

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito Processual

TÉCNICA IMPEDITIVA DE RECURSOS ESPECIAIS
“REPETITIVOS” E O PROCESSO CONSTITUCIONAL: uma
análise de compatibilidade democrática

Ana Paula Pereira da Silva Diniz

Belo Horizonte
2011

ANA PAULA PEREIRA DA SILVA DINIZ

**TÉCNICA IMPEDITIVA DE RECURSOS ESPECIAIS
“REPETITIVOS” E O PROCESSO CONSTITUCIONAL: análise
de compatibilidade democrática**

Dissertação apresentada no programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual

Orientador: Professor Doutor Fernando Horta Tavares

Belo Horizonte

2011

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

D583t	<p>Diniz, Ana Paula Pereira da Silva</p> <p>Técnica impeditiva de recursos especiais “repetitivos” e o processo constitucional: uma análise de compatibilidade democrática. / Ana Paula Pereira da Silva Diniz. Belo Horizonte, 2011. 137f.</p> <p>Orientador: Fernando Horta Tavares Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.</p> <p>1. Legitimidade (Direito). 2. Princípios Constitucionais. 3. Direito Processual. 4. Brasil. I. Tavares, Fernando Horta. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.</p> <p>CDU: 347.9(81)</p>
-------	--

ANA PAULA PEREIRA DA SILVA DINIZ
TÉCNICAS IMPEDITIVAS DE RECURSOS ESPECIAIS “RETITIVOS” E PROCESSO
CONSTITUCIONAL: uma análise de compatibilidade democrática

Dissertação apresentada no programa
de Pós-Graduação em Direito
Processual da Pontifícia Universidade
Católica de Minas Gerais

Fernando Horta Tavares (Orientador) – PUC Minas

Leonardo Augusto Marinho

Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia

Zamira de Assis

Belo Horizonte, 2011

Dedico esse estudo aos meus maiores amores: Aos meus pais pela formação do meu caráter no exemplo diário; a minha irmã pelas doces lembranças da nossa infância e ao meu grande companheiro e amigo, Vinícius, pela presença marcante, pelos estímulos infinitos e pelo carinho inesgotável. A todos, muito obrigada! Amo vocês!

AGRADECIMENTOS

Nesse momento de agradecer, várias são as pessoas lembradas após a certeza de acompanhamento divino em todas as minhas decisões:

Agradeço ao meu estimado orientador, Professor Fernando Horta Tavares, pela paciência, dedicação e doçura na orientação sempre esclarecedora e construtiva. À professora Zamira também o meu apreço pela atenção e delicadeza em todos os seus atos.

Aos demais professores do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da PUC-Minas pela disposição em ensinar com especial atenção ao Professor Dierle José Coelho Nunes pela constante disposição em acrescer meus estudos com bibliografia do direito comparado.

Ao professor Magno F. Gomes pela atenção aos primeiros passos direcionados à pesquisa acadêmica.

Aos meus pais que pela motivação ininterrupta, pelo amor incondicional e pela retidão de caráter me guiaram sempre da maneira mais carinhosa. A minha irmã pelo carinho e pela alegria da sua presença.

Ao Vinícius, meu grande amor, pelo companheirismo, paciência e amizade nos momentos que mais precisei me ausentar pela pesquisa. Você é um exemplo de persistência e dedicação!

Aos amigos conquistados ao longo do mestrado: Roberto, Carol, Giovanna, Carlos... pelos encontros sempre elucidativos e propositivos em nossas conversas mais casuais. Carlos, a você, um agradecimento especial por todas dúvidas solucionadas, pelas bibliografias disponibilizadas e pela paciência demonstrada nesse anos de pesquisa.

Por último agradeço aos meus colegas e companheiros da Superintendência de Desenvolvimento da Capital pela compreensão na ausência necessária para a conclusão desse texto. À Diretoria Jurídica, na pessoa do Dr. Sebastião de Castro, dirijo o meu muito obrigada.

RESUMO

Trata-se de estudo acerca da constitucionalidade e legitimidade da técnica impeditiva de recursos especiais “repetitivos” em razão das inúmeras modificações legislativas destinadas à celeridade e à efetividade procedimental pelo afastamento da participação dos interessados na construção do ato final. A sua introdução no Código de Processo Civil de 1973 (art. 543-C) pela Lei 11.672/08 e sua manutenção no Projeto do Novo Código de Processo Civil (PLS 166/2010), com a previsão de novas técnicas regentes de um julgamento unificado de demandas e/ou recursos “repetitivos”, apontam a reprodução de justificativas antidemocráticas para a obtenção de resultados quantitativos e numéricos. Nesse sentido, propõe-se releitura, sob enfoque democrático, dos dispositivos legais vigentes, como também aqueles em tramitação no PLS 166/2010. Essa releitura tem por base os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, além da compreensão do direito ao recurso como um direito fundamental ao amplo debate em âmbito (procedimento) recursal.

Palavras-chaves: Técnica – repetitivo – contraditório – ampla defesa – isonomia – direito ao recurso - legitimidade

ABSTRACT

This essay is about the constitutionality and legitimacy of the technique of “repeated” extraordinary appeals [appeal to the Superior Court] and its numerous legislative changes, which have the goal to provide a quick and effective jurisdiction, by diminishing or removing the citizens’ participation during the procedural to elaborate the decisions. The introduction of this technique in the Code of Civil Procedure of 1973 (art. 543-C) by Law 11.672/08 and its maintenance in the Project of the New Code of Civil Procedure (PLS 166/2010), aside new techniques for unified trials and “repetitive” extraordinary appeals, point out the undemocratic playing justifications for obtaining quantitative and numerical results. In this sense, the techniques legal norms’ reinterpretation under democratic approach is necessary, as well as those included in PLS 166/2010. This reinterpretation ought to occur based upon the constitutional principles of contradictory, legal defense, equality and the right to appeal as a fundamental right to extend the juristic discussion to the appealing range (procedure).

Keywords: Technique - repeated - contradictory - legal defense - equality - the right to appeal - legitimacy

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CPC/73 - Código de Processo Civil de 1973 (Lei 5.869, 11 de janeiro de 1973)

n.º - Número

§ - parágrafo

LEC - *Ley de Enjuiciamiento Civil*

PLS 166/2010 – Projeto de Lei do Senado n. 166 de 2010

STJ - Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. DIREITO FUNDAMENTAL AO RECURSO	11
2.1. Primeiros delineamentos	11
2.2 Direito ao recurso: remédio, prolongamento do direito de ação ou prolongamento do processo na ampliação do espaço construtivo da decisão pela discursividade (pleno debate).....	16
2.2.1. Critérios identificadores do recurso como prolongamento do debate democrático.....	23
2.3. Recurso como direito fundamental: implicações democráticas	28
3. TÉCNICA IMPEDITIVA DE RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS.....	37
3.1. Impedimento de recursos especiais repetitivos como técnica	37
3.2. Art. 543-C do CPC: delineamentos procedimentais	41
3.2.1 Técnica impeditiva de recursos especiais “repetitivos” (art. 543-C) em análise	47
3.2.2 Ampla participação e <u>amicus curiae</u>	56
3.2.3 Manifestação dos interessados e a sua conveniência: uma análise judicial ..	58
3.3 litigiosidade em massa e amostras no direito comparado: a busca pela estabilização da jurisprudência	59
3.3.1 A litigiosidade em massa e seus fundamentos	59
3.4 Projeto do Novo CPC: continuidade da falácia de celeridade pela exclusão da participação ativa dos cidadãos.....	76
3.4.1 Incidente de resolução de demandas repetitivas	77
3.4.2 Recurso extraordinário e especial “repetitivos”	78
4. SUPRESSÃO DO DEBATE RECURSAL E EFETIVIDADE: CONTINUIDADE DE ANTIGA FÓRMULA CELERIDADE <i>MAIS</i> “JUSTIÇA”	81
4.1 Celeridade pela eficiência: breves considerações	88
4.2 Nova técnica sob perspectiva democrática: possibilidade de julgamento padronizado legítimo?	91
4.1.1 O incidente de resolução de demandas repetitivas e análise mais detida	98
4.3. Ação temática e o incidente de julgamento de questões repetitivas na nova proposta de incidente	111
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	119
REFERÊNCIAS.....	123

1. INTRODUÇÃO

As recentes reformas na lei processual em busca de maior celeridade da “prestação jurisdicional”, numa abordagem fundada no modelo constitucional de processo, carecem de abordagem mais aprofundada vez que o alcance do objetivo traçado não pode passar por métodos inconstitucionais e antidemocráticos.

A técnica impeditiva de recursos especiais “repetitivos”, conforme o art. 543-C do CPC/73 introduzido pela Lei 11.672/08, coloca-se exatamente nesse contexto. Busca-se o rápido julgamento dos recursos especiais ajuizados pela aplicação da “decisão referênciada” pronunciada pelo Superior Tribunal de Justiça.

O ponto central de estudo é a delimitação de em quais circunstâncias o julgamento unificado de recursos “repetitivos” pode ocorrer. Dessa maneira, expressões utilizadas pelo legislador infraconstitucional são examinadas para averiguação de eventual conformidade com o processo constitucionalmente determinado, combatendo, inclusive, o afastamento doutrinário entre “questão de fato” e “questão de direito”.

Por fim, após conformação do direito ao recurso como direito fundamental, apresenta-se, a partir do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - arts. 930 ao 941 no Projeto do Novo Código de Processo Civil, sob deliberação dos líderes em segundo turno na Câmara dos Deputados (PLS 166/2010) - novos contornos, em enfoque democrático, para a reunião de julgamento de demandas semelhantes.

A presente pesquisa se dividiu em três capítulos na seguinte organização: no capítulo primeiro desenvolvem-se iniciais contornos acerca do direito fundamental ao recurso que, a partir da garantia da manifestação das partes e dos interessados, ultrapassa os limites conceituais primeiramente delineados pelo duplo grau, considerado nesse trabalho como princípio a partir da bibliografia utilizada.

Na caracterização do *direito* ao recurso avaliam-se as principais classificações a ele atribuídas: recurso como remédio processual, recurso como extensão da “relação jurídica” existente pelo direito de ação e, finalmente, direito ao recurso como prolongamento do processo, isto é, como o próprio processo em sede recursal.

A partir da última proposição teórica, conclui-se pela indisponibilidade da presença, concretamente estabelecida, dos princípios do contraditório, da ampla defesa (ampla argumentação) e da isonomia, assim como todos os efeitos a eles correlatos, no exercício do recurso.

No segundo capítulo aborda-se a técnica impeditiva de recursos especiais “repetitivos” com análise detalhada do art. 543-C do CPC/73. São apontados os sentidos atribuídos ao vernáculo “técnica” na lição de renomados autores, com destaque aos ensinamentos de Habermas sobre a utilização da técnica indemarcada como forma de manipulação dos cidadãos.

A existência de uma “litigiosidade em massa” também é abordada a fim de tentar explicar o porquê da construção de técnicas destinadas à reunião de julgamento de demandas e/ou recursos semelhantes no direito nacional e no direito comparado, a partir dos quais vários exemplos são relacionados.

Concluindo o capítulo segundo, realiza-se o exame da técnica de julgamento dos recursos especial e extraordinário “repetitivos” prevista no PLS 166/2010, quase idêntica ao art. 543-C do CPC/73 anteriormente mencionado.

No capítulo terceiro, e último, estuda-se a (in)adequação da “íntima” relação atribuída, no senso comum, aos princípios da celeridade e da efetividade. Ante a conclusão encontrada, realiza-se estudo sobre o incidente de resolução de demandas “repetitivas”, inaugurado no PLS 166/2010, para, ao final, tendo como base os conceitos de ação temática, propor-se incidente de contornos coletivos destinado à construção de tese a ser aplicada a um número indeterminado de demandas e/ou recursos apenas, exata e tão-somente no que se amoldar, por completo, ao objeto debatido em âmbito coletivo.

Por fim, firma-se juízo acerca da ilegitimidade democrática e da dupla inconstitucionalidade da técnica impeditiva de recursos especiais “repetitivos”, se manejada sem respaldo completo no modelo constitucional de processo (devido).

2. DIREITO FUNDAMENTAL AO RECURSO

2.1. Primeiros delineamentos

Para a compreensão do recurso como direito fundamental em perspectiva constitucional democrática deve-se, primeiramente, apresentar algumas características que o envolvem. Dessa forma, não há como não se aventar considerações sobre o princípio do duplo grau de jurisdição¹ trazido à baila pelos doutrinadores. A oportunidade de revisibilidade em instância ou órgão diferente daquela que prolatou a decisão é tratada com uma das principais características do recurso².

Foi em 1º de maio de 1870, na França pós Revolução Francesa, que se estabeleceu o duplo grau de jurisdição com a previsão de recursos contra decisões de juízes de primeiro³ grau. No mesmo ano, nos dias 16 a 24 do mês de agosto, o duplo

¹ Para menção do duplo grau como princípio adota-se os ensinamentos de Nery Júnior (2004, p. 37), Barbosa Moreira (2008, p. 237), Nunes (2006, p. 168), Marinoni e Arenhart (2006, p. 505), Chiovenda (1945, p. 343), Kozikoski (2004, p. 120) e Silva (1980, p. 3). Com isso, alerta-se para o fato de não constituir objeto dessa pesquisa a natureza jurídica do duplo grau, ou seja, ser princípio ou não. Utiliza-se tal conceito, simplesmente, para caracterizar o direito ao recurso a partir das bases indicadas pela bibliografia. Todavia, não se pode omitir a discussão acerca da previsão constitucional, em solo brasileiro de tal princípio. Dessa forma, afirmam Marinoni e Arenhart que o princípio do duplo grau não está presente na Constituição Federal do Brasil a ponto de defenderem que o preceito do art. 5º, LV, da Constituição Federal não diz respeito ao direito ao recurso em todos os casos, mas somente àqueles definidos em lei (MARINONI; ARENHART, 2006, p. 511-515). Por outro lado, Nery Júnior defende o duplo grau como “garantia fundamental de boa justiça” a ponto de afirmar que a Constituição Federal dá a tônica ao princípio, na regulamentação do binômio segurança-justiça, apesar de não garantir ilimitadamente o duplo grau como na Constituição de 1824 (NERY JÚNIOR, 2004, p. 40-41). Para Grinover, Gomes Filho e Fernandes o duplo grau apresenta-se como “princípio constitucional autônomo decorrente da própria Lei Maior” cuja decorrência no direito brasileiro remonta a 1992 com a ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos mediante norma 8, n. 2-h que assegura ao acusado o direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2008, p. 19-27). No que tange a relação do duplo grau com o recurso especial afirmam que esse não se fundamenta pelo duplo grau e sim pela matéria discutida. Isto por que, conforme os autores, o “princípio do duplo grau se esgota nos recursos cabíveis no âmbito do reexame da decisão por uma única vez” (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2008, p. 23). Da mesma maneira Nunes (2006, p. 129).

² Frise-se que a partir da caracterização do princípio do duplo grau de jurisdição se trilha percursos atrelados a definição de novos contornos ao recurso como *direito*.

³ No mesmo sentido: Moacyr Amaral dos Santos (1998, p. 81-82) e Antônio Carlos Costa e Silva (1980, p. 3). Segundo Silva, o desenvolvimento do duplo grau mostra-se como uma das conquistas em prol da segurança dos direitos fundamentais, pois após seu advento desenvolveram-se órgãos judiciários de diferentes graus de modo que a parte vencida insatisfeita possa solicitar novo exame integral da demanda a um órgão judicial superior evitando, portanto, o trânsito em julgado (SILVA, 1980, p. 3).

grau foi introduzido na lei sobre a organização judiciária. Contudo, foi na Constituição Francesa de 22 de agosto de 1793 que se consolidou o princípio do duplo grau, vigente até os dias de hoje na França e na maioria dos países ocidentais. (NERY JÚNIOR, 2004, p. 38-39).

Trata-se, essencialmente, da tentativa de superação da falibilidade humana e da imposição de controle ao julgador único que, eventualmente, pode-se tornar despótico (NERY JÚNIOR, 2004, p. 38-39).

Debruçando-se sobre a falibilidade humana e a sua “necessidade” de revisão (LIMA, 1976, p. 127), o duplo grau tornou-se *Standard* para o recurso. Ao princípio foram atribuídas várias características e justificativas para que fosse garantido ao sucumbente o direito de manifestar sua indignação à decisão proferida⁴ em instância superior.

Para José Carlos Barbosa Moreira, o princípio do duplo grau pode ser tratado, *a priori*, como a possibilidade de reanálise da decisão atacada por órgão colegiado mais experiente situado em instância superior àquela em que a decisão proferida (MOREIRA, 2008, p. 237)⁵.

Incorporando ao estudo do recurso a ocorrência da dupla avaliação, Giuseppe Chiovenda, nos anos de 1945, aponta o princípio do duplo grau como garantia destinada aos cidadãos sob três vertentes. Nas palavras do autor:

O princípio, consagrado em nosso direito, do duplo grau consiste em que toda a causa, com exceção dos casos enumerados na lei, deve *poder transitar* pela plena cognição de *dois* tribunais sucessivamente; e esse duplo grau (*sic*), na intenção do legislador, representa uma garantia para os cidadãos, sob três aspectos:

- a) na medida em que um reiterado julgamento torna, já por si, possível correção dos erros (*sic*);
- b) porque os dois julgamentos são confinados a juizes *diversos*;
- c) uma vez que o *segundo* juiz se apresenta como *mais autorizado* que o primeiro (o pretor relativamente ao conciliador, o tribunal com respeito ao pretor, a Côrte (*sic*) de Apelação com referência ao tribunal). (CHIOVENDA, 1945, p. 335-336)

⁴ Destaca-se que é exatamente a essa noção de recurso que o trabalho tenta se afastar. O recurso não pode ser considerado simplesmente forma de manifestação da irresignação do sucumbente. Todavia, para se chegar ao direito do recurso como direito fundamental mostra-se necessário perpassar algumas das principais características apontadas ao recurso como resultante do princípio do duplo grau.

⁵ Cumpre ressaltar que para Nery Júnior (2004, p. 37), o princípio do duplo grau liga-se ao direito ao recurso pela “preocupação dos ordenamentos jurídicos” em evitar abusos de poder pelos juízes se isentos à revisão dos seus provimentos por outro órgão.

Trata-se, de garantia de que toda causa obtenha dupla cognição a fim de corrigir erros existentes e de permitir que juizes diversos, uns mais autorizados que outros, analisem os mesmos argumentos apresentados pelas partes⁶. O recurso como possibilidade de revisão passa a ser moldado a partir do princípio do duplo grau. Como colocado por Chiovenda, é por meio da plena cognição em segunda instância que a parte terá acesso a um juiz “mais autorizado” afeto a “menor ocorrência de erros” que o primeiro julgador.

Acrescentando novas distinções, Enrico Tullio Liebman (1952, p. 204) afirma que, por influência do direito francês, a possibilidade plena de revisibilidade desenvolve-se a figura moderna do recurso.

Trata-se de meio amplo de impugnação para que se possa questionar todos as razões do gravame ou de nulidade contra a sentença de primeiro grau. Conforme o autor, é pela atuação do princípio do duplo grau de jurisdição que toda demanda pode passar pela cognição de dois tribunais sucessivos, de modo que o segundo reveja e controle o que fez o primeiro (LIEBMAN, 1952, p, 204). A partir do duplo grau se acresce ao recurso a possibilidade de controle e fiscalização do juízo de primeiro grau.

Por esse controle, oportunizado pelo duplo grau, Barbosa Moreira afirma maior acerto da segunda análise pela existência de reavaliação de argumentos “a que no primeiro momento talvez não se tenha atribuído o justo peso” (MOREIRA, 2008, p. 237). Para o autor: “(...) é dado da experiência comum que uma segunda reflexão acerca de qualquer problema freqüentemente conduz a mais exata conclusão” (MOREIRA, 2008, p. 237)⁷.

Outras vantagens atribuídas ao duplo grau são relacionados por Moacyr Amaral dos Santos, a saber:

⁶ A partir da idéia que meio de impugnação deve ser encaminhado à instância superior para reexame da decisão proferida, Giuseppe Chiovenda alerta que a sentença passível de recurso não se apresenta como uma “declaração de direito”, mas sim elemento de uma possível declaração. É nesse sentido que o magistrado, que não pode ter juridicamente “uma vontade autônoma”, deve concretizar a vontade da lei, cabendo, inclusive, nova formulação por outro magistrado sobre a vontade da lei (CHIOVENDA, 1945, p. 300).

Em primeiro lugar satisfaz a uma exigência humana. Ninguém se conforma com uma única decisão, que lhe seja desfavorável. Em segundo lugar, não se pode olvidar a possibilidade de sentenças injustas ou ilegais, e até mesmo proferidas por juízes movidos pelo temor (coação) ou sentimentos menos dignos (peita). Daí a segurança da justiça aconselhar o reexame das causas por meio dos recursos. (SANTOS, 1998, p. 82)

Na mesma linha seguida por Liebman e por Barbosa Moreira, afirma Santos que a possibilidade do reexame impinge ao juiz maior cuidado na elaboração da decisão ao ponto de fomentar organização hierárquica dos órgãos jurisdicionais, vez que a dupla revisão enseja a competição entre juízes no aperfeiçoamento da “administração da justiça” (SANTOS, 1998, p. 82).

Desta forma, para os autores mencionados, além da própria garantia da revisão, o princípio do duplo grau permite maior correção da decisão recursal e maior organização judiciária, mas não é a única toada encontrada sobre a adequação da dupla revisão.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2006, p. 505-507)⁸, se contrapõem às principais características conferidas ao duplo grau. A saber: primeiramente menciona-se a possibilidade de controle da atividade do juiz pela revisão, por órgão hierarquicamente superior, das decisões do julgador de primeiro grau. Contudo, Marinoni e Arenhart chamam atenção para o fato de não tratar o duplo grau de controle do juiz mas de nova revisão do julgado. Assim, não é controle da atividade do juiz, mas controle da “justiça” do julgado (MARINONI; ARENHART, 2006, p. 505-506).

A segunda característica confrontada pelos autores é a repetida autoridade dos julgadores de segundo grau pela notável experiência na atividade jurisdicional. Enfrentando tal argumento, defendem que a antiguidade na profissão não confere aos seus ocupantes a última palavra sobre o assunto debatido, asseverando que, em muitos casos, uma dupla revisão implica em maior gasto de tempo, prejudicando aquele que espera uma solução (MARINONI; ARENHART, 2006, p. 506).

⁷ Todavia, alerta o autor fluminense que não há como se definir de maneira universal do princípio do duplo grau de jurisdição, cabendo ao intérprete extrair do texto o *ius positum* para caracterizá-lo em cada ordenamento jurídico (MOREIRA, 2004a, p. 239).

⁸ Frise-se que Marinoni e Arenhart defendem, a possibilidade de revisão por juízes do mesmo grau de jurisdição (art. 34, Lei 6.830/80 – Lei da execução fiscal), se tratar no duplo grau de duplo juízo sobre o mérito e não duplo grau de jurisdição (MARINONI; ARENHART, 2006, p. 505).

A última característica do duplo grau trazida pelos autores é o efeito psicológico⁹ sobre o juiz pela possibilidade de revisão da decisão em outro órgão. Defendem Marinoni e Arenhart que a cada dia torna-se mais premente a concessão de poderes ao juiz para exercício racional e efetivo da atividade jurisdicional, tornando-se, um contra-senso o desprezo da figura do juiz de primeiro grau na constante revisão dos seus julgados (MARINONI; ARENHART, 2006, p. 506-507).

Além de enfrentar os aspectos favoráveis atribuídos ao duplo grau, afirmam Marinoni e Arenhart (2006, p. 507-511) seu completo afastamento pelos seguintes fundamentos: princípio da “oralidade” pela proximidade entre o julgador - e sua impressão imediata na coleta das provas -, as partes e as provas; a demora na “prestação jurisdicional”¹⁰ a ponto de justificar a retirada do duplo grau nas causas mais simples - principalmente se considerar a distância entre o julgador e a coleta das provas-; e a idéia, “causada” pelo duplo grau, de que o juiz de primeiro grau não é merecedor de confiança para decidir solitariamente.

Concluem os autores que nos casos em que o duplo grau, eventualmente, prevalecer deve ser determinada, como regra, a execução imediata da sentença sob pena da decisão de primeiro grau continuar a simplesmente a influenciar “o espírito do julgador de segundo grau” sem possibilidade de resolver concretamente os conflitos, “tarefa que o cidadão imagina que todo juiz deve cumprir” (MARINONI; ARENHART, 2006, p. 511).

Apesar de posições contrárias sobre a adequação do duplo grau, pode-se afirmar que a partir do princípio do duplo grau nova cognição foi oferecida à parte discordante com a possibilidade de apresentação de fatos importantes ainda não considerados em toda sua amplitude.

É possível identificar sinais de democracia no princípio do duplo grau, principalmente, quando se considerar a superação do subjetivismo atrelado a uma única e imodificável decisão. Todavia, no estudo de um direito ao recurso não basta oportunizar reanálise se essa não estiver fixada em critérios democraticamente

⁹ O citado “efeito psicológico” é trazido por Barbosa Moreira (2008, p. 238).

¹⁰ Utiliza-se a expressão prestação jurisdicional com aspas para demonstrar a crítica feita a um conceito ainda ligado ao estado social de direito que tem o Estado como um órgão satisfativo e provedor. Nesse

demarcados e posicionados na ampla participação dos interessados. Dessa forma, ultrapassada a caracterização do princípio do duplo grau, passa-se a análise do direito ao recurso.

