

⁷⁸ BAUMBACH, *Zivilprozess* und freiwillige Gerichtsbarkeit, in *Zeitschrift der Akademie Für deutsches Recht*, 1938. *apud* PICARDI, 2008. p. 140

⁷⁹ MITIDIERO, 2009.

Renasce nesse cenário a necessidade de se garantir a participação democrática das partes no processo, recuperando valor essencial do diálogo fruto da colaboração das partes com o estado juiz e deste com as partes⁸⁰. O direito processual visto agora como fenômeno cultural, produto do homem, deve ser formado essencialmente pela confluência de ideias, projetos sociais, teses, interesses econômicos políticos e sociais⁸¹.

Nesta direção, o contraditório ressurge deslocado das margens ao centro do fenômeno processual: não é visto mais como um mero regulamento técnico do procedimento, mas autêntica garantia de democratização do processo, verdadeiro, sustentáculo do estado democrático constitucional.

O juiz, como agente político do estado, desce do seu pedestal hierárquico⁸² para figurar ativamente no tablado das discussões com as partes, não havendo mais espaço para uma investigação solitária do órgão judicial. Nessa nova perspectiva, enxerga-se que o diálogo participativo dos sujeitos do processo amplia o quadro de análise, constrange à comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um julgador flexível e ponderado.

De igual sorte, a possibilidade de intervir no processo de modo crítico e construtivo permite que a parte deixe de ser mero espectador, objeto passivo do pronunciamento judicial, passando a integrar decisivamente a sua construção. Ver o contraditório apenas sob o prisma formal (modelo assimétrico), como tradicionalmente considerou a doutrina, não atende aos anseios da sociedade e se mostrou insuficiente diante dos contornos que o instituto tomou com o advento do Estado Democrático Constitucional.

⁸⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. Vol. I. 2ª ed. Era das transições. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003,

⁸¹ Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no processo civil: Proposta e um formalismo valorativo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

⁸² Deve-se esclarecer que é inerente ao juiz uma posição hierárquica em relação às partes, justamente pelo fato de estar investido de uma função estatal. Sendo assim, melhor seria dizer que o juiz do modelo de processo cooperativo é isonômico na condução do processo e assimétrico no quando da decisão das questões processuais e materiais da causa. Ou seja, paritário no diálogo e assimétrico na decisão.

2.1.2 Contornos atuais do conceito de contraditório

O contraditório representa hoje uma mudança no paradigma racional do direito processual civil no Estado Democrático Constitucional, servindo como valor-fonte justamente por sua característica democratizante do processo⁸³.

Luis Guilherme Santos em monografia dedicada ao tema indica que não há estado democrático de direito se não houver a possibilidade de participação das pessoas no processo, independentemente de que modalidade seja.⁸⁴ Nesse novo paradigma, o contraditório deve ser compreendido na sua feição “dever de debate” (do juiz em relação às partes) e “direito de influência” (das partes na decisão do julgador), para além da mera oportunidade formal de falar nos autos, já que Não se deve esquecer que o próprio contraditório e o processo civil em geral apresentam-se como direitos fundamentais em si mesmos.⁸⁵

Em outras palavras, a tônica do contraditório passou a ser oportunizar às partes não só uma mera garantia de oposição ou resistência ao atuar da parte *ex adversa*, mas, principalmente, a possibilidade de influir decisivamente do processo argumentativo de formação da decisão judicial⁸⁶. A ideia de que o “Juiz conhece o direito” cabendo às partes no processo unificá-lo dos fatos para receberem passivamente a tutela jurídica, tradicionalmente consubstanciada nos brocados *iura novit curia* e da *mihi factum dabo tibi ius*, não mais atende ao processo hodierno⁸⁷.

Em verdade, a liberdade e autonomia do Judiciário para aplicação do direito não dispensam a participação argumentativa das partes sobre os rumos a serem tomados na solução do litígio.

⁸³ ZANETI JÚNIOR, op. cit., 2007.

⁸⁴ SANTOS, Guilherme Luis Q. B. Algumas notas sobre o Contraditório no Processo Civil, RePro n.º 194, São Paulo: RT, 2011 p. 93

⁸⁵ DIDIER, Fredie. ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**. Vol 4. Salvador: Juspodivm. 2009. p. 72

⁸⁶ O magistrado não é uma máquina de refrigerantes ou de conveniências na qual poder-se-ia jogar-lhe os fatos, como se fossem uma moeda, apertar o botão e receber, em troca uma decisão judicial. Ao contrário, o julgador deve, de forma imparcial e transparente, estar sempre aberto ao diálogo e aos argumentos a serem trazidos pelos sujeitos parciais. DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 9ª Ed. Salvador: Juspodivm. 2008. vol. 01. p. 50

⁸⁷ Em decorrência disso, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira defende a modificação significativa do alcance dos brocados *da mihi factum dabo tibi ius* e *iura novit curia*. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O juiz e o princípio do contraditório. In **RePro** n. 71. São Paulo: RT, 1993. p. 32

Não é só o juiz quem “conhece o direito”; as partes também o conhecem e devem participar ativamente do debate argumentativo para a solução jurídica justa.

Procuramos delimitar até aqui a evolução histórica do contraditório e contornos adquiridos no atual paradigma racional do Estado Democrático de Direito, quando se firmou como valor fundamental e democratizante do processo. Mas há ainda uma questão a ser enfrentada: o que asseguraria que as razões dialeticamente debatidas de forma argumentativa pelas partes e o Estado-Juiz venham a ser levadas em conta pelo o magistrado na prolação da decisão judicial?

2.2 NECESSIDADE DE ASSOCIAÇÃO DO CONTRADITÓRIO COM A FUNDAMENTAÇÃO OBRIGATÓRIA DAS DECISÕES JUDICIAIS

Dar à parte o direito de debater, informar-se e de reagir no processo por meio do diálogo argumentativo não seria capaz de gerar benefícios significativos ao processo (e, conseqüentemente, a busca pela decisão judicial justa) se o Estado-juiz não estiver obrigado a enfrentar todos os argumentos postos no tablado de discussão, de modo a, simplesmente, ignorar o quanto debatido nos autos.

Enxergamos aqui a grande *pedra de toque* capaz de dar sentido efetivo ao novo conceito teórico de contraditório que desenhamos até aqui: associar a prática do contraditório à obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais (art. 93 da CF/1988) como forma de fazer com que as razões debatidas pelas partes por meio do contraditório não “*entrem por um ouvido e saiam pelo outro*“, como coloquialmente costuma-se falar, e sejam efetivamente enfrentadas pelo magistrado.

Por meio da fundamentação das decisões (artigos 131, 458, II do Código de Processo Civil e artigo 93, IX e X da Constituição) o Estado-Juiz realiza a justificação externa da decisão, dando aos demais participantes do processo argumentativo o conhecimento das razões de decidir que permitirão o controle do ato decisório.

Ensina Carlos Alberto Álvaro de Oliveira⁸⁸ que a obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais deve compreender não só o enunciado das escolhas do juízo em relação à individuação das normas aplicáveis ao caso concreto e as respectivas consequências jurídicas, como também os nexos de implicação e coerências entre esses enunciados, com vistas a possibilitar o controle do ato judicial pelas partes e pela sociedade.

Ao expor suas opiniões ou os possíveis reflexos das alegações que estão sendo objeto da sua cognição, o juiz confere às partes a oportunidade de acompanhar o seu raciocínio e de influenciar na formação do provimento judicial.

Trata-se de verdadeira garantia tanto para o juiz, como para as partes: Para o juiz, pois, desta forma, ele torna públicas as razões que fundamentam suas decisões e o raciocínio lógico utilizado para alcançá-las; para as partes, a motivação das decisões judiciais torna-se a garantia de que, além de ter falado suas razões, elas foram ouvidas e efetivamente enfrentadas pelo órgão judicial⁸⁹.

Revela-se, portanto, absolutamente equivocado afirmar que o juiz não está obrigado a examinar todas as questões do processo⁹⁰. É inadmissível supor que o juiz possa escolher, conforme sua conveniência, apenas algumas das questões debatidas nos autos para fundamentar sua decisão.

Não se pode admitir que a fundamentação da decisão sirva como mecanismo formal de legitimação de um entendimento pessoal do magistrado, antes mesmo da discussão endoprocessual. Sobretudo os argumentos relevantes e racionais suscitados por todos os participantes, devem ser vertidos em linguagem de forma a expor as razões que levaram o interprete a aplicação da normatividade existente de forma convincente⁹¹, sem inovações pessoais.

⁸⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Do Formalismo no processo civil: Proposta e um formalismo valorativo. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 125

⁸⁹ SANTOS, Guilherme Luis Q. B. 2011 p. 77

⁹⁰ Conforme equivocadamente entendem os Tribunais Pátrios de forma maciça.

⁹¹ Decisão motivada nada mais é do que a decisão que contenha a análise dos argumentos das partes e chegue racionalmente a uma conclusão congruente com essa análise.

Quanto a esse tema, é precisa a proposição de Ovídio Batista ao argumentar que a motivação de decisões judiciais para ser completa deve abranger “(...) tanto a versão aceita pelo julgador, quanto as razões pelas quais ele recusara a versão oposta, é fundamental para que o convencimento judicial alcance o nível de racionalidade exigido pela lei”⁹²

Isso não quer dizer que a decisão judicial deva ter dezenas de laudas. Uma decisão volumosa não assegura que se tenha exercitado a argumentação no caso concreto. A fundamentação deve ser feita de modo claro e objetivo em linguagem natural, sem floreios ou enfeites retóricos, sendo compreensível pelo homem médio⁹³.

Nesse quadro, a obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais constitui inestimável fator de coesão social e de solidez das instituições no estado democrático de direito, por ser um forte mecanismo de controle do Estado-Juiz⁹⁴, devendo, necessariamente, estar associado a prática do contraditório para assegurar que o quanto debatido no processo, efetivamente, seja levado em consideração pelo magistrado.

2.3 MITIGAÇÃO OU POSTERGAÇÃO DO CONTRADITÓRIO - A COMPREENSÃO DO CONTRADITÓRIO COMO ARGUMENTO JURÍDICO NO PROCESSO CIVIL

Até aqui, identificamos a trajetória histórica do princípio do contraditório até alcançar os seus contornos atuais de verdadeiro valor-fonte do processo no estado democrático de direito aliado à obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais.

⁹² SILVA, Ovídio A. Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. Direito, Estado e Democracia. Entre a (in)efetividade e o imaginário social. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. vol. 1. n. 4. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006. Disponível em: [www.baptistadasilva.com.br/artigos010.htm]. Acesso em: 15 de junho de 2013.

⁹³ BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. **Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos**. São Paulo: Atlas, 2007 p. 54

⁹⁴ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**. vol. 14. Padova: Cedam, 1975. p. 125

No entanto, em que pese a sua singular importância sobejamente evidenciada neste capítulo até agora, não podemos perder de vista que o contraditório é princípio jurídico⁹⁵ e, como tal, não incide de forma absoluta.

Explicamos. Quando tratamos de princípios, a prevalência de um sobre outro se faz pelos diferentes pesos que são atribuídos pelo intérprete, o seja, o modo gradual de aplicação pelo qual, num determinado caso concreto em que se tenha uma colisão entre princípios, se atribui maior peso a um deles, sem que isso invalide ou diminua a importância do princípio outro.

Portanto, o contraditório é aplicado com base em regras de *sopesamento*, e não com base no *tudo ou nada*⁹⁶, de maneira que, em pontuais oportunidades poderá ser suprimido ou mitigado em detrimento de outro valor reputado como de maior peso para a hipótese concreta e desde que não haja prejuízo.

Nesse ponto, após termos nos detido na compreensão da relevância do princípio do contraditório nesse novo modelo processual constitucional, aproximamo-nos um pouco mais do desiderato desse trabalho de identificar até que ponto a busca pela celeridade ao processo legitimaria supressão do princípio do contraditório, em especial, no julgamento dos recursos repetitivos pelos Tribunais de Superposição.

Antes porém, de enfrentarmos especificamente esse embate entre “princípio do contraditório” *versus* “princípio da razoável duração do processo”, cumpre-nos fixar uma premissa base: a interpretação do contraditório como argumento no processo civil.

Conforme visto, é característica fundamental do Estado Democrático de Direito que os destinatários dos efeitos da tutela jurisdicional necessariamente contribuam para a sua formação, mediante exercício do debate judicial *argumentativo* pelo contraditório, havendo posicionamento maciço na doutrina no sentido de que sem contraditório não há processo⁹⁷.

⁹⁵ A constituição de 1988 contempla o princípio do contraditório no seu artigo 5º, LV, que diz, “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

⁹⁶ Contribuição da teoria da argumentação Robert Alexy e da teoria dos princípios de Ronald Dworkin.

⁹⁷ A doutrina brasileira, decisivamente influenciada pela escola italiana de processo, majoritariamente inicia a conceituação de processo como sendo *procedimento em contraditório* [...].

Entretanto, apesar de encontrarmos renomados juristas que compartilham desse entendimento⁹⁸, parece-nos ser possível, em hipóteses excepcionais, que haja um processo existente, válido e eficaz, mesmo sem o contraditório. Nesse ponto, a leitura de José Roberto Bedaque nos abre os olhos para a existência de situações jurídicas pontuais em que temos processo mesmo carecendo de contraditório:

Se teoricamente a idéia contraditório é essencial à existência desse fenômeno chamado processo é preciso também considerar que a garantia em questão visa a assegurar participação dos sujeitos parciais, para que eles possam influir no resultado. Se este último for favorável a quem não pode exercer qualquer influência na convicção do juiz, porque indevidamente ausente do processo, significa que o contraditório não fez falta.⁹⁹

De fato, parece-nos que, não havendo prejuízo à parte que não participou do processo, não há que se cogitar invalidade ou inexistência do processo. Certamente, o julgamento liminar de improcedência previsto no artigo 285-A do CPC¹⁰⁰ é um claro exemplo do que estamos tratando.

Na hipótese temos um julgamento de mérito produzindo coisa julgada material favorável ao réu sem que este tenha participado do processo por meio do contraditório¹⁰¹. Podemos ainda citar como exemplo a prescindibilidade da prévia oitiva do agravado no julgamento de improcedência do agravo interno interposto em face de decisão monocrática¹⁰². Nesse caso, tendo o Tribunal (ou órgão fracionário) verificado a improcedência do recurso, as razões do agravado não interferirão no resultado do julgamento.

⁹⁸ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**; trad. Elaine Nassif; Campinas; Bookseller; 2006. p.73.

⁹⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 423

¹⁰⁰ Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

¹⁰¹ ADIn 3695 interposta pela OAB no STF requer a declaração da inconstitucionalidade do referido artigo. Parece-nos que esta discussão é inócua tendo em vista que não há nulidade sem prejuízo.

¹⁰² Art. 557. O relator negará 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. [...] § 1º Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento.

Indo ainda mais além, Samuel Meira Brasil Jr.¹⁰³, na vanguarda dos processualistas civis, entende que a possibilidade de se reconhecer o processo sem contraditório somente para decisões favoráveis a quem não integrou a lide seria muito limitada, sendo possível, portanto, que uma decisão desfavorável possa atingir mesmo quem não teve oportunidade de defender.

Brasil Jr cita como exemplo o caso de recurso de apelação movido em face de sentença que extinguiu um processo por inépcia da inicial, antes da citação do réu. Na hipótese, o Tribunal poderia dar provimento à apelação para anular a sentença¹⁰⁴. Nesse caso, a decisão do Tribunal será desfavorável a quem deveria estar no pólo passivo, mas não teve chance de exercer o contraditório.

O autor menciona ainda a hipótese de indeferimento liminar da petição inicial com base no reconhecimento de ofício de prescrição ou decadência, o tribunal, em sede de julgamento de recurso de apelação, que poderá anular a sentença para afastar a ocorrência da prescrição ou decadência. Nessa hipótese teríamos julgamento de mérito desfavorável a quem não teve a oportunidade de influenciar na decisão.

Parece-nos, no entanto, que os exemplos citados pelo autor de que haveria possibilidade de supressão do contraditório mesmo havendo prejuízo da parte que não participou da formação do provimento são insuficientes para justificar a supressão do contraditório. No primeiro exemplo, na hipótese de o Tribunal dar provimento ao recurso de apelação movido em face de sentença que extinguiu um processo por inépcia da inicial, antes da citação do réu, não estaríamos diante de efetivo prejuízo ao réu, afinal, trata-se de julgamento meramente terminativo, o que permitiria novo ajuizamento de ação. No segundo caso, por mais que estejamos a tratar de questão de ordem pública, não parece possível que o Tribunal reforme sentença que indeferiu liminarmente petição inicial com base no reconhecimento de ofício de prescrição ou decadência, o tribunal.

O julgamento que afasta a ocorrência da prescrição ou decadência (sentença de mérito) deveria envolver a participação do afetado. Caso isso não ocorra, parece-nos crível que o

¹⁰³ BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. **Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos**. São Paulo: Atlas, 2007.

¹⁰⁴ *Ibidem*, 2007.

prejudicado possa exercer o contraditório sob esse ponto posteriormente, tendo em vista a dicção do artigo 472 do Código de Processo¹⁰⁵.

Feitas essas considerações, parece-nos não ser possível que uma decisão desfavorável possa atingir definitivamente¹⁰⁶ quem não teve oportunidade de defender. Havendo efetivo prejuízo, a parte poderá exercer o contraditório posteriormente.

Existem, de fato, situações excepcionais em que o princípio do contraditório poderá ser postergado em decorrência de um argumento de peso superior. Isso se torna ainda mais claro se atentarmos ao fato de que o princípio do contraditório nada mais é, evidentemente, do que um princípio jurídico que, de acordo com o caso concreto, pode ter sua eficácia diminuída em prol de outro princípio em colisão.

Os princípios jurídicos são, por natureza, normas abertas que trazem conceitos vagos ou indeterminados, cuja aplicação prática exige acesso do intérprete a sua carga axiológica, a quem incumbe lhes dar sentido, definindo o seu conteúdo e alcance¹⁰⁷. Tal carga axiológica espelha a opção da sociedade acerca de valores que devem orientar o sistema jurídico¹⁰⁸. O modo de interpretá-los evolui de acordo com o tempo, valores atuais eleitos pela nação definirão o que precisamente se tornou importante, isto é, quais são os resultados escolhidos e que devem preponderar.

O princípio do contraditório tem justamente essas características: abriga um conceito vago (indeterminado) de caráter axiomático, de sorte que a fixação de seu conteúdo depende de atividade interpretativa que se submete ao influxo dos valores e métodos interpretativos predominantes em cada momento histórico.

¹⁰⁵ Art. 472 - A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

¹⁰⁶ Trataremos adiante sobre a diferenciação de efeitos da sentença e coisa julgada.

¹⁰⁷ Essa concepção praticamente unânime de que os princípios tem caráter normativo, desenvolveu-se graças à contribuição teórico-analítica de Alexy. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001

¹⁰⁸ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário das partes. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 96.

Acreditamos que essas características são extremamente úteis na medida em que tornam a norma versátil, dando-lhe a plasticidade necessária para que se amolde a novas realidades sociais e técnicas. De outro lado, não se ignora que essa maleabilidade dos conceitos vagos permite também que o seu conteúdo seja preenchido de acordo com os interesses dos detentores do poder.

Um método eficaz para frear, ou quiçá impedir, pelo menos em certa medida, o mau uso das normas que incorporam conceitos vagos, consistiria a fixação de uma técnica de interpretação capaz de conduzir à resposta correta para cada caso jurídico ao qual a norma que é objeto de interpretação deva ser aplicada¹⁰⁹.

Mas não percamos o “fio da meada”. Tais esclarecimentos a respeito dos princípios jurídicos se revelaram necessários para compreendermos que embora seja uma garantia constitucional de extrema relevância para o estado democrático de direito, verdadeiro valor-fonte do processo civil, o princípio do contraditório não pode ser sacralizado de modo absoluto, podendo num caso concreto, ter sua eficácia diminuída ou postergada em prol de outro princípio, desde que isso não incorra em efetivo prejuízo à parte.

O princípio do contraditório é, por si, um argumento que, embora tenha altíssimo quilate entre os princípios constitucionais, não pode ser considerado uma característica *sine qua non* do processo¹¹⁰. Isso não quer dizer, absolutamente, que o contraditório seja sempre prescindível ou irrelevante, pelo contrário, o contraditório representa a materialização no processo do princípio geral da igualdade:

O contraditório representa a realização da própria igualdade facultado a paridade de armas e a oportunidade de todos os sujeitos do processo contribuírem para a formação da decisão judicial. A ordem jurídica abomina a condenação de qualquer sujeito, sem-lhe outorgar a oportunidade de se defender¹¹¹.

¹⁰⁹ ALEXY, 2001.

¹¹⁰ Firme nessas premissas de que é possível haver *processo* existente, válido e eficaz, mesmo quando o contraditório for prescindível (raras hipóteses, vale frisar), o Prof. José Roberto Bedaque preconiza a superação do conceito clássico de processo “*procedimento em contraditório [...] para propor “método argumentativo estatal de solução de controvérsias”*”. Samuel Brasil, especificando um pouco mais a definição do prof. Bedaque, afirma que o processo é um método estatal de argumentação visando o resultado justo na solução das controvérsias. Destaca-se o método argumentativo (lógico ou retórico) não necessariamente dialético. Quanto da busca pelo resultado justo, permite compreender o processo através de seu escopo. BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. **Justiça, direito e processo**: a argumentação e o direito processual de resultados justos. São Paulo: Atlas, 2007.

¹¹¹ BRASIL JÚNIOR, 2007. p. 42

Na hipótese de se reconhecer a validade do processo sem contraditório haverá de existir um argumento com maior força de persuasão no caso concreto, sem que isso implique em prejuízo à parte. Isso nos leva a compreender que a característica fundamental do processo não é a dialética, mas sim, a sua estrutura argumentativa voltada para a justificação racional das decisões solução de um conflito de interesses¹¹².

A compreensão de tais premissas servirão de substrato para compreendermos, no capítulo seguinte, até que ponto se pode considerar legítima a mitigação ou postergação do contraditório pelos terceiros afetados pelo julgamento por amostragem de recurso paradigma.

¹¹² Dialética pressupõe o confronto de teses (tese - antítese) resultando em uma síntese. A argumentação, por sua vez é uma prova de correção formal do raciocínio – método de verificação da validade correção/validade do raciocínio. (Cf. BRASIL JÚNIOR, op. cit., 2007 p. 44). Não é possível imaginar dialética sem antítese: não há síntese sem o confronto entre tese e antítese.