2.2 Direito ao recurso: remédio, prolongamento do direito de ação ou prolongamento do processo na ampliação do espaço construtivo da decisão pela discursividade (pleno debate).

No estudo do recurso várias designações sobre o assunto são encontradas; a primeira delas é o recurso como um tipo de “remédio”¹¹ direcionado contra atos judiciais que contêm vícios adquiridos no órgão *a quo*¹². Os “remédios” podem ser classificados em duas espécies (NERY JÚNIOR, 2004, p. 203).

A primeira, que se destina a eliminação de vício do ato processual, é denominada de retificação do ato. A segunda, que se destina à adequação da legalidade do ato à sua conveniência e justiça, pode ser dividida em duas subespécies: a convalidação do ato que busca atribuir eficácia ao ato viciado e a negativa de eficácia ao ato por meio do recurso (NERY JÚNIOR, 2004, p. 203).

Outra discussão acerca do recurso envolve exame sobre sua natureza jurídica a fim de saber se é ação autônoma constitutiva e acessória àquela que lhe deu origem¹³

sentido, “prestação jurisdicional” continua a colocar as partes em posição de clemência diante a figura do Estado-juiz.

¹¹ Nesse sentido ressaltem-se os ensinamentos de Chiovenda (1945, p. 309); Nery Júnior (2004, p. 201), Barbosa Moreira (2008, p. 229), Lima (1976, p. 124), Ada Pellegrine Grinover e outros (GRINOVER; GOMES FILHO. FERNANDES, 2008, p. 28). Franco Cipriane (2006, p. 201), de modo mais ampliativo ao adotado na doutrina nacional afirma ser a “impugnação” forma de remédio aos erros do juízo, representando uma fundamental garantia das partes. De maneira contrária, Héctor Fix-Zamudio e José Ovalle Favela afirmam que os meios de impugnação podem ser divididos em três setores: remédios processuais, recursos e processos impugnativos. Dessa forma, os remédios processuais são os instrumentos que pretendem a correção dos atos e resoluções judiciais junto ao mesmo juízo, já os recursos são os instrumentos que se podem interpor dentro do mesmo procedimento a um órgão judicial superior (FIX-ZAMUDIO; OVALLE FAVELA, 1991, p. 103-105).

¹² Salienta Eduardo Couture (1946, p. 273) que os recursos não são remédios a cargo da parte e sim “por iniciativa da parte e a cargo do juiz ou de outro juiz superior”.

¹³ Isso por que a ação originária baseia-se em fatos extraprocessuais, anteriores e externos ao processo, e o recurso se origina de fatos ocorridos dentro do processo, a decisão. Neste sentido, seriam legitimadas ao recurso pessoas distintas daquelas da ação originária (MOREIRA, 2008, p. 236).

ou continuação, na mesma “relação jurídica”¹⁴, do direito de ação (NERY JÚNIOR, 2004, p. 212).

Sobre o assunto, Barbosa Moreira (2008, p. 229), desenvolvendo a classificação mencionada, assevera que os recursos e as ações autônomas de impugnação se diferenciam pelo objeto atacado, ou seja, aqueles se dirigem contra decisões sem trânsito em julgado, com o efeito precípua de impedir a *res iudicata*, enquanto essas se dirigem contra decisões já transitadas em julgado.

A ação constitutiva autônoma (causa de pedir, pedidos e partes novos) visa a desconstituição da decisão judicial com a possibilidade de participação de pessoas que não se envolveram na relação jurídica (NERY JÚNIOR, 2004, p. 213). Trata-se de nova demanda em instância superior sem qualquer correspondência à demanda originalmente ajuizada por se basear em fatos extraprocessuais, anteriores e externos ao processo originário não havendo qualquer conexão aos pontos controvertidos internos àquela¹⁵.

Além do recurso como remédio, a vertente mais aceita¹⁶ da classificação jurídica do recurso é o recurso como continuação da “relação jurídica” iniciada em juízo *a quo* no exercício do direito de ação. Nesse sentido Giuseppe Chiovenda conceitua recurso como:

A possibilidade dos recursos apresenta-nos o fenômeno de uma *pluralidade de procedimentos dentro de uma só relação processual*. Sendo uma a demanda, uma permanece a relação complexa, na qual os recursos apenas abrem *fases* ou *estágios diversos* [...] A *litispendência* aberta com a demanda judicial perdura enquanto não encerrar com sentença *definitiva*. Dessa forma, dir-se-á *pendente a lide* (CHIOVENDA, 1945, p. 309)

¹⁴ Utiliza-se aspas na expressão relação jurídica para se ressaltar a discordância do conteúdo desse trabalho com o conceito relacionado a ela. Conforme Dinamarco (2001, p. 202) a ligação entre os sujeitos dessa relação se apresenta pela sujeição das partes ao Estado-Juiz. Os princípios da isonomia, da ampla argumentação e do contraditório não são integrantes desse conceito, não sendo adequado sua utilização sem a referida distinção.

¹⁵ Da mesma forma Lima afirma que somente haverá recurso quando o remédio processual é interposto durante o desenvolvimento regular da própria “relação processual” que culminou com a decisão impugnada (LIMA, 1976, p. 126). Também Liebman, sob diferente nomenclatura, faz referência a dicotomia existente, pois no direito italiano os meios de impugnação podem se distinguir em dois grupos: ordinários e extraordinários. O primeiro impede a formação da coisa julgada a partir de uma nova *fase* no “processo”. O segundo está direcionado a impugnar a coisa julgada já formada, abrindo um *novo e separado* “processo” (LIEBMAN, 1952, p. 207-208).

¹⁶ Entre os doutrinadores: Nery Júnior (2004, p. 206-207 e 222), Chiovenda (1945, p. 309-310), Barbosa Moreira (2008, p. 236), Lima (1976, p. 124), Câmara (2010, p. 51), Fix-Zamudio (1974, p. 101).

Apresenta o autor as características próprias do recurso: se desenvolve na “relação processual” iniciada pela proposição da causa, está inserido e pode ser identificado na multiplicidade de fases que permeiam a demanda e o procedimento subsequente (o recurso), nessa multiplicidade, somente poderá ser iniciado pela parte vencida (ou substituto processual) presente na causa originária (CHIOVENDA, 1945, p. 309-313).

Assim, o recurso como continuidade da “relação jurídica”¹⁷ impõe que no procedimento “superior” não se pode deduzir “outra coisa” ou tratar de mais “coisas” do que foi objeto de demandas “no procedimento inferior”, cabendo somente mudar a norma aplicada ou a interpretação da norma dada pelo órgão anterior (CHIOVENDA, 1945, p. 312-313)¹⁸.

Na mesma medida Enrico Tullio Liebman (1952, p. 203) trata os meios de impugnação, nos quais se encontra o recurso, como “remédios” concedidos às partes a fim de atacar a sentença que se mostre defeituosa ou injusta. Conforme o autor é a possibilidade de reparar a falibilidade humana e de assegurar a decisão “melhor possível” ou a “mais justa” de forma que o órgão mais elevado reveja as decisões do órgão que decidiu a causa¹⁹.

Apontando a voluntariedade na imposição do recurso, afirma Liebman (1952, p. 203-205) que os tipos de impugnação no direito italiano (apelação, recurso de cassação, a *revocazione* e a oposição de terceiros revocatória) são vinculados ao princípio da iniciativa da parte, ou seja, a parte interessada (ou sucumbente) deve escolher entre aceitar a sentença ou pedir o reexame. Uma vez previsto em lei o remédio para reparar os erros, a própria lei deve estabelecer os limites de seu uso (LIEBMAN, 1952, p. 205).

¹⁷ Apesar de se tratar da continuação da relação jurídica estabelecida em primeiro grau, Chiovenda identifica alguns aspectos que concedem certa autonomia aos procedimentos de recurso: nova citação, nova constituição de partes, meios de impugnação por citação em audiência ordinária e a perempção a atingir o procedimento de recurso, resguardando os resultados do primeiro procedimento (CHIOVENDA, 1945, p. 315-316).

¹⁸ Ressalte-se que Chiovenda ainda salienta que a emissão de nova sentença de mérito que confirma ou que reforma a primeira deve ser considerada como a única “estatuição da autoridade jurisdicional” quanto ao mérito da controvérsia de modo a substituir a decisão anterior (CHIOVENDA, 1945, p. 314).

¹⁹ Há que ressaltar que Liebman (1952, p. 203) reconhece a possibilidade do reexame da causa ser confiado ao mesmo juízo que pronunciou a sentença.

Salienta o autor que dois tipos de vícios podem ser identificados: *errores in iudicando*, que tratam dos vícios do “juízo” e *errores in procedendo*, vícios da atividade²⁰ (LIEBMAN, 1952, p. 204). Dessa maneira, o equilíbrio entre o interesse de melhorar a decisão e a necessidade de colocar fim na continuação da lide deve ser estabelecido para que a sentença se consolide, ao cabo, como uma decisão segura (LIEBMAN, 1952, p. 205-206).

Dessa forma, dos ensinamentos de Liebman, pode-se concluir pela presença do duplo grau, na medida que prevê revisão em “órgão mais elevado”, e pela consideração do recurso como continuação da “relação jurídica”, na medida que o meio de impugnação ordinário está destinado a impedir a coisa julgada na mesma “relação jurídica” anteriormente iniciada.

Já em solo nacional, nos moldes apontados acima, tem-se para Nery Júnior o direito ao recurso como:

[...] remédio processual que a lei coloca à disposição das partes, do Ministério Público ou de um terceiro, a fim de que a decisão judicial possa ser submetida a novo julgamento, por órgão de jurisdição hierarquicamente superior, em regra, àquele que a proferiu (NERY JÚNIOR, 2004, p. 205).

Além da consideração do recurso como remédio destinado ao combate de atos ilícitos, o recurso também é caracterizado como continuidade da mesma relação jurídica no exercício do direito de ação (NERY JÚNIOR, 2004, p. 206-207).

Para Barbosa Moreira (2008, p. 233) direito ao recurso é o remédio voluntário apto a ensejar a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração da decisão impugnada. Marinoni e Arenhart (2006, p. 518), por sua vez, afirmam que o recurso é o meio de impugnação voluntário e interno à “relação jurídica processual” com aptidão de obter a anulação, reforma ou o aprimoramento do ato judicial atacado.

Ademais, evitando a mera listagem de conceitos identificam-se nas definições relacionadas caracteres que se intercalam²¹, a saber: continuidade da “relação

²⁰ Ensina o autor italiano que no direito pós-clássico e do medievo as duas categorias de vícios da sentença eram considerados distintos e as impugnações serviam para denunciar os *errores in iudicando*. Essa nulidade ocasionava a ineficácia da sentença e a *querela nullitatis* foi criada exatamente para fazer valer essa nulidade (LIEBMAN, 1952, p. 204).

²¹ Alcides de Mendonça Lima (1976, p. 124-127) acrescenta a sucumbência ao conceito de recurso, assim, afirmando a continuidade da “relação jurídica” existente, cabe a parte vencida promover o recurso.

processual” pré-estabelecida, voluntariedade²² na interposição do recurso e nova cognição em instância superior.

Contudo, o *direito* ao recurso não pode ser encarado simplesmente como a possibilidade de se reformar ou de se invalidar decisão judicial em instância superior. Nos conceitos relacionados nenhuma referência se faz a existência do contraditório, da ampla defesa e da isonomia na caracterização do recurso que não é tratado como um direito e sim como extensão de algo existente.

É a partir desses pontos que se inicia a tentativa de nova abordagem do recurso como um *direito* e, para tanto, algumas impropriedades acerca da extensão da mesma “relação jurídica” no exercício do direito de ação. Não é objetivo desse trabalho abordar toda a teoria dos recursos para propositura de nova interpretação porque seria um excesso. Trata-se de tentativa de demarcação dos sentidos envolvidos na *noção de recurso* para, ao final, estudar o porquê da introdução da técnica impeditiva de recursos especiais “repetitivos”.

Por conseqüência, considerar o recurso como extensão da mesma relação jurídica no exercício do direito de ação pode encontrar, em espaço democrático, vários questionamentos, pois não há possibilidade de um *direito* ao recurso caracterizar-se como a continuação do direito de ação, cuja satisfação ocorre na “prestação jurisdicional” do Estado (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2004, p. 249).

O *direito* ao recurso envolve, além da decisão final, todo um espaço destinado ao debate das partes na construção do provimento²³. Isso porque o direito de ação

Nas palavras do autor: “Recurso é o meio, dentro da mesma relação processual, de que se pode servir a parte vencida em sua pretensão ou quem se julgue prejudicado, para obter a anulação ou a reforma, parcial ou total, de uma decisão” (LIMA, 1976, p. 125).

²² Sobre a voluntariedade, ensina Couture que o recurso como meio de controle de erros, tanto do processo como de julgamento, somente promove a correção desses mediante requerimento ou protesto da parte prejudicada. Nas palavras do autor: “Somente a impugnação oportuna por parte da pessoa a favor da qual a lei institui a possibilidade do recurso é que pode movimentar o mecanismo à obtenção da emenda ou correção” (COUTURE, 1946, p. 273).

²³ Tenta-se afastar o sentido de um sujeito parcial carente de prestação do Estado, numa eterna subserviência aos sentidos encontrados pelo Estado-juiz solipsista. Nesse sentido, Aroldo Plínio Gonçalves (1992, p. 130) ensina que a dupla atividade do Estado como parte (Ministério Público) e como “poder” não prejudica o processo se nele há a garantia do contraditório entre as partes. O processo como um procedimento em contraditório entre os interessados mostra-se como preparação do ato final na medida em que seja garantida a participação dos destinatários nos seus efeitos pelo controle na atividade processual (GONÇALVES, 1992, p. 131-132). Rejeita-se, portanto, o “processo”/“relação jurídica” como meio de se alcançar a tutela do Estado. A democracia participativa retira, de uma vez por todas, a

caracteriza-se como direito indisponível e constitucionalmente previsto de iniciar o procedimento cujo exaurimento ocorre no exato momento em que o procedimento é instaurado²⁴. Dessa forma, não há como dar continuidade a um direito já exercido. Após a instauração do procedimento será estabelecido um processo nos moldes constitucionalmente estabelecidos de forma a oportunizar a mais ampla e completa participação das partes na construção e reconstrução dos fatos e do direito em juízo.

Sendo assim, exaurido o direito de ação na distribuição da petição, o recurso como prolongamento do direito de ação se mostra incongruente, pois permite, ao final, entender-se tratar de mero proceder sem debate democrático pela ausência do processo constitucionalmente estabelecido. A possibilidade de ingressar em juízo não impõe, por si só, a existência de amplo debate entre as partes interessadas em espaço processualmente regido.

Por outro lado, para Fazzalari (2006, p. 500 e 505) a ação se configura como uma seqüência de posições processuais (no entendimento de processo como uma estrutura para ordenar os atos lícitos e os devidos condutores) que cabem à parte ao longo do processo como uma série de faculdades, poderes e deveres para realizar o contraditório.

Fazzalari (2006, p. 503-504) critica a idéia de ação como um direito potestativo substancial, numa visão concretista, conferido a parte de movimentar o processo, exaurindo-se nesse momento. Trata-se de “ação” como uma “posição subjetiva composta” da “situação legitimada” constituída das faculdades, dos poderes e dos deveres de cada parte assinalados por lei aos sujeitos pela sua conduta, ao longo do processo, até a sentença que acolhe ou refuta a demanda (FAZALARI, 2006, p. 500-506).

Dessa forma, tendo em vista os ensinamentos de Fazzalari e os amoldando ao conceito do recurso como continuidade da relação jurídica no exercício do direito de ação, critica-se a vertente mais aceita por outros motivos. Aponta-se, a possibilidade de

“relação jurídica” hierarquicamente desigual e de subordinação dos contornos da estrutura (de conexão de normas e dos atos por elas disciplinados) do processo e da construção do provimento final.

²⁴ Liebman ensina que por direito de ação entende-se um direito de propor uma demanda perante o órgão judiciário em que se pede sua pronúncia sobre um determinado provimento (LIEBMAN, 1952, p. 41).

existência de hierarquia entre os sujeitos processuais subjacente à expressão “relação jurídica”.

Conforme Cândido Rangel Dinamarco a “relação jurídica processual” consiste no “*sistema dos vínculos regidos pelo direito que interligam os sujeitos dos processos*” (DINAMARCO, 2004, 196).

Tal interligação não se faz de maneira isonômica, pois, de acordo com o autor, durante o processo²⁵ as partes estão em permanente estado de sujeição ao Estado-juiz em razão de sua autoridade para decidir sobre todas as situações e pretensões das partes, principalmente no que se refere às demandas contrapostas (DINAMARCO, 2004, p. 202)²⁶.

Da mesma forma, Ovídio A. Batista da Silva e Fábio Luiz Gomes (2009, p. 33) afirmam que “A relação jurídica processual, ou seja, o processo é integrado por uma série de atos coordenados e direcionados sempre à obtenção da tutela jurisdicional, que constitui seu objeto”. Dessa forma, uma vez alcançada essa “prestação jurídica”, sem quaisquer critérios democraticamente estabelecidos, terá o “processo” alcançado seu objeto.

Sob enfoque constitucional democrático, a adoção do conceito do *direito* ao recurso como continuação de uma mesma “relação jurídica”²⁷ não retira todo o caráter autoritário existente na idéia de sujeição das partes à consciência do julgador.

Esclarecidos esses pontos, parte-se para análise do recurso como meio de prolongar o processo. Para Rosemiro Pereira Leal recurso é um “[...] instituto de garantia revisional exercitável na estrutura procedimental, como meio de alongar ou

²⁵ Caracterizado pela fórmula “Processo = relação processual + procedimento” (DINAMARCO, 2004, p. 195).

²⁶ Conforme os ensinamentos de Baracho é pelo processo constitucional que se tutela o princípio da supremacia da constituição na proteção dos direitos fundamentais. Trata-se de metodologia de garantia dos próprios direitos fundamentais e é nesse sentido que se defende, não somente o direito de petição e de ser ouvido, mas também o direito ao processo constitucionalmente desenvolvido como manifestação “equilibrada” e em igualdade (BARACHO, 2008c, p. 45-48). Dessa forma, a teoria da “relação jurídica” com hierarquia entre o juiz e as partes, distanciamento entre as partes e a decisão construída, não é condizente com o modelo constitucional de processo, destinado a proteção e concretização dos direitos fundamentais no seu próprio desenvolvimento.. Além da “prestação jurisdicional”, atribuída ao exercício da jurisdição, o processo somente será legítimo para a execução dos direitos declarados na sentença pela presença imprescindível do contraditório, da ampla defesa, da isonomia e dos demais componentes do processo constitucional. Ver também nota 38.

²⁷ Sobre não adequação da “teoria da relação jurídica” com o processo democrático conferir Gonçalves (1992, p. 130-132).

ampliar o **processo** pela impugnação das decisões nele proferidas” (LEAL, 2008, p. 233). Falar em recurso como ampliação do processo impõe a presença do contraditório, da ampla defesa, da isonomia e do advogado no todo desenvolver do debate acrescentando em grande medida caráter participativo às feições do recurso.

Dessa forma, é oferecer às partes nova possibilidade de apresentação, pela ampla argumentação e em contraditório, de questões não esclarecidas na instância anterior. É o recurso como prolongamento do debate em espaço constitucionalmente regido com nova possibilidade da parte de exercer seu direito a influir na construção do provimento final²⁸.

Assim, a concepção tradicional²⁹ de recurso como mero procedimento em instância superior utilizado pela parte descontente contra a decisão exarada não encontra guarida nos moldes constitucionais regentes do processo. Não basta a previsão de relação dialética entre as partes sem a efetiva influência na construção da decisão, o contraditório, a ampla defesa, a isonomia, a presença do advogado tornam-se indispensáveis à caracterização do processo e, assim, à caracterização do recurso.

2.2.1. Critérios identificadores do recurso como prolongamento do debate democrático

²⁸ Cumpre ponderar que a utilização do conceito elaborado por Rosemiro Pereira Leal tem como condão representar a superação do recurso como mera continuidade de uma “relação jurídica” já existente e destinada à “prestação jurisdicional”. Todavia, não se pode imputar toda essa evolução científica ao citado autor. Dessa forma, torna-se imprescindível relacionar, para demonstrar os avanços democráticos alcançados a partir da garantia da concretização dos direitos e garantias fundamentais pelo e no processo, os ensinamentos dos seguintes doutrinadores: Fix-Zamudio (1974, p. 61) que, apesar de defender o recurso como a extensão de uma relação jurídica, alcança grande traço democrático ao posicionar esse como um direito fundamental atribuído às partes; Fazzalari (2006, p. 119-121) ao construir a idéia de processo desenvolvido a partir da participação dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório, e José Alfredo de Oliveira Baracho ao defender o processo, a partir de caracterização constitucional, destinado a respaldar as garantias fundamentais “possibilitando a efetiva tutela, proteção e fomento delas” (BARACHO, 2008c, p. 48).

²⁹ Citam-se como exemplos o conceito trazido por Antônio Carlos Costa e Silva (1980, p. 2) “meio tendente à obtenção da reforma de uma sentença final ou meramente interlocutória” e o de Alcides de Mendonça Lima (1976, p. 127) que afirma que em todos os recursos podem ser encontrados três elementos: sujeito ativo (as partes, o Ministério Público e o terceiro interessado), o fundamento (prejuízo

Fixado o recurso como o prolongamento do debate em instância diferente há que se ater aos critérios que identificam e que regulam o novo debate em moldes democráticos. Nesse sentido, passa-se a abordar os caracteres que envolvem o contraditório, a ampla defesa e a isonomia³⁰, pois são eles que, ao mesmo tempo, irão constituir o espaço adequado para o debate democraticamente desenvolvido e legitimar a decisão construída nesse debate.

Nesse sentido, o contraditório deve ser configurado como a garantia de participação, influência e não surpresa das partes em todo o desenvolvimento do processo, como também na elaboração do provimento³¹. Desde já se descarta a noção do contraditório dirigido a uma estrutura procedimental focada na formação da decisão pelo juiz.

Nas palavras de Dierle José Coelho Nunes, sob influência italiana, o contraditório, num perfil mais participativo, é cunhado sob a equação “*defesa = contraditório = participação = audiência preventiva*” (NUNES, 2004, p. 76), ou seja, o contraditório garante a influência das partes interessadas no desenvolvimento do provimento, permeando todos os caminhos escolhidos³².

Na mesma esteira, o art. 103, §1º, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, inflige, em razão de entendimento firmado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, dever ao magistrado de utilizar somente questões de fato ou de direito debatidas previamente pelas partes na construção das decisões. Ao juiz cabe promover debate preventivo sobre questões ainda não discutidas pelas partes, retirando a existência de surpresa dos interessados na análise da decisão proferida (NUNES, 2004, p. 77-78).

decorrente de uma decisão proferida na mesma relação jurídica) e o objetivo (anulação ou reforma, parcial ou total, da decisão).

³⁰ Ademais, conforme os ensinamentos de Rosemiro Leal, a implementação dos princípios institutivos do processo impõe a seguinte relação com seus correlativos lógico-discursivos: contraditório-vida, ampla defesa-liberdade, isonomia-dignidade (LEAL, 2008, p. 108).

³¹ Sobre o assunto, cabem os ensinamentos de André Leal sobre a legitimidade advinda da vinculação do contraditório à fundamentação da decisão apresentada pelo julgador: “Assim é que, por integrar o quadro principiológico constitucional do processo, o contraditório deve-se articular de maneira inafastável com os demais princípios, sobretudo com o princípio assecuratório da fundamentação das sentenças judiciais, sob pena de perda de legitimidade do Direito.” (LEAL, André, 2002, p. 27).

³² Frise-se que tal perspectiva está presente no ordenamento italiano (§2º do artigo 111, introduzido no texto constitucional italiano por emenda de 23 de novembro de 1999). O princípio do contraditório, na

Por sua vez, a legislação francesa, no art. 16 do Código de Processo Civil³³, proíbe que o juiz fundamente sua decisão em questões não discutidas pelas partes anteriormente, determinando ao juiz a obrigação de promover discussão prévia das questões abordadas na decisão (FRANÇA, 2011). Proíbe-se, então, a atuação solitária, subjetiva, solipsista e arbitrária do juiz na elaboração da decisão, configurando-se o contraditório como garantia de não-surpresa das decisões prolatadas pelo agente público julgador (DIAS, 2006, p. 653-563) sob pena de invalidação da decisão. Delineia-se o juiz, nesse assento, como verdadeiro garantidor do efetivo contraditório no espaço procedimental (NUNES, 2004, p. 77-78).

Por tais motivos, afirma Dierle José Coelho Nunes que o contraditório aglomera:

(...) um feixe de direitos dele decorrentes, entre eles: a) direito a uma cientificação regular durante todo o procedimento, ou seja, uma citação adequada do ato introdutivo da demanda e a intimação de cada evento processual posterior que lhe permita o exercício efetivo da defesa no curso do procedimento; b) o direito à prova, possibilitando-lhe sua obtenção toda vez que esta for relevante; c) em decorrência do anterior, o direito de assistir pessoalmente a assunção da prova e de se contrapor as alegações de fato ou atividades probatórias da parte contrária ou mesmo oficiosas do julgador; d) o direito de ser ouvido e julgado por um juiz imune à ciência privada (*private informazion*), que decida a causa unicamente com base em provas e elementos adquiridos no debate contraditório. (NUNES, 2004, p. 84)

O contraditório, então, permite o início da configuração dos moldes do diálogo estabelecido em espaço recursal. Para que um *direito* ao recurso seja efetivamente forjado não basta, frise-se, que a parte tenha acesso ao segundo grau e que julgador mais experiente analise sua proposição. É necessário a criação e a manutenção de espaço destinado à manifestação da parte para que todas as questões ainda não debatidas e solucionadas sejam expostas e demonstradas da maneira mais ampla possível.

perspectiva italiana, por exemplo, é direcionado somente às partes como possibilidade da atuação preventiva sobre aspectos fáticos ou jurídicos durante todo o processo (NUNES, 2004, p. 76-78).

³³ Tradução livre: “O juiz deve, em todas circunstâncias, fazer observar e observar ele próprio o princípio do contraditório. Ele não pode reter {ou reter para si}, na sua decisão, os meios, as explicações e os documentos invocados ou produzidos pelas partes, que elas próprias não tenham colocado em debate contraditoriamente. Ele não pode fundar sua decisão sobre meios levantados de ofício, sem ter previamente chamado as partes a apresentar suas observações” (FRANÇA, 2011).

Nesse sentido, a presença do contraditório na construção da decisão em simétrica paridade ultrapassa o conceito de mera presença nos autos ou nos atos do procedimento. Como dito, duas são as características do contraditório conformador do espaço recursal: a influência e a não-surpresa.

A influência se assinala pela presença dos argumentos produzidos pelas partes na decisão construída após o debate. Ao determinar a proibição de surpresas nos provimentos estatais prolatados, impede-se que a fundamentação da decisão seja baseada em fatos e pontos não debatidos entre as partes, devendo o juízo promover a discussão isonômica de todas elas entre os interessados (NUNES, 2004, p. 84).

A proibição da decisão de surpresa está presente, também, no §182^a do Código de Processo Civil Austríaco, reformado em 2002. Na Itália, tais decisões são tratadas como *di terza via* são baseadas em fundamentação distante do debate processual que, por tal característica, são inválidas (NUNES, 2004, p. 83-84).

Cabe trazer à lembrança a já célebre abordagem de contraditório por Aroldo Plínio Gonçalves:

O contraditório não é o dizer e o 'contradizer' sobre matéria controvertida, não é a discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que se desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo possível. O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade de oportunidade que compõem a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação do processo (GONÇALVES, 1992, p. 127).

Assim, em releitura, o contraditório supera a mera dialeticidade dos dizeres das partes e atinge a níveis densos de reflexão, para oportunizar a implementação da participação, em posição isonômica, de todos os participantes do discurso construtivo da decisão³⁴.

O contraditório atua no plano recursal na medida que garante a ativa participação das partes no desenvolvimento do procedimento recursal, ou seja, a

³⁴ Franco Cipriane (2006, p. 206) ensina que após a entrada em vigor da Constituição Republicana Italiana do art. 24 com a previsão do princípio do contraditório, a Corte Constitucional, em 1986 reconheceu que o direito de impugnar representa em componente essencial do direito de defesa. Além disso, há que salientar, por coerência teórica-histórica, que Fazzalari (2006, p. 119) foi o primeiro a

utilização pelo julgador de provas ou argumentos não debatidos pela partes deverá ser afastada, também, na construção da decisão recursal. Da mesma maneira posiciona-se Baracho ao afirmar que o princípio do contraditório, no direito fundamental a defesa, decorre do próprio processo - “que pode ser resumido como um debate entre as partes” - podendo, também, se plasmar no direito de recurso (BARACHO, 2008b, p. 683).

Flaviane de Magalhães Barros, ensinando sobre o modelo constitucional do processo, defende que uma interpretação constitucional adequada pressupõe uma base uníssona de princípios que interagem entre si. Ao se desrespeitar um deles, afetam-se os demais princípios fundantes do processo (BARROS, 2009, p. 17).

Por conseqüência, a ampla defesa, numa releitura proposta por Barros, mostra-se como direito de ampla argumentação. Trata-se da concessão a ambas as partes do direito de participar, no tempo do procedimento, da reconstrução dos argumentos levados ao debate. Nas palavras da autora:

[...] da ampla argumentação decorre o direito à prova, à assistência de um advogado, à necessidade de se garantir que as partes possam ter o tempo processual para reconstruir o caso concreto e discutir quais normas jurídicas *prima facie* aplicáveis são mais adequadas ao caso concreto. (BARROS, 2009, p. 20)

A ampla argumentação, juntamente com a garantia de influência e não-surpresa atua para a construção e reconstrução crítica dos conteúdos do provimento final.

Supera-se o conceito de recurso como uma “prestação jurisdicional” em instância superior para se chegar a um *direito* ao recurso cuja existência atrela-se a configuração de um novo espaço democraticamente criado e regulamentado destinado ao debate amplo de questões ainda não esclarecidas ou de fatos novos à demanda original. Logo, é por meio da ampla argumentação em espaço processualizado e constitucionalizado que se abandona a tradicional conceituação de recurso, ou seja, recurso como a continuação de uma mesma relação jurídica no exercício do direito de ação.

Daí a importância da presença do advogado no estudo da ampla defesa (argumentação), vez que essa se transfigura na amplitude de debate juridicamente

suscitar simétrica paridade sob a ótica de atributo do processo como procedimento em contraditório e em

qualificado e construtivo dos conteúdos da normatividade, defesa técnica, a fim de asseverar a influência na fundamentação da decisão e a não-surpresa na decisão construída de forma participativa³⁵.

O último critério é a necessária presença da isonomia garantidora de um debate entre partes em posições isonômicas na lei (isotopia), cujo conteúdo é construído pelos próprios destinatários na interpretação (isomenia) e na reconstrução ou destruição da lei (isocrítica) (LEAL, 2002, p. 109)³⁶.

Sendo assim, ao se imputar ao recurso a condição de prolongamento do processo, pressupõe-se a existência do contraditório, da ampla defesa e da isonomia na construção da decisão, afastando, definitivamente, o entendimento que o recurso é a extensão da “relação jurídica” existente.

2.3. Recurso como direito fundamental: implicações democráticas

superação da teoria da “relação jurídica”.

³⁵ A importância da presença do advogado foi ressaltada, primeiramente, por Mauro Cappeletti (1988, p. 40). Desenvolvendo esses ensinamentos Fernando Horta Tavares (2009, p. 278) defende que o contraditório, a isonomia, a ampla defesa, o direito ao advogado e a fundamentação das decisões devem estar presentes no entrelaçamento entre o acesso ao direito (“acesso à justiça”) e a duração razoável do procedimento no respeito à estrutura do Devido Processo. No mesmo ritmo, Fernando Lage Tolentino (2008, p. 177-190) expõe a necessidade da participação do advogado para o livre e amplo exercício da defesa.

³⁶ Cumpre ressaltar que não pode ser creditada à Leal a completa construção da noção acerca dos conteúdos da isonomia. Nesse sentido, para Héctor Fix-Zamudio o direito de defesa mostra-se como aspecto genérico e fundamental da igualdade dos governados frente à lei, no qual, no campo jurisdicional, se traduz na igualdade das partes no processo (FIX-ZAMUDIO, 1974, p. 32-33). No mesmo sentido, Elio Fazzalari (2006, p. 119) afirma consistir o processo na estrutura de “participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercitar um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados”. Francis Wolf, mencionando uma herança grega sobre o assunto, menciona isegoria como a capacidade de todos aconselhar a cidade, na equivalência dos locutores. Dessa forma todos os locutores têm o direito de falar e julgar o que os outros dizem. A partir desse sentido, Wolf menciona a isocrítica como “jamais admitir como verdadeiro senão o que o outro a quem nos dirigimos admite como tal, e reconhecer a qualquer outro o direito de ser esse interlocutor legítimo”, ou seja, cada um é dotado de uma faculdade de julgar o verdadeiro e o falso (WOLF, 1996, p. 72-78).

Uma vez entendido o recurso como um *direito* a ampliação do amplo e democrático debate no prolongamento do processo, o próprio processo em âmbito recursal, passa-se a análise do recurso como um direito fundamental³⁷. Frise-se que tal separação faz-se necessária para pontuar e destacar em que medida o direito ao recurso compõe, no Estado Democrático, o acesso do cidadão às decisões produzidas pelos órgãos decisores. As características de ambos se confundem e se entrelaçam na ampliação da participação da parte em espaço processualmente definido.

Nesses moldes, o direito ao recurso disposto no art. 5º, LV³⁸, da Constituição Federal, mostra-se como garantia de prolongamento do discurso “comp participativo” (NUNES, 2006, p. 151). Por ele, respeita-se a participação plena dos interessados no debate realizado em espaço regido pelos princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia em instância diversa daquela que prolatou a decisão recorrida³⁹.

O direito ao recurso analisado como direito fundamental implica na introdução dos critérios identificadores do desenvolvimento do próprio processo em âmbito recursal, ou seja, também no espaço recursal o direito à participação do cidadão será garantida⁴⁰.

A possibilidade de o cidadão participar ativamente, como ser integrante do povo ativo (MÜLLER, 2009, p. 52), suplica, antes, a concretização da garantia de influir. A exclusão da construção dos conteúdos da normatividade àqueles à margem de uma existência digna sepulta qualquer tentativa de instituição de democracia⁴¹.

³⁷ Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias relata que a teoria dos direitos fundamentais despontou na França em 1770, cujo contexto histórico-cultural gerou a Declaração dos Direitos e do Cidadão de 1789 (DIAS, 2004, p. 109). Mais especificamente sobre o assunto, Héctor Fix-Zamúdio (1974, p. 101) faz menção a um direito fundamental atribuído às partes para combater as resoluções que lhes sejam desfavoráveis ante a tribunais superiores.

³⁸ “LV – aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

³⁹ Já no texto constitucional estabelece-se conexão entre o contraditório e a ampla defesa com os meios utilizados para sua realização. Pode-se, portanto, concluir que o direito fundamental ao recurso se identifica exatamente no momento que institui o próprio processo (e todos os direitos que o qualificam - entre eles o contraditório e a ampla defesa) em âmbito recursal.

⁴⁰ Para José Joaquim Gomes Canotilho a constitucionalização dos direitos fundamentais implica a retirada de disponibilidade de seu reconhecimento pelo legislador ordinário, pois, trata-se de “*normas jurídicas vinculativas* e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes ‘declarações de direitos’” (CANOTILHO, 2000, p. 378).

⁴¹ Segundo Friedrich Muller: “A *idéia fundamental de democracia* é a seguinte: determinação normativa do tipo de convívio de um povo pelo mesmo povo. Já que não se pode ter o autogoverno, na prática quase inexistente, pretende-se ter ao menos a autocodificação das prescrições vigentes com base na

A garantia da participação na construção do ser como “ser de direito democrático” em um direito inclusivo de todo cidadão (todos e qualquer um, aí o miserável, o preso, o desempregado...) inaugura nova abordagem de participativa democrática pelo debate que tem como eixo teórico constituinte o devido processo, com contraditório, ampla defesa e isonomia, em ambiente jurisdicional ou não (legislativo, executivo, administrativo etc.).

Por conseqüência, a identificação do recurso como direito fundamental mantém-se pela indispensabilidade da participação construtiva dos sentidos aplicados aos criadores-destinatários da norma (HABERMAS, 2003, p. 146). O direito ao recurso, caracterizado constitucionalmente pela ampliação do debate, além de conferir legitimidade à decisão exarada, estabelece novo momento de fiscalização da atividade jurisdicional e fortalece a importância da participação das partes envolvidas na construção e formulação do provimento final.

É a partir dessa perspectiva que, em momento futuro no texto, se irá combater a retirada do debate na confecção e aplicação da decisão recursal nos processos estendidos. O direito ao recurso, nesse pensamento, mostra-se como direito fundamental constitucionalizado necessário à implementação da democracia discursiva e inclusiva de todos os interessados.

Trata-se de direito de novo debate sobre fatos ainda não analisados (ou reanálise dos completamente analisados), ou direitos desconsiderados em instância inferior; é a ampliação do debate àqueles que participam da construção ativa da normatividade.

Cumprе salientar, todavia, que os direitos fundamentais não designam direitos inatos ligados à liberdade, igualdade e dignidade (denominados direitos humanos) sem submissão ao debate como forma de institucionalização da vontade jurídica coletivamente construída (LEAL, 2002, p. 31). Nas palavras de Rosemiro Pereira Leal:

Assim, na teoria da democracia os direitos fundamentais são inafastáveis não porque já estejam impregnados na consciência dos indivíduos, mas porque são pressupostos jurídicos da instalação processual da movimentação do sistema

democrático, sem os quais o conceito de Estado democrático de direito não se anuncia.

A instituição constitucionalizada do Estado democrático de direito põe-se em construção continuada pela comunidade jurídica, uma vez que não é um projeto congenitamente acabado, mas uma proposição suscetível de revisibilidade constante pelo **devido processo constitucional que é recinto de fixação jurídico-principiológica instituinte dos direitos fundamentais como ponto de partida da teorização jurídica da democracia para a criação normativa de direitos a se efetivarem processualmente no mundo vivente.** (LEAL, 2002, p. 31) Grifos acrescidos.

É pelo devido processo constitucional - por meio do debate discursivo criador do direito - e não por uma racionalidade inata que os direitos fundamentais, por possuírem uma executividade incondicionada, se concretizam processualmente na vivência do ser. Os direitos fundamentais acertados no plano constituinte por uma certeza (infungíveis) e liquidez (autoexecutivos) permitem, por si só, tutela *in limine litis* (LEAL, 2005a, p. 23 - 27).

O debate entre os interessados para a construção dos sentidos contidos na norma implica direito amplo à participação autoinclusiva em espaço processualizado. Assim, no âmbito da discussão construtiva de significantes, também em âmbito recursal, acolhe-se a extensão do direito de participar do debate, característica indispensável da democracia.

Por conseqüência, conclui-se que o direito ao recurso encerra parte do direito de participação nas decisões estatais, tornando-se, assim, insuscetível de mitigação desprovida de finalidades democráticas.

A construção normativa de direitos, sob o pálio do devido processo, determina a observância e concretização dos direitos fundamentais durante todo o procedimento processualizado de desenvolvimento da decisão. O recurso mostra-se, nesse sentido, como responsável pela garantia de participação dos cidadãos, em instância superior, como pressuposto da fiscalidade ativa dos agentes estatais pelos interessados. Pode-se antever que eventual mitigação do direito ao recurso depõe contra a própria movimentação do sistema democrático por excluir do debate aqueles que são atingidos pelas decisões estatais sob a justificativa de garantia do direito.

O tratamento e a defesa dos direitos fundamentais, constitucionalmente previstos, é diferenciado em cada tipo de constituição. Apesar da análise contemporânea dos direitos fundamentais como molas propulsoras da democracia na

garantia do direito à participação do cidadão, quando se refere a implementação dos direitos fundamentais faz-se importante a menção dos ensinamentos de Virgílio Afonso da Silva⁴².

Silva menciona a Constituição-moldura, a exemplo nacional, que propõe o texto constitucional como uma moldura a qual será completada pela atividade do órgão legislativo, mediante processo legislativo participativo⁴³, a ser submetida a controle de adequação constitucional (SILVA, 2008, p. 116).

Segundo Starck, mencionado pelo autor paulista - criticando a teoria dos mandamentos de otimização de Alexy que confina os órgãos legislativo e judiciário à aplicação da decisão ótima nos conflitos entre direitos fundamentais -, caberia ao órgão judiciário, na constituição-moldura, somente a análise da constitucionalidade ou inconstitucionalidade, não devendo verificar se a decisão legislativa “foi a melhor” ou se ocorreu a otimização dos princípios envolvidos, sob pena de “tolher a liberdade de atuação do legislador” (SILVA, 2008, p. 118-119).

Na Constituição-moldura há de se propor análise processualizada do texto constitucional, pois se o texto constitucional criado pela manifestação do povo prevê direitos fundamentais aos cidadãos, não pode o legislador ordinário, contrariando as determinações constitucionais, desvirtuar direitos positivados na constituição dando nova interpretação, esvaziando-o de efetividade normativa.

Assim, o instituto do recurso como direito fundamental, ao ser procedimentalizado por lei infraconstitucional, não pode ser distanciado (esvaziamento pela procedimentalização do direito constitucional) da sua finalidade, a saber: a possibilidade irrestrita à participação das partes interessadas na construção do

⁴² Silva (2008, P. 111) esclarece que na Constituição-lei, o texto constitucional não se distinguiria da lei ordinária. A constituição estaria à disposição do órgão Legislativo e os direitos fundamentais previstos em seu texto seriam meramente indicativos da atuação do legislador. De maneira contrária, na Constituição-fundamento, também chamada de constituição total, o texto constitucional mostra-se como o fundamento de todo o proceder estatal. Todas as áreas da vivência humana estariam previstas na constituição, assim, ao legislador, mero intérprete, caberia o cumprimento do texto constitucional. Trata-se, portanto, de tendência totalizante em texto constitucional sem a participação do povo na aplicação das normas (SILVA, 2008, p. 114). A terceira opção é a constituição-moldura reconhecida no ordenamento brasileiro.

⁴³ Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva (2008, p. 120): “[...] todas as teorias que não concebam a constituição como uma lei como outra qualquer (= *liberdade total* para o legislador e os demais ramos do direito) ou que não a concebam como uma constituição total (= *nenhuma liberdade* para o legislador e os demais ramos do direito) podem ser consideradas como teorias que concebem a constituição como moldura”.

provimento que será a ele aplicado como forma de legitimação das decisões elaboradas pelos órgãos estatais.

Ultrapassando as concepções de direitos fundamentais da teoria liberal, que ainda hoje significa proteção das esferas individuais da ingerência estatal, o ordenamento brasileiro, de acordo com Silva, possui tendência a uma teoria democrático-funcional dos direitos fundamentais⁴⁴ nos quais esses são considerados, nas palavras de Böckenförde citado pelo autor, “fatores constitutivos de um processo democrático livre” que tem lugar “primariamente *para possibilitar e proteger esse processo*” (SILVA, 2008, p. 129).

O direito ao recurso encaixa-se nessa perspectiva, pois se configura como extensão do pleno debate na construção do provimento pela parte e interessados em todo o âmbito processual, principalmente na instância recursal.

A Constituição alemã de 1949, ultrapassando a concepção dos direitos fundamentais como meros direitos de defesa contra a atividade estatal, prevê no seu art. 1, III, a vinculação dos órgãos estatais aos direitos fundamentais: “*direitos fundamentais vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário*” (SILVA, 2008, p. 140). Mediante tal disposição normativa os efeitos dos direitos fundamentais seriam expandidos regendo, inclusive, toda a vida social em busca do desenvolvimento da personalidade e na dignidade da pessoa (SILVA, 2008, p. 140).

José Alfredo de Oliveira Baracho (1997, p. 121) ensina que no constitucionalismo contemporâneo, a efetivação dos direitos fundamentais ocorrerá por meio do processo constitucional⁴⁵. Suplantou-se a mera previsão legislativa dos direitos não aplicáveis e

⁴⁴ Silva (2008, p. 139) relata que Böckenförde se refere a cinco teorias sobre os direitos fundamentais, são eles: teoria liberal, teoria institucional, teoria axiológica, teoria democrática-funcional e teoria social-estatal.

⁴⁵ De acordo com Baracho, o processo constitucional pode ser assim esquematizado: “a) O *direito de ação* e o *direito de defesa* judicial são assegurados aos indivíduos, de modo completo, por toda uma série de norma constitucionais que configuram o que se denomina de *due process of law*, processo que deve ser *justo e leal*; b) Reconhece-se a todos a garantia constitucional do direito de agir em juízo. Todos podem recorrer em juízo para proteger ou tutelar os próprios direitos e interesses legítimos; c) Consagra-se a garantia do direito inviolável à defesa, em qualquer órgão ou grau de procedimento. A defesa é um direito inviolável de cada cidadão; d) As partes são iguais perante o juiz; e) Ninguém pode ser privado do juiz natural designado por lei. Consagra-se a naturalidade e não extraordinariedade do juiz. Não podem ser instituídos juízes extraordinários ou juízes especiais, a não ser seções especializadas para certas matérias; f) Garante-se a legalidade da pena e da medida de segurança. Pesa sobre a sentença de provimento sobre a liberdade pessoal o controle da legitimidade, mediante recurso. Ninguém pode ser punido senão por força de uma lei que tenha entrado em vigor, após o cometimento do delito. Ninguém

passou-se a concretização dos direitos fundamentais pela previsão constitucional de garantias (como o processo) (BARACHO, 1997, p. 106) para defesa e proteção dos direitos fundamentais previstos em texto constitucional.

No que tange ao direito fundamental ao recurso, numa perspectiva processualizada, será pelo pleno debate que os direitos fundamentais serão concretizados. A promoção, em instância superior, de novo debate acerca das questões reconstruídas mediante atividade probatória em contraditório conduz o recurso ao *status* de direito fundamental, na medida em que se sobrepõe à inicial idéia motriz de mero descontentamento da parte sucumbente, para a ampliação do debate indispensável à fundamentação da decisão⁴⁶. Sobre o assunto, Dierle José Coelho Nunes assevera:

[...] o instituto do recurso apresenta-se como criador de um espaço procedimental de exercício do contraditório e da ampla defesa, permitindo ao juízo *ad quem* a análise de questões já debatidas pelas partes, mas levadas, ou não, em consideração pelo órgão julgador de primeira instância em sua decisão, ou de questões suscitadas pelo juízo de primeira instância de ofício ou sem a participação de todas as partes em seu provimento, implementando, assim, um espaço de debate. [...] o instituto do recurso apresenta-se como corolário das garantias do contraditório e da ampla defesa, permitindo sua implementação sucessiva ao proferimento das decisões judiciais (NUNES, 2006, p. 168).

A conexão entre a participação ativa das partes e dos interessados e o direito ao recurso ordena a implementação dos princípios constitucionalmente previstos na extensão do debate inclusivo em procedimento processualizado para a construção compartilhada da decisão. A manifestação do cidadão transfigura-se como direito basilar de toda organização democrática quando se entende o processo como espaço

pode ser submetido a medidas de segurança, salvo nos casos previstos em lei. Todas as medidas jurisdicionais devem ter motivação; g) A tutela jurisdicional do direito e do interesse legítimo contra atos da administração pública é essencial. Contra os atos da administração pública é sempre admitida a tutela jurisdicional dos direitos e dos interesses legítimos, perante os órgãos de jurisdição ordinária ou administrativa” (BARACHO, 1997, p. 123).

⁴⁶ Nas palavras de Dias: “[...] na tentativa de se estabelecer distinção técnica entre *argumentos e questões* e suas correlações com os princípios do contraditório e da fundamentação, chegamos à conclusão de que, no processo, as *razões de justificação (argumentos)* das partes, envolvendo as *razões da discussão (questões)*, produzidas em contraditório, constituirão *base* para as *razões da decisão*, e aí encontramos a essência do dever de fundamentação, permitindo a geração de um pronunciamento decisório participado e democrático” (DIAS, 2004, p. 148).

discursivo e procedimentalizado sob regência dos princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia.

Pretende-se ultrapassar a consideração de que a mera reunião de cidadãos legítima, por si só, as decisões cunhadas pelos órgãos estatais. O debate defendido deve ser feito em espaço assegurador do contraditório, da ampla defesa e da isonomia como forma indispensável para construção legítima da decisão produzida participadamente.

É nesse sentido que o direito ao recurso como extensão do contraditório, da ampla defesa e da isonomia na configuração do próprio processo se mostra como um direito fundamental.

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho (2000, p. 378) a constitucionalização dos direitos fundamentais implica a retirada de disponibilidade de seu reconhecimento pelo legislador ordinário. Trata-se de “*normas jurídicas vinculativas e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes ‘declarações de direitos’*”. Explica o autor que, no estudo dos direitos fundamentais como “*elementos constitutivos da legitimidade constitucional*” (CANOTILHO, 2000, p. 378), dois tipos de fundamentalidade devem ser considerados.

O primeiro é a fundamentalidade formal, relacionada à constitucionalização de direitos, que assinala quatro vertentes: i) as normas de direitos fundamentais, como normas fundamentais, estão em grau superior na ordem jurídica formal; ii) a constitucionalidade formal assegura a essas normas proteção contra mudança por necessidade de submissão a um sistema agravado de revisão; iii) os direitos fundamentais são limites materiais da própria revisão; iv) e, como normas de vinculatividade imediata dos órgãos públicos, “*constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, acções (sic) e controle, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais*” (CANOTILHO, 2000. p. 379).

Já pela fundamentalidade material, os direitos fundamentais constituem as estruturas básicas do Estado e da sociedade e alguns efeitos podem ser colhidos a partir dessa idéia: abertura constitucional a direitos ainda não constitucionalizados; concessão de efetividade normativa a direitos materialmente fundamentais e abertura

ao reconhecimento/desenvolvimento intergeracional de outros direitos fundamentais (CANOTILHO, 2000, p. 379).

Tanto pela fundamentalidade formal (direito constitucionalmente previsto no art. 5º, LV, da Constituição Federal) quanto pela fundamentalidade material (garantia de ampla argumentação em contraditório e em posição isonômica em espaço recursal) o *direito* ao recurso pode ser reconhecido como um direito fundamental conglobante de outros direitos fundamentais destinados à defesa da participação ativa dos cidadãos na construção dos conteúdos das decisões estatais.

Nesse sentido, o direito ao recurso como direito fundamental é a garantia, disposta em texto constitucional, que a todo litigante será oportunizado, em âmbito recursal, um novo debate amplo e constitucionalmente determinado. Trata-se, ao cabo, de reforço à indispensável participação ativa dos interessados na construção do provimento final ao ponto de proporcionar plena e contínua fiscalidade dos órgãos jurisdicionais e de alcançar legitimidade à decisão construída durante o procedimento decisório.