3. A PARTICIPAÇÃO DE TERCEIROS AFETADOS NO JULGAMENTO POR AMOSTRAGEM DE RECURSOS REPETITIVOS

3.1 O MANEJO POR AMOSTRAGEM DOS RECURSOS REPETITIVOS E AS VIOLAÇÕES AO CONTRADITÓRIO

Identificamos até esse momento a racionalização da atividade judiciária e a tendência de o fortalecimento dos precedentes no sistema processual brasileiro, que busca dar maior estabilidade, uniformidade e previsibilidade à aplicação do direito na busca do processo justo. Em seguida, identificamos a sobrecarga do Poder Judiciário, especialmente, os Tribunais de Superposição e a adoção de técnicas processuais pautadas nessa tendência de uniformização de jurisprudência e conseqüentemente de diminuição do tempo de tramitação dos processos.

Colocadas tais premissas, identificamos a importância do contraditório no estado democrático de direito e a necessidade da participação dos afetados pelo provimento na formação das decisões judiciais. Nesse ponto, ainda identificamos o contraditório como princípio jurídico de altíssimo quilate, mas não absoluto, podendo ser mitigado ou postergado num caso concreto, em favor de um princípio jurídico de maior relevância no caso concreto, desde que isso não importe em efetivo prejuízo à parte.

Chegamos mais perto do nosso objetivo de identificar como se dará a participação dos afetados pelo julgamento por amostragem de recursos excepcionais feitos pelos Tribunais de Superposição de maneira que seja possível dar maior efetividade à prestação da tutela jurisdicional em tempo razoável e uniformemente sem que isso implique num prejuízo exacerbado ao direito ao contraditório. Antes, contudo, cumpre-nos tecer um panorama dessa importante inovação legislativa de forma analítica. Começemos pela origem do instituto com base no direito comparado:

3.1.1 Influência do Direito Estrangeiro – Direito Comparado

Conforme a doutrina¹¹³, a inspiração para a implantação de um procedimento para o

¹¹³ FARIA, Marcela Kohlbach de. Recursos repetitivos no novo código de processo civil: uma análise comparativa. **Revista de Processo**, São Paulo, v.37, n.209, p.337-348, jul. 2012.

juízo de recursos repetitivos repousa na experiência estrangeira, especialmente alemã, a qual, através das chamadas *Musterverfahren*, instituiu o “procedimento-modelo” de processos judiciais relativos ao Mercado de Capitais.

O *Musterverfahren* reza que, em determinadas causas postuladas por investidores do mercado de capitais, o pedido de julgamento seguindo o *procedimento modelo* deve ser admitido pelo juízo originário mediante a apresentação de no mínimo 10 requerimentos, sendo publicado eletronicamente. Ainda, algumas providências devem ser cumpridas, tais como: (a) a identificação dos pontos de litígio semelhantes e indicados pelos requerentes; (b) a remessa dos autos ao Tribunal de segundo grau ou da Corte Constitucional Federal (nesta hipótese, quando a questão envolver a competência de Tribunais estaduais), (c) a eleição de um representante de cada parte, e (d) suspensão das ações que tratem de idêntica questão. Em seguida, a decisão proferida em sede de *procedimento-modelo* deve ser aplicada a todas as cortes originárias e respectivas demandas¹¹⁴.

O nosso procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no Brasil, não é idêntico ao procedimento alemão, principalmente tendo em vista que a lei alemã possuía vigência por lapso temporal limitado, já que o objetivo daquele diploma legal era de sanar um problema pontual, decorrente da divulgação falsa em prospectos, com relação ao valor dos ativos mobiliários pela “Deutsche Telekom” em 1999 e 2000, o que deturpou os valores das ações da empresa, gerando uma explosão de ações judiciais fundadas no mesmo fato¹¹⁵, embora não se pode negar a grande influência. Antônio do Passo Cabral observa que “no *Musterverfahren*: decidem-se apenas alguns pontos litigiosos (*Streitpunkte*) expressamente indicados pelo requerente (apontados concretamente) e fixados pelo juízo, fazendo com que a decisão tomada em relação a estas questões atinja vários litígios individuais”¹¹⁶. Pode-se dizer, portanto, que o mérito da cognição no incidente compreende elementos fáticos ou questões prévias de uma relação jurídica ou de fundamentos da pretensão individual.

¹¹⁴ CASTRO, Daniel Pentead de. Questões polêmicas sobre o julgamento por amostragem do recurso especial repetitivo. **Revista de Processo**. vol. 206. p. 79. São Paulo: Ed. RT, abr. 2012.

¹¹⁵ FARIA, op. cit., 2012.

¹¹⁶ CABRAL, Antônio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: **Revista de Processo**, Ano 32, n. 147. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio/2007. p. 128.

Nesse particular, Claudio Consolo e Dora Rizzardo¹¹⁷ complementam que todos os titulares de pretensões derivadas do litígio de massa que decidem agir em juízo antes ou na pendência do *Musterverfahren* tornam-se automaticamente partes nesse incidente, independentemente de sua vontade a preservar a unicidade do entendimento consolidado no incidente em outras demandas análogas as questões decididas no *Musterverfahren*.

Além das grandes semelhanças do instituto alemão, não se pode deixar de frisar a influência da doutrina do *Stare Decisis* presente nos países da *common law*, no sentido de intensificar as externalidades irradiadas pelas decisões dos tribunais hierarquicamente superiores.

Conforme já tratamos no capítulo 1 do presente trabalho, a doutrina da *Stare Decisis* refere-se à regra não escrita que determina um conjunto de práticas específicas que faz um órgão judicante aderir às suas próprias decisões anteriores ou às decisões de um Tribunal Superior¹¹⁸. A partir de instrumentos como da doutrina da *Stare Decisis* permite-se claramente identificar o caráter de bem público das decisões judiciais, contribuindo para a segurança jurídica e a conformação de ambiente institucional estável, reduzindo a aleatoriedade dos pronunciamentos judiciais.

Com propriedade, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero pontuam:

No direito brasileiro, a adoção da aferição de repercussão geral da controvérsia constitucional discutida no recurso extraordinário e consequente eficácia vinculante da decisão a respeito de sua existência ou inexistência contribuem decisivamente para concretização do direito fundamental ao processo com duração razoável. A vinculação dá-se, tal como no direito estadunidense, tanto horizontal como verticalmente. Ocorre ainda, à semelhança do direito germânico, pela fundamentação despendida pelo Supremo na análise da controvérsia constitucional. Há, aí, mais um instrumento para consecução da unidade do Direito por intermédio da compatibilização das decisões judiciais. Uma vez já decidida a questão, qualquer nova apreciação, sem o fito de revisão da tese, importa dilação indevida no processamento da causa. Com a repercussão geral, encurta-se o procedimento, com flagrante economia de atos processuais.¹¹⁹

Outra técnica processual estrangeira que guarda proximidade com o julgamento do recurso

¹¹⁷ CASTRO, Daniel Penteado de. Questões polêmicas sobre o julgamento por amostragem do recurso especial repetitivo. **Revista de Processo**. vol. 206. p. 79. São Paulo: Ed. RT, abr. 2012.

¹¹⁸ Já observamos (capítulo 1) que a resolução das questões, de modo uniforme, pelos tribunais, aumenta a eficiência e diminui a incidência de erros, porquanto tais decisões são tomadas com base na melhor média dos casos assemelhados, otimizando, inclusive, as análises isoladas que ocorrem nos juízos singulares.

¹¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 2ª ed. rev. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.p. 74.

especial repetitivo é o chamado *pleito-testigo*, corrente no âmbito administrativo espanhol destinado a agilizar a tramitação de causas mediante a extensão dos efeitos da sentença proferida no julgamento de recursos semelhantes, voltados a impugnar o mesmo ato, disposição ou atuação, conforme anota Daniel Penteado de Castro¹²⁰.

3.1.2 O Procedimento dos Recursos Especial e Extraordinário na Modalidade Repetitiva

O procedimento para julgamento por amostragem de Recursos Especiais e Extraordinários repetitivos vem regulamentado no Código de Processo Civil, respectivamente no artigo 543-B e parágrafos (Inserido pela EC n.º 45/ 2004 e regulamentado pela Lei 11.418/2006) e no artigo 543-C e parágrafos (Lei 11.672/2008)¹²¹. A Emenda Constitucional n.º 45/2004 inaugurou a possibilidade de julgamento repetitivo por amostragem no âmbito do Supremo Tribunal Federal, sendo posteriormente regulamento pela Lei 11.418/2006.

Diante da experiência bem sucedida de diminuição do número de processos no âmbito do STF, a lei 11.672 de 08 de maio de 2008 criou o procedimento para julgamento por amostragem os recursos repetitivos para o Superior Tribunal de Justiça, em alinhamento ao sistema implantado no âmbito do Supremo Tribunal Federal pela EC 45/2004. Em linhas gerais, a ideia é a mesma tanto no âmbito do STJ quanto do STF: sobrestar na origem os recursos repetitivos para que se realize na corte superior o julgamento por amostragem.

Não são considerados critérios como a quantidade de litisconsortes, a natureza individual ou coletiva da ação¹²², importando apenas que os recursos escolhidos sejam efetivamente representativos da controvérsia. Os recursos que devem ser selecionados e encaminhados às Cortes de Superposição devem conter, de modo completo, todos os fundamentos necessários à compreensão integral da questão do direito, conforme disciplina o caput do artigo 543-C e

¹²⁰ Também no direito espanhol encontramos a carga de vinculação das decisões proferidas no chamado *recurso em el interés de la ley* previsto tanto no âmbito cível (arts. 490 a 493 da Ley de Enjuiciamiento Civil, de 2000), quanto no âmbito contencioso-administrativo (art. 100.7 da Ley 29/1998). CASTRO, Daniel Penteado de. Questões polêmicas sobre o julgamento por amostragem do recurso especial repetitivo. *Revista de Processo*. vol. 206. p. 79. São Paulo: Ed. RT, abr. 2012.

¹²¹ O projeto de Lei 1213/2007, de autoria do Poder Executivo foi apresentado em regime de prioridade à Câmara dos Deputados em 30 de maio de 2007, tendo sido relatado pelo deputado federal Mauricio Rands, com base na proposta apresentada pelo Ministro Athos Gusmão Carneiro,

¹²² No ponto, parece-nos claro que as ações coletivas deveriam ter preferência sobre as individuais. Por todos, ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O "novo" mandado de segurança coletivo**. Salvador: Juspodivum 2013.

543-B do Código de Processo. Ambos os dispositivos outorgam aos Regimentos Internos dos Tribunais a competência para regulamentar especificamente a prática dos tribunais¹²³.

A única significativa diferença entre as sistemáticas em sede de Recurso Especial e Extraordinário consiste em que, no Supremo Tribunal Federal, a causa repetitiva a ser julgada deverá estar qualificada pela repercussão geral da questão constitucional. O mesmo não ocorre com as questões federais infraconstitucionais, bastando que esteja presente a questão federal na decisão recorrida, não podendo o Superior Tribunal de Justiça deixar de conhecer um recurso especial em razão da suposta ausência de repercussão geral do tema¹²⁴.

Com exceção da repercussão geral como requisito a qualificar a questão repetitiva no âmbito do STF, o procedimento para julgamento de demandas repetitivas nos tribunais de superposição segue a mesma lógica.

Os Tribunais de origem, ou o relator no âmbito do Tribunal de Superposição, admitirá um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados à Corte para julgamento, ficando os demais suspensos até o pronunciamento definitivo do tribunal. Será selecionado pelo menos um processo de cada relator e, dentre esses, os que contiverem maior diversidade de fundamentos no acórdão e de argumentos no recurso especial. O agrupamento de recursos repetitivos levará em conta apenas a questão central discutida, sempre que o exame desta possa tornar prejudicada a análise das outras questões arguidas no mesmo recurso.

¹²³ O artigo 543-B do CPC é regulamentado nos artigos 328 e 328-A do RISTF. O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, rege a matéria por meio da Resolução n.º 8/2008, que estabelece os critérios para seleção dos Recursos Especiais repetitivos a serem remetidos, por amostragem, àquela Corte.

¹²⁴ No Regimento Interno do STF, os Recursos Extraordinários podem, “até eventual distribuição” ser despachados pelo Presidente, quando atua como relator, mormente nos casos de “prejuízo ou ausência de preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, bem como aqueles cuja matéria seja destituída de repercussão geral, conforme jurisprudência do Tribunal”. Inocorrente essa eventualidade, o relator encaminha por meio eletrônico aos seus pares sua manifestação sobre a repercussão geral, os quais têm 20 dias para igualmente se pronunciarem, no silêncio, “reputar-se-á existente a repercussão geral” (parágrafo primeiro do artigo 324), presunção que, todavia, não incide quando aquela originária manifestação do relator tenha sido no sentido de que a matéria é infraconstitucional, caso em que aquele decurso in albis operará “como manifestação de inexistência de repercussão geral”, autorizando a aplicação do art. 543-A, parágrafo quinto, do CPC, que prevê o indeferimento liminar de todos os processos de idêntica questão de direito. Pelo artigo 326 do RISTF toda decisão de inexistência de repercussão geral seria irrecorrível, e valendo para todos os recursos sobre idêntica questão de direito, deve ser comunicada à Presidência do Tribunal de origem, para recusa de plano do RE pelo Presidente ou Relator e para divulgação das decisões sobre repercussão geral e formação de banco eletrônico de dados a respeito.

Trata-se de um novo *modus procedendi*¹²⁵ para o julgamento de demandas repetitivas, essencialmente inspiradas na razoável duração do processo e na uniformização da aplicação da lei. Vejamos, adiante, passo a passo como se dará tal procedimento para, posteriormente, enfrentarmos os problemas envolvendo a participação dos afetados pelo provimento.

3.1.2.1 A atuação dos presidentes e vice-presidentes dos Tribunais locais

Caberá ao presidente ou vice-presidente do tribunal de origem¹²⁶ admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia a serem remetidos à Corte, devendo suspender-se na origem os demais recursos até que se tenha o pronunciamento definitivo sobre a questão jurídica¹²⁷.

Segundo a Resolução n.º 8/2008 do STJ¹²⁸, será selecionado pelo menos um processo de cada relator, e dentre esses, os que contiverem maior diversidade de fundamentos no acórdão e de argumentos do Recurso Especial. O referido agrupamento de recursos levará em consideração apenas a questão central discutida, sempre que o exame dessa questão possa tornar prejudicada a análise de outras questões arguidas no mesmo recurso¹²⁹.

Necessário atentar-se para a discricionariedade dos presidentes ou vice-presidentes dos tribunais de origem na escolha dos recursos representativos da controvérsia a fim de que se assegure que o recurso eleito represente satisfatoriamente a tese jurídica defendida¹³⁰.

¹²⁵ Parcela da doutrina levanta a questão da inconstitucionalidade do julgamento por amostragem, por se entender que estaria se criando um novo requisito de cabimento, não previsto na Constituição Federal MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Recurso Extraordinário e Recurso especial**. 11ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010, p.359. Parece-nos, no entanto, que não tratamos de uma nova hipótese de cabimento, mas sim de um novo *modus procedendi* para o julgamento de recursos repetitivos, que está devidamente alinhada com o princípio constitucional da isonomia e à razoável duração do processo. Para Cássio Scarpinella *a nova disciplina legal não diria respeito ao cabimento do recurso, mas apenas e tão somente ao seu processamento legitimando, conseqüentemente, a aplicação da nova disciplina legislativa nos processos em curso*. BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**, vol. V, 2ª edição, São Paulo, Saraiva, 2010, p.314.

¹²⁶ A competência pode variar de acordo com o Regimento Interno dos Tribunais.

¹²⁷ Caput 543-B e 543-C do CPC.

¹²⁸ No STF, artigos 328 e 328-A do RISTF.

¹²⁹ Veremos adiante, as possibilidades de defesa para sanar eventuais falhas na eleição do recurso paradigma bem como pelo sobrestamento equivocado na origem.

¹³⁰ É como adverte ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; MEDEIROS, Maria Lúcia Lins Conceição. Recursos repetitivos. Realização integral da finalidade do novo sistema impõe mais do que a paralisação dos recursos especiais que estão no 2.º grau. **Revista de Processo**. vol. 191. p. 187. São Paulo: Ed. RT, jan. 2011.

3.1.2.2 O Relator

Conforme resolução n.º 8/2008 do STJ e os artigos 328 e 328-A do RISTF, a matéria a serem analisadas por meio do recurso piloto admitido com base no agrupamento dos recursos repetitivos deverão ser levadas pelo ministro relator a uma Seção ou à própria Corte Especial, neste último caso, diante de matérias de competência de mais de uma Seção.

No caso do presidente do tribunal de origem não adotar a providência de seleção e agrupamento dos recursos repetitivos, o ministro relator do recurso no Superior Tribunal de Justiça, identificando a existência de jurisprudência dominante sobre a matéria ou mesmo que a matéria já se encontre afetada ao colegiado, poderá determinar a suspensão nos tribunais de origem, dos recursos que versem sobre a controvérsia destacada.

Tem prevalecido o entendimento de que não caberia recurso da decisão do relator que escolhe os recursos afetados como referenciais paradigmáticos para julgamento por amostragem, conforme veremos adiante em pormenores¹³¹.

3.1.2.3 Da prestação de informações pelos tribunais de origem

Poderá o relator do recurso solicitar informações a respeito da controvérsia aos tribunais de origem, no prazo de quinze dias. A Resolução n.º 8/2008, tratando sobre os recursos especiais repetitivos, representativos de questões jurídicas que já se encontram pacificadas pela Corte, deixa ao talante do ministro relator a submissão para julgamento da Seção ou Corte que, comunicarão aos demais ministros e ao presidente dos tribunais de origem para que suspendam os recursos que versem sobre a mesma controvérsia.

3.1.2.4 O processamento do recurso nos Tribunais de Superposição

Após a manifestação das partes interessadas e do Ministério Público¹³² o processo será incluído em pauta na Seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*¹³³.

¹³¹ Nesse ponto, entendemos que tal posicionamento fere a garantia constitucional do contraditório. Trataremos disso minuciosamente adiante.

Em complemento ao quanto previsto na lei, a Resolução do STJ, dispõe ainda que a coordenadoria do órgão julgador extrairá cópias do acórdão recorrido, do recurso especial, das contrarrazões, da decisão de admissibilidade, do parecer do Ministério Público e de outras peças indicadas pelo relator, encaminhando-as aos integrantes do órgão julgador pelo menos 5 (cinco) dias antes do julgamento.

Após a publicação do acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem, podem seguir dois caminhos: ou terão seguimento denegado, na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior; ou serão novamente examinados pelo tribunal de origem, na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação fixada¹³⁴.

Acaso se mantenha a decisão divergente no tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial¹³⁵.

Veja-se que a legislação silenciou quanto ao direito dos afetados pelo provimento jurisdicional que tiveram seus recursos sobrestados até aqui não tiveram a oportunidade de influenciar diretamente a formação da decisão paradigma mediante o exercício do contraditório.

Nesse contexto surge uma questão chave: Como devem as Cortes de Superposição atuar nos casos de julgamento por amostragem de recursos repetitivos? Examinando todas as questões

¹³² O Ministério Público será chamado a intervir no processo para querendo se manifestar sobre a questão de fundo dos autos, no prazo de quinze dias. A maior participação do ministério público é uma tendência do processo civil contemporâneo fundada na redução substancial na esfera de disponibilidade dos direitos subjetivos. A falta de intimação do Ministério Público implicará em nulidade absoluta do procedimento a partir da referida falha. Apenas poder-se-á convalidar os atos praticados, caso o próprio MP aquiesça com o resultado final do julgamento.

¹³³ Artigo 543-C [...] § 6º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

¹³⁴ Artigo 543-C, § 7º

¹³⁵ Há uma natural preocupação de parcela da doutrina LEMOS, Bruno Espineira. *Recursos especiais repetitivos*. Curitiba: IBAP e Letra da Lei, 2009. e ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; MEDEIROS, Maria Lúcia Lins Conceição. Recursos repetitivos. Realização integral da finalidade do novo sistema impõe mais do que a paralisação dos recursos especiais que estão no 2.º grau. *Revista de Processo*. vol. 191. p. 187. São Paulo: Ed. RT, jan. 2011 de que o sistema de recursos repetitivos provoque uma acomodação do STJ em reapreciar temas tidos como pacificados, impedindo uma oxigenação das teses jurídicas já decididas. A preocupação é justificável já que o legislador não previu, assim como fez nas súmulas vinculantes, ferramentas aptas à revisão de matérias sedimentadas, mas que com o passar dos tempos e a evolução da sociedade, mereçam ser revisitadas.

que lhe são apresentadas pelas partes afetadas pelo provimento ou apenas aquelas que lhe pareceram de maior impacto para obtenção da tutela justa?

A intenção pessoal da justiça da decisão do caso jurídico concreto (o interesse das partes na causa), por si só justificaria a participação de todos os eventualmente interessados no julgamento das teses jurídicas (direito objetivo)? Ao nosso sentir, trata-se do ponto mais sensível quando tratamos do assunto recurso repetitivo. Apesar disso, o legislador optou por silenciar quanto ao tema, deixando a tarefa para o regimento interno dos tribunais e para a prática jurisprudencial¹³⁶.

Mesmo que o escopo dos recursos excepcionais seja a defesa do direito objetivo e a uniformidade de aplicação da legislação federal, é essencial a ideia de democracia que as partes afetadas pelo provimento possam participar dialeticamente da sua construção.

3.2 A PARTICIPAÇÃO DE TERCEIROS AFETADOS NO JULGAMENTO POR AMOSTRAGEM DE RECURSOS REPETITIVOS

3.2.1 A participação terceiros afetados pelo provimento na formação da decisão judicial

Estando evidenciada a tendência do direito processual civil em criar mecanismos de valorização dos precedentes, tornando obrigatória (ou, pelo menos, fortemente persuasiva¹³⁷) a adoção de conclusões de algumas decisões judiciais e havendo clara repercussão dessa imposição sobre a esfera jurídica de terceiros – que seriam, segundo os critérios tradicionais, indiferentes ou desinteressados e, portanto, proibidos de intervir no processo, é preciso repensar o requisito que se exige para admitir a participação destes no feito.