3. TÉCNICA IMPEDITIVA DE RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS

3.1. Impedimento de recursos especiais repetitivos como técnica

O estudo sobre o julgamento de recursos especiais “repetitivos” presente no art. 543-C do CPC/73, introduzido pela Lei 11.672/2008, e repetido nos arts. 990 a 995 do PLS 166/2010, tem como objetivo demonstrar que a criação de técnica destinada a diminuição do número de recursos encaminhados e julgados pelo STJ não pode suplantar a importância legitimadora da participação das partes na construção do provimento final. Dessa forma, a utilização da técnica como forma de controle e imposição da vontade tida por dominante (HABERMAS, 1968, p. 46-47) mostra os perigos da submissão da participação do cidadão pela decisão solitária do juiz numa compensação ilegítima e antidemocrática da argumentação pela autoridade dos órgãos determinante da “decisão referência”⁴⁷.

É nesses termos que o estudo da técnica que impede o julgamento individual de recursos “repetitivos” merece maiores reflexões a fim de afastar os seus fundamentos despóticos e autoritários de aplicação indistinta do entendimento firmado em tribunal superior a todos os demais recursos pendentes tachados de “repetitivos”. O primeiro passo é identificar esse impedimento como técnica de julgamento unificado destinada a alcançar números favoráveis à “prestação jurisdicional célere”.

Para Aroldo Plínio Gonçalves técnica é um “conjunto de meios adequados para a consecução dos resultados desejados, de procedimentos idôneos para a realização de finalidades” (GONÇALVES, 1992, p. 23). Para Rosemiro Leal, técnica é um proceder organizado para produzir resultados úteis (LEAL, 2008, p. 42).

⁴⁷ O termo “decisão referência” faz menção à tese elaborada no julgamento dos “recursos representativos da controvérsia” que será aplicada, indistintamente, a todos os demais recursos pendentes que tem por fundamento “idêntica questão de direito”. Utiliza-se mencionado termo para sinalizar a utilização pelos juízos inferiores do entendimento firmado pelo STJ mesmo sem a ampla argumentação dos demais interessados. Portanto, em vários momentos do texto o supracitado termo será utilizado e nova explicações a ele serão feitas.

Tratar o sobrestamento de recursos considerados “repetitivos” como técnica significa adotar procedimento criado para julgar, pela sugestão do ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça, STJ, o Ministro Athos Gusmão Carneiro (BRASIL, 2007), multiplicidade de recursos especiais com fundamento “em questão idêntica de direito”, a fim de que se “amenize o problema representado pelo excesso de demanda daquele Tribunal” (BRASIL, 2007).

Os meios e o resultado almejados foram expostos pelo Deputado Maurício Rands no relatório da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, sobre o Projeto de Lei 1.213/2007, que se tornou, posteriormente, a Lei 11.672. de 8 de maio de 2008⁴⁸. Daí a apresentação do impedimento de recursos especiais “repetitivos” é como uma técnica destinada à redução de recursos encaminhados aos tribunais superiores.

A utilização da técnica para a redução de recursos pretende uma maior celeridade na “prestação jurisdicional”, todavia, há de se atentar para a possibilidade de manejo dessa técnica supressora de direito fundamental para a implantação definitiva do “protagonismo judicial” na condução e na proteção do “acesso à justiça”.

É nessa perspectiva que utiliza-se os ensinamentos de Habermas ao interligar a técnica à ciência e à ideologia. Partindo dos ensinamentos de Marcuse em sua crítica a Weber, Habermas desenvolve a idéia de que a racionalização utilizada para a dominação política oculta destina-se à escolha entre estratégias, ao manejo de tecnologias e à instauração de sistema “em situações *dadas* para fins *estabelecidos*” (HABERMAS, 1968, p. 46). Mencionada racionalidade estende-se a situações em que a técnica pode ser aplicada e exige, por esse motivo, a dominação sobre a natureza ou sobre a sociedade (HABERMAS, 1968, p. 46).

A ação racional dirigida a fins mostra-se, então, como exercício de controle. Assim a racionalização de “relações vitais” equivale à institucionalização da dominação que, enquanto política, se torna irreconhecível (HABERMAS, 1968, p. 46).

Valendo-se novamente do pensamento de Marcuse que classifica a razão técnica em si como ideologia, a partir do momento em que a técnica em si mostra-se

⁴⁸ Lei publicada no Diário Oficial da União - Seção 1 - 09/05/2008, Página 11 (Publicação). (Câmara dos Deputados, 2010).

como dominação metódica, científica, calculada e calculante, sobre a natureza e sobre o homem, Habermas afirma que a finalidade e o interesse da dominação estão inseridos na construção do próprio aparelho técnico (HABERMAS, 1968, p. 46-47). A técnica se apresenta, pois, como um projeto histórico-social pelo qual a sociedade e os seus interesses dominantes são projetados (HABERMAS, 1968, p. 47).

Habermas questiona sobre a possibilidade da racionalidade técnica não se submeter às regras invariantes da lógica e da ação controlada pelo êxito, para assumir, em si, um “*a priori* material” surgido, e superável historicamente. Em resposta, reproduzindo ensinamentos de Marcuse, aduz que os princípios da ciência moderna, *a priori* determinados, servem como instrumentos conceituais a um universo de controle produtivo.

A dominação amplia-se como tecnologia (HABERMAS, 1968, p. 48-49) e essa proporciona a racionalização da falta de liberdade do homem e sua impossibilidade de ser autônomo, de determinar pessoalmente a vida. A falta da liberdade, por sua vez, surge como sujeição ao aparelho técnico que amplia a comodidade da vida e intensifica a produtividade do trabalho (HABERMAS, 1968, p. 49).

Conclui o autor que “a racionalização tecnológica protege assim antes a legalidade da dominação em vez de a eliminar e o horizonte instrumentalista da razão abre-se a uma sociedade totalitária de base racional” (HABERMAS, 1968, p. 49).

Pelos ensinamentos de Habermas, é possível esclarecer a manipulação da racionalidade “moderna” pelas estratégias presentes na própria razão técnica. Os precursores da técnica podem utilizá-la como um proceder para dominação política da sociedade, a partir de um projeto histórico-social destinado ao êxito dos interesses a si pertinentes, tidos por dominantes.

Para Habermas, o decurso histórico forma a racionalidade técnica destinada à dominação metódica calculada sobre o homem e a natureza. Ressalte-se que o conceito de história tratada pelo autor alemão remonta a uma construção intergeracional de conceitos divididos por todos os integrantes participativos da sociedade. Trata-se de cidadãos esclarecidos dos próprios direitos com acesso irrestrito aos meios de comunicação com aptidão a uma vivência digna.

A idéia de construção histórica dos sentidos da norma por meio de um discurso em espaço público determina o pano de fundo cultural e político que integra a construção da sociedade e do entendimento por ela construído. Na análise do passado como futuro, a formação histórica dos princípios reconhecidos e incorporados à cultura política da sociedade abre-se como possibilidade de uma história autocorretiva de emancipação política (HABERMAS, 1993, p. 100-101).

A observação da realidade (*praxis*) sem qualquer intervenção de uma consciência autônoma não consegue afastar interesses arraigados na consciência do indivíduo. Partindo desse interesse, o conhecimento somente se emancipa mediante auto-reflexão e comunicação dos sujeitos para atingir consenso (HABERMAS, 1968, p. 140-145). Contudo, pondera-se que, se a linguagem utilizada pelos interlocutores é historicamente construída pelos avanços sociais das gerações anteriores e tem a história como suporte conteudístico e a cultura como o coroamento do entendimento conferido aos interlocutores, os interesses dominantes da sociedade ainda mantêm o *status quo ante* e perpetuam a dominação política pelas técnicas desenvolvidas em ação ideológica e estratégica.

As bases do discurso histórico e dialético fundado em linguagem de sentidos pré-definidos (HABERMAS, 1968, p. 146-147) não se amoldam a uma teoria do discurso/debate contemporânea instituída por princípios autocríticos em controle processualizado, ininterrupto e irrestrito dos conteúdos de constitucionalidade dos direitos (LEAL, 2008, p. 487).

Defende-se uma técnica que promova debate anterior à construção do provimento a fim de se combater a construção do aparelho técnico a partir do “interesse de dominação” (HABERMAS, 1968, p. 46-47).

Em outras palavras, a partir dos ensinamentos de Habermas, quer-se apontar a impropriedade constitucional da eliminação do debate no julgamento em bloco de recursos especiais “repetitivos”, vez que se promove aplicação indiscriminada da “decisão referência” a todos os casos sobrestados ou ajuizados a partir daquele momento na utilização de técnica de julgamento unificado de recursos para a manutenção dos interesses tidos dominantes, a saber: a segurança jurídica pela unificação da jurisprudência e a celeridade de julgamento.

É nesse contexto que os ensinamentos do autor alemão acerca da utilização da técnica para a manutenção de interesses mostram-se mais atuais, pois a técnica impeditiva de recursos especiais “repetitivos” está exatamente inserida na tentativa de redução do número de recursos⁴⁹ encaminhados aos tribunais superiores para que se alcance maior celeridade do julgamento dos demais recursos ou demandas existentes ou encaminhadas àqueles tribunais.

Atingidos os resultados buscados, não há maiores questionamentos sobre a participação do cidadão no momento de julgar uniformemente os recursos especiais fundados “em idêntica questão de direito”.

Questiona-se, por conseqüência, o ganho democrático de tal técnica, uma vez que análise numérica da *praxis* não agrega, por si, conteúdos democraticamente criados no debate. Ou melhor, quer-se saber qual o ganho democrático advém da diminuição do número de recursos julgados pelo STJ se o direito de manifestação do cidadão, no julgamento do conflito que o envolve, é negado.

Dessa forma, a técnica impeditiva de recursos especiais “repetitivos” associa cômputo numérico e igualação fática dos recursos julgados por tribunal superior sem questionamento teórico sobre o ganho de participação efetiva dos cidadãos na concretização de direitos fundamentais. Retiram-se da cognição dos julgadores inúmeros recursos de matérias “já analisadas”, sem debate sobre a reestruturação da “máquina judiciária” (TAVARES, 2009, p. 274), ou sobre a obstrução de argumentos ainda não ventilados em julgamento naquele órgão jurisdicional.

3.2. Art. 543-C do CPC: delineamentos procedimentais

⁴⁹ Conforme Alexandre Bahia (2009, p. 199) a emenda constitucional 45/04 foi somente o início do estabelecido no “Pacto de Estado em Favor de um Judiciário Mais Rápido e Republicano” assinado pelo Legislativo, Executivo e Judiciário em sessão solene de 15 de dezembro de 2004. Nesse pacto firma-se compromisso de se promover ações comuns buscando celeridade e confiabilidade no Judiciário por meio da EC 45/04, das reformas legislativas do sistema de recursos e procedimentos e pela melhoria do sistema de pagamento dos precatórios. Sobre o assunto é importante ressaltar ainda que Fix-Zamudio, em 1974, já relata a “simplificação” dos meios de impugnação em vários ordenamentos na América Latina a fim de restringir os efeitos suspensivos dos recursos. Sobre o direito brasileiro, o autor mexicano elogia o CPC elaborado por Alfredo Buzaid fazendo menção à limitação dos efeitos suspensivos da apelação (FIX-ZAMUDIO, 1974, p. 101-103).

O art. 543-C do CPC dispõe;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Em termos gerais, o procedimento adotado pelo legislador brasileiro na decisão de recursos repetitivos concede poder ao agente julgador, nesse caso, ao presidente do Tribunal *a quo*, para selecionar as peças representativas da controvérsia mediante critérios não esclarecidos ou debatidos com os órgãos representativos das funções essenciais à jurisdição e com o povo diretamente.

Após a escolha das petições representativas da controvérsia a serem encaminhadas ao STJ, o andamento procedimental dos demais recursos se suspende no tribunal de origem até que a decisão dos recursos pinçados (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA, 2009, p. 14) se realize. Não ocorrendo o pinçamento do recurso representativo da controvérsia pelo órgão *a quo* e havendo decisão-modelo determinada na jurisprudência ou questão já afeta ao colegiado, o Ministro relator determina a suspensão de todos os recursos, inclusive nos tribunais inferiores, nos quais a controvérsia já esteja estabelecida.

O *caput* do art. 543-C do CPC determina que, “*quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos desse artigo*”. O processamento dos recursos especiais considerados “repetitivos” pelo art. 543-C do CPC é o meio encontrado pelo legislador reformista para limitar a cognição da matéria debatida a poucos recursos, apesar de a decisão se aplicar a inúmeros outros recursos não analisados e vincular outros tantos que ainda poderão ser propostos, mas que sequer serão analisados ou debatidos (CUNHA, 2010, p. 8).

A técnica introduzida no CPC vigente e prevista no projeto do novo CPC (PLS-166/2010), busca a celeridade procedimental sem maiores digressões acerca da efetividade das decisões produzidas. Contudo, determinação constitucional da razoável duração do procedimento (TAVARES, 2009, p. 273), numa linguagem processual e democraticamente acertada, implica cognição plena e exauriente por meio da construção participativa do provimento pelas partes.

A busca pela celeridade não pode acarretar a supressão de garantias. Na medida em que o processo constitucional democrático apresenta-se como um direito-garantia de legitimidade de toda criação, postulação ou reconhecimento de direitos em âmbitos legislativo, judiciário ou administrativo, não pode simplesmente ser preterido ou afastado por técnicas ordinárias supressivas de espaço contraditorial de ampla argumentação entre as partes sobre as questões controvertidas acerca do bem da vida em disputa.

Para Nunes (2010, p. 150), o “discurso burocratizante”⁵⁰ do processo ocasionou a diminuição do espaço cognitivo formador das decisões em prol de uma rapidez procedimental a qualquer preço. E, ressalte-se, foi nessa corrente de sumarização e celeridade temporal que a Lei 11.672/08 foi redigida.

A Emenda Constitucional n. 45 de 2004 introduziu no Art. 5º da CRFB o inciso LXXVIII que dispõe: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Anterior à modificação constitucional, a previsão de prazo procedimental razoável já se encontrava no *caput* do art. 8º⁵¹ do Pacto de San José da Costa Rica/ Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, ratificado pelo Brasil em 1992 (TAVARES, 2008, p. 114).

Como no Brasil, que constitucionalizou o princípio da celeridade no rol dos direitos fundamentais do cidadão, inúmeras constituições estrangeiras possuem semelhante dispositivo, a saber: a VI Emenda da Constituição Americana de 1787; o art. 24, §2º, da Constituição Espanhola de 1978, que trata de processo sem dilações; a Lei Constitucional italiana de 23 de novembro de 1999 (em vigor a partir de 07 de

⁵⁰ O discurso burocratizante do processo refere-se ao esvaziamento “do papel do processo como instituição garantidora de implementação de direitos fundamentais” pelo modelo reformista brasileiro que reforça os poderes dos juízes e esfacela o papel das partes, advogados e demais partícipes do sistema processual (NUNES, 2010, p. 150).

⁵¹ Artigo 8º - Garantias judiciais 1. 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 outra natureza. 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior. 3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza. 4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos. 5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça. (PERNAMBUCO, TJ, 1969).

janeiro de 2000) que assegura a razoável duração do processo (NUNES, 2010b, p. 151).

A busca pela celeridade processual levada às últimas conseqüências no Brasil tem enfoque direcionado à concessão da “prestação jurisdicional” necessária à “pacificação social”. Por isso, desencadeou técnicas passíveis de supressão de direitos fundamentais. Nunes ensina que, a partir da década de 90, nos governos de Fernando Collor de Melo e Fernando Henrique Cardoso, medidas definidas no Consenso de Washington foram aplicadas no país. O Consenso de Washington é um conjunto de medidas propostas, em novembro de 1999, à América Latina, por economistas das instituições financeiras sediadas em Washington (FMI e Banco Mundial, por exemplo), buscando “ajustamentos” nos países em desenvolvimento (NUNES, 2010b, p. 157-158).

Tornou-se necessário criar modelo processual que não gerasse danos ao “mercado”, donde o reforço do papel da jurisdição e do ativismo judicial era assegurar os interesses do “mercado” (NUNES, 2010b, p. 159 e 166) e diminuir os custos da “prestação jurisdicional”, por uma lógica da produtividade colocada acima da implementação de direitos fundamentais.

Essa lógica da produtividade leva a uma análise econômica do direito, no sentido de utilizar de determinadas técnicas para se alcançar resultados quantitativos satisfatórios.

Ivan César Ribeiro ensina, após análise de oitenta e seis decisões judiciais em dezesseis estados brasileiros, que a isenção do julgador (no sentido liberal, de não-intervenção nos negócios jurídicos levados ao juízo) é essencial ao desenvolvimento econômico, vez que a possibilidade de expropriação de cláusulas contratuais anteriormente estabelecidas desencoraja o investimento externo. Da forma como colocada pelo autor, os investidores financeiros externos são desestimulados a investirem no país pela atuação parcial dos julgadores a favor da parte mais fraca, impedindo, numa análise macroeconômica, o desenvolvimento econômico do país (RIBEIRO, 2006, p. 32-35).

Outro aspecto do desenvolvimento econômico encontra-se na defesa dos direitos contratuais das partes menos poderosas (consumidor e pequenas empresas) que,

presenciando o descumprimento dos seus direitos, tendem a evitar a contratação com a mesma pessoa jurídica novamente. Assim, pela análise econômica do direito, Ribeiro (2006, p. 34-35) apresenta quatro propostas de política pública para maior “credibilidade da jurisdição em alguns Estados Brasileiros”, a saber: especialização das jurisdições como forma de evitar que o deslocamento do julgamento seja utilizado como manobra de não-acesso ao processo pelo hipossuficiente; privilégio ao uso de arbitragem; criação de justiça especializada em matéria comercial e necessidade de prévio diagnóstico dos institutos colapsados antes de reformas instantâneas e ineptas.

O modelo defendido pelo autor, influenciado pela perspectiva neoliberal brasileira (NUNES, 2010b, p. 157-169), narra a máxima rapidez procedimental e à sumarização da cognição por meio de técnicas destinadas a julgamentos massificados de aplicação e extensão coletiva como forma de redução numérica das ações e dos recursos encaminhados aos tribunais superiores. Ribeiro refere-se a pesquisa realizada pelo STF em 2004, que demonstra que 49,5% das demandas propostas nos Juizados Especiais Cíveis do Rio de Janeiro foram ajuizadas contra 16 companhias que persistiam na prática de atos que levaram às condenações anteriores (RIBEIRO, 2006, p. 32).

Na busca de produtividade jurisdicional, o modelo procedimental reformista se debruça sobre o número de casos resolvidos em um menor tempo possível, com decisão aplicada de maneira padronizada⁵².

Sob outra perspectiva, demonstrando a impossibilidade de fixação definitiva de “forma” em busca da eficiência pela celeridade Michele Taruffo (2008, p. 12-14) ensina que para se alcançar a eficiência não se pode quedar-se totalmente na oralidade (mais célere) e a escritura (formalizada). Em momentos diferentes cada uma mostra-se mais eficiente em alcançar o provimento final, dessa forma a oralidade permite menos desgaste em dinheiro e tempo, mas não é eficiente em casos mais complexos que necessitam de preparação documental para o desenvolvimento da demanda.

⁵² Sobre o assunto, cumpre transcrever os ensinamentos de Nunes (2010, p. 159): “Ademais, o modelo defendido deveria assegurar: a) uma uniformidade decisional que não levaria em consideração as preliminares do caso concreto, mas asseguraria alta produtividade decisória, de modo a assegurar critérios de excelência e de eficiência requeridos pelo mercado financeiro; e/ou b) a defesa da máxima sumarização da cognição que esvaziaria, de modo inconstitucional, a importância do contraditório e da estrutura participativa processual que garantem procedimentos de cognição plena para o acerto dos direitos”.

Por outro lado, a escritura mostra-se eficiente exatamente nos casos mais complexos, mostrando-se, de outra forma, não ser eficiente na avaliação da confiabilidade da prova oral (TARUFFO, 2008, p. 13). Por esses motivos, conclui o autor pela decisão de caso por caso conforme as características individuais de cada um para que a eficiência seja daquela forma encontrada (TARUFFO, 2008, p. 14).

Dessa forma, utilizando os ensinamentos de Taruffo, pode-se concluir que a utilização radicalizada de “forma” destinada a alcançar, unicamente, a célere “prestação jurisdicional” pode não ser a mais eficiente, principalmente, em relação à técnica impeditiva de recursos especiais “repetitivos”, quando ocasiona o cerceamento da partes e dos interessados na construção da decisão final.

É a partir desse momento que ganham força os julgamentos em bloco para redução de demandas e os recursos “repetitivos”, sem maiores questionamentos acerca da implementação de direitos fundamentais garantidores da participação plena das partes. Trata-se de eficiência quantitativa aparente sem efetividade de direitos fundamentais.

3.2.1 Técnica impeditiva de recursos especiais “repetitivos” (art. 543-C) em análise

Isto posto, o primeiro questionamento a ser feito sobre o texto legal do art. 543-C do CPC se refere à expressão “multiplicidade de recursos em idêntica questão de direito”, pois em que medida recursos podem ser considerados idênticos pela matéria debatida.

Francesco Carnelutti ensina que questão “*é a dúvida sobre uma razão*”, levada a juízo pela pretensão ou pela contestação; as razões da decisão resolvem as questões (2000, p. 86). As questões se dividem em materiais e processuais e quando se apresenta mais de uma questão, fala-se em controvérsia (CARNELUTTI, 2000, p. 86-87).

Sobre o assunto, Dias esclarece que ponto é o fundamento da pretensão ou da defesa incontroverso no processo; havendo controvérsia sobre um ponto, “este se converte em *questão*” (DIAS, 2004, p. 147). Assim, conclui o autor que, para Carnelutti, “*questão é todo ponto controvertido ou duvidoso* (de fato, de direito processual ou de direito material) que desponta no processo, objeto da discussão das partes e da decisão que será proferida” (DIAS, 2004, p. 148).

A partir dessa idéia, diferencia-se, na doutrina, questão de fato de questão de direito. Contudo, Lênio Luiz Streck critica a metodologia ainda adotada de separação entre fato e direito na análise do caso. Nas palavras do autor:

[...] ainda vivemos em um mundo jurídico que busca exorcizar os fatos e conflitos tratados pelo direito, isto é, em um mundo no qual a metodologia jurídica continua com a função de promover a desvinculação do caráter historicamente individualizado do caso que esteja na sua base, para atingir o abstrato generalizável e comum (STRECK, 2007, p. 9).

No método positivista, separa-se a análise dos fatos da consideração generalista e abstrata da norma no momento de aplicação, porque, pelo modelo subsuntivo, o sujeito é afastado do objeto pela tensão entre fato e norma. Streck (2007, p. 60-61) critica a subsunção da norma ao caso concreto (característica positivista) ainda presente nos discursos de justificação, nos discursos de adequação e nos discursos de aplicação tratados por Habermas e Günther.

Teorias discursivas, aponta Streck, mantêm a dualidade positivista acima abordada pela construção de discursos prévios de justificação e posteriores de aplicação; incidem, por isso, no mesmo problema de separação entre fatos e normas. Segundo Streck, “busca-se ‘aprisionar’ a realidade por intermédio de nossa rede de sentidos; e isso é filosofia da consciência” (STRECK, 2007, p. 10). Adiante afirma: “Discursos de justificação/fundamentação prévia procuram ultrapassar a decisão de origem para atingir todas as ‘situações semelhantes futuras’” (STRECK, 2007, p. 11).

Assim, Streck rejeita a dualidade defendida por Habermas e Günther, que afasta o discurso jurídico do “mundo prático”. Para o autor, Habermas concede a atribuição de sentido pela situação ideal da fala que se legitima na fundamentação em ambiente de simetria e liberdade por meio de um consenso racional (STRECK, 2007, p. 10 e 63). A

grande crítica de Streck atinge, todavia, a construção do sentido da norma em momento anterior à sua aplicação, o que acarreta, inclusive, o esvaziamento da necessidade de fundamentação das decisões pelo juiz, vez que a justificação daquela norma se encontra já dada, desde a criação da norma pelo discurso de fundamentação (STRECK, 2007, p. 11).

Os ensinamentos de Streck se colocam para robustecer o questionamento sobre o requisito determinante (*recursos com fundamento em idêntica questão de direito*) da aplicação da técnica destinada aos recursos especiais repetitivos. A questão de direito, ainda entendida como aquela que se faz independentemente dos fatos envolvidos no caso concreto, coloca na vala comum toda e qualquer demanda que tenha como pano de fundo matéria tratada em recurso representativo da controvérsia. Da forma como posta, a questão de direito não leva em conta as características individualizadas de cada demanda, que condicionam a própria existência normativa.

Como consta do CPC e se repete no Projeto do Novo CPC (PLS-166/2010), a técnica dos recursos “repetitivos” cria nova “cláusula aberta” no sentido de englobar tantos quantos entendimentos diversos forem necessários ao julgador dos recursos especiais repetitivos representativos da controvérsia. Exemplicando: se recurso especial rotulado como repetitivo representativo da controvérsia tratar de adoção internacional, qualquer recurso que tiver fundamento na mesma matéria pode ser, após a decisão do STJ, submetido à decisão exarada, mesmo que somente parte das alegações trate de adoção internacional.

Antônio Castanheira Neves também afirma a dificuldade da distinção entre questão de fato e questão de direito, vez que naquilo que se qualifica de “fatos” está contida toda a narrativa das partes para comprovação de ameaça ou lesão a direito legalmente previsto. Conforme Castanheira Neves:

[...] o ‘facto’ (sic) oferece no caso concreto e para o problema todas as notas metodológicas do *objecto* (sic) da investigação (*objectum*), embora seja o jurídico o *objectivo* (objectivo (sic) cujo resultado virá a precipitar o noemático constitutivo do *objiciendum*), e por isso o problema, enquanto problema, seja também jurídico. Se, pelo contrário, o problema se dirige ao direito (ao jurídico) como *objecto* (sic) e com a pretensão de o definir, apreender ou conceitualizar, já estaremos em face de um problema de *conhecimento* do direito, de um problema que, enquanto problema, é cognitivo – o problema tem o direito como

objecto, mas tem no conhecimento o seu objectivo, e é de conhecimento a própria intenção noética que o define (NEVES, 1967, p. 51).

Na qualificação da questão judicial, vale detalhar a “índole problemática” do problema (NEVES, 1967, p. 50) para determinar se se trata de fato ou de direito. Nesse sentido, nas palavras do autor:

[...] a questão-de-direito seria agora ‘de direito’, não porque o objecto (sic) investigando fosse o direito (como entidade objectiva ou categorial), mas porque a questão investigadora é de *juridicidade*. O ‘jurídico’ deixa de qualificar o objecto (sic), para qualificar um *problema*, enquanto problema – problema não *do direito* ou *sobre* o direito, mas *de* direito ou *jurídico*. (NEVES, 1967, p.50).

O autor português defende a impossibilidade do distanciamento completo da compreensão dos fatos em relação ao direito, pois o fato é que delimita metodologicamente o objeto do problema jurídico. Problema jurídico, assim, não recai sobre o conceito de direito, mas sobre a análise jurídica de um direito através de fatos. Não serve o conceito de “questão de direito” se fundado em juízos de exclusão, ou seja, na qualificação negativa como “aquela em que não se analisam os fatos”, e sim “direito”. Cumpre transcrever a citação de Rickert, lembrada por Castanheira Neves:

‘A não é B’ é o mesmo que dizer ‘A não é –A’, pois que como não –A é (para A) apenas o ‘não’ ou nada de A – é, portanto, o mesmo que dizer ‘A é A’. E outro tanto acontece a B, relativamente a A. Afirmar ‘A é A’ e ‘B é B’ não é, de modo algum, distingui-los. Só virão a distinguir-se como relata de uma determinada relação, de modo que A e B estejam entre si como ‘um’ para ‘outro’, de tal modo, portanto, que dizer que A implique dizer, embora por determinação negativa, algo positivo de B. Mas para isso – é evidente – tem de pressupor-se uma qualquer unidade entre A e B, aquela unidade que A de certa maneira e B de outra maneira analisam, e na qual, por isso mesmo, eles (A e B) mútuas e simultaneamente (sic) se determinam (NEVES, 1967, p. 98).

Teresa Arruda Alvim Wambier, abordando a admissibilidade do recurso especial, atesta a dificuldade existente em separar questão de fato e questão de direito. Conforme a autora, o fenômeno jurídico – que “ocorre, efetivamente, no momento da *incidência* da norma no mundo real, no universo empírico” (WAMBIER, 1998, p. 53), ou seja, pela subsunção – é formado de fatos e direitos. Por outro lado, as questões

podem ser predominantemente de fato ou predominantemente de direito a partir de dois critérios.

O critério ontológico diz respeito ao grau de predominância do aspecto jurídico da questão para saber se se trata de questão jurídica, sendo marcante se o “*foco de atenção do raciocínio do Juiz* estiver situado em *como* deve ser entendido o texto normativo” (WAMBIER, 1998, p. 53). A questão é jurídica configura-se quando o foco problemático se voltar à análise do texto normativo; os fatos já foram expostos e a subsunção, “a fase do ‘encaixe’ da lei + fatos” (WAMBIER, 1998, p. 54) já foi, também, superada.

Sob o enfoque do critério ontológico, lastreado na sapiência do julgador e não no debate conduzido democraticamente pelas partes, maior dúvida recai sobre a divisão entre questão de fato e questão de direito quando a análise incidir sobre o momento da subsunção⁵³. Menciona a autora dois posicionamentos. Na primeira hipótese, não há dúvidas sobre como os fatos ocorreram, mas sim em como a norma seria aplicada em determinado acontecimento. Na segunda hipótese, há dúvida em como os fatos ocorreram o que interfere na escolha de qual norma específica se aplica. Uma vez aplicada a norma errônea aos fatos apresentados, a discussão acerca dos fatos é jurídica, obrigando reavaliação desses em recursos especial para corrigir ilegalidades (WAMBIER, 1998, p. 55-56).

O segundo critério denomina-se técnico-processual, utilizado, de acordo com Wambier (1998, p. 56-57), nos casos em que a correção da ilegalidade preceder novo momento de subsunção dos fatos à lei. Nessa situação, a questão é predominantemente fática caso seja necessário novo exame do conjunto probatório apresentado e produzido no procedimento anterior. Não obstante, é questão predominantemente de direito a qualificação errônea do fato pela instância ordinária impugnada pelo recorrente.

No entendimento da autora, a súmula 7 do STJ, segundo a qual “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”, refere-se exatamente aos termos tratados por ela nas questões predominantemente fáticas pelo critério técnico-processual. Em outras palavras, não é possível reexame pormenorizado de todo

⁵³ Castanheira Neves aponta a superação da teoria da subsunção (NEVES, 1967, p. 95).

conteúdo probatório trazido aos autos para decisão em âmbito recursal extraordinário (WAMBIER, 1998, p. 57).

Para aclarar sua posição, Wambier afirma e explicita a distinção entre mero reexame das provas e reavaliação das provas⁵⁴. Reavaliação recai na qualificação dos fatos perante a norma, ou seja, na subsunção; já o mero reexame equivale ao exame mais minucioso e vagaroso das provas, individualmente consideradas, em instância superior (WAMBIER, 1998, p. 57-58). Decisões do STJ também se mostram nesse sentido, a saber:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO PROPORCIONAL. ATIVIDADE RURAL. CONTAGEM. PROVA MATERIAL. INÍCIO. AUSÊNCIA. REVALORAÇÃO. ART. 55, § 3.º, DA LEI N.º 8.213/91. VIOLAÇÃO.

1. **O exame da existência de início de prova material de atividade rural não demanda o reexame da matéria fático-probatória, mas genuína valoração das provas coligidas aos autos, a tornar inaplicável o raciocínio extraído da Súmula n.º 7 do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes.**

2. Por outro lado, a teor da Súmula n.º 149/STJ, "a prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rural, para efeito de obtenção de benefício previdenciário".

3. Agravo regimental a que se nega provimento. Grifos nossos (BRASIL, STJ. AgRg no Resp 1147923/SC, Rel. Ministro O. G. Fernandes, 2010a)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CAUTELAR. DEPÓSITO JUDICIAL. DESTINO. COISA JULGADA. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7 DO STJ. CONTRIBUIÇÃO AO PIS. LC N. 7/70. SEMESTRALIDADE. SÚMULA N. 83 DO STJ. APLICAÇÃO EM RECURSO FUNDADO NA ALÍNEA "A".

1. Não havendo no acórdão omissão, contradição ou obscuridade capaz de ensejar o acolhimento da medida integrativa, tal não é servil para forçar a reforma do julgado nesta instância extraordinária. Com efeito, afigura-se despicienda, nos termos da jurisprudência deste Tribunal, a refutação da totalidade dos argumentos trazidos pela parte, com a citação explícita de todos os dispositivos infraconstitucionais que aquela entender pertinentes ao desate da lide.

2. **Não é cabível a esta instância reexaminar o conjunto fático-probatório dos autos, sob pena de ensejar violação ao disposto na Súmula n. 7 desta Corte.**

⁵⁴ Cumpre ressaltar que Rosemiro Leal diferencia valoração e valorização. Como explica: "Não basta valorar os elementos de prova, dizer que eles existem na estrutura procedimental, é imperioso que sejam valorizados (comparados em grau de importância jurídica) pelos **pontos** legalmente preferenciais. A **valoração** é ato de apreensão intelectual do elemento de prova e a **valorização** é ato de entendimento legal dos conteúdos dos elementos de prova" (LEAL, 2008, p. 208).

3. A contribuição para o PIS estabelecida na Lei Complementar n.7/70 tem como fato gerador o faturamento mensal, não sendo cabível a correção monetária anteriormente à sua ocorrência. Sendo a base de cálculo do PIS o faturamento de seis meses anteriores à ocorrência do fato gerador, não é cabível a correção monetária no regime da semestralidade. Precedentes. Incidência da Súmula n. 83 do STJ.
4. É assente o entendimento nesta Corte de que a Súmula n. 83 do STJ também é aplicável às hipóteses de especial fundado na alínea "a" do permissivo constitucional. Precedentes.
5. Recurso especial não conhecido (BRASIL, STJ. Resp 1013417/RS, Rel. Mauro Campbell Marques, 2010b).

Dessa forma, quando a norma impõe a aplicação da técnica impeditiva de recursos especiais “repetitivos”, a partir da multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, os fatos não podem ser completamente afastados, tornando, ilegal e inconstitucional sua aplicação de maneira generalizada a todos os casos que envolvam as mesmas matérias mas não possuem contornos fáticos semelhantes. Sobre o assunto, Vítor José de Mello Monteiro explicita:

É necessário, portanto, para considerar que a questão jurídica é idêntica, nos termos do *caput* do art. 543-C do Código de Processo Civil, que (i) verse sobre uma mesma situação fática, ou sobre situações fáticas idênticas, desde que tida(s) por incontroversa(s) pelas instâncias ordinárias; (ii) os fatos incontroversos devem ser analisados sob uma mesma ótica, quer dizer, a discussão deve estar inserida no mesmo contexto; (iii) a questão discutida deve ser de direito (estritamente jurídica = questão federal); (iv) pode versar sobre a aplicação de um ou mais dispositivos legais, não sendo exigível que, para que seja considerada idêntica a questão de direito, seja discutida nos processos a aplicação do mesmo dispositivo legal (MONTEIRO, 2009, p. 406).

Questão jurídica ou questão de direito, como colocadas no *caput* do art. 543-C do CPC, supõem matéria determinada. Isso porque, ao cabo, produz-se entendimento sobre lei federal (proposição jurídica) válida apenas em face do fato que ensejou a provocação jurisdicional.

Avançando-se na análise do art. 543-C do CPC, o § 1º prescreve:

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

Assim, a escolha das amostras (MONTEIRO, 2009, p. 407) a serem encaminhadas ao STJ é feita, isoladamente, pelo presidente do tribunal *a quo* sem quaisquer procedimentos ou critérios objetivos de escolha. Ao juiz é concedido o poder de escolha sem limitação legal e objetivamente fixada. De maneira inconstitucional, permite-se que o julgador decida discricionariamente quais recursos podem ser ou não representativos da controvérsia. Sobre o assunto, esclarece Streck:

[...] Tem sido muito comum aproximar – embora que de forma equivocada – aquilo que se menciona como discricionariedade judicial daquilo que a doutrina administrativa chama de “ato administrativo discricionário”. Nota-se, de plano, que há aqui uma nítida diferença de situações: no âmbito judicial, o termo discricionariedade se refere a um espaço a partir do qual o julgador estaria legitimado a *criar* a solução adequada para o caso que lhe foi apresentado a julgamento. No caso do administrador, tem-se por referência a prática de um ato autorizado pela lei e que, por esse mesmo motivo, mantém-se adstrito ao princípio da legalidade. Ou seja, o ato discricionário no âmbito da administração somente será tido como legítimo se de acordo com a estrutura de legalidade vigente (aliás, o contexto atual do direito administrativo aponta para uma circunstância no interior da qual o próprio conceito de ato discricionário vem perdendo terreno, mormente em países que possuem em sua estrutura judicial, um Tribunal especificamente Administrativo) (STRECK, 2009, p. 10-11).

Monteiro (2009, p. 407) chama atenção para a necessidade do presidente do tribunal atentar para a qualidade, clareza e objetividade da argumentação presente nos recursos escolhidos. A Resolução n. 8 do STJ, regulamentando o art. 543-C, §9º, do CPC, determina, em seu art. 1º, §1º, que será selecionado pelo menos um “processo” (autos do procedimento) de cada relator entre os que possuem a maior diversidade de argumentos. O agrupamento dos recursos “repetitivos” considerará apenas a questão central discutida (§2º do art. 1º). A partir da escolha, os demais recursos especiais serão distribuídos por dependência (§4º do art. 1º da Resolução n. 8) (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2008).

Outro ponto a ser debatido é a não “admissão” dos demais recursos especiais. A rigor, recursos em conformidade com o art. 105, III, da CRFB não serão analisados pelo STJ, na medida em que aguardam, dormentes *sine die*, decisão-padrão que extirpe as especificidades de cada demanda⁵⁵.

⁵⁵ No mesmo sentido, alertando sobre a impropriedade do verbete “idêntica” no instituto da repercussão geral, salientam Theodoro Júnior, Nunes e Bahia: “Quanto ao mecanismo de sobrestamento de alguns recursos ‘idênticos’ enquanto alguns deles são apreciados pelo tribunal (já que depois a decisão destes

Trata-se, então, de um flagrante desrespeito ao direito fundamental ao recurso. Inúmeros recursos regularmente interpostos não serão nem ao menos analisados até que decisão referência seja confeccionada para aplicação geral e irrestrita. Desde já a inconstitucionalidade do art. 543-C do CPC mostra-se latente pelo impedimento de acesso ao STJ mediante a não-realização do juízo de admissibilidade no Tribunal *a quo* daqueles recursos considerados repetitivos, suspensos pela decisão do relator no âmbito do STJ ou, simplesmente, pela suspensão sumária de recursos não analisados.

Absurdamente, fica o recurso obstado no Tribunal *a quo* por decisão, ou melhor, inação solipsista do Presidente do Tribunal, sem a menor possibilidade de, por si, modificar até mesmo o julgamento daqueles recursos considerados “representativos da controvérsia”. Eis a legalização da não-motivação das decisões, efetuada por meio de análise individual do juiz ao considerar tal ou qual recurso como repetitivo. Prevê o §2º do art. 543-C do CPC:

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

Recursos especiais que abarquem a mesma matéria constante dos “demonstrativos da controvérsia” serão sobrestados até fixação de entendimento sobre o assunto pelo STJ. Novamente a técnica limita a fiscalidade processual permanente do órgão judiciário pelo povo.

A determinação da suspensão dos recursos nos tribunais de segunda instância fere de morte o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa (art. 5.º, LIV e LV, da CRFB). A existência de controvérsia “repetitiva” não impede a participação das partes sobre a suspensão do recurso, nem mesmo a participação acerca da aplicação formalizada e genérica de entendimento firmado no STJ sobre a matéria.

predetermina a sorte dos demais), apenas podemos manifestar nossa desconfiança quanto à crença do legislador de que as questões em direito podem ser tratadas de forma tão “certa”, que se possa realmente dizer que as causas são idênticas. O que a lei faz é desconsiderar as características do caso e as pretensões que são levantadas em cada um; então um dos recursos servirá para que se tente *sensibilizar* o tribunal da importância de sua apreciação. Caso não consiga, todos os demais recursos parecerão, sem que tenha havido apreciação individual; se conseguir, todos os demais serão julgados da mesma forma, também sem apreciação” (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA, 2009, p. 36).

Apesar do ar de pretensa completude resolutória de conflitos e questões contida no art. 543-C do CPC, a técnica positivada faz com que se extirpem do debate processualizado questões ainda não resolvidas. Ao cabo, o Judiciário legisla, em franco desrespeito ao art. 5.º, XXXV e LV, da CRFB. Mais uma vez afasta-se a participação do cidadão em prol de uma celeridade procedimental vazia, supressiva do direito fundamental à fala juridicamente qualificada.

Francis Wolf (1996, p. 73-76) ensina que a democracia é, por excelência, o regime do discurso, isto é, da palavra pública, pois “toda decisão (política, jurídica ou judiciária) supõe a discussão aberta, a confrontação explícita das posições das partes presentes, a exposição a todos de razões válidas para todos, o estabelecimento em comum dos valores comuns”.

O “direito de falar” é o direito de julgar se o que é dito é verdadeiro ou não e mostra-se como critério fundamental na democracia para que a isocrítica (como a capacidade de julgar por si mesmo o verdadeiro e o falso), se faça presente na garantia de opinar nas decisões políticas ou jurídicas.

3.2.2 Ampla participação e amicus curiae

Ultrapassada a admissibilidade dos recursos pinçados, dispõe o §3º do art. 543-C do CPC que o relator poderá solicitar informações sobre a controvérsia aos tribunais federais e estaduais em quinze dias. Contudo, a terminologia utilizada “poderá” não acresce em legitimidade à disposição normativa, visto que possibilita entendimento de discricionariedade do julgador sobre a necessidade de participação de terceiros interessados na decisão.

Frise-se que a participação dos tribunais pode, em tese, colaborar na amplitude do julgamento, já que acresce argumentos não colocados pelos recursos escolhidos. Conforme Monteiro, as informações prestadas pelo tribunal podem conter informações e razões do entendimento majoritário dos órgãos fracionários ou do plenário sobre a matéria e os tribunais também poderão expor peculiaridades ocorridas na área de sua

jurisdição (MONTEIRO, 2009, p. 411). Nada disso, porém, implica aumento de participação dos afetados pelo provimento na sua construção.

A técnica reformista introduzida no CPC/73 também prevê a possibilidade, considerando-se a relevância da matéria, de manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia (§4º do art. 543-C do CPC/73). Contudo, a intervenção do *amicus curiae* dependerá do entendimento privilegiado do julgador sobre a relevância da matéria, demonstrando que, apesar de aquela decisão definir não só o recurso em análise como também todos aqueles sobrestados, nem sempre será “oportuna” a participação dos interessados no assunto, a depender, enfatize-se, da compreensão do ministro relator sobre o tema. Nesse sentido, caso julgue o relator que a matéria não possui relevância tamanha a determinar manifestação dos demais interessados, entendimento padrão e vinculativo aos órgãos de instância inferior será produzido sem possibilidade de amplo debate entre os destinatários da norma.

Por outro enfoque, afirma Monteiro que a intervenção do *amicus curiae* deve preceder a comprovação da representatividade das pessoas, órgão ou entidade a fim de que sua participação ocasione “efetiva contribuição” (MONTEIRO, 2009, p. 411). Contudo, pela redação da lei, basta que o interveniente possua interesse na controvérsia para que sua representação seja legítima (FAZZALARI, 2006, p. 122-123). A representatividade de massa, como proposta por Monteiro, interpretada de maneira diferente, pode ocasionar a mesma exclusão autoritária dos interessados.

Theodoro Júnior, Nunes e Bahia (2009, p. 28-29) ensinam que o instituto do *amicus curiae* tem inspiração norte-americana pela grande importância dos “casos concretos” e tem a prerrogativa de levantar assuntos ainda não ventilados pelas partes, enriquecendo e democratizando o debate jurídico.

Frise-se que a integração dos atingidos pela decisão, além do conflito representado pelas partes, denota a idéia de julgamento de temas com fixação de entendimento vinculativo pelo tribunal (importação enviesada do instituto do *stare decisis* para o processo civil brasileiro). Gilmar Ferreira Mendes (2004, p. 206-207), assegura que, desde 1925, os americanos “descobriram” que os processos julgados pela Suprema Corte eram somente de aparência, um processo de partes, um caso-pretexto. Assim, para que a decisão vincule todos os casos “semelhantes”, afirma o

autor a necessidade de estrutura procedimental aberta e plural com a participação dos interessados.

Frise-se, contudo, que o processo como estrutura procedimental, a partir de Elio Fazzalari (2006, p. 113-115), sofre releitura na atualidade por determinar a imprescindível presença dos princípios/garantia do contraditório, da ampla defesa, da isonomia, como também a presença do advogado e a fundamentação das decisões. Sobre o assunto, Tavares ensina:

[...] pós-modernidade instaurada com a Constituição de 1988, de bases democráticas e de respeito a princípios fundantes do próprio Direito, como a dignidade da pessoa humana, a cidadania e direitos fundamentais, não só os clássicos (como vida e liberdade) como, também, do devido processo e seus corolários (contraditório, isonomia, ampla defesa, fundamentação das decisões, direito ao advogado e racionalidade dos procedimentos judiciais e administrativos) e de um direito penal mínimo (TAVARES, 2007, p. 20).

3.2.3 Manifestação dos interessados e a sua conveniência: uma análise judicial

A última manifestação no procedimento de julgamento de recursos especiais “repetitivos” é a do Ministério Público, em casos determinados por suas finalidades institucionais (MONTEIRO, 2009, p. 411), pelo prazo de quinze dias (§5º do art. 543-C do CPC/73). Transcorrido o prazo do Ministério Público cópia do relatório se encaminha aos ministros da seção ou da corte especial, devendo o recurso ser incluído na pauta com preferência de julgamento sobre os demais feitos, exceto aqueles que envolvam réu preso e *habeas corpus* (§6º do art. 543-C do CPC/73).

Publicado o acórdão, os recursos especiais sobrestados têm seguimento denegado caso o acórdão recorrido coincida com o entendimento firmado pelo STJ, ou passam por reanálise do tribunal *a quo* caso o acórdão recorrido divirja da orientação do STJ (§7º do art. 543-C do CPC/73).

Contudo, um grave problema existe nesta fase do procedimento. Ao denegar o seguimento de recurso especial, aplicando o entendimento consolidado pelo STJ no regime dos recursos especiais “repetitivos”, o presidente do tribunal *a quo* profere

decisão de mérito (MONTEIRO, 2009, p. 413). Sem maiores digressões, o assunto foi tratado pela Resolução n. 8 do STJ que prevê:

Art. 5º Publicado o acórdão do julgamento do recurso especial pela Seção ou pela Corte Especial, os demais recursos especiais fundados em idêntica controvérsia:

I – se já distribuídos, serão julgados pelo relator, nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil;

II – se ainda não distribuídos, serão julgados pela Presidência, nos termos da Resolução n. 3, de 17 de abril de 2008.

III – se sobrestados na origem, terão seguimento na forma prevista nos parágrafos sétimo e oitavo do artigo 543-C do Código de Processo Civil (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2008, p.2).

Em acórdão divergente, mantida a decisão colidente, novo juízo de admissibilidade se realiza no tribunal *a quo*. Nessa hipótese, tem o tribunal *a quo* a possibilidade de reconsideração do acórdão prolatado (§8º do art. 543-C do CPC/73). Contudo, conforme Monteiro (2009, p. 414), o juízo de retratação somente pode ocorrer em duas hipóteses: quando a questão é proferida em momento anterior àquele em que normalmente é ou quando a matéria decidida não representa a decisão final do conflito.

O §9º do art. 543-C do CPC/73 prevê a regulamentação do procedimento de julgamento de recursos especiais “repetitivos” pelo STJ e pelos tribunais de segunda instância. A Resolução STJ n. 8, de 7 de agosto de 2008, cumpre a exigência legal.

3.3 litigiosidade em massa e amostras no direito comparado: a busca pela estabilização da jurisprudência

3.3.1 A litigiosidade em massa e seus fundamentos

A técnica impeditiva dos recursos especiais repetitivos desenvolve-se na linha teórica da chamada litigiosidade em massa (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA, 2009, p. 19), das macrolides (BENETI, 2009, p. 10) ou do julgamento em bloco (BASTOS, 2010, p. 221), que buscam a resolução de demandas individuais

semelhantes por entendimento padronizado do tribunal superior aplicado às instâncias inferiores.

Em notícia veiculada no dia 04 de setembro de 2010 no *site* do Superior Tribunal de Justiça comemora-se a redução de recursos julgados:

[...] Desde que foi editada a Lei n. 11.672, em agosto de 2008, mais de **260 processos** foram destacados para julgamento pelo rito da Lei dos Recursos Repetitivos no Superior Tribunal de Justiça (STJ). Destes, **cerca de 24% já foram julgados**. Até agosto deste ano, quando a norma completou um ano de vigência, houve uma **redução de 34% no número de recursos** que chegam ao Tribunal. **Uma Justiça célere, eficiente e efetiva**. Esse é o resultado alcançado pela recente legislação, concebida para desafogar o STJ, corte que tem a **missão** de ser a última palavra em relação à legislação federal de caráter infraconstitucional [...] a nova lei faz parte da **solução do problema do crescente número de recursos encaminhados ao Tribunal, que em 20 anos de existência já ultrapassou a marca de três milhões de recursos julgados**. O salto no número de processos distribuídos aos 33 ministros que integram o Tribunal também é expressivo. No ano de sua criação, eram distribuídos pouco mais de 6,1 mil processos. Um ano depois, esse número alcançava a casa dos 14 mil, para ultrapassar os **cem mil apenas uma década depois**. Chegando aos 20 anos, a quantidade batia às portas dos 300 mil. (BRASIL, 2010c).

Reconhecendo o grande crescimento populacional, na globalização e na alta complexidade das relações interpessoais (BENETI, 2009, p. 10), os adeptos da técnica visam uma dogmática própria para demandas “seriais e repetitivas” (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA, 2009, p. 11).

Beneti (2009, p. 10-11) afirma que a macrolide se desdobra em ações individuais ilusoriamente individualizadas, pois “contornos principais dos casos individuais transmigram entre os autos dos processos; argumentos expostos individualmente espriam-se a todos os processos e, ao final, fundamentos das pretensões e motivos dos julgados mesclam-se”.