Conforme visto no capítulo anterior, a ideia central do julgamento por amostragem dos recursos repetitivos consiste em uniformizar e acelerar a conclusão do litígio, aplicando

¹³⁶ O Superior Tribunal de Justiça, pela Resolução n.º 8/2008, dispõe que antes do julgamento do recurso paradigma, o relator poderá autorizar, ante a relevância da matéria, a manifestação escrita de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, a serem prestadas no prazo de quinze dias. No entanto não estabeleceu os critérios para admissão dessa intervenção, conforme veremos.

¹³⁷ Verificaremos ainda neste capítulo a natureza jurídica do precedente formado no julgamento por amostragem dos recursos repetitivos, se vinculante ou persuasivo.

precedentes para inibir recursos autorizando a extensão das conclusões de um caso para os demais em tratamento homogêneo.

Nesse passo, terceiros, que claramente não detém qualquer relação jurídica diretamente vinculada àquela deduzida no feito, serão atingidos pela decisão judicial dali resultante. Este prejuízo (ou perigo de prejuízo) não pode ser desmerecido já que a decisão tomada na causa entre partes valerá para a situação deste terceiro. Devemos, portanto, garantir aos efetivamente prejudicados pela formação do precedente a possibilidade de, mediante o exercício do contraditório, levar previamente à apreciação do julgador argumento não veiculado no recurso piloto ou, posteriormente à formação do precedente, ter o direito de recorrer exercendo o contraditório diferido.

Nos tópicos seguintes, veremos que se tratando de julgamento por amostragem de recursos, o efetivo prejuízo ao terceiro nem sempre se dará no momento da decisão de sobrestamento do recurso, podendo ocorrer em momentos processuais distintos. O que não se deve admitir é que a bandeira da razoável duração do processo sirva de pretexto para extirpar totalmente a possibilidade de intervenção de terceiro prejudicado pelo julgamento por amostragem.

Tal problemática ganha relevo na medida em que as Cortes de Superposição, subvertendo o instituto numa clara postura defensiva, limitam a participação, seja prévia ou posterior (por meio de recurso), dos prejudicados pelo provimento jurisdicional paradigma. De acordo com o capítulo 2 deste trabalho, está ínsito na própria ideia de democracia o direito das partes influenciarem na formação do provimento jurisdicional que lhes prejudicará, seja previamente ou posteriormente.

Compreender o direito de influência dos prejudicados pelo provimento jurisdicional representativo pressupõe, previamente, a compreensão da eficácia do precedente formado em sede de recurso repetitivo perante os recursos sobrestados.

3.2.2 Eficácia do reconhecimento da representatividade do recurso paradigma - Efeito vinculante ou persuasivo da decisão proferida em sede de Recurso Repetitivo

Após o julgamento do mérito recursal do recurso paradigma, os recursos sobrestados na origem poderão ser analisados pelos seus respectivos Tribunais. No caso, poderão retratar-se de suas decisões adequando-se à orientação firmada pelo Tribunal Superior, sendo-lhes facultado ainda, declará-los “prejudicados”, porque manejados em sentido contrário à decisão tomada pelas Cortes de Superposição.

Temos aqui, indubitavelmente um precedente que repercutirá decisivamente nas instâncias ordinárias de modo a balizar a orientação jurisprudencial dos tribunais de origem. Resta saber se tal balizamento tem caráter vinculante ou meramente persuasivo:

O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, no exercício da jurisdição constitucional, é fenômeno contemporâneo ao enriquecimento do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, como o notório ganho de importância do controle concentrado e abstrato.

O efeito vinculante (*erga omnes*) foi consagrado pela Emenda Constitucional n.º 3, que introduziu na Constituição Federal a Ação Declaratória de Constitucionalidade, sob a forte influência do modelo constitucional germânico. Com o passar dos anos, a jurisprudência do Supremo Tribunal federal evoluiu no sentido de também conferir efeito vinculante às decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade. Completou-se o sistema do controle pela via da ação com a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Todas estas ações, bem como suas liminares, são dotadas de efeito vinculante¹³⁸.

Em linhas resumidas, efeito vinculante é aquele pelo qual a decisão, julgada em quórum qualificado, tomada pelo tribunal em determinado processo, passa a valer de forma cogente para os demais que discutam questão idêntica¹³⁹.

¹³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 2ª ed. rev. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.p. 74

¹³⁹ No STF, a decisão tomada em Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade ou na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental possui efeito vinculante, ou seja, deve ser aplicada a todos os casos sobre o mesmo tema. As Súmulas Vinculantes aprovadas pela Corte também conferem à decisão o efeito vinculante, devendo a Administração Pública atuar conforme o enunciado

Não se pode deixar de mencionar, entretanto, as fortes vozes na doutrina que afirmam não existir qualquer razão plausível para não se atribuir efeito vinculante do modelo de controle de constitucionalidade abstrato ao concreto:

Para Marinoni e Mitidiero, a *ratio decidendi*¹⁴⁰ ou o núcleo essencial da decisão do Supremo Tribunal Federal que possui efeito vinculante é, no mais das vezes, facilmente extraível dos acórdãos que decidiram os recursos extraordinários.

No ponto, afirmam que a clara identificação da *ratio decidendi* utilizada pelo Tribunal para o julgamento de mérito da questão a ele apresentada, há mesmo vinculação jurídica, em sentido vertical, dos Tribunais de origem, à decisão do Supremo¹⁴¹. Com certo sarcasmo, Barbosa Moreira aponta que a inserção da súmula vinculante no direito brasileiro não significou grande inovação:

Emenda Constitucional para estabelecer que as súmulas, sob certas condições, passarão a vincular os outros órgãos judiciais? Ora, mas se já vamos além e ao custo - muito mais baixo - de meras leis ordinárias (será que somente na acepção técnica da palavra?)! O mingau está sendo comido pelas beiradas, e é duvidoso que a projetada emenda constitucional ainda encontre no prato o bastante para satisfazer seu apetite (...).¹⁴²

da súmula, bem como os juízes e desembargadores do país. Os demais processos de competência do STF (habeas corpus, mandado de segurança, recurso extraordinário e outros) não possuem efeito vinculante, assim a decisão tomada nesses processos só tem validade entre as partes. Entretanto, o STF pode conferir esse efeito convertendo o entendimento em Súmula Vinculante. Outro caminho é o envio de mensagem ao Senado Federal, a fim de informar o resultado do julgamento para que ele retire do ordenamento jurídico a norma tida como inconstitucional

¹⁴⁰ Os ingleses chamam a parte efetivamente vinculante da decisão de *ratio decidendi*. A *ratio decidendi* é a proposição jurídica, explícita ou implícita, considerada necessária para a decisão. A *ratio decidendi* pode ser considerada o núcleo do precedente. Proposições jurídicas que consistem na *ratio decidendi* do precedente devem necessariamente ser seguidas. As decisões judiciais também são compostas pelos *obiter dicta* ou *gratis dicta*. Esses termos significam literalmente: o que é dito para morrer, o que é dito por nada, inutilmente. Tudo o que é dito numa decisão e que não integra a *ratio decidendi* é *obiter dicta*, e o que é dito *obiter dicta* tem um peso meramente persuasivo. É claro que aqui o conceito de *ratio decidendi* está sendo drasticamente simplificado, reduzido ao mínimo necessário para que se compreendam as idéias contidas neste texto. Sabe-se, todavia, que existe grande discussão no plano da doutrina inglesa a respeito do conceito de *ratio* e também sobre o "teste" a ser utilizado para se identificar uma *ratio*. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Direito Comparado: Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. Revista de Processo n.º 172, São Paulo: RT 2009. p. 129.

¹⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 2ª ed. rev. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.p. 74

¹⁴² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao CPC**. 12ª ed., RJ: Forense, 2005, vol. V.

De fato, no Plenário do Supremo Tribunal Federal são praticamente idênticos os procedimentos para a declaração de inconstitucionalidade nos modelos concreto e abstrato. A partir da noção de processo de caráter objetivo – que abrange ambos os modelos – parece mesmo não existir qualquer razão lógica para se atribuir efeito vinculante a um modelo e não a outro. Nessa linha já se posicionou o Ministro Gilmar Ferreira:

A natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental.¹⁴³

Por conta de uma compreensão rasa do princípio do “livre convencimento do juiz” muitas vezes aquilo que deveria acabar na origem, à luz da jurisprudência do Supremo acaba somente após anos de tramitação até chegar ao Supremo, após lamentável dispêndio de recursos financeiros, de tempo e de energia, num Judiciário já congestionado e com tempo mínimo para cuidar de coisas novas. É como constatou o Min. Moreira Alves:

Insiste-se em que um dos aspectos sedutores do nosso sistema é o livre convencimento do Juiz ante o caso concreto e sua prerrogativa de dizer o direito conforme sua consciência, à revelia, se necessário, do que tenham dito tribunais a ele superiores, Isso faz algum sentido na medida que é ilimitado o índice de variedade das situações concretas: não há um processo igual a outro no âmbito do confronto de interesses individuais. Mas pergunto-me se há algum respeito ao interesse público em abonar-se essa forma de rebeldia a decisões de Cortes de Superposição. Houve uma época – membros mais antigos deste Tribunal recordam - em que determinado em que determinado Tribunal de Justiça, numa prestigiosa unidade da Federação, dava-se crônica e assumidamente a desafiar a jurisprudência do Supremo a respeito de um tema sumulado. [...] O Supremo tinha posição firme, constante e unânime a tal respeito, e certo Tribunal de Justiça, porque pensava diferentemente, dava-se à prática de decidir nos termos de sua própria convicção, valorizando a chamada liberdade de convencimento, própria de todo juiz ou tribunal. Resultado: todas essas decisões eram, mediante recurso, derrubadas por esta casa. Aquilo que deveria acabar na origem, à luz da jurisprudência do Supremo, só acabava aqui, depois de um lamentável dispêndio de recursos financeiros, de tempo e de energia, num Judiciário já congestionado e com tempo mínimo para cuidar de coisas novas. E quando acontecia de a jurisprudência do Supremo acabar não prevalecendo, e de a decisão do tribunal rebelde encontrar seu momento de glória? Quando o réu, porque assistido por advogado relapso, ou porque carente de outros meios, não apresentava recurso... Só nessa circunstância infeliz a rebeldia contra a jurisprudência do Supremo dava certo. Com todo o respeito pelo que pensam alguns processualistas, não vejo beleza alguma nisso. Pelo contrário, parece-me uma situação imoral, com que a consciência jurídica não deveria, em hipótese alguma, temporizar. De modo que me pergunto: faz sentido não ser vinculante uma decisão da Suprema Corte do país?¹⁴⁴

¹⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, 162. p. 163-164, abril-junho 2004.

¹⁴⁴ STF, Pleno, ADC 1. Rel. Min. Moreira Alves, Julgado em 01.12.1994, v.u. DJU 16.06.1995.

De fato, não parece haver respeito ao interesse público em abonar-se essa forma de rebeldia a decisões de Cortes de Superposição¹⁴⁵.

No entanto, apesar de não haver nenhuma razão lógica para se diferenciar o precedente vinculante do precedente persuasivo, parece-nos que no nosso sistema processual essa diferença existe, mesmo sem uma razão lógica plausível¹⁴⁶.

A leitura dos §§ 7.º e 8.º do art. 543-C do CPC indica os recursos especiais sobrestados na terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão coincidir com a orientação da Corte, o que indicaria uma eficácia vinculante.

Contudo, previu o legislador que, quando a decisão do tribunal de origem divergir do entendimento perfilhado no acórdão recorrido, poderá o tribunal de origem manter a decisão divergente e encaminhar o recurso para a Corte de Superposição para julgamento (art. 543-C, § 7.º, II, e § 8.º, do CPC). Essa possibilidade evidencia que o julgamento do recurso especial repetitivo tem efeito meramente persuasivo em relação ao tribunal de origem, porquanto caberá ao tribunal local decidir ou não por acatar a decisão do STJ e, nesta última oportunidade, realizará o exame de admissibilidade do recurso especial sobrestado.

Portanto, havendo divergência entre o entendimento perfilhado no julgamento do recurso repetitivo, restará ao tribunal local retratar ou não o seu entendimento nos recursos especiais sobrestados na origem¹⁴⁷. Conclui-se, destarte que havendo a possibilidade de os tribunais locais acolherem ou não a decisão posta quando do julgamento do recurso repetitivo demonstra que o efeito do julgamento do recurso especial repetitivo é meramente persuasivo em relação aos tribunais.

¹⁴⁵ A Hermenêutica não serve para dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa. Sobre o tema pertinente a leitura de STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

¹⁴⁶ O nosso sistema processual nitidamente diferencia a jurisprudência vinculante e a persuasiva. A prova concreta dessa afirmação é a coexistência das súmulas vinculantes e das persuasivas.

¹⁴⁷ Aponta Eduardo Talamini que a dicção do § 8.º do art. 543-C do CPC, segundo representaria violação ao art. 463 do CPC e usurpação de competência da Corte de Superposição quando do julgamento do próprio recurso: (...) institui-se assim mais uma nova hipótese de juízo de retratação (presente em geral nos recursos de agravo – CPC, art. 523, § 2.º – e excepcionalmente nas apelações – arts. 285-A, § 1.º, e 296 do CPC, e que já havia também sido prevista pela Lei 11.418/2006 para os recursos extraordinários. Por outro lado, permite ao órgão a quo negar a subida do recurso especial (ou ordinário) por razões de mérito, em hipótese similar à ora prevista no § 1.º do art. 518 do CPC (na redação dada pela Lei 11.276/2006). TALAMINI, Eduardo. **Julgamento de recursos no STJ "por amostragem"** - Lei nº 11.672/2008. p. 45

Entendemos, contudo, que se o escopo da legislação foi justamente racionalizar o julgamento de recursos repetitivos, unificar entendimentos e imprimir celeridade, parece-nos mais acertado que o efeito produzido pelo julgamento do recurso especial repetitivo fosse vinculante. A rigor, não se trata de um precedente vinculante (no sentido de obrigatório e erga omnes). Contudo, a desobediência interpretativa do precedente formado causará, de um lado, a manutenção da divergência e a frustração do principal objetivo das reformas e, de outro, a penalidade decorrente da atuação - cassação da decisão local - com prolongamento da litispendência.

3.2.3 Efeitos das decisões perante terceiros que não contribuíram para a sua formação

Conforme vimos, a adoção, pelo direito brasileiro, das súmulas vinculantes, a súmulas impeditivas de recursos e, especialmente, o julgamento por amostragem de recursos, alimenta inquestionavelmente novas discussões sobre os efeitos das decisões perante terceiros que não contribuíram para a sua formação.

De fato, se o fortalecimento dos precedentes¹⁴⁸ caminha no sentido de conferir maior agilidade e uniformidade à prestação da tutela jurisdicional, não há dúvida de que traz consigo questões de extrema relevância quanto à extensão dos efeitos da decisão na esfera jurídica de terceiros.

Pudemos observar que o precedente firmado no julgamento por amostragem de recursos repetitivos, amplia os seus efeitos, fazendo repercutir suas consequências sobre a esfera jurídica de terceiros – não intervenientes no processo – tolhendo, ao menos por vezes, o direito de estes apresentarem suas razões individualmente. Portanto é porque tais decisões, ao impedirem a discussão direta de questões de direito em eventuais demandas propostas por terceiros, restringem-lhes o poder de influir na solução do litígio e de apresentar adequadamente suas teses jurídicas em juízo mediante o contraditório direto e prévio.

Isso por certo, deve impor a necessidade de repensar o conceito de interesse jurídico, que se exige para a intervenção e a participação de terceiros em processo (seja em primeiro grau ou

¹⁴⁸ Conforme visto no capítulo 1 deste trabalho.

em sede recursal) até mesmo para permitir que estes terceiros não sejam prejudicados de maneira definitiva por decisões judiciais sem que tenham tido a oportunidade de apresentar seus argumentos à apreciação do Poder Judiciário, seja previamente, seja mediante recurso.

Note-se que, ao valer-se de um processo para nele apresentar um precedente vinculante ou persuasivo que seja, o Poder Judiciário sinaliza que em outros processos sua decisão quase que obrigatoriamente será a mesma, de modo a frustrar que as partes possam apresentar suas teses. Ao que parece, o processo individual tem, paulatinamente, buscado aproximação com o processo coletivo¹⁴⁹ na medida em que, cada vez mais, tem-se a ampliação dos limites da decisão para além da órbita exclusiva das partes.

De fato, se o processo individual agora é capaz de gerar decisão que atinge (direta ou indiretamente), todos aqueles que sejam titulares de um mesmo tipo de interesse, ou cujo interesse se lastreia em uma única questão de direito, parece ser razoável admitir que seu tratamento (porque feito de forma única) admita a participação de terceiros que se sujeitarão aos efeitos daquela decisão, seja permitindo que estes ingressem no processo na condição de assistente ou figura análoga, seja autorizando que estes se equiparem a terceiros prejudicados, podendo recorrer de decisão contrária a sua demanda individual.

De outro lado, seria absolutamente contrário à lógica do julgamento por amostragem, o entendimento de que todos recorrentes possuem o direito subjetivo irrestrito de intervir individualmente no julgamento, mesmo sem a demonstração de interesse e prejuízo. A admissão irrestrita de todos os interessados no julgamento do recurso piloto inviabilizaria a própria lógica do instituto de imprimir celeridade à prestação da tutela jurisdicional. Resta saber: o direito de influir diretamente no julgamento de recurso piloto mediante o contraditório é direito irrestrito de todos os afetados pelo julgado?

Vejamos. O terceiro, ainda que ostente esta condição em face do processo, não está, por isso só, imune a este ou a seus efeitos. A afirmação pode soar estranha, principalmente diante da máxima segundo a qual *res inter alios iudicata aliis non praciudicare*¹⁵⁰. Ocorre que, há

¹⁴⁹ Sobre a primazia da tutela coletiva sobre a individual: ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O "novo" mandado de segurança coletivo**. Salvador: Juspodivum 2013.

¹⁵⁰ A decisão judicial formada em processo entre partes, não pode prejudicar terceiros. ARENHART, Sérgio Cruz. A efetivação de provimentos judiciais e a participação de terceiros. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie;

inúmeras situações vistas cotidianamente na prática forense em que o nosso ordenamento admite que uma decisão entre partes possa vir a afetar terceiros:

Sérgio Arenhart cita como exemplo o artigo 42 do Código de Processo Civil que, ao tratar da alienação da coisa litigiosa no curso do processo, determina que “a sentença, proferida entre as partes originárias, estende os seus efeitos ao adquirente ou cessionário”¹⁵¹. De igual modo, o Código de Processo (art. 597)¹⁵² menciona a responsabilidade do espólio pelas dívidas do falecido.

Outro exemplo que podemos citar de cunho prático é o corriqueiro caso de decisão judicial que determina a reintegração de trabalhador em seu posto de trabalho. Não há dúvidas de que isso importará no remanejamento dos outros empregados e alteração das funções dadas a cada um, o que, porém, não indica a necessidade de convocar todos os empregados envolvidos para o processo para autorizar que estes terceiros não sofram os efeitos da sentença¹⁵³. Tudo isso mostra que os efeitos daquela decisão não se limitam apenas às partes, mas abrangem, indistintamente, todos que se relacionem ou possam relacionar-se com elas.

Chivenda¹⁵⁴ há muito já havia percebido que todos estão obrigados a reconhecer a sentença entre partes não podendo, porém ser prejudicadas juridicamente por ela. Relativo a isso, segundo Sérgio Arenhart¹⁵⁵, talvez seja mais apropriado dizer que todos devem reconhecer

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.); BRONZATTO, Alexandre Novelli et al. **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 426

¹⁵¹ Art. 42. A alienação da coisa ou do direito litigioso, a título particular, por ato entre vivos, não altera a legitimidade das partes.

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

§ 2º O adquirente ou o cessionário poderá, no entanto, intervir no processo, assistindo o alienante ou o cedente.

§ 3º A sentença, proferida entre as partes originárias, estende os seus efeitos ao adquirente ou ao cessionário.

¹⁵² Art. 597. O espólio responde pelas dívidas do falecido; mas, feita a partilha, cada herdeiro responde por elas na proporção da parte que na herança lhe couber.

¹⁵³ E não paramos por aqui: A eficácia erga omnes das sentenças constitutivas são sentidas por todos, independentemente de estarem ou não posicionados como partes no processo do qual a decisão se origina. A sentença de divórcio prolatada entre cônjuges, espraia seus efeitos para todos indistintamente, de modo que ninguém poderá deixar de reconhecer o novo status jurídico daquelas partes. Do mesmo modo, aquele que agora pretender contratar com um dos sujeitos haverá de considerar a nova situação jurídica e o regime de bens do casal, mesmo não tendo sido parte no processo.

¹⁵⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. 02. São Paulo, Editora Saraiva. 1969. p. 430

¹⁵⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. A efetivação de provimentos judiciais e a participação de terceiros. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.); BRONZATTO, Alexandre Novelli et al. **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 426

qualquer sentença, ainda que proferida entre partes, podendo eventualmente ser prejudicados por ela, desde que seja dada possibilidade de reação em face de tais efeitos.

Nesse ponto, Liebman¹⁵⁶ argumenta que o círculo de relações e de pessoas em que operará o comando contido numa sentença não pode ser e não é preventivamente determinado em abstrato, mas dependerá do uso que em concreto fizerem as partes da sentença, e da qualidade, e do número das controvérsias que poderão surgir no futuro, e terá por condição certo modo de ser das relações jurídicas, o nexa e o grau de ligação entre elas existentes.

A dificuldade de se aceitar naturalmente essa ampliação dos efeitos dos provimentos judiciais decorre, ao que parece, da corrente assimilação dos efeitos da sentença e a extensão da coisa julgada¹⁵⁷. De fato, seria difícil admitir que aquele que não participou do processo – e portanto, não pôde influir na decisão judicial – venha a ser prejudicado pela decisão aí tomada, sem que possa a esta se opor, o que tornaria a decisão indiscutível para este que, resignado, apenas deveria cumprir o comando judicial.

O equívoco, porém, está nessa assimilação incorreta, e não na admissão da eficácia *ultra partes* das sentenças. Como indica Ovídio Baptista da Silva:

Não há nada de especial, no que respeita o efeito constitutivo das sentenças que o faça diferente das eficácias internas (diretas) de quaisquer outras sentenças. Não é só a eficácia constitutiva que opera erga omnes, mas todos os efeitos da sentença alcançam os terceiros, sob forma de eficácia natural (*efficacia naturale*, segundo LIEBMAN). O fenômeno jurídico-processual que nunca atinge os terceiros é a imutabilidade do que foi declarado pelo juiz, no sentido de que nem as partes podem, validamente, dispor de modo diverso transacionando sobre o sentido da declaração contida na sentença, nem os juízes dos futuros processos poderão modificar ou, sequer, reapreciar essa declaração. A isso se dá o nome de coisa julgada material¹⁵⁸.

Não se deve estranhar o fato de que os efeitos da decisão atinjam terceiros. O que a ordem jurídica brasileira pós Estado Constitucional, não tolera é que tais efeitos possam prejudicar

¹⁵⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense. 1945, p. 77

¹⁵⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. A efetivação de provimentos judiciais e a participação de terceiros. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.); BRONZATTO, Alexandre Novelli et al. **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 426

¹⁵⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2000. V.1, p.261

definitivamente pessoas sem que elas tenha tido possibilidade de esboçarem reação para tanto, mesmo que isso se dê a *posteriori*¹⁵⁹. O que não se pode admitir é que esses efeitos prejudiquem aquele que não foi parte, nem foi chamado para participar do processo de modo irreversível e indiscutível, com a estabilidade da coisa julgada.

Colocadas tais premissas, nota-se que o precedente firmado no julgamento por amostragem de recursos repetitivos evidentemente amplia os seus efeitos, fazendo repercutir suas consequências sobre a esfera jurídica de terceiros – não intervenientes no processo. Mas isso não pode significar que estes terceiros se submetam aos efeitos negativos (prejuízo) decorrentes do julgamento paradigma sem que lhes caiba qualquer possibilidade de influenciar, previamente ou posteriormente, no julgado.

Ou a parte prejudicada participa previamente do debate argumentativo do processo mediante o contraditório, ou poderá, posteriormente, exercer o contraditório mediante recurso, caso comprove que houve efetivo prejuízo.

Sob o ponto de vista ideal, parece-nos que todos os eventualmente afetados pela decisão paradigma deveriam ter o direito de participem previamente da sua formação mediante o exercício contraditório prévio.

No entanto, a intenção pessoal da justiça da decisão do caso jurídico concreto (o interesse das partes na causa), por si só não justifica a participação de todos os eventualmente interessados no julgamento das teses jurídicas (direito objetivo), sob pena de tornar inviável o julgamento. Permitir o exercício direito é irrestrito do contraditório por todos os eventualmente interessados no julgamento do processo, iria de encontro a própria essência do instituto de abreviação do tempo dos processos.

Se por um lado, a admissão totalmente ampla da possibilidade de intervenção pode tornar inviável a solução da lide, por outro lado, a não admissão total acarretará a violação clara ao direito de exercício do contraditório de todos os terceiros que sofrerão os efeitos da decisão paradigmática, sem terem condições de, efetivamente, opor-se a ela.

¹⁵⁹ Conforme verificamos no capítulo 1 deste estudo.

A compatibilização dessas duas necessidades processuais se dará com a identificação do interesse jurídico na intervenção que, por seu turno, estará sempre que o terceiro vier a sofrer prejuízo, direto e efetivo, por conta da decisão judicial¹⁶⁰.

Como se viu, a participação de terceiros em processo não se dá simplesmente pela manifestação da vontade deste. É preciso que condições legais sejam preenchidas, normalmente traduzidas pela ideia do chamado interesse jurídico de intervenção¹⁶¹.

O interesse jurídico é a cláusula de controle que permite admitir ou não a participação de terceiro prejudicado. Não basta, pois que o terceiro tenha interesse qualquer na solução do litígio, é imprescindível que se demonstre o interesse jurídico naquela decisão. Nas palavras de Liebman¹⁶², a intervenção do terceiro depende de que seja ele titular de relação jurídica conexa com aquela deduzida em juízo, ou dela dependente, de modo que a sentença se será pronunciada refletirá um efeito favorável ou desfavorável a sua posição jurídica.

A condição de terceiro interessado é pressuposto para que se possam discutir os efeitos negativos que eventual sentença acarrete para a sua específica esfera jurídica. Se não há prejuízo não há interesse. Cabe-nos, portanto, identificar precisamente em que momento processual se dará o efetivo prejuízo a ensejar o interesse na intervenção no julgamento por amostragem.

Caso não seja oportunizada à parte afetada o direito de participar previamente da formação do provimento mediante o contraditório, ela estará sujeita ao perigo de prejuízo de que o

¹⁶⁰ A possibilidade de reação para terceiros circunscreve-se apenas àqueles chamados de terceiros juridicamente interessados, ou seja, terceiros que mantêm com uma das partes relações jurídicas dependentes ou conexas com as que constituem o objeto do processo. Para os demais terceiros, juridicamente indiferentes, porque destituídos dessa relação jurídica especial, os efeitos da decisão serão sentidos de forma imutável e indiscutível, não por conta da coisa julgada, mas pela falta de legitimidade para questionarem tais efeitos judicialmente. ARENHART, Sérgio Cruz. A efetivação de provimentos judiciais e a participação de terceiros. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.); BRONZATTO, Alexandre Novelli et al. 2006, p. 426

¹⁶¹ Interesse jurídico na intervenção, com base na doutrina de Goldschmidt, se subdivide em quatro categorias: 1) a primeira refere-se à hipótese em que a força da coisa julgada da sentença estender-se ao terceiro (ex: reconhecimento de união estável com o de cujus gerará efeitos para os demais herdeiros); 2) a segunda se liga aos casos que a execução da sentença deva recair sobre terceiro (ex: responsabilização patrimonial do fiador); 3) na terceira categoria, a sentença produz efeitos acessórios ao terceiro (ex: situação do locatário quando há discussão sobre a propriedade de imóvel); e 4) quando a sentença produzir efeitos probatórios na relação existente entre o terceiro e o adversário da parte assistida.

¹⁶² LIEBMAN, Enrico Túllio. **Manual de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro. Forense, 1985, p.104-105

juízo piloto não abarque um argumento ou que a defesa fique prejudicada pela hipossuficiência técnica do advogado. No entanto, isso não significa que não havendo a participação prévia das partes haverá, necessariamente, efetivo prejuízo. Imperioso diferenciar *prejuízo efetivo* do *perigo de prejuízo*.

O efetivo prejuízo se dará a *posteriori*, quando se verificar que na eleição do paradigma o julgamento da tese jurídica estará comprometido, seja por não ter sido abordado fundamento jurídico essencial ao deslinde da questão, seja por hipossuficiência técnica do recurso paradigma; ou após a formação do precedente, este verificar que não foi abordado determinado argumento relevante ou que a sua *fattispecie* não se assemelha à do recurso piloto.

Veja-se que, considerando as peculiaridades que envolvem o julgamento por amostragem, a ausência de um determinado argumento jurídico ou a hipossuficiência técnica do recurso piloto poderá ser suprida pela participação do Ministério Público e pelas entidades que venham a intervir no julgamento. Nesses casos, a análise do efetivo prejuízo, e do conseqüente interesse na intervenção, somente estará completa, após a manifestação de todas as do Ministério Público e das entidades vinculadas.

Ocorre que, diante do silêncio do legislador em regulamentar especificamente essa participação dos afetados, deixou-se ao talante do julgador amplos poderes para limitar excessivamente a extensão desta intervenção, ao ponto de a jurisprudência adotar uma postura que aniquila o direito do contraditório prévio ou posterior dos terceiros afetados. Conforme desenvolveremos adiante, as Cortes de Superposição, empunhando a bandeira da razoável duração do processo, passaram a diminuir significativamente a possibilidade de exercício do contraditório pelas partes afetadas.

Enquanto o direito processual civil brasileiro, especialmente a práxis forense dos tribunais de superposição, não conseguir abandonar a incrustada cultura que faz predominar a tutela individual sobre a tutela coletiva, é preciso alargar o palco judicial de discussões.

Logicamente, ausência de regulamentação legal específica não se pode significar a sua proibição, sob o argumento simplista de que ela não seria albergada pela legislação brasileira,

na medida em que o interesse apresentado pelo terceiro não se amolda ao interesse jurídico lá previsto.

Como já dito, a proibição desta intervenção torna, ao menos em princípio, questionável a constitucionalidade das decisões paradigmas, sendo a aceitação desta intervenção a melhor e mais simples forma de tornar razoável a aplicação destes novos institutos.

Cabe-nos, portanto, tendo em mãos essa compreensão de interesse na intervenção, decorrente do efetivo prejuízo, identificar quando se dará a participação de terceiros, especialmente, quando tratamos da eleição do recurso paradigma e a recorribilidade da decisão de enquadramento que venha a denegar seguimento ao recurso cuja matéria não se assemelha ao recurso piloto.

3.2.4 Eleição do paradigma - A apresentação adequada da controvérsia e seleção de representação adequada

Conforme disposição legal, a eleição do recurso piloto deve ser feita pelo tribunal de origem ou pelo relator na Corte Superior, que escolherá um ou mais recursos que apresentem *maior diversidade de fundamentos* no acórdão e de argumentos.

A representatividade adequada¹⁶³ do recurso extraordinário ou especial está na ótima exposição da questão jurídica, abordando-a eventualmente em tantas perspectivas argumentativas quantas forem possíveis. Acaso um único recurso não contemple toda argumentação possível concernente à controvérsia, é de rigor que se encaminhem às Cortes de Superposição dois ou mais recursos, a fim de que, conjugadas as razões, possa-se alcançar um panorama que represente de maneira adequada à questão constitucional debatida¹⁶⁴.

Nesse sentido, Luis Guilherme Marinoni¹⁶⁵ esclarece que a seleção do recurso paradigmático

¹⁶³ Cf. DE ARAÚJO Rodrigo Mendes. **A representação adequada nas Ações Coletivas**. Salvador. JusPodivm. 2011

¹⁶⁴ A Resolução n.º 8 do STJ estabelece em seu parágrafo primeiro que será selecionado pelo menos um processo por Relator e que dentre estes os que contiverem a maior diversidade de fundamento e de argumento no recurso especial.

¹⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2010, pp. 492-493.

deve focar na escolha dos exemplares que abordem a controvérsia federal no maior número de perspectivas argumentativas possíveis e sugere que esta escolha nos Tribunais de origem seja dialogada, se possível, com agentes sociais interessados.

Ocorre que o legislador não se ocupou de prever textualmente a possibilidade de controle dessa decisão que elege o recurso paradigma, deixando a tarefa ao sabor da jurisprudência. Pode-se observar que a expressão “maior diversidade de fundamentos” é vaga e depende de forte carga de subjetividade para a eleição do paradigma, eis que a legislação não descreve ao menos minimamente os critérios a serem observados na escolha.

Acreditamos que o legislador falhou ao não prever de forma clara a possibilidade de controle dessa decisão que elege o recurso paradigma. Entretanto, tal omissão legislativa não pode servir de escusa para se defender que a decisão que elege o paradigma seja irrecorrível, sob pena de estarmos ceifando desmotivadamente o contraditório¹⁶⁶.

Como se viu, a eleição dos recursos paradigmáticos bem fundamentados e que veiculem todos os argumentos necessários ao deslinde da causa é de extrema importância para que o julgamento atinja o seu desiderato principal, o resultado justo, que se estenderá a todos os representados.

A “solução” encontrada pelo legislador para mitigar os efeitos de uma escolha equivocada e de aumentar a legitimidade do procedimento foi inserir no § 4.º do art. 543-C do CPC, a possibilidade de que o Relator a “admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia¹⁶⁷”. No entanto, a redação da lei dá a entender que admissão da manifestação de terceiros seria uma mera faculdade atribuída ao Relator, que poderá indeferir o pedido de habilitação para terceiro interessado manifestar-se nos autos.

De fato, como já visto, seria absolutamente contrário à lógica do julgamento por amostragem,

¹⁶⁶ Já observamos neste trabalho que é possível a mitigação do contraditório desde que não haja efetivo prejuízo ao jurisdicionado

¹⁶⁷ Nesse ponto, Nicolas Mendonça Coelho de Araújo adverte que mesmo que se preconize que a escolha do paradigma se dê de forma participativa e dialogada, a ausência de previsão de um meio de impugnação próprio disponível para se impugnar tal decisão impede que essa atuação participativa ocorra COELHO, Nicolas.; CAMPOS, H. S. O; Recurso Especial Repetitivo: paradigma e segurança jurídica. **Revista CEJ** (Brasília), v. 57, p. 57, 2012. P. 363.

o entendimento de que os recorrentes possuem o direito subjetivo de intervir individualmente no julgamento, mesmo sem a demonstração de interesse e prejuízo.

Nesse sentido, caso o recurso eleito como paradigma não contenha a diversidade de argumentos necessária ao deslinde da causa, acreditamos que o representado prejudicado poderá pleitear a inclusão de seu processo como um dos representativos ou a sua admissão como *amicus curiae*¹⁶⁸, a fim de que determinado argumento venha a ser devidamente enfrentado pela Corte de Superposição.

Outrossim, parece-nos ainda razoável que, caso o recurso eleito como paradigma careça de boa técnica processual, seja cabível o pedido de inclusão de outros recursos como representativos ou que haja a intervenção de *amicus curiae*¹⁶⁹. Vale frisar que a verificação da omissão com relação a determinado argumento jurídico bem como quanto a hipossuficiência técnica da defesa da tese deverá ser analisada após a intervenção do Ministério Público e das demais entidades.

Nesse primeiro momento, a interposição de agravo de instrumento de decisão denegatória (544 CPC) para levar à apreciação da Corte de Superposição um argumento não abarcado pelo recurso piloto se revela precipitada. Nessa fase, ainda não há de se falar em prejuízo que justifique a interposição de recurso de terceiro. Há na realidade perigo de prejuízo, o que não legitima o terceiro a interpor recurso.

Não podemos esquecer que, nesse momento inicial (escolha do paradigma e sobrestamento), ainda se realizou o juízo de admissibilidade do recurso representado, que somente será feito com a descida dos autos ao Tribunal de Origem após o julgamento do recurso paradigma. Não havendo juízo de admissibilidade, a interposição de agravo se mostra prematura¹⁷⁰.

Notadamente, o argumento eventualmente não abarcado pelo recurso eleito ainda poderá ser levado à apreciação da Corte pelo Ministério Público, órgãos e entidades que poderão

¹⁶⁸ Trataremos adiante da figura do *amicus curiae* em tópico específico.

¹⁶⁹ Nas *class actions* do direito estadunidense o representante do recurso paradigma deve conter idoneidade técnica, moral e financeira.

¹⁷⁰ Nesse sentido tem se posicionado o STJ e o STF:

eventualmente intervir no feito. Demais disso, o próprio recorrente interessado poderá requerer a sua intervenção no processo¹⁷¹.

Ao final, passadas todas as etapas acima, se ainda assim o representado insistir em levar à apreciação da Corte de Superposição tal argumento indispensável para o julgamento da lide ou qualquer alegação que revele que a incapacidade técnica do representante tenha eventualmente lhe acarretado prejuízo, parece-nos que ele poderá interpor recurso de terceiro¹⁷² (embargos de declaração) para levar o argumento ao crivo da Corte de Superposição.

Vale rememorar, que os Tribunais de Superposição têm entendido que o julgador não está obrigado a enfrentar todos os argumentos apresentados pelas partes, de modo que o seu julgamento deve se dar segundo seu livre convencimento (artigo 131 do CPC)¹⁷³.

Nessa linha, o STJ tem imposto restrições inclusive à interposição de embargos de declaração por terceiros. Tais restrições abrangem inclusive o *amicus curiae*, que a jurisprudência recente

¹⁷¹ Grande parte da doutrina associa essa possibilidade de intervenção à figura do *amicus curiae*, mas parece-nos que se trata de outra modalidade *sui generis* de intervenção de terceiro. Conforme ainda se verá, o *amicus curiae* seria uma figura, em teses, imparcial, ou ao menos com menor interesse no deslinde da demanda do que propriamente as partes, o que definitivamente não é o caso em tela.

¹⁷² 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.

¹⁷³ Alinhado ao posicionamento dos Tribunais de Superposição, Samuel Meira Brasil aponta que nem todo o argumento justifica a decisão ou impede a sua justificação de modo que se um magistrado não responder a um argumento que não seja pertinente à lide, sua decisão não se encontra viciada. Entretanto, como se reconhecer se um argumento é pertinente ou não para o julgamento da lide de modo que deva ser considerado ou desconsiderado? Doutrina de escol capitaneada por Athon Gusmão Carneiro aponta no sentido de que o juiz não está obrigado a responder todos os argumentos da parte mas deverá obrigatoriamente se manifestar sobre as *razões da pretensão*. Nessa medida, os argumentos que o julgador estaria obrigado a enfrentar seriam aqueles que formam a razão da pretensão, ou seja, os fundamentos de fato e de direito que formam a *causa petendi* e a *causa excipiendi*. Portanto, a fundamentação de uma decisão deverá, obrigatoriamente, analisar os fatos constitutivos e os fatos lesivos (causa de pedir remota, segundo José Rogério Cruz e Tucci, Causa petendi no processo civil, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993) e a qualificação jurídica dos fatos (causa de pedir próxima), bem como os fatos modificativos, impeditivos e extintivos do direito (causa excipiendi) e sua respectiva qualificação jurídica. Em resumo, acredita-se que os argumentos de obrigatoriamente deveriam ser examinados são aqueles necessários ou suficientes para justificar a decisão, e parte integrante do discurso, que precisam ser citados para serem refutados (lei, precedente e doutrina). Ousamos divergir da posição supra, com base nas premissas fixadas no capítulo (obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais) de que o julgador é obrigado a enfrentar todos os argumentos expostos pelas partes ou, quando for o caso, justificar que não enfrentará determinado argumento por ser irrelevante para o julgamento da causa. Em outras palavras, o julgador pode não enfrentar determinado argumento desde que exponha as razões pelas quais optou pela sua desconsideração. Conforme visto naquele capítulo, a democracia pressupõe controle da administração, que no caso das decisões judiciais somente se dará quando o Julgador verter em linguagem as suas razões de decidir, fundamentado a construção do seu raciocínio jurídico.

do STJ entendeu que não pode opor embargos de declaração.

Entendemos que se trata de um severo e injustificável limitador da plenitude de acesso à jurisdição que deveria ser preconizada e efetivada. Não só por isso, pragmaticamente, o interesse de agir desses terceiros interessados se presta para extrair o máximo de esclarecimentos, lenitivos e orientações transparentes que passarão a nortear o destino de seus representados¹⁷⁴.

Quando se busca sanar uma omissão, contradição ou obscuridade para transparecer a compreensão real da tutela jurisdicional prestada, até mesmo para evitar novas demandas ou aprimorar seu conjunto de garantias, os embargos declaratórios são absolutamente pertinentes. Esta espécie recursal prestigia o debate e aquilata as possibilidades e instrumentos para que o precedente se aproxime do resultado justo.

Notadamente, a experiência jurisprudencial das Cortes de Superposição bem sabe distinguir as pretensões de procrastinação de uma demanda contendo o verdadeiro desiderato de deixar translúcido o comando decisório que afetará dezenas, centenas ou milhares de representados¹⁷⁵. Outra alternativa que vislumbramos ser cabível para levar à apreciação da Corte de Superposição argumento não enfrentado no julgamento do recurso paradigma, é a possibilidade de no momento do enquadramento da tese jurídica pelo Tribunal de origem após o julgamento do paradigma, o recorrente demonstrar a ocorrência de omissão relativamente a determinado argumento específico.

Restando demonstrada existência de argumento não apreciado pela Corte Superior, que o Tribunal de Origem poderá determinar a remessa deste recurso a fim de que tal argumento seja apreciado. Ainda assim, caso o Tribunal de Origem negue seguimento ao recurso especial, parece-nos que poderá o recorrente interpor o agravo de decisão denegatória.

¹⁷⁴ A nuance dos embargos declaratórios está em sua natureza. O recurso serve ao simples aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, assim considerada quando lhe alcançam a omissão, a contradição ou a obscuridade, nos termos do permissivo legal (art. 535, I e II, do CPC).

¹⁷⁵ MOURA, Walter José Faiad de; FERREIRA, Bruna Cavalcante Lamounier. A garantia de participação efetiva das entidades de defesa dos consumidores nos recursos repetitivos. Revista de direito do consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 18, n. 71, p. 195-219, jul./set. 2009. p. 405.

Na prática, tal entendimento, esbarra no posicionamento do STJ no sentido de que não cabe agravo de instrumento de decisão de enquadramento do Tribunal de Origem que denega Recurso Especial em face do precedente firmado em sede de recurso repetitivo¹⁷⁶.

Adverte Daniel Penteado de Castro¹⁷⁷ que a Resolução n.º 8/2008 do STJ também não esclareceu o que ocorre se apenas parte do objeto litigioso integra a questão eleita como paradigma é analisada pela Corte de Superposição, raciocínio que leva a entender que, em relação aos demais pedidos será feito novo exame de admissibilidade do recurso especial após julgamento paradigma, o que tornará mais alongado o julgamento do recurso especial em relação ao exame de todos os pedidos.

3.2.5 Intervenção de sobrestado na formação da decisão representativa

O *amicus curiae* é tratado pela doutrina como um terceiro que se insere em um debate judicial fechado e subjetivo do processo para discutir objetivamente teses jurídicas que afetarão toda a sociedade, permitindo o fortalecimento argumentativo da decisão jurídica de modo participativo¹⁷⁸.

Cassio Scarpinella Bueno¹⁷⁹ descreve o *amicus curiae* como um auxiliar do juízo, com interesse, se não imparcial, menos parcial que o das partes, por isso sendo qualificado também de terceiro indiferente, detentor de um conhecimento invulgar sobre a questão discutida no caso, que o autoriza a manifestar-se no processo, seja de forma espontânea, seja de forma provocada, do modo mais amplo possível, inclusive mediante sustentação oral, com vistas a legitimar o exercício da função jurisdicional, representando interesses de toda a sociedade (em regra de natureza difusa) ou do próprio Estado (interesse institucional), que serão de uma forma ou de outra afetados pelo que vier a ser decidido.

¹⁷⁶ A doutrina do *distinguishing* (distinção) norte americana aparece timidamente nos precedentes do STJ e STF quando tratamos de recursos repetitivos.