Theodoro Júnior, Nunes e Bahia identificam três tipos de litigiosidade na atualidade. São eles:

(a) individual ou “de varejo”: sobre a qual o estudo e dogmática forma tradicionalmente desenvolvidos, envolvendo alegações de lesões e ameaças a direito isoladas; (b) a litigiosidade coletiva: envolvendo direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, nos quais se utilizam v.g., procedimentos coletivos representativos, normalmente patrocinados por legitimados extraordinários (órgão de execução do Ministério Público, Associações representativas etc.) mediante *Class Actions*, *Defendant Class Actions*, *Verbandsklage* etc.; e (c) em massa ou de alta intensidade: embasadas prioritariamente em direitos

individuais homogêneos que dão margem à propositura de ações individuais repetitivas ou seriais, que possuem como base pretensões isomórficas com especificidades, mas que apresentam questões (jurídicas e/ou fáticas) comuns para a resolução da causa. (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA, 2009, p. 20).

Abarcando o último tipo de litigiosidade mencionado, a técnica de julgamento dos recursos especiais “repetitivos” coloca-se como corruptela de outras técnicas semelhantes encontradas no direito comparado. Assim, demandas de pretensões isomórficas com algumas especificidades constituem o objeto da técnica referente aos recursos especiais “repetitivos”, que não raro tem incidência em demandas originadas pela ação ou inação dos órgãos públicos.

Theodoro Júnior, Nunes e Bahia ponderam que, em países em que políticas públicas adequadas para a concretização de direitos fundamentais não são asseguradas - como o Brasil - a chamada litigância de interesse público, geradora de demandas repetitivas, é uma constante, conduzindo à propositura de demandas contra o poder público (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA, 2009, p. 20-21).

A própria atuação do órgão público gera litigiosidade pela inexistência de políticas públicas inclusivas da população mais carente que vive à margem da sociedade historicamente constituída sob critérios econômicos e raciais. A ausência de implementação de direitos fundamentais mínimos aos cidadãos é fator determinante para a geração de demandas, fundadas nos mesmos argumentos jurídicos.

O aumento de litigiosidade com demandas de mesma origem sobrecarregou uma máquina judiciária já debilitada que, na execução de suas atribuições, de maneira estratégica, visualizou como salvação do seu papel principal, a ideológica a proteção da “paz social”⁵⁶, a supressão de direitos fundamentais em prol da celeridade procedimental.

No entanto, a criação de técnica procedimental para abarcar tais situações necessita, antes de tudo, de compatibilidade constitucional. A produção de decisões que, eventualmente, possam ser aplicadas em recursos semelhantes suplica estudo mais detido do instituto do recurso no direito contemporâneo. Como dito, no estudo da técnica dos recursos “repetitivos”, incluídos na chamada litigiosidade em massa,

comemora-se a possibilidade de aplicação irrestrita da jurisprudência a demandas “repetitivas” sem se indagar o que seria efetivamente “repetitivo”.

Na manutenção e no aumento de poderes do juiz, como ente destinado a ações socializantes, descarta-se a participação efetiva das partes. Ainda assim, Cunha (2010, p. 5) defende a uniformização da jurisprudência na administração das demandas repetitivas sob pena de não se atender a isonomia e a segurança jurídica.

Na visão do autor, isonomia equivale a colocar todos na “vala comum” da confiança cega no judiciário, que, sem qualquer estrutura para atingir e cumprir as funções-deveres a ele constitucionalmente confiadas, se atropela no afã decisório, para julgar, sem qualquer compromisso teórico, o maior número de recursos possíveis no menor espaço de tempo (CUNHA, 2010, p. 7). Nas palavras do autor, sob perspectiva sociológica ideologizada: “[...] decorre do princípio da isonomia a necessidade de se conferir tratamento *idêntico* a quem se encontra em *idêntica* situação” (CUNHA, 2010, p. 5).

Pela confiança na “jurisprudência”, renegam-se os princípios democráticos do processo a bem de soluções rápidas. O legislativo reformador, em vez de voltar sua atenção à implementação de direitos fundamentais à sobrevivência digna, acolhe mais e mais técnicas falaciosas de defesa de direitos para justificar casos em que se encontram o exercício da função jurisdicional. Sobre o assunto, Alexandre Gustavo de Melo Franco Bahia, no estudo sobre a súmula vinculante, alerta que decisão prévia e vinculante é o tom utilizado para se deixar em segundo plano os interesses dos recorrentes em prol da segurança jurídica e da estabilidade institucional (BAHIA, 2009, p. 200). E são esses os argumentos falaciosos utilizados para retirar a participação das partes na construção do provimento.

Dessa forma, a manutenção do discurso falacioso, segundo o qual o engessamento do entendimento judicial garante a “segurança jurídica”, aumenta ainda mais a gama de significados que tal expressão comporta. A própria averiguação do que vem a ser “segurança jurídica” se opera à margem do discurso democrático, pois se os direitos fundamentais do processo apenas conformam o instrumento do dizer o direito

⁵⁶ No mesmo sentido do “escopos metajurídicos” defendido por Antônio Carlos de Araujo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2005, p. 133).

pelo juiz, a “segurança jurídica” reduz-se à eficiência numérica alcançada pela diminuição de recursos julgados pelo STJ. Nas palavras de Cunha:

Aliás, a noção de segurança, como valor inerente à vida em sociedade, desdobra-se em duas vertentes. A segurança pode ser encarada como: (a) manutenção do *status quo*, sem possibilidade de se alterar a situação já consolidada; e (b) garantia de *previsibilidade*, permitindo que as pessoas possam se planejar e se organizar, considerando as possíveis decisões a serem tomadas em casos concretos pelos juízes e tribunais (CUNHA, 2010, p. 7).

Os dois pontos trazidos por Cunha como sinônimo de “segurança jurídica” merecem imediata revisitação. Percebe-se claramente o apego que o autor tem pela atividade jurisdicional, atribuindo a ela e aos juízes a regulamentação da vida, mesmo que, com isso, prive-se da liberdade de estar em juízo em debate democrático, e negue-se a ampla defesa (ampla defesa/liberdade) (LEAL, André, 2008, p. 108 a 115).

A previsibilidade, segundo argumento arrolado por Cunha, mostra-se, sob questionamento crítico, como amarra imposta ao cidadão. Nesse sentido, os princípios institutivos do processo – contraditório/vida, ampla defesa/liberdade e isonomia/dignidade – são simplesmente esquecidos⁵⁷.

Não há como defender vida em uma comunidade de indivíduos que estabelece regras não interrogáveis, aplicados de ofício pelos órgãos de Estado. Na negativa da vida, a liberdade do debate jurisdicional para construção dos conteúdos da normatividade também é excluída e anulada, impedindo por completo a existência digna do cidadão em patamares de democracia.

O vício de inconstitucionalidade que se coloca na observação da técnica impeditiva de recursos especiais “repetitivos” é o julgamento de inúmeros casos sem a participação de todos os interessados em contraditório e em ampla defesa.

Distante de tais questionamentos, com foco voltado à fixação de estatísticas favoráveis a uma “prestação jurisdicional” breve, Bastos afirma que o “julgamento em

⁵⁷ Frise-se que de maneira contrária à Cunha, atentando aos preceitos democráticos de participação popular, Alexandre Bahia afirma que a segurança em um Estado Democrático de Direito impossibilita centralizar em tribunal superior (o autor menciona o STF) o *cânon* oficial de interpretação normativa a fim de gerar estabilidade ao se criar barreira de acesso aos tribunais. Nesse sentido, entende o autor que segurança jurídica significa a proteção de que qualquer lesão ou ameaça a direito encontre no Judiciário

bloco” (BASTOS, 2010, p. 208-209) proporciona maior “segurança jurídica” e “isonomia”, vez que impede, nas “situações jurídicas homogêneas”, a existência de decisões judiciais antagônicas (BASTOS, 2010, p. 208-209).

Na mesma direção, Cunha defende que “as demandas de massa” devem ter tratamento prioritário com a definição de “mecanismos” que estabeleçam a tese jurídica a ser aplicada aos casos repetitivos (CUNHA, 2010, p. 7).

Outra “vantagem” da técnica, no entendimento de Bastos, é a promoção da razoável duração do “processo” pela fixação de entendimento judicial “aplicada a um conjunto de casos-tipo que estão pendentes ou que venham a ser propostos” (BASTOS 2010, p. 209). Trata-se de engessamento dos entendimentos afetos aos tribunais superiores, que, distante da participação ativa de todos os atingidos pela decisão em debate democrático inclusivo, concede ao solipsismo judiciário o múnus de decidir sobre matéria determinada.

Aceitando prática totalmente afastada dos ditames constitucionais do processo e dos princípios que o instituem, Bastos relembra entendimento de Ovídio Batista e atesta “ganho qualitativo em relação à repetição, pura e simples [...] no exercício da jurisdição ‘pasteurizada’” (BASTOS, 2010, p. 209).

Isto é, como uma grande litigiosidade se apresenta, os juízes são obrigados a padronizar suas decisões sem análise mais detida das especificidades de cada caso. Assim, a técnica de julgamento das demandas repetitivas coloca-se como a institucionalização de tais práticas, pois permite o estabelecimento de parâmetros fixos para a interpretação e aplicação dos casos precedentes aos casos concretos (BASTOS, 2010, p. 209)⁵⁸.

resposta adequada, ou seja, resposta em que as partes tenham a certeza de que a decisão foi formada a partir de sua produção em contraditório (BAHIA, 2009, p. 220-221).

⁵⁸ Cumpre ressaltar que é por argumentos como esse que o instituto da assunção de competência (Lei 10.352 publicada em 27 de dezembro de 2001 e em vigor a partir de 27 de março de 2002) ganha mais e mais importância no ordenamento jurídico brasileiro. Sobre o assunto, Sidnei Agostinho Beneti (2009, p. 14) apresenta a assunção de competência como uma das primeiras modificações legislativas do procedimento de segundo grau. Apesar de tratar dos institutos da repercussão geral no recurso extraordinário ao STF (art.543-B do CPC) e do impedimento dos recursos “repetitivos” ao STJ (art. 543-C do CPC) como forma de conferir maior “uniformidade na jurisprudência e nível satisfatório de segurança jurídica”, o autor mostra a assunção de competência como uma terceira via à segurança jurídica obsessivamente almejada pelas reformas do CPC.

Baseando-se no conceito de macrolides, cujo sentido compreende a análise da economia em escala, documentação informática, comunicação eletrônica e globalização dos institutos, afirma o autor que a atividade negocial intensa, em âmbito privado - pelos contratos de adesão - e, no âmbito público - por questões tributárias e administrativas com afetação a uma pluralidade de sujeitos - impulsionam a formação de demandas repetidas (BENETI, 2009, p. 10). Nos casos apresentados, Beneti argumenta que a lides ocorridas são ilusoriamente individuais vez que se originam das mesmas situações fáticas. Nas palavras do autor:

[...] argumentos expostos individualmente espriam-se a todos os processos e, ao final, fundamentos das pretensões e motivos dos julgados mesclam-se, mormente ante o fenômeno moderno da reprodução em massa de papéis - via copiadoras, impressoras e o envio por Internet - e, entre nós, da ânsia das partes de prequestionar desde a inicial - para haver acesso aos Tribunais Superiores - e dos julgadores para o possível atalhe à interposição de Embargos de Declaração.”. (BENETI, 2009, p. 11)

Para Beneti (2009, p. 11), a macrolide advém de mudanças legislativas e de regulamentações governamentais; “lida como matéria de direito, desfilando teses qualificadas pela mesmice”. Trata-se de nova forma de atribuir a “solução do problema” ao judiciário pela consolidação jurisprudencial no menor tempo possível como forma de impedir a elevação numérica de procedimentos e recursos sobre o assunto (BENETI, 2009, p. 11-12)⁵⁹

Apesar de não estar explicitamente colocado no texto pelo autor, percebe-se certa semelhança com as falas de Cunha e Bastos ao defenderem que “segurança jurídica”, como pré-conhecimento do entendimento fixado pelos tribunais superiores, assegura que o caminho fixado pelo judiciário previna futuros conflitos. Retoma-se o entendimento de que os “dizeres do juiz” concedam maior segurança (diminuição de margem discursiva) ao cidadão, sabendo este, de antemão, o que pode ou não ser discutido jurisdicionalmente sobre violação de direitos.

Criar bolhas herméticas de significados não implanta/institui, sob a ordem jurídica e social, certeza eterna acerca da inexistência de conflitos afetos ao tema decidido.

⁵⁹ A morosidade e a perda de qualidade nas decisões judiciais também foram consideradas por Beneti, que, alertando para o grande perigo da dispersão jurisprudencial, defende a imediata consolidação da jurisprudência para garantir a continuidade ao agir no meio jurídico e negocial (BENETI, 2009, p. 12-13).

Fica claro que tanto a assunção de competência quanto a técnica impeditiva de recursos especiais repetitivos têm por elemento fundante a confiança depositada nos julgadores para a “pacificação da sociedade”. A certeza da decisão “correta”, “justa” e “boa” menoscaba o processo de legitimação democrática, gerando, ao cabo, a própria insegurança jurídica pelo descumprimento do devido processo.

Confirmando a importância do judiciário na solução da “macrolide” ou e na prometida pacificação da “litigiosidade em massa”, Beneti aponta o instituto da assunção de competência, juntamente com os institutos introduzidos pelos arts. 543-B e 543-C, para a otimização da atividade “dos *magistrados* de Tribunais Superiores” (BENETI, 2009, p. 14).

Ao explicar a assunção de competência, diferenciando-a da uniformização de jurisprudência, Beneti (2009, p. 17-18) ressalta que, na assunção de competência, ocorre o julgamento do caso, e não somente a definição da “interpretação a ser observada”, evitando, assim, o “vaivém, [uma das] causa [s] de maior demora” do judiciário (BENETI, 2009, p. 15).

Exemplificando a partir do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o autor explica que a assunção de competência é realizada na seção á qual compete a decisão sobre a matéria discutida, enquanto a uniformização de jurisprudência ocorre no órgão especial do tribunal, composto por 25 desembargadores.

Não obstante defender maior respeitabilidade e experiência dos integrantes do órgão especial, a que legalmente compete a uniformização de jurisprudência, o autor ressalta que o julgamento realizado por desembargadores que não participaram da decisão e da construção do entendimento na jurisdição sem processo do órgão competente, mas, no futuro, julgarão casos “exatamente iguais ao paradigma”, demonstra, por parte desses, menor compromisso com o resultado. Nas palavras do autor:

Evidente a maior solidez jurisprudencial de julgamento realizado pela Seção de Direito Público ou de Direito Privado do Tribunal, para seus integrantes, do que, *data vênia*, o julgamento realizado pelo órgão especial do mesmo tribunal, ante a simples constatação de que dos julgamentos deste último, em que pese a maior respeitabilidade e experiência de seus Eminentes Integrantes, destacados pela antiguidade no Tribunal – e, portanto, provindos de Seções de áreas diversas -, não participam todos os integrantes da Seção de Direito

Público ou de Direito Privado, ou seja, os desembargadores que no futuro irão julgar os casos subseqüentes, exatamente iguais ao do paradigma, desembargadores que, contudo, contraditoriamente, não tenha participado dos debates e do julgamento do Órgão Especial – donde a menor intensidade de estudos com a matéria e a ausência de comprometimento psicológico com o resultado de julgamento de que tenham tido a oportunidade de participar, aduzindo argumento de importância para a formação de vontade colegiada. (BENETI, 2009, p. 18-19).

Ademais, para além do debate sobre a assunção de competência, a entrega, pelo autor, da solução de todos os problemas aos juízes reforça, ainda mais, o entendimento de que a decisão é fruto da consciência do magistrado. Parece absurdo que o autor rebata veementemente a ausência de comprometimento psicológico entre o entendimento unificado pelo órgão especial e a consciência do desembargador, sem questionar a participação legitimante das partes em toda a construção.

A seção responsável pelo julgamento daquela matéria pode suscitar o procedimento da assunção de competência ante a constatação de elevado número de demandas com o mesmo tema.

Conforme Beneti, na mesma esteira da técnica impeditiva dos recursos especiais “repetitivos”, a efetivação ocorre na distribuição rápida daqueles recursos, “cuja questão façam antever o surgimento de massas de lides idênticas” (BENETI, 2009, p. 22). Para o autor, nos moldes utilizados para o julgamento em bloco de recursos “repetitivos”, a jurisprudência estável, produzida por juízes “especializados” sobre a matéria, combate a demora e a “queda de qualidade” jurisdicional, os dois “mais pavorosos problemas da atualidade” (BENETI, 2009, p. 23) e permite;

[...] a aceleração jurisdicional em segundo grau [...] satisfazendo os **anseios** da população e de todos os integrantes do meio judiciário, entre os quais os *magistrados* dos tribunais, que tanto suportam **a angústia de, a despeito da imensa quantidade de trabalho, verem-se ostentados como fatores do atraso dos processos e da queda de qualidade expositiva dos julgamentos.** Grifos nossos (BENETI, 2009, p. 23)

É nesse discurso retórico que leis reformistas se fundamentaram, suprimindo direitos fundamentais dos cidadãos. A demora na “prestação jurisdicional” é creditada à grande quantidade de trabalho e à responsabilidade sobre os ombros dos juízes. Foca-se a “demora” temporal no julgamento de casos a partir de uma jurisprudência

unificadora, e não no distanciamento do cidadão em relação ao processo jurisdicional que determina o entendimento a ser aplicado, indistintamente, a todos os casos daquela matéria.

O ordenamento nacional reformado, todavia, não está distante das reformas ocorridas em inúmeros países. Também no direito comparado defronta-se com técnicas de filtragem de recursos aos órgãos superiores e com a tentativa de estabilização da jurisprudência como forma de diminuição de conflitos pela segurança jurídica.

3.3.2 Reunião de demandas no direito comparado⁶⁰

Na Áustria, existe filtro preliminar para evitar o acúmulo de trabalho na Corte Suprema do país (ITÁLIA, 2008, p. 17). Nesse sentido, o recurso à Corte Suprema sofre limitações referentes ao valor do objeto (quatro mil euros); à importância da questão jurídica em discussão; à relevância do princípio da unidade da jurisprudência ou da certeza e do desenvolvimento do direito (ITÁLIA, 2008, p. 17).

Uma vez declarada a admissibilidade do recurso à Corte Suprema pela Corte de apelação (*corte di appello*), a parte recorrente não está obrigada a especificar as razões pelas quais a violação da lei ao princípio da unidade da jurisprudência e ao desenvolvimento do direito é relevante, vez que a própria corte de apelação analisa os elementos necessários à admissibilidade do recurso antes de declarar seu cabimento (ITÁLIA, 2008, p. 17).

Caso a Corte faça juízo negativo de admissibilidade da apelação, cabe recurso extraordinário à Corte Constitucional, devendo a parte especificar analiticamente os

⁶⁰ A abordagem do direito comparado realizou-se a partir de estudo produzido pela Corte de Cassazione da Itália em junho de 2008. No documento citado faz-se alerta ao grande número de recursos encaminhados à Corte de Cassação italiana, a quem cabe assegurar a uniforme interpretação da lei. Nesse sentido, se apresenta, em 2007, o julgamento, em matéria penal, de 47.996 recursos e ainda a existência de 43.810 ainda pendentes. Em matéria civil é relacionado o número de 102.603 recursos pendentes no ano de 2007. A partir dessa apresentação, atesta-se que a celeridade e a eficiência da Corte está em “choque” com a legitimidade conferida a tudo e a todos, determinando, ao final, a aplicação de “filtros” a fim de que segurança seja oferecida, como também para que a Corte não atue como uma “terceira instância”. Assim, foi da análise comparativa dos demais países que se chegou às mencionadas afirmações (CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, 2008, p. 3-6).

motivos para a admissibilidade do recurso, levantando, também, os vícios ou violações relevantes da lei e em que medida vulneram ao princípio da unidade da jurisprudência ou da certeza do direito e à interpretação da lei (ITÁLIA, 2008, p. 17).

No direito austríaco, como também no direito belga (ITÁLIA, 2008, p. 17-19 e 39), os recursos à Corte Suprema (que tem como função interpretar única e legitimamente a lei) são cabíveis nos casos de violação das leis sem qualquer menção ao mérito da demanda originária⁶¹.

Na Espanha, duas cortes exercem judicatura de âmbito nacional: o Tribunal Supremo, com competência em matéria civil, penal, social e administrativo, e a Audiência Nacional (“*Audiencia nacional*”), com competência em matéria penal, administrativa e trabalhista (ITÁLIA, 2008, p. 21).

Para o recurso de cassação, a lei arrola hipóteses de inadmissibilidade (arts. 483 e 485 da *Ley de Enjuiciamiento Civil – LEC*), a saber: irrecorribilidade da sentença impugnada; descumprimento de requisitos determinados por lei; incompetência da câmara ou falta de interesse de cassação pela inexistência de contraste com a jurisprudência consolidada. A declaração da inadmissibilidade não é passível de recurso (ITÁLIA, 2008, p. 22) Por sua vez, o recurso de cassação é cabível nas seguintes hipóteses (art. 477 da LEC): tratar de direito fundamental; com valor da causa maior de cento e cinquenta mil euros; ou a decisão apresenta “*interés casacional*” pela oposição da sentença impugnada à jurisprudência do Tribunal Supremo ou pela oposição entre as jurisprudências das “*Audiencias Provinciales*”.

O recurso de cassação é cabível em dois casos. Cuida-se (1) da violação da lei – violação de normas jurídicas aplicáveis à solução das questões objetos do processo, art. 477 da LEC; e (2) da violação processual – art. 469 da LEC, que se distingue em quatro situações, a saber: violação de normas sobre jurisprudência ou sobre competência pela matéria ou pela função; violação de normas processuais relativas à decisão; violação de normas jurídicas que gerem os atos e as garantias do processo

⁶¹ Sobre o assunto, certa semelhança pode ser identificada na proposta de julgamento de tema feita por Mendes (2004, p. 206-207) e agora sendo buscado pelo STJ. Isso porque, da maneira como tratado pelo art. 543-C do CPC/73 e repetido no Projeto do Novo CPC (PLS-166/2010), a técnica impeditiva de recursos especiais “repetitivos” encaminha temas para definição da interpretação pelo STJ. Inicia-se, dessa forma, o distanciamento do STJ, como corte superior, da posição de terceira instância na análise dos casos.

sobre as nulidades previstas em lei ou sobre violação do direito de defesa; violação de direito fundamental, conforme previsto no art. 24 da Constituição (ITÁLIA, 2008, p. 24-25.)

A reforma espanhola, aprovada, em 14 de dezembro de 2005, pelo Conselho de Ministros, permitiu a remessa às Cortes gerais, "*Corti generali*", do projeto de lei orgânica n. 121 de 1969 (para adaptação da legislação processual à Lei orgânica de 1º de julho de 1985 n. 6). A nova redação legal estipula que (1) do recurso de cassação se excluirá a análise das questões de fato; (2) a recorribilidade pela cassação não se estende a todas as sentenças de segundo grau; (3) os motivos do recurso devem-se analisar comparativamente com a jurisprudência do Tribunal Supremo e do Tribunal Constitucional (ressalte-se, todavia, que contra violação constitucional cabe o recurso de cassação ao Tribunal Supremo); (4) que é limitada ao Tribunal Supremo a análise de questões de direito⁶², a fim de reforçar-se a jurisprudência pelo precedente vinculativo. O juízo de primeiro grau e os tribunais aplicam as leis e os regulamentos em conformidade com a interpretação uniformemente alcançada pelo Tribunal Supremo (ITÁLIA, 2008, p. 28).

Na França, o recurso de cassação, impugnação extraordinária, é limitado ao debate exclusivo de questões de direito para definir se a lei foi corretamente aplicada ao caso concreto. Também no ordenamento francês encontra-se um filtro preliminar. Desde 25 de junho de 2001, dispõe a Corte de cassação, pelo modelo do Conselho de Estado, de um procedimento simplificado de declaração, não passível de recurso e sem motivação, de inadmissibilidade *prima facie* de recursos não fundados em uma série de motivos (ITÁLIA, 2008, p. 31).

Conforme o art. L '3'-6 do "Código de organização judiciária", após o depósito dos memoriais pelas partes, o recurso é analisado por uma câmara civil composta por três magistrados, "*formation restreinte*", que decidirá sobre sua admissibilidade⁶³ (ITÁLIA, 2008, p. 31). Em proposta de reforma legislativa de 2007, a Corte de cassação

⁶² Cabe frisar que a mesma determinação se repete no direito belga (CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, 2008, p. 40).

⁶³ Da mesma forma ocorre no ordenamento suíço (art. 109 da "*Legge sul Tribunale Federal – LTF*" – de 17 de julho de 2005) cujo recebimento do recurso de cassação sofre filtro preliminar por três membros da corte que analisam a importância fundamental da questão de direito debatida (CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, 2008, p. 44).

apontou ao Ministro da Justiça maneiras de diminuição do tempo do procedimento com a estipulação de prazos para a apresentação de memoriais pelas partes (ITÁLIA, 2008, p. 38)

A reforma italiana, datada de 18 de junho de 2009, pela Lei 69, introduz filtro de admissibilidade e seleção liminar dos recursos de cassação. O legislador italiano, no art. 360-bis do CPC viabiliza análise liminar do mérito do recurso como critério de redução do número de processo na Corte de Cassação (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA, 2009, p.15-17).

O recurso de cassação será inadmissível, conforme o art. 360-bis do CPC Italiano, nas seguintes situações:

1) quando o provimento impugnado decidiu as questões de direito de modo consentâneo à jurisprudência da Corte e o exame dos motivos não oferecer elementos para confirmar ou mudar a orientação da mesma; 2) quando é manifestamente infundada a censura da violação dos princípios reguladores do devido processo legal (ITÁLIA, 2011)⁶⁴.