¹⁷⁷ CASTRO, Daniel Penteado de. Questões polêmicas sobre o julgamento por amostragem do recurso especial repetitivo. *Revista de Processo*. vol. 206. p. 79. São Paulo: Ed. RT, abr. 2012.

¹⁷⁸ MACIEL, Ademar Ferreira. “Amicus Curiae” um instituto democrático. *Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 70, p. 61-67.

¹⁷⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: um terceiro enigmático*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 141.

Na hipótese em tela (recursos repetitivos), contudo, o recorrente que tem seu recurso sobrestado e pleiteia intervir no julgamento por amostragem, apresentando novos argumentos a favor da procedência ou improcedência do recurso, não atua como *amicus*, fundamentalmente pela qualidade do interesse de que é titular, vale dizer, interesse de parte, próprio seu, que será atingido, diretamente, pela decisão a ser proferida.

Isso porque, conforme vimos, o interveniente não está ali representando interesses de terceiros, nem importa para ele municiar o magistrado de informações específicas, técnico-científicas, que, em regra, nem ele mesmo possui.

Na hipótese, o terceiro interveniente nos recursos repetitivos pretende proteger interesses próprios. Diante disso, não se exige maior esforço para compreender que a figura do recorrente que pretende intervir no julgamento do processo, a rigor, não se confunde, absolutamente, com a do *amicus curie*¹⁸⁰.

¹⁸⁰ No que toca às modalidades de intervenção de terceiros existentes, a intervenção de sobrestado também não encontra seu lugar em nenhuma delas. Não é oposição porque o recorrente interveniente não pretende ver reconhecido como seu direito ou bem sobre o qual discutem entre si recorrente e recorrido do recurso-amostra. Não é nomeação à autoria porque não está prevista nos arts. 62 e 63 do CPC e não tem por fim consertar um vício de legitimidade passiva da relação processual. Objetivamente, também não se trata de denúncia da lide porque nada tem de ação regressiva. Não pode ser chamamento ao processo porquanto não se funda em solidariedade existente entre o terceiro interveniente e a parte recorrente ou recorrida. Quanto à assistência, aproxima-se desta, sem, contudo, encontrá-la. Em razão desta aproximação, abre-se espaço para tratamento mais detido da questão. Considerando-se assistência a intervenção de terceiro (assistente) em relação jurídica processual com o fim de prestar auxílio a uma das partes (assistido) porque a decisão proferida na causa irá interferir na sua esfera jurídica, pode-se dizer, sim, que a intervenção do recorrente que teve seu recurso sobrestado no julgamento por amostragem é assistência. Nisto se aproximam - (a) auxílio à parte originária (b) porque a decisão irá afetar de alguma maneira seu domínio jurídico -, mas, por razões que remontam ao direito material, muito mais se afastam e distinguem do que se aproximam. A assistência deve ser compreendida através da análise do próprio direito material, ou seja, sua compreensão passa necessariamente pelo conhecimento de sua razão de ser. Dessa forma, a assistência só se justifica porque aquele que intervém, o assistente, liga-se de forma peculiar à relação jurídica de direito material deduzida em juízo. É por este critério, aliás, que se classifica a assistência em assistência simples ou assistência litisconsorcial. Tendo isto em vista, a assistência não se confunde com a intervenção de sobrestado. Desse modo, na assistência simples o terceiro é titular de uma relação jurídica subordinada, subjacente, acessória, dependente da relação jurídica material deduzida em juízo, de tal modo que a decisão desta produzirá, reflexamente, efeitos jurídicos naquela. (Segundo Dinamarco, "é de prejudicialidade a relação entre a situação jurídica do terceiro e os direitos e obrigações versados na causa pendente. Ao afirmar ou negar o direito do autor, de algum modo o juiz estará colocando premissas para a afirmação ou negação do direito ou obrigação do terceiro - e daí o interesse deste em ingressar. Ingressa em auxílio de uma parte, mas não por altruísmo - e sim para prevenir-se contra declarações que no futuro possam influir em sua própria esfera de direitos". Exemplo clássico é o da ação ordinária com pedido de despejo ajuizada pelo locador contra o locatário-sublocador, em que intervém o sublocatário para assisti-lo, evitando assim ser despejado. Com esse tipo de assistência a intervenção de sobrestado não se confunde, já que a relação jurídica de direito material deduzida no processo do recorrente que teve seu recurso sobrestado é autônoma em relação àquela discutida no recurso-amostra. Elas não são vinculadas por razões fáticas. Vinculam-se, tão só, por que se lastreiam em idêntica controvérsia de direito, presente, inclusive, num sem-número de outros processos distribuídos por todo o país, tramitando em diversos graus de jurisdição, cujo objeto é relação material típica das sociedades de massa, o que não seria motivo suficiente para todos eles intervirem a título de assistentes no

Contudo, conforme frisa com precisão Bruno Silveira de Oliveira¹⁸¹, não devemos nos ater apenas a formalidade do *nomen iuris* de batismo atribuído ao instituto, sendo o mais relevante é que ele cumpra o seu escopo de instrumento processual disponível às partes para pleitear a sua participação dos representados no julgamento do paradigma.

Nada obstante, por não haver um *nomen iuris* próprio atribuído pelo legislador à essa modalidade de intervenção de terceiro, e pelo fato de grande parte da doutrina e os Tribunais de Superposição utilizarem a expressão *amicus curiae*, utilizaremos a expressão a fim de evitar a criação de uma nomenclatura *sui generis*.

A figura do *amicus curiae* tem tradição marcante no âmbito do Direito Estadunidense, no qual, por força da Regra 37 do regimento da Suprema Corte¹⁸², se faz possível a intervenção de um terceiro na demanda, nomeadamente com o propósito de subsidiar a Corte com informações e dados relevantes no que toca às matérias fáticas e jurídicas postas em discussão¹⁸³.

Guardadas as peculiaridades, especialmente quanto aos limites e possibilidades de intervenção, certo é que o *amicus curiae* norte-americano serviu como um verdadeiro modelo de inspiração para o *amicus curiae* do direito brasileiro, consoante se denota da própria Exposição de Motivos do Projeto de Lei que deu origem à Lei 9.868/1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de

julgamento por amostragem do recurso extraordinário, o qual talvez nem venham a interpor. Na assistência litisconsorcial, por sua vez, o terceiro é titular da mesma relação jurídica de direito material deduzida em juízo, juntamente com o adversário do assistido. Ele integra, no plano material, o um dos polos da relação discutida na causa. Será atingido, portanto, de forma direta pelo que vier a ser decidido no processo. Exemplo clássico é o do devedor solidário que intervém no processo como assistente da parte ré porque sujeito passivo do contrato de mútuo firmado com o demandante-credor. Na assistência simples, o que justifica a intervenção do terceiro é o vínculo que ele tem com o assistido; na assistência qualificada, o que tem com o adversário do assistido. Ora, com isto, fácil é concluir que o recorrente de recurso sobrestado não é titular da relação jurídica discutida no recurso-amostra; posto que assemelhada com esta última, a da qual ele é titular encontra-se sobrestada em outro recurso. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. vol. 2, p. 387; FUX, Luiz. *Intervenção de terceiros (aspectos do instituto)*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 9;

¹⁸¹ DE OLIVEIRA, Bruno Silveira. **Juízo de identificação de demandas O juízo de identificação de demandas e de recursos no processo civil**. São Paulo, Saraiva, 2011.

¹⁸² Disponível em <http://www.supremecourt.gov/ctrules/tocounsel_07rulesrevisions.aspx>. Acesso em 15/10/2013.

¹⁸³ MOURA, Walter José Faiad de; FERREIRA, Bruna Cavalcante Lamounier. **A garantia de participação efetiva das entidades de defesa dos consumidores nos recursos repetitivos**. Revista de direito do consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 18, n. 71, p. 195-219, jul./set. 2009. p. 406

constitucionalidade perante o STF¹⁸⁴.

Não paira dúvida de que a participação de diferentes pessoas ou grupos em processos judiciais de grande significado para toda a sociedade cumpre uma função de integração extremamente relevante no Estado Democrático de Direito¹⁸⁵.

De fato, ao se ter acesso a um leque maior de argumentos sobre determinada questão jurídica, o Judiciário passa a contar com os benefícios decorrentes dos subsídios técnicos, implicações político jurídicas e elementos de repercussão econômica que possam vir a contribuir para a qualidade da prestação jurisdicional¹⁸⁶.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que [...] *a admissão de amicus curiae confere ao processo um colorido diferenciado, emprestando-lhe caráter pluralista e aberto, fundamental para o reconhecimento de direitos e a realização de garantias constitucionais em um Estado Democrático de Direito*¹⁸⁷.

Nos últimos anos, a utilização do instituto tem se mostrado mais intensa e de contornos mais bem definidos, sobretudo nos processos que guardam o caráter de objetividade e naqueles que, nada obstante originariamente subjetivos, ganham feições objetivas pela transcendência

¹⁸⁴ Muito antes deste marco, todavia, a previsão do instituto já estava registrada no art. 31 da Lei 6.385/1976, a qual, de forma inédita em nosso ordenamento, afigurou na Comissão de Valores Mobiliários - CVM o papel interventivo nos processos que discutam matérias de sua competência. Ainda, há normatização do instituto na Lei 8.884/1994, que dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, na Lei 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, e que admite audiência pública para debate da matéria discutida, na Lei 10.259/200, que estipula a possibilidade de participação de terceiros interessados sobre pedido de uniformização de interpretação de lei federal, bem assim no art. 482, § 2.º, do CPC, que permite a manifestação de órgãos ou entidades no incidente de declaração de inconstitucionalidade.

¹⁸⁵ Peter Häberle identifica a necessidade de que os instrumentos de informação dos juízes constitucionais sejam ampliados, especialmente no que se refere às audiências públicas e às "intervenções de eventuais interessados", assegurando-se novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição. cf. Häberle, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, 1997, p. 47-48). No mesmo sentido HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Vol. I. 2ª ed. Era das transições. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003, p. 45-46 e LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 31

¹⁸⁶ Cassio Scarpinella Bueno aponta que o amicus curiae sempre foi e continua sendo um "terceiro" que intervém no processo por provocação judicial ou por livre iniciativa para fornecer ao juízo elementos reputados como importantes, úteis, quicá indispensáveis, para o julgamento da causa. BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: um terceiro enigmático*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 141.

¹⁸⁷ STF Pleno. ADI 2.548/PR. Relator: Min. Gilmar Mendes, DF, 18 de out. de 2005.

da matéria que comportam, assim como acontece no julgamento por amostragem de recursos repetitivos.

Vejamos que a Exposição de Motivos da Lei 11.672/2008 afirma em seu parágrafo onze que o relator, para garantir que todas as questões sejam consideradas quando do julgamento do recurso piloto, poderá admitir a manifestação de pessoas, órgãos ou entidades, inclusive daqueles que são partes e tiveram seus recursos sobrestados. Nestes termos:

11. Para assegurar que todos os argumentos sejam levantados em conta no julgamento dos recursos selecionados, a presente proposta permite que o relator solicite informações sobre a controvérsia aos tribunais estaduais e admita a manifestação de pessoas, órgãos, ou entidades, inclusive daqueles que figurarem como parte nos processos suspensos. Além disso, prevê a oitiva do Ministério Público nas hipóteses em que o processo envolva matéria pertinente às finalidades institucionais daquele órgão.

Embora tenha a Lei 11.672/2008 previsto a possibilidade da intervenção de terceiros no julgamento do paradigma, esta não se ocupou de disciplinar como, quando, quem, enfim, não regulamentaram de modo exaustivo as condições do exercício de agir do mesmo. Resta saber se aquelas partes que tiveram seus recursos sobrestados terão o direito de intervir na qualidade de *amicus curiae* no julgamento do recurso-piloto.

Já observamos que não se mostra razoável franquear a todas as partes o direito à participação direta na formação do provimento jurisdicional em qualquer oportunidade, sob pena de se subverter a essência lógica do instituto do julgamento por amostragem¹⁸⁸. Nesse sentido, em notícia veiculada no site¹⁸⁹ do próprio STJ, o Min. Luis Felipe Salomão afirma que possibilitar a interposição de recursos contra a decisão de sobrestamento iria de encontro à própria essência do procedimento repetitivo, veja-se:

De acordo com o ministro Salomão, a permissão de interposição de agravos de instrumento como o do Itaú acabaria por gerar um efeito contrário ao pretendido pela Lei dos Recursos Repetitivos: em vez de reduzir, faria multiplicar o número de recursos dirigidos ao STJ, de modo que, para cada recurso repetitivo sobrestado na segunda instância, haveria um agravo de instrumento no Tribunal.

¹⁸⁸ Em sentido contrário: SILVA, Ticiano Alves, **Direito fundamental ao contraditório**: oportunidade efetiva de influenciar na convicção do magistrado através da participação. Revista de Processo, vol. 182. p. 234. Abril 2010.

¹⁸⁹ Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=99976>. Acesso em: 15/11/2012

No mesmo sentido é voto do Min. César Asfor Rocha quando do julgamento do Ag 1154599/SP¹⁹⁰.

A edição da Lei n. 11.672, de 8.5.2008, decorreu, sabidamente, da explosão de processos repetidos junto ao Superior Tribunal de Justiça, ensejando centenas e, conforme a matéria, milhares de julgados idênticos, mesmo após a questão jurídica já estar pacificada. O mecanismo criado no referido diploma, assim, foi a solução encontrada para afastar julgamentos meramente "burocráticos" nesta Corte, já que previsível o resultado desses diante da orientação firmada em *leading case* pelo órgão judicante competente. Assim, criado o mecanismo legal para acabar com inúmeros julgamentos desnecessários e inviabilizadores de atividade jurisdicional ágil e com qualidade, os objetivos da lei devem, então, ser seguidos também no momento de interpretação dos dispositivos por ela inseridos no Código de Processo Civil e a ela vinculados, sob pena de tornar o esforço legislativo totalmente inócuo e de eternizar a insatisfação das pessoas que buscam o Poder Judiciário com esperança de uma justiça rápida [...]

Adverte Homero Francisco Tavares Junior que o relator poderá admitir que terceiros que tiveram seus recursos sobrestados participem da formação do precedente como *amicus curiae*, entretanto, tal decisão deverá ter cautela, até mesmo para garantir o escopo do novo procedimento, qual seja a razoável duração do processo, o que restaria inviabilizado caso cada parte requeresse a admissão como *amicus curiae* no julgamento do recurso-piloto¹⁹¹.

Inegavelmente, seria absolutamente contrário à lógica do julgamento por amostragem, o entendimento de que os recorrentes possuem o direito subjetivo de intervir individualmente no julgamento, mesmo sem a demonstração de interesse e prejuízo¹⁹².

No entanto, negar às partes o direito a toda e qualquer possibilidade de intervenção de forma absoluta sob o pretexto de que se alcance a todo custo a celeridade processual, significaria uma violação desarrazoada do contraditório e que não pode ser tolerada pelo sistema processual¹⁹³.

No ponto, é preciso o alerta de José Carlos Barbosa Moreira¹⁹⁴ sobre a ilusão da celeridade:

¹⁹⁰ QO no Ag 1154599/SP, CE, Min. Cesar Asfor Rocha, DJe de 12/05/2011

¹⁹¹ TAVARES JUNIOR, Homero Francisco. Recursos especiais repetitivos: aspectos da Lei 11.672/2008 e da Resolução 8/2008 do STJ. **Revista de Processo**, v. 33, n. 166, 2008, p. 197-198.

¹⁹² Em sentido contrário Análise RODRIGUES NETTO, Nelson. Crítica Do Julgamento "Por Atacado" No STJ - Lei 11.672/2008 Sobre Recursos Especiais Repetitivos. **Revista de Processo** | vol. 163 | p. 234 | Set / 2008

¹⁹³ Nesse mesmo sentido: CASTRO, Daniel Penteado de. Questões polêmicas sobre o julgamento por amostragem do recurso especial repetitivo. **Revista de Processo**. vol. 206. p. 79. São Paulo: Ed. RT, abr. 2012.

¹⁹⁴ MOREIRA. José Carlos Barbosa. Temas de direito processual. Oitava Série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 5.

Se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço.

O “preço” a que alude o ilustre processualista é justamente a violação ao contraditório processual, restringido em sua máxima acepção, qual seja; a do debate.

Segundo a dicção legal, a admissão da intervenção do *amicus curiae* no processo ficará a critério do Relator, que entendendo ser necessário, ante a relevância da matéria, solicitar a manifestação de terceiros, conforme disposto no inciso I do artigo 3º da Resolução nº 8/2008 do STJ e do § 4º do art. 543-C do CPC, ou Regimento Interno do STF¹⁹⁵. A dicção da lei nos leva a entender que a admissão de *amicus curiae* seria uma faculdade atribuída ao relator do recurso, conforme já entendeu o STJ no REsp 1.003.955/RS. Vejamos trecho do voto da Ministra Eliana Calmon:

Além disso, como se depreende dos dispositivos acima transcritos, trata-se faculdade do relator e não de norma imperativa. Na hipótese dos autos, entendo que esta Corte já dispõe de elementos suficientes à ampla discussão da controvérsia¹⁹⁶.

Cássio Scarpinella Bueno¹⁹⁷ ao analisar a intervenção do *amicus curiae* na Ação Direta de Inconstitucionalidade, afirma que o termo relevância da matéria deve ser entendido como um sentimento do relator de necessidade de que outros elementos devem ser trazidos aos autos para auxiliar na formação de sua convicção, desta forma, a relevância seria uma indicação de necessidade de um diálogo entre a norma questionada e os valores dispersos na sociedade civil ou entes governamentais.

Segundo Carlos Del Prá¹⁹⁸, é justamente a relevância da matéria ou a sua expressão social que justifica o interesse do *amicus curiae* na intervenção, vez que dirá respeito diretamente a uma

¹⁹⁵ O §4º do art. 543-C do Código de Processo Civil estabelece que: *O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.* Já o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, por meio da Resolução nº 8/2008 dispõe que o Relator poderá, ante a relevância da matéria, autorizar a intervenção do *amicus curiae*.

¹⁹⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1º Seção. Resp 1.003.955/RS. Relatora: Min. Eliana Calmon. Brasília, DF, 12 de ago. de 2009. DJ, 27 de nov. de 2009.

¹⁹⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: um terceiro enigmático.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 200

¹⁹⁸ DEL PRÁ, Carlos Gonçalves Bueno. **Amicus curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.** Curitiba: Juruá, 2008, p. 172-174.

parcela mais ou menos ampla, senão de toda a sociedade. Desta forma, o objeto da lide e consequentemente sua decisão não será relevante apenas para as partes envolvidas, mas também para um dado número de indivíduos.

Veja-se que embora a Lei 11.672/008 e a Resolução STJ nº 08/2008 tenha se referido como requisito para a admissão do *amicus curiae* tão somente a “relevância da matéria”, a jurisprudência, mais uma vez de forma defensiva, tem exigido que o postulante tenha representatividade de classe ou categoria, tal como ocorre na Ação Direta de Inconstitucionalidade¹⁹⁹.

O requisito foi imposto por analogia pela Ministra Eliana Calmon ao procedimento previsto no § 2º do art. 7º da Lei nº 9.868/99, no julgamento do Resp 1.003.955/RS²⁰⁰:

Estabelecidas essas premissas, verifico que os pedidos de intervenção dos terceiros, na qualidade de *amicus curiae*, foram formulados por pessoas jurídicas contribuintes do empréstimo compulsório e que, por isso, além de não contarem com a necessária representatividade, têm interesse subjetivo no resultado do julgamento.

No mesmo sentido, o Ministro Luiz Fux²⁰¹ admitiu a intervenção do *amicus curiae* utilizando expressamente os requisitos previstos no § 2º do art. 7º da Lei nº 9.868/99:

À luz do disposto no artigo 7º, § 2º, da Lei 9.868/99, vislumbra-se a relevância da matéria discutida nos autos (objeto de recurso especial submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC) e a representatividade da federação requerente (...)

Segundo Gustavo Binenbojm²⁰², o postulante, seja órgão ou entidade, deverá congregare dentre seus afiliados porção significativa tanto qualitativamente quanto quantitativa dos membros dos grupos sociais a serem afetados pela decisão a ser proferida. Corroborando esse pensamento, o Ministro Celso de Mello, ao analisar o pedido de admissão da REBRAAF, na

¹⁹⁹ O § 2º do art. 7º da Lei nº 9.868/99, que disciplinou o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, dispõe que: “O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.”

²⁰⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1º Seção. EResp 1.003.995/SC. Relatora: Min. Eliana Calmon. Brasília, DF, 12 de ago. de 2009. DJ, 27 de nov. de 2009.

²⁰¹ STJ 1º Turma. Pet no Resp 1.148.444/MG. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 06 de abr. de 2010. DJ, 13 de abr. de 2010.

²⁰² BINENBOJM, Gustavo. A Dimensão do *Amicus Curiae* no Processo Constitucional Brasileiro: Requisitos, Poderes Processuais e Aplicabilidade no Âmbito Estadual. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil**, n. 4, jan/dez 2004, p. 120.

ADI 3.045/DF²⁰³, utilizou um critério quantitativo de representação daquela instituição, conforme trecho do voto transcrito abaixo:

Cumpra assinalar, neste ponto, que a REBRAAF congrega mais de 700 (setecentas) entidades assistenciais filantrópicas, valendo destacar aquelas que compõem o seu Conselho Gestor, relacionadas a fls. 51/55 e cabendo mencionar as que intervieram em sua fundação, mencionadas a fls. 56/60 destes autos, tudo a evidenciar que essa Instituição possui significativa e adequada representatividade, que a qualifica para os fins a que alude o § 2º do art. 7º da Lei nº 9.868/99.

Parece-nos, no entanto, que caso o recurso eleito como paradigma não contenha a diversidade de argumentos necessária ao deslinde da causa ou haja hipossuficiência técnica da defesa, acreditamos que o representado prejudicado poderá pleitear a inclusão de seu processo como um dos representativos ou a sua admissão como *amicus curiae*, a fim de que determinado argumento venha a ser devidamente enfrentado pela Corte de Superposição. Frise-se que tal efetivo prejuízo não chegará a ocorrer se quando da manifestação do Ministério Público e das Entidades interessadas, for suprida a hipossuficiência e a carência de argumentos jurídicos.