O sistema de filtragem pela seleção de casos com “relevo geral da questão” foi colocado para análise da Corte Constitucional Italiana, que, com sentença datada de 8 de janeiro de 2004, declarou a possibilidade de o legislador ordinário regulamentar o “*accesso all’impugnazione*” (ITÁLIA, 2008, p. 10).

No direito norte-americano, há as *class actions* para defesa de direitos transindividuais. Apesar de possuírem características próprias, também nas *class actions* inúmeros casos individuais são resolvidos por uma decisão em procedimento coletivo (CABRAL, 2007, 124 e 126). Na fase inicial (*certification*), anterior ao aceite da demanda como *class action*, o tribunal afere a ausência de conflitos internos, o comprometimento com a classe e o conhecimento do litígio. Para o autor, trata-se de modelo destinado a evitar que o postulante da ação coletiva não represente os anseios da classe representada (CABRAL, 2007, p. 126), pois, estando ou não com a comunidade representada, se confere *ad causam*.

⁶⁴ No texto original: “Art. 360. bis. ‘1) quando il provvedimento impugnato há deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l’esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l’orientamento della estessa; 2) quando è manifestamente infondata la censura violazione dei principe regolatori del giusto processo” (ITÁLIA, 2011).

Cabral noticia os *absent class members*, sistemas normativos automaticamente inclusivos dos efeitos do julgamento de forma que todos os integrantes da coletividade podem ser atingidos pelos efeitos da coisa julgada, mesmo que não tenha participado do debate em contraditório, caso não manifestem em juízo a vontade de não participar dos efeitos da demanda coletiva (sistema do *opt-aut* das *class actions* norteamericana) ou de restringir os efeitos da coisa julgada em relação aos ausentes (CABRAL, 2007, p. 126).

O autor aponta dificuldade nos sistemas automaticamente inclusivos e nas técnicas de legitimação extraordinária pela possibilidade de dissidência entre a classe pela condução do procedimento por sujeito estranho às contendas daquela coletividade (CABRAL, 2007, p. 127). No mesmo sentido posiciona-se Antônio Adonias Aguiar Bastos:

Se, de um lado, as demandas coletivas diminuem a desigualdade entre pequenos litigantes e grandes réus, de outro, a substituição processual traz inconvenientes como (a) o de permitir que alguns sujeitos, legitimados pela lei, postulem em prol de interesse de uma coletividade geograficamente dispersa, cujos indivíduos não são conhecidos na sua totalidade, e que, muitas vezes, não possuem sequer notícia da demanda coletiva e dos seus efeitos; (b) a existência de conflitos internos na classe representada que não são considerados na propositura e no julgamento do conflito coletivo; (c) a falta de opção dos indivíduos substitutos em manifestar em juízo a vontade de não serem atingidos pelos efeitos da demanda coletiva; (d) a inexistência de comprometimento dos substituídos com a questão debatida; e (e) de que alguns órgãos do Estado ou mesmo entidades representativas, legitimados em caráter geral e abstrato, não estejam tão próximos dos fatos. (BASTOS, 2010, p. 207-208).

Para combater a ilegitimidade da decisão alcançada, a *Rule 23 (a) (3)* da *Federal Rules of Civil Procedure* prevê a possibilidade de criação de subclasses atuando como classes distintas quando a *class action* original não defende os interesses de toda a classe (CABRAL, 2007, p. 128).

Na Alemanha, a reforma de 27 de julho de 2001 na ZPO, em vigor a partir de janeiro de 2002, prevê novas diretrizes para o recebimento do recurso de “revision”. Segundo o art. 543 ZPO, tal recurso cabe “a) quando a questão de direito seja de <<importância fundamental>> ou b) quando a evolução do direito ou a salvaguarda da

uniformização da jurisprudência requeiram uma decisão da Suprema Corte” (ITÁLIA, 2008, p. 9)⁶⁵.

Como colocado na primeira condição, no mesmo sentido adotado pelo ordenamento brasileiro, somente se admitem recursos cujo conteúdo consista em questão jurídica presente em um número indeterminado de casos, tornando sua resolução importante para o futuro (ITÁLIA, 2008, p. 9).

O segundo requisito aplica-se quando o caso em análise afirmar novo princípio de direito em tema de interpretação da norma. A necessidade da tutela de coerência da jurisprudência se apresenta na divergência entre a decisão do juízo de mérito e a jurisprudência da Corte Suprema. Cumpre ressaltar que, em tal hipótese, discutem-se erros sintomáticos na aplicação do direito que interferem de maneira relevante no interesse da comunidade (ITÁLIA, 2008, p. 10).

Outro exemplo no direito alemão, é o Procedimento-modelo alemão, *Musterverfahren*, que se assemelha muito aos caminhos escolhidos pelo legislador reformista brasileiro, inclusive e principalmente no Projeto do novo CPC, ao qual serviu de inspiração. Trata-se de instrumento de demandas coletivas sem substituição processual, introduzido no ordenamento alemão em 16 de agosto de 2005⁶⁶ pela Lei de Introdução do Procedimento-Modelo para os investidores em mercado de capitais (*Gesetz zur Einführung von Kapitalanleger-Musterverfahren*, abreviada de *KapMunG*) (CABRAL, 2007, p. 131).

Com o prazo da lei estabelecido até 2010 pelo §20 da *KapMunG* (CABRAL, 2007, p. 131)⁶⁷, o instituto alemão está adstrito à proteção de investidores no mercado de capitais com a finalidade de fixar o posicionamento do judiciário acerca de supostos fáticos ou jurídicos de pretensões repetitivas com abrangência além das partes (CABRAL, 2007, p. 132). Em suma, tal procedimento versa tanto sobre questões de fato quanto de direito⁶⁸.

⁶⁵ No texto original: “a) quando la questione di diritto sai di <<importanza fondamentale>> o b) quando l’evoluzione del diritto o la salvaguardia dell’uniformità della giurisprudenza richiedano una decisione della Suprema Corte”. No mesmo sentido THEODORO JÚNIOR, NUNES, BAHIA, 2009, p. 14.

⁶⁶ De maneira diferente, Giorgetti e Vallefucio noticiam o início em 1º de novembro de 2005.

⁶⁷ De forma semelhante noticiam Giorgetti e Vallefucio (2008, p. 177).

⁶⁸ Conforme Giorgetti e Vallefucio, o procedimento alemão é aplicado à controvérsia sobre ilícitos no campo financeiro, não podendo ser aplicado de maneira extensiva ou análoga em outro campo de direito. Dessa forma, poderá ser aplicado: 1) as ações ressarcitórias advindas de informações falsas, incorretas

Conforme Giorgetti e Vallefucoco, trata-se de uma tentativa tedesca de resolver a introdução de uma massa de ações ressarcitórias reunidas entre elas (GIORGETTI; VALLEFUOCO, 2008, p. 176).

Inicia-se por requerimento da parte que deve demonstrar a repercussão de seu pedido em demandas similares (CUNHA, 2009, p. 11). De maneira mais elucidativa, Cabral ensina que o *Musterverfahren* não pode ser instaurado de ofício pelo juízo, necessitando de pedido para instauração de incidente-padrão (*Musterfeststellungsantrag*), seja pelo autor, seja pelo réu, frente ao juízo da demanda individual. A parte deve apontar os pontos litigiosos e os meios de provas que pretende produzir durante o incidente (CABRAL, 2007, p. 133).

A similitude com a técnica impeditiva de recursos especiais “repetitivos” e com o instituto da repercussão geral é cristalina⁶⁹. O julgamento da questão individualmente colocada determina a resolução de todas as demais demandas sobre o assunto. Contudo, diferente da técnica brasileira, por meio do incidente coletivo oportuniza-se aos demais interessados maior debate sobre as questões em análise.

Frise-se que a possibilidade do *amicus curiae* na técnica de julgamento de recursos especiais repetitivos não abarca a extensão prevista no Procedimento-modelo alemão. A forma adotada pelo ordenamento tedesco constrói ambiente democrático adequado e suficientemente aberto para debate sobre questões similares em diversas demandas.

É o juízo de origem que analisa a admissibilidade do Procedimento-Modelo. Sendo positiva a avaliação de cabimento, publica-se cadastro eletrônico gratuito, contendo pequeno extrato sobre os pedidos, as partes e os objetivos do procedimento, dentre outros. Compete ao juízo de origem decidir sobre a instauração do Procedimento-Modelo. Instaurado, o tribunal hierárquico superior decide as questões coletivas (CABRAL, 2007, p. 134).

ou omissas referentes a ações ou obrigações de quotas; 2) as ações ressarcitórias advindas da responsabilidade dos administradores ou pela negligência ou ato voluntário ocorrido durante oferta de títulos e obrigações no âmbito das aquisições societária, envolvendo a análise de fatos e direitos (GIORGETTI; VALLEFUOCO, 2008, p. 177).

⁶⁹ Sobre o assunto Cabral afirma: “Interessante notar que o requerente deve alegar e demonstrar que o pedido terá repercussão extraprocessual, interferindo na resolução de outros litígios similares” (CABRAL, 2007, p. 133).

No período de quatro meses após publicação do registro, devem ser requeridos no mínimo outros nove procedimentos-modelo com pretensões paralelas baseadas em causas de pedir semelhantes (GIORGETTI; VALLEFUOCO, 2008, p. 178). Caso não seja observada tal determinação, deve o juízo de origem rejeitar o procedimento e prosseguir com a cognição da demanda individual (CABRAL, 2007, p. 134).

A decisão do juízo inferior, publicada no registro público, é irrecorrível e vincula o tribunal de instância superior também quanto à fixação do mérito, determinando, inclusive, a suspensão de ofício e por decisão irrecorrível de todas as demandas cuja decisão dependa das questões resolvidas no Procedimento-Modelo (CABRAL, 2007, p. 135). A tramitação do Procedimento-Modelo ocorre no tribunal regional. Havendo tribunais estaduais diversos, para o bem da “segurança pública” e da uniformidade da jurisprudência, o Procedimento-Modelo se desenvolve em tribunal superior (CABRAL, 2007, p. 35).

Várias demandas individuais, assim como na técnica impeditiva de recursos especiais repetitivos, ingressam no *Musterverfahren*, mesmo sem requerimento das partes para tratamento coletivo de suas questões fáticas ou jurídicas (CABRAL, 2007, p. 136).

Registre-se que a participação de qualquer interessado é garantida; aqueles que espontaneamente participarem do debate recebem os autos no estado em que se encontram, facultando-se o uso de meios de defesa ou de ataque (GIORGETTI; VALLEFUOCO, 2008, p. 179). Os intervenientes têm a faculdade de incluir questões ainda não ventiladas no incidente coletivo. Como interveniente incluem-se aqueles que são ou não partes em demandas individuais dependentes da decisão do Procedimento-Modelo e a esses são reservados todos os poderes assegurados aos terceiros (CABRAL, 2007, p. 136-137).

Como o incidente alemão⁷⁰, que trabalha o pinçamento de causas com pretensões isomórficas (CABRAL, 2007, p. 129), Cabral ainda menciona as chamadas “causas piloto ou processos-testes” encontradas nas legislações estrangeiras sob a nomenclatura de *casi polota*, *pilotverfahren* ou *test claims* (CABRAL, 2007, p. 129).

⁷⁰ Utilizado como modelo para as modificações previstas no Projeto do Novo CPC que será analisado adiante.

Em conclusão, a imposição de filtro para a propositura de recursos é fenômeno encontrado em várias legislaturas, não sendo característica isolada do ordenamento brasileiro. Por esse motivo, após a coletânea de vários exemplos do direito comparado, utilizados inclusive pela Corte Suprema di Cassazione Italiana, cumpre ressaltar, com foco no direito nacional, que a reunião de demandas semelhantes para julgamento unificado como forma de operacionalizar o aumento de acesso ao órgão judiciário, ou mesmo a fixação de filtros para debate em tribunal superior, não pode ser colocada *a priori* como a solução da morosidade creditada ao judiciário na “prestação jurisdicional”.

Os contornos de cada reunião de demandas semelhantes devem ser estudados a fim de que a universalização da decisão “una” não seja feita a revelia das partes interessadas como forma de imposição do argumento de força contrária a participação efetiva das partes na construção do provimento final. Nesse sentido, defende-se, como se verá, a participação de todos os interessados para a definição dos conteúdos da decisão aplicada aos demais casos considerados repetidos.

O amplo debate realizado em contraditório, ampla defesa, isonomia e na presença do advogado é o critério legitimante da reunião de julgamento de demandas semelhantes. É pela participação ativa das partes que se legitima a decisão construída em juízo, pois sua exclusão impõe mancha de inconstitucionalidade em qualquer procedimento autoritário e despótico criado no direito brasileiro.

3.4 Projeto do Novo CPC: continuidade da falácia de celeridade pela exclusão da participação ativa dos cidadãos

Demonstrando o prolongamento da concentração de poderes nas mãos do julgador, único capaz de identificar a “decisão justa” entre as “táticas de subverter a verdade, utilizadas pelos advogados das partes”, a exposição de motivos do PLS 166/2010, em trâmite no Senado Federal, coloca como objetivo do novo CPC a celeridade procedimental (BRASIL, 2010a).

A exposição de motivos do Projeto do Novo CPC relaciona a impossibilidade de “prestação jurisdicional” satisfatória com o aumento da carga de trabalho dos julgadores (BRASIL, 2010a, p. 4), introduzindo e reproduzindo, assim, técnicas ilegítimas de julgamento padronizado de demandas e/ou recursos “repetitivos” sem amplo debate com todos os afetados pela decisão⁷¹.

Sobre o assunto, Tavares já adverte sobre a impropriedade de debitar o problema da inatividade jurisdicional ao tempo (TAVARES, 2008, p. 112). Afinal, nas palavras do autor, “**não** é o tempo que corrói, porque o tempo apenas passa; [...] Logo, o tempo não pode ser inimigo, por que só passa, é um acontecimento natural” (TAVARES, 2009, p. 113)⁷².

Frise-se que o debate proposto nesse estudo não tem como objetivo simplesmente combater, por si só, a estabilização do entendimento dos tribunais, como também atribuir à técnica pura a capacidade por si só de violar direitos fundamentais. Objetiva-se, isto sim, indicar nas técnicas introduzidas e reproduzidas no ordenamento brasileiro os pontos inconstitucionais e antidemocráticos que as sustentam e as permeiam.

Dessa forma, busca-se a formulação de técnica que não busque a efetividade e a celeridade pelo cerceamento da participação ativa do cidadão e sim pela construção do provimento pela manifestação dos interessados em espaço processualizado e democrático.

Nesse sentido, sobre o julgamento de casos repetitivos o PLS 166/2010 prevê duas técnicas semelhantes entre si: o incidente de resolução de demandas repetitivas e os recursos especial e extraordinário repetitivos (art. 883). Passa-se a análise de cada um.

3.4.1 Incidente de resolução de demandas repetitivas

⁷¹ Cumpre ressaltar que esse assunto será tratado, mais especificamente, no capítulo 4.

⁷² Ressalte-se, porém, que o assunto será atentamente abordado no próximo capítulo.

Os arts. 930 a 941 desse Projeto apresentam, pela influência do incidente alemão do *Musterverfahren*, o incidente brasileiro de demandas repetitivas. De acordo com o art. 930

Art. 930. É admissível o incidente de demandas repetitivas sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes.

§ 1º O pedido de instauração do incidente será dirigido ao Presidente do Tribunal:

I – pelo juiz ou pelo relator, por ofício;

II – pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.

§ 2º O ofício ou a petição a que se refere o § 1º será instruído com os documentos necessários à demonstração da necessidade de instauração do incidente.

§ 3º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e poderá assumir sua titularidade em caso de desistência (BRASIL, 2010a).

De maneira semelhante ao art. 543-C do CPC no incidente de resolução de demandas “repetitivas” se busca padronização das decisões judiciais para aplicação em casos semelhantes. Como no julgamento dos recursos especiais “repetitivos”, a delimitação da semelhança pela questão de direito extirpa a análise das especificidades de cada demanda, em prol da aplicação padronizada da decisão impede – perece, novamente, o debate (processo). Todavia, sobre tema, maiores delineamentos e novas proposições serão feitas adiante.

3.4.2 Recurso extraordinário e especial “repetitivos”

Na segunda hipótese, os arts. 990 a 995 do PLS 166/2010 reuniram os arts. 543-B e 543-C do CPC vigente em um só procedimento, a fim de unificar o procedimento de julgamento de recursos especiais e extraordinários “repetitivos”. Determina o art. 990 em questão:

Art. 990. Sempre que houver **multiplicidade de recursos** com **fundamento em idêntica questão de direito**, o recurso extraordinário ou o recurso especial será processado nos termos deste artigo, observado o disposto no regimento interno do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Grifos nossos (BRASIL, 2010b, p. 542)

Pode-se afirmar, pelas semelhanças encontradas entre os arts. 543-A, 543-B e 543-C e o disposto no PLS 166/2010, que a padronização das decisões afeta a recursos que tratam da mesma questão de direito, tanto nas reformas do CPC quanto no Projeto do novo CPC, avalia-se o grau de celeridade procedimental alcançado sem perquirição sobre a implementação e a proteção de direitos fundamentais fundantes do processo. O esvaziamento do conceito de processo como direito de construção compartilhada da decisão jurídica pelo pleno debate concretizador de direitos fundamentais possibilita a manipulação de técnicas direcionadas à abordagem mercadológica do judiciário

Nos primeiros artigos do PLS 166/2010 são identificados princípios constitucionais do processo, a saber, reduzidamente: art. 4º - prazo razoável; art. 5º - cooperação entre as partes; art. 6º - dignidade da pessoa humana, moralidade, legalidade; art. 7º - contraditório e paridade entre as partes; art. 10 necessidade de manifestação prévia das partes para confecção da decisão; art. 11 – necessidade de fundamentação das decisões sob pena de nulidade.

Apesar de poderem influenciar na interpretação dos demais artigos não retiram completamente as características inconstitucionais apontadas nas técnicas em comento.

Paradoxalmente, fala-se em inconstitucionalidade, exatamente por tais técnicas, na aplicação indistinta da “decisão referência”, afastarem os princípios constitucionais reproduzidos em texto infraconstitucional, tais como: contraditório, prévia manifestação das partes, necessidade de manifestação, dentre outros

Trata-se de cópia fiel do CPC/73 no PLS 166/2010, salvo pela inclusão textual da criação de *teses* (arts. 956 e 958) a serem aplicadas, de maneira padronizada, aos recursos repetitivos. Novamente cristalina está a busca pela padronização do entendimento judicial na eterna roda viva do judiciário salvador e guardião da vida boa

dos cidadãos e, por isso, todas as considerações sobre o art. 543-C do CPC são aplicáveis à técnica presente no Projeto de Lei nº. 166.

Em outros artigos do PLS 166/2010 menciona-se o julgamento de casos repetitivos, a saber: art. 307, III, será julgado liminarmente improcedente o pedido que se fundamente em matéria exclusivamente de direito, independentemente da citação do réu, se contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

Segundo o art. 882, V, os tribunais velarão pela uniformização e pela estabilização da jurisprudência na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do STF e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, cabendo, inclusive, modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

Determina o art. 952, parágrafo único, que o pedido de desistência do recurso não impedirá o julgamento da questão ou das questões jurídicas objeto do recurso representativo de controvérsia de pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal.

Conforme o art. 983, §3º, quando, por ocasião do incidente de resolução de demandas repetitivas, o presidente do STF ou do STJ receber requerimento de suspensão de processos em que se discuta questão federal constitucional ou infraconstitucional, poderá, considerando razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, estender a eficácia da medida a todo o território nacional, até ulterior decisão do recurso extraordinário ou do recurso especial eventualmente interposto. Por fim, dispõe o art. 989, §3º, II, que sempre haverá repercussão geral recurso que contrariar tese fixada em julgamento de casos repetitivos.

Percebida a busca pela falaciosa celeridade, mediante o distanciamento dos interessados, numa fina sintonia com a concentração de poderes nas mãos do julgador há de ser pesquisado em que amplitude essa celeridade como sinônimo de efetividade do processo na defesa do “acesso à justiça” se comporta em técnica destinada à construção de tese pela ampla participações dos legitimados.

4. SUPRESSÃO DO DEBATE RECURSAL E EFETIVIDADE: CONTINUIDADE DE ANTIGA FÓRMULA CELERIDADE MAIS “JUSTIÇA”

Como as demais reformas realizadas no CPC/73⁷³, a introdução do art. 543-C também se propõe a possibilitar maior celeridade à “prestação jurisdicional”. A fórmula criada para o julgamento de recursos “repetitivos” utiliza-se da técnica, nesse caso, para retirar a fala do cidadão, afastando a idéia de povo ativo detentor do poder democrático na construção do próprio destino⁷⁴.

A “decisão referência”, a “jurisprudência majoritária” (vide §2º, art. 543-C do CPC/1973), ou a “orientação do Superior Tribunal de Justiça” (nos termos do §7º, II, art. 543-C do CPC/1973) definem o destino de todos os demais recursos que se baseiam naquela “questão de direito”. Estes, logo, estão fadados à sorte, ou ao infortúnio, daqueles que os precederam sem abertura do procedimento ao debate entre as partes interessadas. A fala do cidadão é extirpada pela técnica na garantia da decisão “célere e efetiva” do judiciário.

Diante da técnica dos recursos repetitivos, passa-se a analisar a interligação congênita entre celeridade (art. 5º, LXXVII, da Constituição do Brasil) e efetividade⁷⁵. Antes de qualquer conclusão, é preciso analisar a noção de “efetividade” como

⁷³ Sobre o assunto, cumpre mencionar os ensinamentos de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias ao relacionar as reformas que acometeram o CPC/73, a saber: “Ao fazê-lo, constata-se que, nesses 35 anos de vigência, dito Código, publicado pela Lei n. 5.925, de 1º de maio de 1973, sofreu 460 alterações legislativas, por meio de 43 leis editadas no referido período, se nossa contagem estiver certa. Em outras palavras, as reformas revelaram-se intermináveis e estão sendo feitas incessantemente no Código há três décadas e meia, com resultados cada vez mais insatisfatórios, porque a jurisdição brasileira continua lenta e ineficiente, algumas vezes podendo ser acoimada de verdadeira balbúrdia, o que indica não ser o Código a principal causa do problema, porque, se fosse, com tantas reformas, tal problema já teria sido solucionado há muito tempo, a não ser que o legislador brasileiro seja obtuso, o que resistimos em acreditar” (DIAS, 2009, p. 460).

⁷⁴ A técnica em si não promove o cerceamento da fala, todavia, quando utilizada para retirar a fala do cidadão e para encurtar o debate entre os interessados acaba por promover o distanciamento do cidadão das decisões jurisdicionais, eliminando, assim, a legitimidade do provimento. Nesse sentido, a técnica transfigura-se em medida cerceadora da fala e da manifestação das partes, mostrando-se instrumento para atos jurisdicionais autoritários e antidemocráticos.

⁷⁵ A celeridade como forma de alcançar a efetividade é utilizada na construção da técnica impeditiva de recursos especiais repetitivos, pois pela repetição indistinta da tese no julgamento de inúmeros casos com idêntica “questão de direito” retira-se da pauta dos Ministros do STJ o julgamento de outros recursos especiais, tornando, em tese, a prestação daquele órgão jurisdicional mais célere e efetiva (conforme propositura da norma adiante). esse tema será abordado durante o capítulo.

implementação de direitos fundamentais na construção do provimento final pelas partes, não como rapidez na tramitação dos autos em juízo. Utilizando-se da idéia de efetividade (como celeridade) para redução do espaço processual de debate, várias críticas de ordem constitucional podem ser formuladas.

Vários sentidos⁷⁶ são atribuídos ao vocábulo “efetividade”, que comporta, de acordo com Barbosa Moreira (1997, p. 17), “dose inevitável de fluidez”. Em primeiros delineamentos, José Joaquim Calmon de Passos (1999, p. 72) esclarece que a efetividade não pode ser confundida com eficácia, visto que essa se configura como a aptidão meramente formal de produzir efeitos, enquanto a efetividade é a “a *real* produção dos efeitos pretendidos com a decisão, o que transcenderia ao jurídico”.

De acordo com o autor baiano, a efetividade da tutela⁷⁷ ou do processo, valiosa em si mesma, trabalhada a partir do mero confronto entre o decidido e o concretamente obtido mostra-se como “um modo de falar apenas da necessidade (política) de se tornar incontestável o ato de poder do magistrado” (PASSOS, 1999, p. 32). Calmon de Passos adverte que para restabelecer a dimensão democrática politicamente correta da convivência há de se direcionar a reflexão para *em nome de quê* se deve postular a efetividade da tutela antes de equipará-la à efetividade da decisão do magistrado (PASSOS, 1999, p. 32-33).

Nesse sentido, torna-se equivocado, para Calmon de Passos, deslocar a observação *para o quê* (sentença) quando o relevante está *em nome de quê* a efetividade se situa, ressaltando, “vale dizer, a garantia de que não mais nos submetemos aos homens, sim a normas” (PASSOS, 1999, p. 32-33). É a partir dessas observações que o autor afirma que a efetividade da tutela somente se legitima após “vinculação necessária do magistrado ao que lhe foi prescrito impositivamente como diretriz para solução dos conflitos. Precisamente porque a isso ele se submete, deve também, através de sua decisão, submeter os cidadãos” (PASSOS, 1999, p. 33). A efetividade depende do que a precede, ou seja, “da cognição e da certificação que a antecederam” (PASSOS, 1999, p. 35).

Já Barbosa Moreira relaciona cinco itens que ocasionam a efetividade, a saber:

⁷⁶ Ressalte-se que será tratado sobre a efetividade da tutela, efetividade do processo e efetividade do direito.