Nesse passo, a despeito da jurisprudência defensiva dos tribunais de superposição, os terceiros interessados no julgamento do recurso paradigma incorrerão em efetivo prejuízo e terão a possibilidade de intervir na qualidade de *amicus curiae* quando na eleição do paradigma se verificar que o julgamento da tese jurídica estará comprometido, seja por não ter sido abordado fundamento jurídico essencial ao deslinde da questão, seja por hipossuficiência técnica do recurso paradigma.

Importante destacarmos ainda que, para que se possa exercer o contraditório em plenitude, o *amicus curiae* deverá gozar das mesmas prerrogativas das partes, no que se refere a sustentação oral e legitimidade para recorrer. Contudo, não é esse o entendimento que tem prevalecido nas Cortes de Superposição:

O art. 3º, I da Resolução nº 08/2008 do STJ dispõe que a manifestação do *amicus curiae* será por via escrita. Nessa linha, o STJ ao analisar os Embargos de Declaração opostos pelo Instituto de Defesa do Direito do Consumidor - IDEC nos autos do Recurso Especial nº

²⁰³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. ADI 3.045/DF. Relator: Min. Celso de Mello, DF, 10 de ago. de 2005. DJ, 01 de set. de 2006.

1.110.549/RS²⁰⁴, ressaltou que a manifestação do *amicus curiae* seria tão somente por via escrita, conforme trecho do voto abaixo transcrito:

Extrai-se dos dispositivos legais transcritos que a autorização de intervenção de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia no Recurso Especial submetido ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil é uma faculdade atribuída ao órgão jurisdicional, por intermédio do Relator, e a atuação do *amicus curiae* no processo se restringe à manifestação, por escrito, antes do julgamento do Recurso Especial.

Mas a questão ainda permanece nebulosa e não pacificada. Em casos excepcionais, o Superior Tribunal de Justiça flexibilizou a norma e autorizou a sustentação oral no julgamento do Resp 969.129/MG, REsp 1.092.206/SP e no REsp 960.476/SC.

Nesse ponto, endossamos o quanto defendido por Fredie Didier Junior²⁰⁵ no sentido de ser desarrazoada a limitação à sustentação oral do *amicus curiae*: *Não há nenhum sentido na proibição que o auxílio que o amigo da corte se dê pela via da sustentação oral, ao invés, tão somente, da via escrita.* Também não há justo motivo para a jurisprudência vetar possibilidade de interposição de embargos de declaração pelo *amicus curiae*. Tal limitação é injustificável e limita a plenitude de acesso à justiça.

Quando o *amicus curiae* busca sanar uma omissão, contradição ou obscuridade para transparecer a compreensão real da tutela jurisdicional prestada, até mesmo para evitar novas demandas ou aprimorar seu conjunto de garantias, os embargos declaratórios são pertinentes. No entanto, não é esse o entendimento que tem prevalecido nos Tribunais.

A agravar ainda mais esse cenário, temos ainda mais uma política defensiva das Cortes de Superposição que consideram irrecorrível a decisão que nega a intervenção do *amicus curiae*²⁰⁶.

²⁰⁴ STJ Segunda Seção. EDcl no Resp 1.110.549/RS. Min. Sidnei Beneti, Brasília, DF, 10 de mar. de 2010, DJ 30 de abr. de 2010.

²⁰⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Possibilidade de Sustentação Oral do *Amicus Curiae*. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 8, nov.2003, p. 38.

²⁰⁶ Durante algum tempo, Supremo Tribunal Federal chegou a admitir recurso contra a decisão que não admite a intervenção do *amicus curiae*, conforme ementa da ADIn 3.615/PB: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS POR AMICUS CURIAE. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE. INTERPRETAÇÃO DO § 2º DA LEI N. 9.868/99. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal é assente quanto ao não-cabimento de recursos interpostos por terceiros estranhos à relação processual nos processos objetivos de controle de constitucionalidade. 2. Exceção apenas para impugnar decisão de não-admissibilidade de sua intervenção nos autos. 3. Precedentes. 4. Embargos de declaração não

3.2.6 Recorribilidade da decisão que determina o sobrestamento indevido de recurso

Uma vez individualizados os recursos passíveis de adequada representação da controvérsia, os demais, versando sobre a mesma questão, ficarão sobrestados até que advenha pronunciamento da Corte de Superposição.

O legislador, no entanto, não previu a possibilidade de interposição de recurso contra a decisão que paralisa indevidamente recursos cuja tese jurídica divirja da fixada no recurso paradigma²⁰⁷. Cabe a nós tecer algumas considerações acerca dessa lacuna legislativa.

As Cortes de Superposição têm entendido que a sua jurisdição sobre os recursos sobrestados somente se inicia, com a manutenção, pelo tribunal de origem, de decisão contrária ao entendimento firmado no julgamento do paradigma, nos termos do § 4.º do art. 543-B do CPC, de sorte que, fora dessa hipótese específica, não há previsão legal de cabimento de recurso ou de outro remédio processual para levar à sua apreciação recurso sobrestado²⁰⁸.

conhecidos.(Grifos Nossos) (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. ADI 3.615/PB. Relatora: Min. Cármen Lúcia . Brasília, DF, 17 de mar. de 2008. DJ, 25 de abr. de 2008.) Ainda neste sentido: ADI 3.105-ED/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 23/02/2007; ADI 4.022/AL, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 25/04/2008. No entanto, em 2012 o STF optou por alterar o seu entendimento considerando irrecurável a decisão que não admite a intervenção do *amicus curiae*. Em divergência, o Min. Marco Aurélio não conheceu do regimental ante expressa disposição legal, a dispor sobre a recorribilidade da decisão do relator que não consentisse com aquela intervenção. Realçou que, embora o preceito da Lei 9.868/99 se referisse a despacho, o pronunciamento de admissão no processo teria carga decisória e, no sistema recursal, o recurso seria bilateral. Apontou não ser possível interpretar preceito em que somente aquele que tivesse seu recurso indeferido pudesse recorrer. Acentuou que a decisão do relator ao admitir, ou não, a participação de terceiro, seria irrecurável. Dessumiu que, se vencido na preliminar, acompanharia o Min. Celso de Mello pelo não provimento. Os Ministros Ayres Britto, Presidente, Rosa Weber, Luiz Fux e Dias Toffoli também não conheceram da ação. Por fim, em virtude da possibilidade de se alterar jurisprudência do Supremo, deliberou-se pela suspensão do julgamento, para aguardar os votos dos Ministros ausentes.ADI 3396 AgR/DF, rel. Min. Celso de Mello, 10.5.2012. (ADI-3396)

²⁰⁷ No direito estadunidense existe a figura do *distinguishing* que é uma técnica processual que permite que por uma peculiaridade existente em um caso concreto a tese jurídica deve ser reformulada para se adaptar a esta circunstância peculiar. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Direito Comparado: Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. **Revista de Processo** n.º 172, São Paulo: RT 2009. p. 127-128.

²⁰⁸ Questão de ordem em medida cautelar na AC 2.177/PE, Pleno, j. 12.11.2008, rel. Min. Ellen Gracie. Em igual sentido, porém mais expresso quanto o cabimento de agravo interno contra a decisão interlocutória que aplica o art. 543-B do CPC: “Reclamação. Suposta aplicação indevida pela presidência do tribunal de origem do instituto da repercussão geral. Decisão proferida pelo Plenário do STF no julgamento do RE 576.336- RG/RO. Alegação de usurpação de competência do STF e de afronta à Súmula 727 do STF. Inocorrência.1. Se não houve juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, não é cabível a interposição do agravo de instrumento previsto no art. 544 do CPC, razão pela qual não há que falar em afronta à Súmula 727 do STF.

Segundo o Superior Tribunal de Justiça, nos termos do § 7.º do art. 543-C do CPC, o juízo de admissibilidade definitivo do Recurso Especial somente se dará após a publicação do acórdão do recurso representativo da controvérsia, o que torna a interposição de agravo de instrumento em face da decisão de sobrestamento prematura:

“Processual civil. Agravo regimental no agravo de instrumento. Imposto sobre produtos industrializados – IPI. Compensação com imposto de importação. Lei 9.779/1999. IN Receita Federal 33/1999. Restrições compatíveis com o ordenamento jurídico. Princípio da não cumulatividade. Sobrestamento do recurso especial. Aplicação do art. 543-C, § 1.º, do CPC. Agravo de Instrumento. Inadmissibilidade. Art. 544 do CPC. Decisão denegatória de admissibilidade.

1. O agravo de instrumento é o recurso cabível contra decisão denegatória de admissibilidade do recurso especial, conforme previsto no art. 544 do CPC.

2. Na espécie, o Presidente do Tribunal de origem determinou o sobrestamento do exame de admissibilidade recursal, tendo em vista que, admitido o recurso especial representativo da controvérsia por este Tribunal Superior, os demais apelos que versarem sobre a mesma matéria deverão aguardar o pronunciamento em definitivo sobre o tema.

3. Assim, a interposição do presente agravo de instrumento se mostra prematura, haja vista que, uma vez publicado o acórdão do recurso representativo da controvérsia, haverá nova análise do recurso especial sobrestado, nos termos do § 7.º do art. 543-C do CPC. Precedentes: Ag 1.223.072/SP, rel. Min. Humberto Martins, *DJe* 17.03.2010; EDcl no AgRg no Ag 1.202.782/SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, 1.ª T., *DJe* 14.05.2010; AgRg no Ag 1.273.622/MG, rel. Min. João Otávio Noronha, 4.ª T., *DJe* 10.05.2010; e AgRg no Ag 1.156.303/SC, rel. Min. Massami Uyeda, 3.ª T., *DJe* 25.06.2010).

4. Agravo regimental desprovido.

(STJ, AgRg no Ag 1.302.238/PE, 1.ª T., j. 19.10.2010, v.u., rel. Min. Benedito Gonçalves, *DJe* 26.10.2010. No mesmo sentido, STJ, AgRg no Ag 1.156.303/SC, 3.ª T., v.u., j. 08.06.2010, rel. Min. Massami Uyeda, *DJe* 25.06.2010; STJ, AgRg no Ag 1.273.622/MG, 4.ª T., j. 27.04.2010, v.u., rel. Min. João Otávio Noronha, *DJe* 10.05.2010.

“Processual civil – Agravo de instrumento interposto contra decisão que determinou o sobrestamento do recurso especial no tribunal de origem, nos termos do art. 543-C, § 1.º, do CPC (LGL\1973\5) – Não cabimento.

1. A decisão do presidente do Tribunal *a quo* que determina o sobrestamento do recurso especial sob o rito do art. 543-C do CPC (LGL\1973\5), não tem cunho decisório.

2. Agravo de instrumento não é cabível ao caso, uma vez que o juízo de admissibilidade do recurso especial sequer foi realizado.

Agravo regimental improvido.”(STJ, AgRg no Ag 1.223.072/SP, 2.ª T., j. 09.03.2010, v.u., rel. Min. Humberto Martins, *Dje* 18.03.2010)

Como se viu reiteradamente neste estudo, a aceitação irrestrita de recursos contra decisões que aplicam ou deixam de aplicar técnicas destinadas à uniformização de entendimentos pode, por vezes, voltar-se contra a própria finalidade com que referida técnica restou criada.

No entanto, negar o cabimento de todo e qualquer recurso de forma absoluta significa conceder amplíssimos poderes ao relator (quando o sobrestamento restar determinado pela

Corte de Superposição) ou à presidência e vice-presidência do tribunal local, de sorte que nenhuma decisão judicial é passível de absoluto acerto, sujeita a suposto *error in procedendo* quando o recurso sobrestado não se assemelhar ao caso paradigma²⁰⁹.

O equívoco no sobrestamento equivocado causa prejuízo direto à parte e deve ser corrigido a fim de que não se aplique uma tese jurídica “X” para um caso “Y”. Isso não quer dizer que o recorrente possa impugnar a decisão de sobrestamento unicamente pelo fato de que pretende que seu recurso seja julgado individualmente. A possibilidade de impugnação da decisão de sobrestamento refere-se ao enquadramento equivocado de caso hipotético ao recurso piloto. É o efetivo prejuízo que lhe conferirá o interesse na intervenção²¹⁰.

Nos casos em que a eleição do paradigma é feita pelo relator no STJ, a questão revela-se mais simples: A parte que tiver o seu recurso indevidamente sobrestado pelo relator poderá recorrer via agravo regimental para o órgão especial, a fim de distinguir o seu caso do paradigmático, na forma dos artigos 258 e 259 do RISTJ²¹¹. Contudo, sendo a decisão de sobrestamento realizada pelo presidente do tribunal local, na forma que lhe autoriza o art. 543-C, § 1.º, do CPC, entendemos que a questão se revela mais tortuosa.

Inicialmente, as Cortes de Superposição admitiam uma diversidade de instrumentos processuais, como por exemplo, simples petição, medida cautelar, reclamação e agravo de instrumento (art. 544 do CPC), como medida apta a destrancar recurso indevidamente sobrestado²¹². No entanto, atualmente, os Tribunais tem se mostrado recalcitrantes em admitir

²⁰⁹ Nesse mesmo sentido: CASTRO, Daniel Penteadado de. Questões polêmicas sobre o julgamento por amostragem do recurso especial repetitivo. *Revista de Processo*. vol. 206. p. 79. São Paulo: Ed. RT, abr. 2012.

²¹⁰ Conforme visto em tópico precedente neste capítulo.

²¹¹ “Art. 258. A parte que se considerar agravada por decisão do Presidente da Corte Especial, de Seção, de Turma ou de relator, poderá requerer, dentro de 5 (cinco dias), a apresentação do feito em mesa, para que a Corte Especial, a Seção ou a Turma sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a. § 1.º O órgão do Tribunal competente para conhecer do agravo é o que seria competente para o julgamento do pedido ou recurso. § 2.º Não cabe agravo regimental da decisão do relator que der provimento a agravo de instrumento, para determinar a subida de recurso não admitido. Art. 259. O agravo regimental será submetido ao prolator da decisão, que poderá reconsiderá-la ou submeter o agravo ao julgamento da Corte Especial, da Seção ou da Turma, conforme o caso, computando-se também o seu voto. Parágrafo único. Se a decisão agravada for do Presidente da Corte Especial ou da Seção, o julgamento será presidido por seu substituto, que votará no caso de empate”

²¹² “*Habeas corpus*. Penal. Crime de tráfico internacional de drogas. Minorante prevista no art. 33, § 4.º, da nova lei de tóxicos. Aplicação no patamar mínimo de 1/6 devidamente fundamentada. Constrangimento ilegal não evidenciado. Recurso especial. Suspensão na origem. Procedimento dos recursos representativos de controvérsia. Ausência de similitude fático-jurídica. Ordem parcialmente concedida. (...) 3. Em que pese a decisão do Tribunal federal *a quo*, com base procedimento disciplinado no art. 543-C do CPC, não há similitude fático-jurídica entre o caso em apreço e o paradigma submetido ao rito dos recursos representativos de

meios de impugnação que lhes são diretamente interpostos visando destrancamento de recursos indevidamente sobrestados.

Ao julgar o AgRg no AgIn 1.223.072/SP²¹³ o STJ chegou a considerar que a decisão de sobrestamento emanada pelo presidente do tribunal *a quo* não detinha nenhuma característica decisória, sendo portanto, considerada como um mero despacho, contra o qual o ordenamento não desafia recurso.

No entanto, não se exige grande esforço para concluir que o magistrado incumbido do ato decisório de suspensão deve indispensavelmente emitir um juízo de valor, ou seja, deve analisar detidamente a causa a fim de constatar que a questão de direito debatida no recurso sobrestado é a mesma do recurso modelo.

Nicolas Mendonça Coelho de Araújo²¹⁴ ao examinar a natureza jurídica da decisão *sub examen* chega à mesma conclusão:

A questão a ser decidida no momento do sobrestamento é se o recurso possui relação de similaridade com o paradigma, ou seja, se a matéria que está sendo julgada por meio do procedimento repetitivo é a mesma do recurso interposto. É premissa lógica do procedimento que, para proferir tal decisão, o presidente do Tribunal deve necessariamente emitir um juízo de valor, não sobre o mérito do recuso, mas sobre a existência ou não de similitude do que será decidido no recurso repetitivo.

controvérsia. 4. Ordem parcialmente concedida, apenas para que o eg. TRF da 5.^a Região prossiga na análise dos requisitos de admissibilidade do recurso especial.” O voto condutor foi preciso: “(...) Subsidiariamente, requer o Impetrante o prosseguimento e a imediata ascensão do recurso especial, sobrestado na origem, ante a suposta similitude com o caso veiculado no REsp 1.117.068/PR, de minha relatoria, submetido ao procedimento previsto no art. 543-C do CPC c/c Res. STJ 8/2008. Entendo que a ordem, neste ponto, comporta parcial acatamento. Com feito, em que pese a decisão do Tribunal federal *a quo* (f.), impende salientar que não há similitude fático-jurídica entre o caso em apreço e o paradigma submetido ao rito dos recursos representativos de controvérsia. O presente feito cinge-se à possibilidade de aplicação da minorante do art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/2006, em seu grau máximo (2/3), a crime cometido quando já vigente a *novatio legis*, ao passo que o paradigma refere-se à possibilidade de aplicação da minorante prevista na nova Lei de Drogas, aos delitos de tráfico praticados sob a égide da Lei 6.368/1976. Desse modo, deve ser concedida a ordem, no ponto, apenas para que sejam examinados os requisitos de admissibilidade do recurso especial, na medida em que incabível, na hipótese, a interposição de agravo de instrumento.”

²¹³ PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE DETERMINOU O SOBRESTAMENTO DO RECURSO ESPECIAL NO TRIBUNAL DE ORIGEM, NOS TERMOS DO ART. 543-C, § 1º, DO CPC – NÃO CABIMENTO. 1. A decisão do presidente do Tribunal a quo que determina o sobrestamento do recurso especial sob o rito do art. 543-C do CPC, não tem cunho decisório. 2. Agravo de instrumento não é cabível ao caso, uma vez que o juízo de admissibilidade do recurso especial sequer foi realizado. Agravo regimental improvido. AgRg no Ag 1223072/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/03/2010, DJe 18/03/2010

²¹⁴ DE ARAÚJO, Nicolas Mendonça Coelho. Meios de impugnação da decisão de sobrestamento do recurso especial em razão da instauração do procedimento do art. 543-C do CPC. **RePro** 197/360. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 362.

Entendemos que tal posicionamento jurisprudencial nitidamente defensivo usurpa a competência constitucional dos Tribunais de Superposição fazendo com que se perpetue nas instâncias ordinárias casos de sobrestamento equivocado de recurso especial cuja matéria seja diferente do paradigma.

A questão não é singela e tem merecido amplo debate na doutrina.²¹⁵ Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha apontam a reclamação como instrumento mais adequado para combater o ato de sobrestamento, já que a manutenção de um recurso indevidamente sobrestado equivale, em última análise, a usurpar competência do tribunal superior, a quem cabe verificar se realmente o caso escolhido para julgamento por amostragem há ou não de se aplicar aquele que foi sobrestado pelo tribunal de origem:

Parece mais adequado que se admita uma reclamação constitucional ao tribunal superior para que determine ao tribunal local que não mantenha o recurso sobrestado, por não versar sobre o mesmo assunto do recurso escolhido para julgamento por amostragem ou por não se lhe aplicar mais o precedente, em razão de um novo contexto fático ou normativo. Manter um recurso indevidamente sobrestado equivale, em última análise, a usurpar competência do tribunal superior, a quem cabe verificar se realmente o caso escolhido para julgamento por amostragem há ou não de se aplicar aquele que foi sobrestado pelo tribunal de origem.²¹⁶

Em contrapartida, o mais recente entendimento do STJ reputa incabível a reclamação constitucional como método impugnativo do ato de retenção, por não haver previsão legal para tanto:

RECLAMAÇÃO CONTRA RETENÇÃO DE RECURSO ESPECIAL, CONSOANTE SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. NÃO CABIMENTO. RECLAMAÇÃO INDEFERIDA.

²¹⁵ Paulo Afonso de Souza Sant'Anna (NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins**. v. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 345.); discute-se na doutrina o meio processual para impugnar a decisão do presidente do tribunal de origem que determina o sobrestamento de um recurso especial, caso a parte recorrente entenda que a questão jurídica nele tratada é diferente da questão discutida nos recursos repetitivos. Da mesma apreensão compartilham Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha. CUNHA, Leonardo José Carneiro; DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. Vol. III 10^a. ed. Salvador. Editora JusPODIVM, 2012. p. 332, quando indagam o que fazer quando “determinado recurso especial ou extraordinário for sobrestado indevidamente, por não guardar pertinência com o caso escolhido para julgamento por amostragem ou por versar sobre matéria diversa”.

²¹⁶ CUNHA, Leonardo José Carneiro; DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. Vol. III 10^a. ed. Salvador. Editora JusPODIVM, 2012. p. 332.

1. Não há previsão legal para o ajuizamento de reclamação contra decisão do Tribunal a quo que obsta o seguimento de recurso especial, com fundamento no art. 543-C do CPC.
 2. Na esteira do entendimento do Supremo Tribunal Federal e desta Corte, para impugnar decisum que sobresta, supostamente de maneira equivocada, recurso especial com base no 543-C do CPC, é cabível agravo interno a ser examinado pelo Tribunal de origem.
 3. Não é admitida a utilização de reclamação como sucedâneo recursal.
 4. Agravo regimental não provido.
- AgRg na Rel 4.231/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/08/2012, DJe 15/08/2012

O manejo de medida cautelar também é refutado pela Corte Superior, como se vê na ementa abaixo:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. MEDIDA CAUTELAR. DECISÃO DE SOBRESTAMENTO DO RECURSO ESPECIAL FUNDADA NO § 1º DO ART. 543-C DO CPC. NÃO CABIMENTO.

1. Conforme decidiu a Corte Especial na QO no Ag 1154599/SP, CE, Min. Cesar Asfor Rocha, DJe de 12/05/2011, não cabe agravo de instrumento ao STJ contra decisão que nega seguimento a recurso especial com base no art. 543, § 7º, inciso I, do CPC, sendo da competência do próprio Tribunal recorrido, se provocado por agravo interno, decidir sobre a alegação de equívoco na aplicação de precedente do STJ em recurso especial representativo da controvérsia.
 2. Por idêntica razão e pela mesma via do agravo interno, cabe ao Tribunal recorrido julgar a alegação de equívoco no sobrestamento de recurso, na hipótese do § 1º do art. 543-C do CPC, no aguardo de pronunciamento do STJ. Em casos tais, será incabível, tanto o agravo de instrumento do art. 544 do CPC, quanto medida cautelar para o STJ com idêntica finalidade.
 3. Recurso desprovido.
- EDcl na MC 18822/RJ, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/03/2012, DJe 15/03/2012

Parece-nos, no entanto, que os Tribunais de Superposição têm o dever de reconhecer algum tipo de impugnação com a finalidade de distinção dos casos, sob pena de se correr o risco de se perpetuar um *error in procedendo*.

Para Teresa Arruda Alvim Wambier, havendo o sobrestamento indevido da tramitação de algum recurso especial pela presidência do tribunal *a quo*, deverá ser admitido agravo de instrumento na forma do art. 544 do CPC, demonstrando-se que aquele recurso não se insere no rol de recursos com fundamento em idêntica controvérsia selecionados pelo órgão a quo²¹⁷.

²¹⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. “Sobre o novo art. 543-C do CPC: sobrestamento de recursos especiais ‘com fundamento em idêntica questão de direito’ in “**Revista de Processo**, ano 33. n. 159. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 216-217

Já para Luiz Fernando Valladão Nogueira²¹⁸ e Daniel Penteado de Castro²¹⁹, eventual inconformismo contra a decisão da Presidência do Tribunal local proferida na forma do art. 543-C, § 1.º, do CPC, desafiaria o manejo de mandado de segurança como sucedâneo recursal.

Entende a Corte Especial do STJ que o recurso cabível seria o agravo regimental a ser interposto no próprio tribunal de origem:

“Agravo regimental no agravo de instrumento. Processo civil. Decisão que negou seguimento ao recurso especial com fulcro no art. 543-C, § 7.º, I, do CPC. Cabimento de agravo regimental na corte de origem.

1. A Corte Especial deste STJ, no julgamento da QO no Ag 1.154.599/SP, assentou não ser cabível agravo de instrumento ou agravo em recurso especial contra a decisão que obsta a ascensão de recurso especial com amparo no art. 543, § 7.º, I, do CPC, mas agravo regimental a ser apreciado pelo próprio tribunal de origem.

2. Agravo regimental desprovido.

STJ, AgRg no Ag 1.414.116/SC, 5.ª T., j. 06.12.2011, rel. Min. Gilson Dipp, *DJe* 19.12.2011.

Tal solução, contudo, representa usurpação da competência das Cortes de Superposição. Considerando que os recursos sobrestados ainda não tiveram seu juízo de admissibilidade realizado, compartilhamos o entendimento de que o mais adequado para a se levar à Corte de Superposição o recurso sobrestado indevidamente é a reclamação para preservação da competência dos Tribunais de Superposição.

3.2.7 Sobrestamento dos recursos e não dos processos

Outra questão não menos complexa é a controvérsia acerca do “sobrestamento dos recursos” ou “sobrestamento de processos”. A interpretação dessa sutileza pode parecer inócua a primeira vista, mas é capaz de acarretar efeitos completamente distintos aos terceiros que tem seu recurso sobrestado, se for mal compreendida.

²¹⁸ Luiz Fernando Valladão Nogueira diz que a decisão que sobrestar o recurso equivocadamente seria irrecurável, uma vez que o agravo previsto no art. 544 do CPC, serviria exclusivamente para propiciar o exame de admissibilidade do recurso especial. Acredita o autor que assim como ocorre a indevida retenção de recurso especial contra acórdão que reexaminou decisão interlocutória (art. 542, p. 3º do CPC), o interessado haverá de impetrar mandado de segurança junto ao STJ, (interpretação da súmula 267 do STF), ou ajuizar medida cautelar incidental, ou mesmo apresentar simples petição (como já admitido na hipótese do 588 do CPC), com o propósito de superar a indevida suspensão do recurso. NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão. **Recurso Especial**. 2ª edição. Del Rey. Belo Horizonte, 2010, p.77.

²¹⁹ CASTRO, Daniel Penteado de. Questões polêmicas sobre o julgamento por amostragem do recurso especial repetitivo. **Revista de Processo**. vol. 206. p. 79. São Paulo: Ed. RT, abr. 2012.

Teresa Wambier²²⁰ adverte que o fim colimado pelo art. 543-C, §§ 1.º e 2.º, não seria apenas aquele de desobstruir os Tribunais de Superposição, mas até mesmo acima disso, homogeneizar as decisões, proporcionando igual solução para quando situações iguais. Em outras palavras, visa-se assegurar prestação jurisdicional homogênea para processos em que se discute idêntica questão de direito.

Firme nessas premissas, afirma a autora que uma vez que a prestação jurisdicional envolveria não só a declaração de um direito, mas também a sua efetiva realização, a regra do art. 543-C não apenas obstaría o processamento do recurso especial, mas também a eficácia da decisão por meio dele impugnada.

Afirma-se²²¹ que seria inócua a criação de meios para que o recurso especial sobrestado tenha o mesmo resultado daquele que foi afetado, se a decisão a que se refere já produziu seus efeitos, lesivos à parte, muitas vezes de forma irreversível ou de difícil reparação.

Defende a autora, portanto, que a interpretação do art. 543, §§ 1.º e 2.º, do CPC seja mais abrangente atingir todos os processos, não importando em que fase estejam, que tenham por objeto controvérsia idêntica àquela que será resolvida pela Corte, no recurso selecionado, evitando que, em 1.º e 2.º graus, sejam realizados atos e proferidas decisões que se revelem incompatíveis, seja no plano jurídico, seja no plano empírico, com a decisão paradigmática do *leading case*²²².

²²⁰ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; MEDEIROS, Maria Lúcia Lins Conceição. Recursos repetitivos: realização integral da finalidade do novo sistema impõe mais do que a paralisação dos recursos especiais que estão no 2.º grau. **RePro** 191/187

²²¹ “A redação do art. 543-C, §§ 1.º e 2.º, refere-se expressamente apenas à suspensão, *nos tribunais de 2.ª instância*, dos recursos especiais nos quais a controvérsia esteja estabelecida. Sua interpretação literal, portanto, poderia levar à equivocada conclusão de que não seriam sobrestados os recursos especiais que já se encontram no STJ, bem como que, necessariamente, os processos em 1.º grau e que estejam no tribunal para julgamento de apelações, agravos de instrumento e embargos infringentes deveriam prosseguir. A interpretação gramatical, porém, como é sabido, é insuficiente para se chegar a um resultado conclusivo sobre o sentido da norma. De fato, essa regra deve ser interpretada à luz da tendência que se vem, nos últimos anos, fazendo presente, de forma inequívoca, no direito brasileiro, no sentido de criar maior uniformização na aplicação da lei e dando-se força mais visível aos precedentes. Por essa razão, *a leitura que se deve fazer da norma é aquela que mais próxima esteja de assegurar a simetria não só verticalizada, mas também horizontal das decisões, proporcionando maior rendimento ao regime instaurado pelo art. 543-C*. Ibidem, 191/187

²²² É interessante observar, a esse propósito, que o projeto do novo Código de Processo Civil, PL 166/2010, prevê regra expressa no sentido de que todos os processos em curso (recursos, ações de conhecimento que estiverem em 1.º grau, execuções) devem ter seu procedimento paralisado até que se decida o recurso afetado (art. 954, §§ 1.º, 2.º e 3.º).

Além disso, a autora defende que o fato do julgamento do recurso especial sob regime repetitivo deve ter preferência, estabelecida no art. 4.º da Res. STJ 8/2008, rebateria a eventual crítica de que, com a suspensão da eficácia da decisão impugnada, estar-se-ia contrariando o princípio da razoável duração do processo.

Se, de um lado, o processamento do recurso especial será sobrestado e obstada estará a eficácia da decisão a que se refere, de outro tem-se a garantia de que o julgamento do recurso afetado terá prioridade, o que acaba por gerar o equilíbrio do sistema.

Tal questão chegou ao STJ ao tratar do REsp 1.111.743/DF, no qual o recorrente alegou ocorrência de violação de lei federal porque, havendo um recurso representativo de controvérsia já afetado, o Desembargador Relator decidiu suspender o julgamento da própria apelação por ele interposta.

Sustentou-se na oportunidade o alcance de decisão proferida em processo dessa natureza -, que só é possível suspender a tramitação de recursos especiais já interpostos e não evitar o julgamento das apelações, de acordo com a literalidade do § 1.º do art. 543-C do CPC.

As Ministras Nancy Andrigi, Laurita Vaz e Eliana Calmon e dos Ministros João Otávio de Noronha e Aldir Passarinho Junior, entenderam que sob a ótica da política judiciária e da própria interpretação do art. 543-C, § 1.º, do CPC não haveria razão para que se operasse a suspensão das apelações em 2.º grau de jurisdição²²³.

²²³ Vejamos o voto da Ministra Nancy Andrigi: "No que concerne à interpretação restritiva, é possível argumentar que aparentemente há uma regra expressa sobre suspensão, mas não existe uma regra a respeito do momento em que se caracteriza a relevante reiteração do tema no sentido quantitativo. Quando a Lei 11.672/2008 foi publicada, já era de conhecimento geral a existência de uma série de controvérsias de massa às quais a nova disciplina seria aplicável e, nesse sentido, as menções expressas a 'múltiplos recursos especiais' se aliarão à regra processual do *tempus regit actum* para determinar a incidência imediata da Lei aos recursos que estavam sendo interpostos, desonerando instantaneamente o STJ - destinatário final da alteração legislativa - da necessidade de análise individual dos processos. Mas a realidade tem demonstrado que novas controvérsias repetitivas continuam e continuarão surgindo. Assim como era de conhecimento geral que a existência dos litígios de massa precedeu a criação do mecanismo para operá-las, é intuitivo que, olhando-se para o futuro, a constatação acerca do caráter massivo de determinado litígio seja possível desde um momento muito precoce na formação das relações jurídicas processuais, não dependendo necessariamente, de forma alguma, da específica interposição de recursos especiais para ser vislumbrada. A rigor, portanto, alguma razão assiste ao TJDF na crítica acerca dos 'escrúpulos' do legislador, pois a origem do problema que se visa a combater tem raízes muito mais profundas; a Lei 11.672/2008 procedeu, de certa forma, a um corte seccional arbitrário na realidade do Judiciário como um todo ao centrar foco no recurso especial e desconsiderar as conexões existentes entre esta via e seus antecedentes lógicos. Em tese, portanto, onde a Lei menciona estritamente os 'recursos especiais', seria possível sustentar que a redação restritiva tenha se preocupado mais em operacionalizar o sistema com vistas às

A maioria dos Ministros, contudo, aderindo ao voto-vista do Min. Luiz Fux, entendeu que, como regra, a suspensão das apelações deve ocorrer. Naquela oportunidade, ponderou-se a respeito dos interesses em jogo porque, depois de julgado o recurso repetitivo, a tese retorna à origem para sua adequação aos recursos sobrestados.

Segundo entendimento perfilhado no referido julgado, permitir aos Tribunais *a quo* julgar livremente sem aguardar a decisão do repetitivo acarretaria ao STJ um duplo trabalho, afinal o recurso repetitivo seria um instrumento a serviço da cláusula pétrea da duração razoável do processo, possibilitando, assim, a aplicação do princípio da isonomia²²⁴.

No entanto, em que pese a nobre preocupação com a aplicação isonômica do direito, cumpre-nos pontuar que os artigos 542, § 2º, e 497 do CPC são taxativos ao dispor que os recursos excepcionais não possuem efeito suspensivo *ex lege* e não impedem o prosseguimento do feito.

Art. 542.[...]§ 2º Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo.

situações já constituídas e às necessidades imediatas do STJ do que em estipular uma limitação no contexto relativo ao momento de represamento dos recursos. Por outro lado, a interpretação fluida, defensável com base na redação mais genérica do § 2.º - que a rigor milita em favor do entendimento esposado pelo acórdão - é mitigada pelo fato de que tal parágrafo remete ao anterior, do qual já constava a restrição aos 'recursos especiais'. Esta limitação mais literal quanto ao momento de suspensão do andamento de cada processo, portanto, poderia facilmente ser entendida como aplicável às duas hipóteses, pois o que se disciplina de forma diversa entre os dois parágrafos é, tão somente, a prática do ato de indicar um recurso (especial, diga-se) à análise. (...) seria indiferente o julgamento da apelação antes da definição da tese vencedora pelo STJ, no que se refere especificamente ao tempo do processo, *apenas se fosse possível supor que todos os sucumbentes em segundo grau de jurisdição recorreriam*. Como a parcela mais significativa dos litigantes se conforma com o julgamento, o adiamento do julgamento da apelação viria, necessariamente, em prejuízo de uma das partes. Nessa situação, não há como alegar a ocorrência de uma 'compensação' entre os tempos do processo a justificar a postergação do julgamento em segundo grau de jurisdição em troca de uma promessa de ganho futuro, pois, diante dos números apresentados, há que se presumir que ocorrerá o término do litígio e não o inverso. Tal conclusão não é infirmada pela alegação de que, enquanto se aguarda o julgamento do recurso representativo de controvérsia, os Tribunais de segundo grau de jurisdição poderiam se dedicar a julgar apelações de temas não repetitivos. Tal postura representaria, em realidade, a criação de uma distinção entre jurisdicionados que possuem idêntico direito constitucional à razoável duração do processo e só seria justificável, conforme visto, se fosse possível comprovar que todas as apelações sobre o tema reiterado seriam, futuramente, impugnadas pelo recurso especial. Enfim, conquanto defensável a posição adotada pelo TJDF - seja no aspecto legislativo, seja na ótica da política judiciária - mostra-se mais condizente com o princípio da razoável duração do processo, a partir de uma análise global da demanda exigida pelos cidadãos em face do Poder Judiciário, a interpretação do art. 543-C do CPC no sentido de que este permite, apenas, a suspensão do processamento dos recursos especiais." ANDRIGHI, Nancy. **Recursos repetitivos**. Revista de Processo. vol. 185. p. 265. São Paulo: Ed. RT, jul. 2010.

²²⁴ REsp 1.111.743/DF

Art. 497. O recurso extraordinário e o recurso especial não impedem a execução da sentença; a interposição do agravo de instrumento não obsta o andamento do processo, ressalvado o disposto no art. 558 desta Lei.

Observa Rogério Licastro Torres de Mello²²⁵ que o texto da natimorta Res. STJ 7/2008, em que primeiramente se tentou regulamentar o art. 543-C do CPC, constava de maneira hipertrofiada a possibilidade de aplicação do mecanismo dos recursos repetitivos aos feitos de primeiro grau e às apelações (confira-se o próprio art. 12 da Res. STJ 7/2008), texto esse que foi extirpado da subsequente Resolução n. 8, justamente por estender demasiadamente o alcance da lei.

Entendemos que a atribuição de efeito suspensivo que impeça o prosseguimento do processo (cumprimento provisório) dependerá de deliberação *ope judicis* pelo Relator (na forma como feita nos AgIn 754.745, RE 626.307/SP e 591.797/SP²²⁶), com arrimo no poder geral de cautela (art. 798 do CPC), não podendo ser automática e decorrente da decisão de sobrestamento.

Afinal, o artigo é claro ao afirmar que ficarão sobrestados na origem os “recursos” e não os “processos”. Com todo o respeito às posições em sentido contrário, parece-nos que tal interpretação somente se daria com a alteração da redação legal²²⁷.

Entendemos que, mesmo que haja o sobrestamento do recurso, será facultado à parte o prosseguimento do processo com a execução provisória do julgado (art. 475-O), podendo o

²²⁵ DE MELLO, Rogério Licastro Torres. Recursos Especiais Repetitivos: Problemas de Constitucionalidade da Resolução 8/2008, do STJ. **Revista de Processo**. vol. 163. p. 190. Set/2008

²²⁶ O STF, nos famigerados RE 626.307/SP e 591.797/SP que versam sobre expurgos inflacionários, de Relatoria do Min. Dias Toffoli, determinou o sobrestamento de todos os processos que tenham por objeto a mesma discussão, excluindo-se, apenas, as ações em sede executiva (decorrentes de sentença transitada em julgado) e as que se encontrem em fase instrutória. No mesmo sentido, o Min. Gilmar Mendes proferiu decisão no AgIn 754.745, em que se discute o Plano Collor II.

²²⁷ O projeto do novo código de processo, prevê a possibilidade de suspensão dos processos que se encontram em 1.º e 2.º graus de jurisdição e não somente dos recursos excepcionais. Na forma do art. 991, § 3.º, do PL 8.046/2010, os processos em que se discute idêntica controvérsia de direito e que estiverem em 1.º grau de jurisdição ficarão suspensos por período não superior a 12 meses. Não obstante, o Projeto autoriza que o relator do recurso representativo da controvérsia não aplique a suspensão dos processos em 1.º instância, o que se fará através de decisão fundamentada. Por corolário, o prazo máximo de 12 meses impede que os processos em 1.º grau fiquem paralisados demasiadamente. Caso a tese jurídica não seja fixada dentro desse prazo, os processos voltam ao regular processamento, autorizando o juiz a proferir sentença. FARIA, Marcela Kohlbach de. Recursos repetitivos no novo código de processo civil: uma análise comparativa. **Revista de Processo**, São Paulo, v.37, n.209, p.337-348, jul. 2012.

Relator, diante das peculiaridades do caso, atribuir efeito suspensivo aos recursos, sobrestando os processos na origem.

Em outras palavras, a suspensão dos processos não é decorrência automática do sobrestamento de recursos (*ex lege*), mas depende da atribuição pelo relator (*ope judicis*).

De outro flanco, parece-nos ainda possível que o Juízo Local (juiz singular ou o tribunal) poderá independentemente de ordem judicial do relator, suspender o processo pelo prazo improrrogável de um ano enquanto aguarda o julgamento do paradigma, quando se entender que se trata de uma questão prejudicial, na forma do artigo 265 do CPC²²⁸:

3.2.8 Revisão posterior da tese jurídica fixada - Técnicas que permitem a revisão do precedente

A legislação não previu a possibilidade de revisão posterior da tese jurídica fixada no recurso paradigma, o que pode representar um engessamento da jurisprudência que impede a oxigenação dos tribunais e a revisão do julgado. Mesmo tratando-se de precedente não vinculante, conforme visto anteriormente neste trabalho, a formação do precedente persuasivo em recurso repetitivo limita o acesso direto às Cortes de Superposição e, conseqüentemente, a revisão das teses jurídicas já decididas.

A evolução da jurisprudência, ao longo dos anos, é necessária e saudável para a sociedade²²⁹. Nos países de tradição da *common law*, ocorre, quando detectado a necessidade de mudança da orientação jurisprudências ou porque se acredita estar errada (ou ainda porque se considera agora a norma errada, embora ela não estivesse errada quando foi criada), o chamado *overruling* que, em linhas gerais, consiste na revogação de precedente por razões de grave injustiça ou em virtude de mudanças das condições que lhe deram origem²³⁰.

²²⁸ Art. 265. Suspende-se o processo: [...] IV - quando a sentença de mérito: a) depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente; [...]§ 5º Nos casos enumerados nas letras a, b e c do nº IV, o período de suspensão nunca poderá exceder 1 (um) ano. Findo este prazo, o juiz mandará prosseguir no processo.

²²⁹ Exemplo clássico acadêmico é entendimento que se tenha acerca do que seja uma *mulher honesta* com a evolução da sociedade e a mudança do papel da mulher.

²³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 492.

A técnica do *distinguishing* diferencia-se do *overruling* na medida em que permite que a regra sobreviva, embora seu sentido se torne menos abrangente: o tribunal faz referência ao precedente e diz que este seria literalmente aplicável ao caso que deve ser julgado. Entretanto, por causa de uma peculiaridade que existe neste caso e não existia no outro, a regra deve ser reformulada para se adaptar a esta circunstância²³¹. Ou seja, a regra do precedente não é abandonada, mas *reformulada*, levando em consideração características específicas do caso.

No Brasil, há uma natural preocupação de que o sistema de recursos repetitivos provoque uma acomodação dos Tribunais de Superposição em reapreciar temas tidos como pacificados, impedindo uma oxigenação das teses jurídicas já decididas.

Nesse ponto, havendo omissão da legislação sobre o tema propomos a utilização analógica da 103-A da Constituição Federal.²³², ferramenta apta à revisão de matérias sedimentadas, mas que com o passar dos tempos e a evolução da sociedade, mereçam ser revisitadas.

3.2.9 Interesse Público na formação do precedente – Impossibilidade de desistência após a afetação do recurso à sistemática dos recursos repetitivos

Outra questão que o legislador deixou de esclarecer diz respeito à possível desistência ou transação do recurso especial repetitivo, seja sob a perspectiva da parte cujo recurso restou eleito como paradigma a ser julgado, seja sob a ótica da parte que teve o seu recurso sobrestado até o julgamento do caso piloto.

No âmbito recursal, o art. 501 do CPC permite que a parte desista do recurso, independentemente da oitiva da parte contrária (art. 502 do CPC), em decorrência da disponibilidade da pretensão recursal, mormente quando a questão posta não está sujeita às vedações de referida disponibilidade, tal qual ocorre no reexame necessário quando a Fazenda Pública sucumbe em juízo (art. 475, caput, I e II, do CPC).

²³¹ Ibidem, 2010, p. 493.

²³² Art. 103 [...]§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

No caso dos Recursos Repetitivos, tendo em vista que visam imediatamente à preservação do direito positivo (objetivo), sem a preocupação direta com a “justiça” da decisão de origem para a parte, parece-nos que eventual desistência do recurso afetado não alterará a sua trajetória.

O Superior Tribunal de Justiça debruçou-se sobre o tema em questão de ordem levantada nos autos do REsp n.º 1.058/RS e 1.063.343/RS, que por maioria de votos decidiu pela impossibilidade de desistência do recurso diante da prevalência do interesse público sobre o privado²³³.

Processo civil. Questão de ordem. Incidente de recurso especial repetitivo. Formulação de pedido de desistência no recurso especial representativo de controvérsia (art. 543-C, § 1.º, do CPC). Indeferimento do pedido de desistência recursal.

É inviável o acolhimento de pedido de desistência recursal formulado quando já iniciado o procedimento de julgamento do recurso especial representativo da controvérsia, na forma do art. 543-C do CPC c/c Res. STJ 8/2008. Questão de ordem acolhida para indeferir o pedido de desistência formulado em recurso especial processado na forma do art. 543-C do CPC c/c Res. STJ 8/2008.

Embora a Corte Especial não tenha decidido por unanimidade de votos, o fundamento para a vedação do instituto da desistência, em síntese, reside na premissa de que, uma vez selecionado o recurso especial como paradigma, o interesse em ver a mencionada questão decidida deixa de pertencer exclusivamente ao recorrente e passa a interessar ao Estado-juiz, interesse esse que também não pode restar denegado sob a ótica do princípio da duração razoável do processo em relação aos litigantes que tiveram os recursos especiais sobrestados²³⁴.

O entendimento acima ilustra a prevalência do interesse público, quiçá da coletividade em ver a resolução do caso paradigma o mais rápido possível, em face do interesse do particular em desistir da pretensão recursal²³⁵.

²³³ Nilson Naves, Ari Pargendler, Hamilton Carvalhido, Nancy Andrichi e Luiz Fux votaram pela impossibilidade de desistência, Aldir Passarinho Júnior, Eliana Calmon e Francisco Falcão adotaram posição intermediária admitindo a possibilidade de desistência após o julgamento do mérito do recurso repetitivo. João Otávio de Noronha votou no sentido da possibilidade de acolhimento do pedido de desistência.

²³⁴ CASTRO, Daniel Penteadado de. Questões polêmicas sobre o julgamento por amostragem do recurso especial repetitivo. **Revista de Processo**, vol. 206, p. 79. São Paulo: Ed. RT, abr. 2012.

²³⁵ Posição divergente: Com o devido respeito às opiniões contrárias, a aplicação de forma indistinta do indeferimento do pedido de desistência em sede de recurso especial não afetado, em razão de suposto interesse

CONCLUSÃO

O presente trabalho dedicou-se a enfrentar o exercício do contraditório pelos terceiros afetados pelo julgamento por amostragem dos recursos repetitivos, na busca de respostas para o desafio de conjugar a necessidade de uniformização da aplicação do direito (fortalecimento dos precedentes) com a atuação participativa dos afetados pelo provimento jurisdicional, sem que isso represente um retrocesso à razoável duração do processo.

Na primeira parte, inserimos o tema no contexto político-social do Estado Constitucional caracterizado pela constitucionalização analítica de direitos fundamentais, o fortalecimento da teoria dos princípios e a ampliação significativa do espectro de atuação do poder judiciário.

Com a ruptura com a tradição positivista, a técnica legislativa abandonou o casuísmo para dar lugar a cláusulas abertas e conceitos indeterminados que exigem maior atividade hermenêutica do intérprete e dos próprios jurisdicionados. Nesse caminho, a atividade jurisdicional passou a ser vista como atividade de reconstrução do sentido normativo das proposições dos enunciados fático-jurídicos, de modo que o essencial passa a ser não meramente a descrição ou revelação do texto legal, mas sim a reconstrução da norma pela jurisdição.

Como consequência, a importância da atividade hermenêutica do Juiz ampliou-se na medida em que cresceu também a necessidade de uniformização dessa atividade interpretativa pelos Tribunais de Superposição. Na esteira dessas transformações, o processo passou a responder não só pela necessidade de resolver casos concretos levados à sua apreciação e passou a se preocupar com a uniformização da aplicação do direito mediante o fortalecimento dos precedentes.

No Brasil, essa mudança de paradigma foi nitidamente percebida com a inserção no nosso sistema processual, tradicionalmente concebido sobre o ideário do *civil law*, de mecanismos que atribuem maior importância aos precedentes das Cortes de Uniformização, de modo a prestigiar a isonomia, a uniformidade, a previsibilidade da aplicação do direito. Nesse ponto

podemos perceber uma mudança referencial do significado de “segurança jurídica”, que passou a ser compreendida não apenas como pretensa necessidade de regulamentação legislativa casuística sobre todas as hipóteses fático-jurídicas cogitáveis, mas como a estabilidade gerada pela uniformidade da aplicação do direito.

Verificou-se ainda que o livre convencimento do julgador não deve ser entendido como uma liberdade subjetiva para que se adapte o direito a um caso concreto conforme suas convicções pessoais. Afinal, a liberalidade conferida e garantida pelas cláusulas abertas e princípios jurídicos não se destina ao direito individualmente, mas ao Judiciário como um todo. Do ponto de vista do Estado Constitucional, observamos também que o fim do processo civil só pode ser reconduzido à tutela dos direitos mediante a prolação de uma decisão justa e alinhada aos precedentes, afinal a tutela jurisdicional deve se balizar por uma dupla direção – dirige-se às partes no processo e à sociedade em geral.

Nesse contexto, pontuamos acerca da necessidade do respeito, pelos tribunais de segundo grau e juízos monocráticos, dos precedentes das Cortes de Superposição, de forma a garantir a segurança e previsibilidade do sistema. Essa nova configuração do papel do Judiciário deve aliar-se a necessidade de estar mais atento a esse novo contexto desenhado pelo Estado Constitucional, que exigiu ainda uma mudança na atuação participativa das partes no processo. Como consequência, resultou uma mudança da tradicional relação angularizada “Estado-Juiz X Partes”, em que as partes deixam de lado a condição passiva da decisão judicial e passam a intervir decisivamente no ato decisório por meio do diálogo participativo.

Esse cenário exigiu, portanto, uma reformulação da ideia tradicional de contraditório como a construção de um novo conceito que abrangesse não apenas a mera audiência bilateral das partes, mas que contemplasse o direito das partes de influenciar decisivamente na formação do provimento jurisdicional. Constatamos que é ínsita a própria ideia de democracia o direito das partes influenciarem na formação do provimento jurisdicional que lhes prejudicará, seja previamente ou posteriormente.

Estabelecidas tais premissas, verificamos um progressivo fortalecimento do Poder Judiciário em detrimento dos demais Poderes, transformando-o no tablado de discussões para questões de larga repercussão social e política, assumindo metaforicamente a condição de “Hércules”

como superpoder paternalista onipotente e onipresente em que “quase tudo” vai parar na Justiça, desde os problemas mais singelos até questões políticas de extrema repercussão nacional. Como consequência, uma verdadeira avalanche de anseios sociais vertidos em ações judiciais passou a se acumular nos escaninhos dos Fóruns e Tribunais, trazendo a tona a mazelas do aumento significativo do tempo médio de duração dos processos.

Para que a diretriz constitucional da razoável duração do processo não se degradasse num simples ideal constitucional, providências concretas de base legislativa foram implementadas com o objetivo de abreviar o tempo de tramitação dos processos na Justiça. Nessa esteira, tomou corpo a ideia do tratamento em bloco dos recursos excepcionais múltiplos e repetitivos, que as estatísticas apontavam como os grandes vilões responsáveis pela morosidade da justiça.

Imbuído nesse espírito, pontuamos o surgimento em 2004, para os Recursos Extraordinários, e em 2008, para os Recursos Especiais, a sistemática de julgamento por amostragem de recursos repetitivos (Emenda Constitucional n.º 45/2004 e Lei n.º 11.672/2008. Conforme trabalhado ao longo desse texto dissertativo, a ideia central do julgamento por amostragem dos recursos repetitivos consistiria em uniformizar e acelerar a conclusão do litígio com a aplicação dos precedentes para inibir recursos, autorizando a extensão das conclusões de um caso para os demais em tratamento homogêneo.

Por esse sistema de julgamento, não mais são remetidos às Cortes de Superposição centenas de recursos que versam acerca da mesma questão de direito. Quando diagnosticado uma questão de direito repetitiva, elege-se um ou mais recursos representativos da controvérsia determinando o sobrestamento dos demais feitos idênticos até o julgamento do recurso piloto. Argumentamos ainda que, após o julgamento da questão de fundo no recurso piloto, os tribunais de origem devem aplicar o entendimento firmando nos recursos sobrestados, encaminhando às Cortes de Superposição apenas os processos em que a tese contrária for mantida pelo tribunal de origem.

Pontuamos ainda que, se a inovação legislativa trouxe impacto positivo para os jurisdicionados com a promessa de uniformização da aplicação da jurisprudência e redução do tempo de tramitação dos processos, por outro lado, trouxe também efeitos colaterais

indesejáveis, especialmente no que diz respeito às limitações excessivas à participação dos afetados no julgamento do paradigma.

Esses efeitos compreendem que, as Cortes de Superposição, sufocadas pela quantidade excessiva de demanda, tem adotado a chamada “jurisprudência defensiva”, criando obstáculos formais para estancar a proliferação de recursos e limitar a participação de terceiros nos julgamentos.

Notadamente, a omissão do legislador quanto à regulamentação pormenorizada da possibilidade de intervenção de terceiros permitiu que os tribunais subvertessem a prática do instituto com adoção de uma política judiciária excessivamente defensiva e limitadora de garantias processuais, em especial, o contraditório. Conforme problematizado, a política judiciária das Cortes de Superposição, no sentido de limitar excessivamente a admissão de *amicus curiae*, impede que argumentos fundamentais ao debate argumentativo da tese jurídica fiquem de fora do tablado de discussão.

Além disso, a limitação excessiva à admissão de terceiros permite que eventual hipossuficiência técnica do recurso paradigma venha a prejudicar a formação do provimento jurisdicional que afetará todo o leque de recursos sobrestados. Consideramos ainda que a posição jurisprudencial que refuta a possibilidade de qualquer meio de impugnação da decisão de sobrestamento indevido permite a perpetuação de *error in procedendo*. Negar o cabimento de todo e qualquer recurso ou possibilidade de intervenção aos afetados pelo julgamento paradigma de forma absoluta, como tem pretendido as Cortes de Superposição, significa permitir que a parte tenha uma tese jurídica “X” para um caso “Y”, sem a possibilidade de se insurgir com essa injustiça. No entanto, isso não significa que o recorrente possa impugnar a decisão de sobrestamento unicamente pelo fato de que pretende que seu recurso seja julgado individualmente.

A intenção pessoal da justiça da decisão do caso jurídico concreto (o interesse das partes na causa), por si só, não justifica a participação de todos os eventualmente interessados no julgamento das teses jurídicas (direito objetivo), sob pena de tornar inviável o julgamento. Permitir o exercício direito é irrestrito do contraditório por todos os eventualmente

interessados no julgamento do processo, iria de encontro à própria essência do instituto de abreviação do tempo dos processos.

Se por um lado, a admissão totalmente ampla da possibilidade de intervenção pode tornar inviável a solução da lide, de outro lado, a não admissão total acarreta na violação clara ao direito de exercício do contraditório de todos os terceiros que sofrerão os efeitos da decisão paradigmática, sem terem condições de, efetivamente, opor-se a ela.

Propomos, no presente estudo, que a compatibilização dessas duas necessidades processuais se dará com a identificação do interesse jurídico na intervenção que, por seu turno, estará sempre que o terceiro vier a sofrer prejuízo, direto e efetivo, por conta da decisão judicial. O interesse jurídico é a cláusula de controle que permite admitir ou não a participação de terceiro prejudicado, de modo que se não há prejuízo não há interesse.

Vimos que, caso não seja oportunizada à parte afetada o direito de participar previamente da formação do provimento mediante o contraditório, ela estará sujeita ao perigo de prejuízo de que o julgamento piloto não abarque um argumento ou que a defesa fique prejudicada pela hipossuficiência técnica do advogado. No entanto, isso não significa que não havendo a participação prévia das partes haverá, necessariamente, efetivo prejuízo. Imperioso que os Tribunais saibam diferenciar *prejuízo efetivo* do *perigo de prejuízo*.

O efetivo prejuízo se dará a *posteriori*, quando se verificar que na eleição do paradigma o julgamento da tese jurídica estará comprometido, seja por não ter sido abordado fundamento jurídico essencial ao deslinde da questão, seja por hipossuficiência técnica do recurso paradigma; ou após a formação do precedente, este verificar que não foi abordado determinado argumento relevante ou que a sua *fattispecie* não se assemelha a do recurso piloto.

Nesse sentido, argumentamos que, considerando as peculiaridades que envolvem o julgamento por amostragem, a ausência de um determinado argumento jurídico ou a hipossuficiência técnica do recurso piloto pode ser suprida pela participação do Ministério Público e pelas entidades que venham a intervir no julgamento. Nesses casos, a análise do

efetivo prejuízo e do conseqüente interesse na intervenção somente estará completa após a manifestação de todas as do Ministério Público e das entidades vinculadas.

Constatamos que o silêncio do legislador em regulamentar especificamente essa participação dos afetados deixou-se ao talante do julgador amplos poderes para limitar excessivamente a extensão desta intervenção, ao ponto de a jurisprudência adotar postura que aniquila o direito do contraditório prévio ou posterior dos terceiros afetados.

Propomos, portanto, que seja assegurado ao terceiro prejudicado o direito de participar previamente do debate argumentativo do processo mediante o contraditório ou, posteriormente, exercer o contraditório mediante recurso, caso comprove que houve efetivo prejuízo. O que deve ser questionado é que as Côrtes de Superposição, empunhando a bandeira da razoável duração do processo, não permitam a possibilidade de exercício do contraditório pelas partes prejudicadas. Nesse contexto, ainda julgamos pertinente frisar que o sistema processual brasileiro dispõe de mecanismos de multa para penalizar o litigante protelatório e de má-fé.

Enquanto o direito processual civil brasileiro, especialmente a práxis forense dos tribunais de superposição, não conseguir abandonar a incrustada cultura que faz predominar a tutela individual sobre a tutela coletiva, é preciso alargar o palco judicial de discussões.

Logicamente, a ausência de regulamentação legal específica sobre participação de terceiros afetados não deve significar a sua proibição sob o argumento simplista de que ela não seria albergada pela legislação brasileira.

Como observado, a proibição desta intervenção torna, ao menos em princípio, questionável a constitucionalidade das decisões paradigmas, em que a aceitação desta intervenção constituiria a melhor e mais simples forma de tornar razoável a aplicação destes novos institutos.

Ao contrário do ideário reproduzido na jurisprudência dos Tribunais de Superposição, a garantia do contraditório não constitui um obstáculo para a razoável duração do processo já que “contraditório” e “celeridade” não são inversamente proporcionais, e que o debate judicial

argumentativo bem feito conduz a redução do tempo processual, na medida em que propicia a formação de decisões mais bem construídas e fundamentadas, com a consequente redução da viabilidade de ser atacada por recursos.

Devemos, portanto, reforçar que se garanta aos efetivamente prejudicados pela formação do precedente a possibilidade de, mediante o exercício do contraditório, levar previamente à apreciação do julgador argumento não veiculado no recurso piloto ou, posteriormente à formação do precedente, ter o direito de recorrer exercendo o contraditório diferido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no processo civil: Proposta e um formalismo valorativo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O juiz e o princípio do contraditório. In **RePro** n. 71. São Paulo: RT, 1993.

ARENHART, Sérgio Cruz. A efetivação de provimentos judiciais e a participação de terceiros. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.); BRONZATTO, Alexandre Novelli et al. **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**. Oitava Série. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao CPC*. 12ª ed., RJ: vol. V. Forense, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **O ano da judicialização da política** - Editorial, Revista de Direito do Estado, nº 8, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). Elaborado em outubro de 2005.

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 11 junho de 2013.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BENETI, Sidnei Agostinho. Doutrina de precedentes e Organização Judiciária. In: **FUX**, Luiz; NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). Estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. A Dimensão do *Amicus Curiae* no Processo Constitucional Brasileiro: Requisitos, Poderes Processuais e Aplicabilidade no Âmbito Estadual. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil**, n. 4, jan/dez 2004.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. **Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos**. São Paulo: Atlas, 2007.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**, vol. V, 2ª edição, São Paulo, Saraiva, 2010.

CABRAL, Antônio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: **Revista de Processo**, Ano 32, n. 147. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio/2007.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e Processo**. Napoli: Morano, 1958.

CARVALHO NETTO, Menelick. **Racionalização do ordenamento jurídico e democracia.** *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 88, 2003.

CASTRO, Daniel Pentead de. Questões polêmicas sobre o julgamento por amostragem do recurso especial repetitivo. *Revista de Processo*. vol. 206. p. 79. São Paulo: Ed. RT, abr. 2012

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Argumentação jurídica e decisionismo. In: José Adércio Sampaio Leite. (Org.). Crise e desafios da Constituição. , v. 1. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil.** Vol. 02. São Paulo, Editora Saraiva. 1969.

COELHO, Inocêncio Mártires. Ordenamento jurídico, constituição e norma fundamental. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

COELHO, Nicolas; CAMPOS, H. S. O. Recurso Especial Repetitivo: paradigma e segurança jurídica. *Revista CEJ (Brasília)*, v. 57, p. 57, 2012.

COMPARATO, Fabio Konder Comparato. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** São Paulo: Editora Saraiva, 4ª ed., 2006.

CUNHA, Leonardo José Carneiro; DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais.** Vol. III 10ª. ed. Salvador. Editora JusPODIVM, 2012.

DE ARAÚJO, Nicolas Mendonça Coelho. Meios de impugnação da decisão de sobrestamento do recurso especial em razão da instauração do procedimento do art. 543-C do CPC. **RePro** 197/360. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

DE ARAÚJO Rodrigo Mendes. **A representação adequada nas Ações Coletivas.** Salvador. JusPodivm. 2011.

DE MELLO, Rogério Licastro Torres. Recursos Especiais Repetitivos: Problemas de Constitucionalidade da Resolução 8/2008, do STJ. **Revista de Processo**. vol. 163. p. 190. Set/2008.

DEL PRÁ, Carlos Gonçalves Bueno. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2008.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Teoria do Processo e Teoria do Direito: O Neoprocessualismo. In: DIDIER JR, Fredie e JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). Teoria do Processo – Panorama Doutrinário Mundial. Salvador: JusPODIVM, 2008.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. ZANETI JÚNIOR., Hermes. Curso de direito processual civil. Vol 4. Salvador: Juspodivm. 2009.

_____. Possibilidade de Sustentação Oral do *Amicus Curiae*. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 8, nov.2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 4ª Edição. Vol. II, São Paulo, Malheiros Editores, 2001.

_____. Instituições de direito processual civil. 2. ed. Vol . 2. São Paulo: Malheiros, 2002.

FARIA, Marcela Kohlbach de. Recursos repetitivos no novo código de processo civil: uma análise comparativa. **Revista de Processo**, São Paulo, v.37, n.209, jul. 2012.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**; trad. Elaine Nassif; Campinas; Bookseller; 2006.

FUX, Luiz. **Intervenção de terceiros (aspectos do instituto)**. São Paulo: Saraiva, 1990.

GIULIANI, Alessandro. **La Controversia: Contributo alla Logica Giuridica**. Pavia, 1966.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. 2ª edição, Rio de Janeiro, 1998.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. Vol. I. 2ª ed. Era das transições. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense. 1945.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário das partes. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense. 1945.

MACIEL, Ademar Ferreira. "Amicus Curiae" um instituto democrático. **Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 70, 2008.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Recurso Extraordinário e Recurso especial**. 11ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIÉRO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 2ª ed. rev. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 4. ed. 2005

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, 162. abril-junho 2004.

MILLAR, Robert Wyness. **Los principios formativos del procedimiento civil**. Buenos Aires: Ediar, s/d.

MITIDIÉRO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. São Paulo: RT, 2009.

_____. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Por uma Reforma da justiça civil no Brasil: um diálogo entre Mauro Cappelletti, Vittorio Denti, Ovídio Baptista e Luiz Guilherme Marinoni**, *Repro* 199. São Paulo: Ed. RT, 2011.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.

MOURA, Walter José Faiad de; FERREIRA, Bruna Cavalcante Lamounier. A garantia de participação efetiva das entidades de defesa dos consumidores nos recursos repetitivos. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 18, n. 71, p. 195-219, jul./set. 2009.

NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão. **Recurso Especial**. 2ª edição. Del Rey. Belo Horizonte, 2010.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: **Tres modelos de juez**. Trad. Isabel Lifante Vidal. DOXA –Cuadernos de Filosofía, número 14, 1993.

PICARDI, Nicola. *Audiat et altera pars*: as matrizes histórico-culturais do contraditório. In *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RODRIGUES NETTO, Nelson. **Crítica Do Julgamento** "Por Atacado" No STJ - Lei 11.672/2008 Sobre Recursos Especiais Repetitivos. *Revista de Processo* | vol. 163 | p. 234 | Set / 2008

SANTOS, Guilherme Luis Q. B. Algumas notas sobre o Contraditório no Processo Civil, **RePro** n.º 194, São Paulo: RT, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8ª Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. *Direito, Estado e Democracia. Entre a (in)efetividade e o imaginário social*. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. vol. 1. n. 4. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006. Disponível em: [www.baptistadasilva.com.br/artigos010.htm]. Acesso em: 15 de junho de 2013.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Volume 1. São Paulo: RT, 2000.

SILVA, Ticiano Alves. Direito fundamental ao contraditório: oportunidade efetiva de influenciar na convicção do magistrado através da participação. **Revista de Processo**, vol. 182. Abril 2010.

SILVEIRA DE OLIVEIRA, Bruno. **Conexidade e efetividade processual**. São Paulo: RT, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TAVARES JUNIOR, Homero Francisco. Recursos especiais repetitivos: aspectos da Lei 11.672/2008 e da Resolução 8/2008 do STJ. **Revista de Processo**, v. 33, n. 166, 2008.

TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**. vol. 14. Padova: Cedam, 1975.

TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. A. 61, n. 3, p. 795-810. Milano: Giuffrè, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**, v. 168, São Paulo: RT. 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Direito Comparado: Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. **Revista de Processo** n.º 172, São Paulo: RT 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. Sobre o novo art. 543-C do CPC: sobrestamento de recurso especiais “com fundamento em idêntica questão de direito” in “**Revista de Processo**. ano 33. n. 159. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDEIROS, Maria Lúcia Lins Conceição. Recursos repetitivos. Realização integral da finalidade do novo sistema impõe mais do que a paralisação dos recursos especiais que estão no 2.º grau. **Revista de Processo**. vol. 191. São Paulo: Ed. RT, jan. 2011.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Ação civil publica: judicialização dos conflitos e redução da litigiosidade. In: MILARÉ, Edis (Coord.) **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. O problema da verdade no Processo Civil: modelos de prova e de procedimento Probatório. In: **Revista de Processo**, ano 29, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O "novo" mandado de segurança coletivo.** Salvador: Juspodivum 2013.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional.** O modelo constitucional de processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumem Juris editora. 2007.