⁷⁷ Ítalo Andolina também fala em efetividade da tutela (ANDOLINA, 1997, p. 64-65).

- a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema;
- b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos;
- c) impende assegurar posições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade;
- d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento;
- e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo de dispêndio de tempo e energias. (MOREIRA, 1997, p. 17-18)

Apesar de ressaltar sua importância, o autor (MOREIRA, 1997, p. 21) lança advertências sobre os riscos do pensamento ordenado à efetividade. O primeiro é “arvorar a efetividade em valor absoluto”, de modo a não estabelecer limites para o seu alcance, a ponto de que “nenhum preço seria excessivo para garantir o acesso a tal meta”. O segundo risco mostra-se ao “estender além da medida razoável a duração do feito, pelo afã obsessivo de esgotar todas as possibilidades, mínimas que sejam, de apuração dos fatos” (MOREIRA, 1997, p. 22).

Afirma o autor, continuando a explicar o segundo risco, que “nem o valor da *celeridade* deve primar, pura e simplesmente, sobre o valor *verdade*, nem este sobrepor-se, em quaisquer circunstâncias, àquele” (BARSOSA MOREIRA, 1997, p.22). Como anteriormente mencionado, o “resultado” deve primar pelo “mínimo de dispêndio de tempo e energias”, assim, a “prestação jurisdicional” deve ser célere/rápida o bastante para satisfazer a vontade da parte vitoriosa, como também minimamente baseada para que o julgador consiga fundamentar o seu convencimento na reconstrução da verdade dos fatos.

O terceiro risco apontado por Barbosa Moreira (1997, p. 22-23) é a deficiência técnica na formulação e aplicação da norma a ponto de acarretar dúvidas e controvérsias hermenêuticas concorrentes e multiplicar o número de recursos. Conforme o autor, esse despreparo ocasiona o prolongamento excessivo da demanda, a sobrecarga de trabalho atirada aos órgãos judiciais, a perda de qualidade da decisão,

“sacrificando a curiosidade intelectual e a reflexão madura à pressão das pautas intermináveis” (MOREIRA, 1997, p. 23), além de obstar o desenvolvimento jurisprudencial.

Sugestiona que a existência de técnicas que conferem aos julgadores filtro para reter petições iniciais e a capacidade de pôr fim a demandas sem audiência de instrução e julgamento contribuem para a maior efetividade da tutela. Assim, Barbosa Moreira defende a convivência pacífica entre a efetividade e a boa técnica, uma vez que, pela técnica, pode o juiz “consciosos e criativo” primar pela realização do “direito material” na utilização dos instrumentos que operacionalizam a retirada de demandas ou recursos mal formulados pelas partes, a fim de assoberbar o juízo com demandas inúteis, gerando efetividade.

Sobre o assunto, interessante se mostra a analogia apresentada pelo autor ao tratar de emenda à petição inicial:

[...] Também no particular, contudo, o uso inteligente da técnica pode prestar serviços de grande valia. No despacho da inicial, v. g., o juiz consciencioso e criativo encontrará ajuda inestimável na disposição do art. 284, *caput*, que lhe ordena abrir ao autor a oportunidade de emendar ou completar a petição, sempre que ela apresente “defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento do mérito”. Inteligentemente explorada, permite a norma salvar do naufrágio imediato postulações mal formuladas mas suscetíveis de correção. Presume-se, é claro, que o advogado do autor saiba tirar proveito da “bóia” que se lhe atira, em vez de perseverar no designo suicida, a exemplo daquele que, instado a precisar o fundamento, obscuro na inicial, do pedido de rescisão de determinado acórdão, se cingiu, em resposta, a reproduzir todo o elenco de possíveis fundamentos da ação rescisória, contido nos incisos do art. 485, como se dissesse ao relator: “Faça Vossa Excelência o favor de escolher” (MOREIRA, 1997, p. 24).

Conclui-se que o doutrinador fluminense trata de efetividade da tutela pela realização do “direito material” (MOREIRA, 2004a, p. 15) a partir da atividade desenvolvida pelo julgador que, instrumentalizado por técnicas “inteligentemente manuseadas”, proporciona a satisfação da sociedade.

De maneira semelhante, José Roberto dos Santos Bedaque (2007, p. 49) conceitua processo efetivo como “aquele que, observado o equilíbrio entre os valores *segurança* e *celeridade*, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material”. Ressalta o autor que a efetividade não pode ser alcançada simplesmente

com a celeridade; o contraditório e a ampla defesa também deverão ser observados. Apesar da aparente constitucionalidade que envolve a exposição do autor paulista, trata-se, verdadeiramente, de mecanismo destinado à consecução de “operosidade” (produtividade) da técnica para obtenção dos resultados almejados a partir da extração, pelo juiz, dos objetivos presentes na norma, a fim de garantir o processo célere e justo (BEDAQUE, 2007, p. 50-51)

Nesse sentido, Bedaque argumenta que a técnica não pode ser transformada em labirinto pelo excesso de formalismo. Assim, ao mesmo momento em que ressalta a importância do modelo legal na proteção dos direitos das partes, alerta sobre o perigo do excessivo rigor das técnicas a ponto de prejudicar os “economicamente menos favorecidos” e a ponto de “valorizar o meio em detrimento do fim”. Nas palavras do autor:

Não se pretende, é claro, a eliminação da forma e o abandono de todas as conquistas da ciência processual moderna. *Forma e técnica* não são, em si mesmas, um mal. Ao contrário, a existência de um modelo legal é fator de garantia das partes, que têm assegurada a participação efetiva no contraditório. Além disso, contribui decisivamente para o normal e ordenado desenvolvimento do processo.

É preciso, todavia, que o processualista não perca de vista a função indiscutivelmente instrumental desse meio estatal de solução de controvérsias, para não transformar a técnica processual em verdadeiro labirinto, em que a parte acaba se arrependendo de haver ingressado, pois não consegue encontrar a saída. O mal reside, portanto, no formalismo excessivo.
(BEDAQUE, 2007, p. 52)

Uma vez encarando o processo como um “instrumental para solução de controvérsias”, o autor salienta a necessidade de desenvolvimento de uma “técnica processual” que procura estabelecer os meios para que aquele alcance o seu escopo maior (BEDAQUE, 2007, p. 72). Por mais que se mencione o contraditório, o autor afirma, em outro momento, a necessidade de adequação da técnica “aos escopos do processo” (BEDAQUE, 2007, p. 74) se enquadrando, ao final, ao alerta feito por Habermas da confecção de técnicas destinadas à concretização de objetivos anteriormente definidos.

Dentro dessa técnica não há como assegurar a efetiva participação em contraditório das partes, pois está vinculada à noção de efetividade como a “prestação”

célere mesmo que vinculado à redução de direitos fundamentais das partes como o contraditório, a ampla argumentação, a isonomia, a fundamentação das decisões e o direito ao advogado.

Bedaque ainda defende a necessidade de existirem termos vagos na lei para que o julgador supere o formalismo da técnica e alcance a decisão justa. Confira-se:

[...] Todas as regras são informadas por seu caráter instrumental, pois constituem meio para se chegar a um fim. Quanto mais simples e claras, melhor. Se forem adotadas fórmulas genéricas, flexíveis, ótimo, pois possibilitam a adoção do denominado “critério teleológico transcendente” de interpretação, mediante o qual é possível identificar se eventual vício compromete o devido processo legal, justificando-se, portanto, a anulação do ato. (BEDAQUE, 2007, p. 54)

O autor reforça o caráter instrumental do processo destinado a um fim. Não há como delimitar qual fim se almeja sem debate democratizado e processualizado entre as partes. Da forma como colocada a perspectiva de Bedaque, entrega-se a decisão ao “agente público julgador” (Dias, 2005, p. 147) para que este defina quais são os melhores caminhos a serem seguidos pelas partes. Nesse sentido, a conclusão a que se chega, seguindo os passos de Bedaque, indica que o contraditório e a ampla argumentação são formalidades de todo dispensáveis ante a sapiência e a sensibilidade do julgador.

José Rogério Cruz e Tucci (1997, p. 63) também aborda o tema da efetividade do processo, que se configura “enquanto instrumento de realização da justiça”. Conforme o autor, a tutela jurisdicional pode acolher ou não a pretensão deduzida, beneficiando tanto o autor quanto o réu, a fim de assegurar “tudo aquilo e exatamente aquilo que, porventura, tenha direito de receber” (TUCCI, 1997, p. 64). A efetividade do resultado liga-se, então, a uma decisão tempestiva⁷⁸. Nas palavras do autor:

Não se pode olvidar, nesse particular, a existência de dois postulados que, em princípio, são opostos: o da segurança jurídica, exigindo, como já salientado, um lapso temporal razoável para a tramitação do processo, e o da efetividade deste, reclamando que o momento da decisão final não se procrastine mais do

⁷⁸ Sobre o assunto cumpre salientar que para Italo Andolina e Giuseppe Vignera a tutela jurisdicional somente é efetiva se tempestiva quando a duração do procedimento jurisdicional ocorre durante o limite estritamente necessário para assegurar uma decisão conforme a justiça (ANDOLINA; VIGNERA, 1990, p. 89).

que o necessário. Obtendo-se um equilíbrio destes dois regramentos – segurança/celeridade -, emergirão as melhores condições para garantir a justiça no caso concreto, sem que, assim, haja diminuição no grau de efetividade da tutela jurisdicional (TUCCI, 1997, p. 66).

Como Cruz e Tucci, para Cândido Rangel Dinamarco (2005, p. 330) efetividade do processo constitui a “expressão resumida da idéia de que o *processo deve ser apto a cumprir integralmente toda sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda sua plenitude todos os seus escopos institucionais*”. Com uma abrangência de sentidos, afirma Dinamarco (2005, p. 331) que a efetividade do processo “significa a eliminar insatisfações com justiça e fazendo cumprir o direito” e, para isso, o “processo” dever ser adequado para a complexa missão para que não seja “fonte perene de decepções”.

Zamira de Assis explica que, em primeiro plano, a efetividade só pode ser do direito e não do processo, já que a violação é do direito (previsto em lei) e esse, se e quando violado, deve ser restabelecido. Ademais, não cabe falar em efetividade do processo, pois:

[...] se entendido como espaço-tempo procedimental devido – do devir – a ser construído pelas partes até o provimento, há que se falar em fiscalização e não, em efetivação porque a efetivação do processo reside em seu próprio exercício como direito-garantia. (ASSIS, 2008, p. 187)

Conforme Assis (2008, p. 187), a efetividade do direito não se liga à sumarização da cognição, nem à supressão de espaço discursivo (produção de defesa plena)⁷⁹, pois ocorre após debate processualizado e, assim, fiscalizador. Partindo dos ensinamentos da autora, a efetividade não pode ser entendida como extensão (*longa manus*) de celeridade, vez que, ao se considerar a “celeridade acima de tudo” (na expressão de

⁷⁹ Em outra abordagem, mas tratando da utilização da (in)efetividade para a criação de técnica supressivas do debate, Zamira de Assis ensina que a multiplicação de medidas de urgências e a criação de “mecanismos de força” se baseiam na demora temporal “do processo”. Isso se contextualiza no combate da ordinariedade com a criação cotidiana de medidas de urgências que combatem o tempo do procedimento, mas não se preocupam com a plena cognição de forma participativa entre as partes. Portanto, fazendo menção à relação entre efetividade e celeridade sem maior atenção ao devido processo, multiplicam-se formas de diminuir o tempo de duração do procedimento. Continua a autora: “Entretanto, não são poucas as defesas que se apresentam em prol da *celeridade*. Fala-se na existência de uma nova tendência do “processo” para sumarização do procedimento, de forma que uma decisão que proporcione ao jurisdicionado a realização do direito pleiteado seja manifestada o mais rápido possível, afastando-se a *segurança* que a ordinariedade (cognição plena) oferece, já que essas defesas partem do pressuposto de que a ordinariedade é o grande vilão da efetividade” (ASSIS, 2008, p. 182).

Barbosa Moreira), se justifica a retirada da participação da parte, prejudicando sua participação durante o procedimento e comprometendo a legitimidade do provimento.

É a partir desse parâmetro que se aborda a efetividade do direito condicionada ao debate pleno entre as partes, sem qualquer sumarização da cognição, e sim do procedimento. Tal ponderação torna-se necessária porque, na sistemática da técnica impeditiva de recursos especiais repetitivos, mais precisamente no ato de aplicação da “decisão referência” aos demais recursos que tratam da mesma “questão de direito”, cerceia-se a cognição daqueles recursos julgados em bloco pelo Tribunal a *quo*.

Por tal motivo, repita-se, defende-se a desvinculação entre efetividade do direito e celeridade procedimental e, para tanto, cumpre visitar os ensinamentos de Tavares que apresenta duas dimensões de entrelaçamento entre a efetividade do direito e a celeridade procedimental, a saber: a operacionalidade e o gerenciamento da máquina estatal, de um lado, e as modificações da técnica processual, de outro (TAVARES, 2009, p. 274).

4.1 Celeridade pela eficiência: breves considerações

Traçando um paralelo entre o gerenciamento da máquina estatal e a eficiência do serviço público prestado, Tavares aponta saídas para a promoção da efetividade do direito sem prejuízo ao processo constitucionalizado.

Entre os apontamentos teóricos de Tavares, destacam-se os seguintes: o deslocamento dos encargos da gestão da máquina judiciária por administradores profissionais diferentes dos próprios magistrados; o cumprimento da estrita legalidade com a operacionalidade do art. 93, XI e XIII, da Constituição Brasileira, como a manutenção do número de juízes proporcional à demanda e à população; o concreto e efetivo oferecimento da função estatal no período ininterrupto de 6h a 20h; a delegação concreta e operacional da prática de atos processuais sem caráter decisório; a expurgação dos “prazos impróprios” conferidos ao juiz, aos seus auxiliares e ao

Ministério Público, além dos prazos diferenciados deste e da Fazenda Pública. (TAVARES, 2009, p. 274-275).

No que se refere à modificação da técnica processual, Tavares (2009, p. 275) ensina que a redução do tempo destinado à prática de atos processuais não pode ser confundida com a concentração de poderes nas mãos de um magistrado, com supressão de etapas estruturantes do procedimento legal, em prol de pretensa celeridade. Para exemplificar, o autor relaciona algumas técnicas que podem ser empregadas, sem ensejar graves riscos ao exercício do contraditório, à isonomia e à ampla defesa entre as partes. Vale a transcrição integral dos exemplos:

i) os chamados procedimentos sumários ou sumaríssimos, bem presentes no direito processual brasileiro e português; *ii)* do julgamento antecipado da lide; *iii)* maior utilização das chamadas “ações coletivas” na resolução de conflitos quando está presente o interesse difuso, individual homogêneo ou coletivo; *iv)* implantação efetiva do “processo eletrônico”, recentemente criado em Portugal e no Brasil; *v)* a adoção dos Procedimentos de Injunção, documental ou não, como ocorre em França, Brasil, Portugal, Itália, Alemanha; *vi)* adequação ao Devido Processo Constitucional dos procedimentos empregados nos Juizados Especiais (Brasil, Leis ns. 9.099/95 e 10.259/2001) e Regime Processual Experimental (Portugal, Decreto-Lei n. 108/2006, de 8 de junho) e *vi)* alterações no procedimento de Execução (a recente reforma no CPC brasileiro teve clara inspiração no Direito Processual Português, ambas as situações procurando abreviar a práticas de atos processuais) e, ainda, a criação do “Título Executivo Europeu” (Regulamento TCE 805/2004, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de abril de 2004), fora as diversas normas de natureza prática adotadas no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça, da União Européia, especialmente em matéria de Cooperação Judiciária em Matéria Civil. (TAVARES, 2009, p. 276).

Dessa forma, caso a técnica impeditiva de recursos especiais repetitivos se expresse, no plano hermenêutico, como técnica de impedimento do debate em âmbito recursal, não se pode concluir, ao cabo, por sua legitimidade ou constitucionalidade no Estado Democrático instituído em 1988.

De se notar que a justificativa para implantação legal dessa técnica deu-se, exatamente, pela afirmativa do excesso de trabalho dos magistrados, razão da “morosidade” da “prestação jurisdicional”, novamente estreitando os laços, numa relação causal, entre efetividade do direito e celeridade.

Então, para “atacar” a raiz do problema, desenvolveu-se a técnica impeditiva de recursos especiais “repetitivos” para que os Ministros do STJ se ocupem com outras

questões importantes ao jurisdicionados, para além de “recursos repetitivos”, cuja “matéria de direito” já foi analisada em recurso “representativo da controvérsia”. É rico dessa sorte de argumentos o voto do relator da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, quando da análise do então projeto de lei que se destinava à introdução do art. 543-C ao CPC/73. Conforme o Deputado Maurício Rands:

Não há reparos a fazer quanto à juridicidade e à técnica legislativa. No mérito, o Projeto é oportuno e conveniente, vindo ao encontro dos anseios dos jurisdicionados por uma prestação mais célere e eficiente. Com o volume de processos atualmente existentes nos tribunais, fica impossível julgar com rapidez e eficácia, o que tem produzido a morosidade da justiça e o descontentamento da decisão judicial. Grifos nossos (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2007)

Reside aí, desde o nascedouro da reforma, a conexão teleológica entre a criação da técnica em estudo e a busca pela celeridade procedimental⁸⁰. Os “anseios dos jurisdicionados por uma prestação célere e eficiente”, como mencionado pelo Deputado, não podem ser considerados em espaço isento aos direitos fundamentais, principalmente aqueles que oportunizam a participação da parte na construção dos próprios caminhos percorridos para a confecção da decisão.

Cumpra concluir pela ilegitimidade da técnica impeditiva de recursos especiais repetitivos se gera supressão do debate entre os interessados em âmbito recursal. A inconstitucionalidade da mencionada técnica assenta-se na retirada do processo, como garantia constitutiva de direitos (BARROS, 2009, p. 10-14), da decisão aplicada a todos os recursos portadores de “idêntica questão de direito”.

A principal deformidade da técnica em questão é a imposição da “decisão referência” a recursos cujo espaço processualizado de debate não foi oportunizado. Encontra-se, entremeando e sustentando os fundamentos da técnica, a repetida afirmação de que o direito constitucional ao recurso é um dos principais motivos da

⁸⁰ Nesse mesmo contexto Dierle Nunes e Alexandre Bahia ensinam que “[...] apesar de se afirmar que as reformas são realizadas de acordo com os princípios processuais constitucionais e com perspectiva constitucional democrática e/ou socializadora, verifica-se que o discurso de boa parcela da doutrina processual brasileira se deixou contaminar por condições funcionais e de eficácia que não se preocupam com o viés público e garantista do sistema processual constitucional” (NUNES; BAHIA, 2010, 14).

excessiva duração das demandas⁸¹. O somatório dessa perspectiva míope sobre o direito fundamental ao recurso com a idéia segundo a qual somente é efetiva a decisão célere culmina com reformas legislativas para combater e limitar o direito da parte de estender o debate em âmbito recursal⁸².

Em suma, não há como vincular a efetividade do processo, nos marcos teóricos de Bedaque e Dinamarco, à celeridade temporal do procedimento em espaço constitucionalmente construído, sob pena de se limitar o debate entre as partes. O direito fundamental ao recurso, como oportunidade de extensão do debate em espaço processualizado, não pode ser reduzido a pretexto de aplicação irrestrita de entendimento sobre “questões de direito” a todos os “demais casos repetidos”, sem abertura discursiva e argumentativa para a reconstrução dos casos que subjazem a cada recurso especial interposto.

Dito de outro modo, a observação empírica⁸³ não basta para lastrear, no Estado Democrático, uma técnica de julgamento padronizado, sem qualquer debate entre as partes no âmbito procedimental-recursal pertinente. Posicionamento em sentido diverso corresponde a ausência de democracia na atuação do Judiciário (STJ), na medida em que retira o debate e o policentrismo (NUNES, 2009) da construção participada do provimento.

4.2 Nova técnica sob perspectiva democrática: possibilidade de julgamento padronizado legítimo?

⁸¹ Sobre o assunto, adverte Barbosa Moreira: “Sempre que entre nós se critica o desempenho da Justiça, e em particular a lentidão processual, vem à balha o tema dos recursos. É generalizada a crença de que uma das causas principais, senão a *principal*, da excessiva duração dos pleitos reside em defeitos existentes na disciplina da matéria. Assim se explica, provavelmente, a frequência das iniciativas que se vêm tomando no sentido de alterar **essa** disciplina. Das dezenas de inovações introduzidas nos anos recentes em nosso ordenamento processual civil, uma parte importante visou semelhante alvo” (MOREIRA, 2004b, p.143).

⁸² Cumpre ressaltar que no PLS 166/2010, foram retirados os embargos infringentes (art. 948), como também foi introduzido o recebimento de honorários sucumbenciais de recursos não providos no valor de 25% a fim de desencorajar a parte de recorrer e, portanto, de exercer seu direito ao recurso (art. 87, §7º).

⁸³ A existência de demandas e recursos que se repetem na fundamentação não pode ocasionar a criação de técnica simplista que reúne o julgamento de todos os casos conjuntamente sem análise atenciosa

Habermas alerta a possibilidade da utilização da técnica como forma de dominação sobre os homens (Habermas, 1968) se não contextualizada em espaço democratizado. É nesse sentido que se tenta afastar o caráter antidemocrático e inconstitucional da técnica impeditiva de recursos especiais “repetitivos”, a fim de que o debate seja oportunizado tanto na construção da “decisão referência”, quanto na aplicação do que decidido aos demais recursos sobrestados.

O que se propõe é a criação de técnica vinculada aos direitos fundamentais, sem supressão do debate e do direito ao recurso, constitucionalmente assegurados ao cidadão. Dessa forma, não há ataque à reunião de julgamento padronizado de demandas ou recursos semelhantes. Questiona-se, todavia, a forma como esse julgamento ocorre, pois não cabe, no Estado Democrático, a construção do provimento sem participação dos cidadãos por ele afetados.

A técnica destinada ao julgamento de recursos especiais “repetitivos”, acompanhando tendência internacional⁸⁴, propõe reunião de feitos baseados numa “idêntica questão de direito”, para aplicação indistinta e padronizada da “decisão referência” a todos os demais recursos especiais não escolhidos como “representativos de controvérsia”.

Já se assentou que a não-inclusão da reconstrução do caso no debate legitimante do provimento final impede consideração constitucionalmente adequada da “questão jurídica”, vez que o isolamento (a separação, a cisão) do “direito” em relação aos “fatos” descaracteriza o recurso (ou demanda) em sua especificidade. Como abordado alhures, não há como discutir o direito sem a análise das circunstâncias fáticas que o delimitam metodologicamente; o exame problemático da juridicidade perpassa a análise dos fatos que determinam os contornos da violação ou ameaça ao direito. Destarte, a tentativa de isolar somente a questão do “direito” em determinado recurso nada mais é do que uma ficção jurídica de grande problemática hermenêutica (STRECK, 2007). Na percepção de Wambier (1998, p. 55-58), a questão é predominante de fato ou predominantemente de direito.

sobre as características individuais de cada um e a adequação da aplicação da “decisão referência” àquele conflito em exame.

⁸⁴ Consultar o capítulo 2.

Com nova proposta de julgamento padronizado, o PLS 166/2010 inova na introdução do incidente de resolução de demandas repetitivas presente nos artigos 930 a 941⁸⁵. Trata-se de nova técnica para julgamento padronizado de demandas ou recursos semelhantes. Apesar de alguns avanços teóricos alcançados nesta nova técnica, as idéias de “justiça” como prestação célere e “segurança jurídica” como antecipação do convencimento do juiz e “ausência de surpresa” do jurisdicionado, os tribunais superiores destinados a moldar o ordenamento jurídico objetivamente considerado permanecem na condição de *locus* privilegiado na elaboração do novo texto normativo⁸⁶ (BRASIL, 2010a).

Da forma como previstas esta e outras técnicas na exposição de motivos do novo CPC (PLS 166/2010), adota-se a autoridade do prolator da sentença, e não a forma democrática inclusiva de sua construção pelo policentrismo - participação e influência de todos os sujeitos processuais na construção do provimento (NUNES, 2010b, p. 212) – para justificar e legitimar a decisão aplicada ao caso suscitado em juízo. Por essa razão, muitas das observações realizadas sobre técnica de julgamento de recursos especial e extraordinário “repetitivos” no capítulo anterior podem ser referenciadas aos artigos do incidente de resolução de demandas “repetitivas”, a fim de apontar a crescente adoção do convencimento do julgador como parâmetro de adequação da decisão jurídica.

A busca da produtividade jurisdicional concede ao “protagonismo judicial” (NUNES, 2010b, p. 212) grande ascensão normativa, a ponto de autorizar que entendimento unificado sobre “questão de direito” seja construída para a reunião de demandas sem análise individual de cada caso específico (fatos) na aplicação do

⁸⁵ Frise-se que antes do relatório substitutivo da Comissão Temporária da Reforma do Código de Processo Civil, os artigos referentes ao incidente eram do 895 ao 906.

⁸⁶ Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia já adverte, ao ensinar sobre os recursos extraordinários, o apego a uma racionalidade instrumental, com adequação dos meios aos fins, baseada em números numa análise de custo-benefício. Questiona o autor se os números podem ser tratados como problema de custo, referindo-se, portanto, à racionalidade que busca dar eficiência ao Judiciário como uma “instituição econômica” a partir das metas determinadas no “novo Consenso de Washington”. (BAHIA, 2009, p. 209). Em outro texto, Nunes e Bahia afirmam: “Tal perspectiva de eficiência quantitativa permite a visualização do sistema processual tão somente sob a ótica da produtividade (art. 93, inc. II, alínea c, da CRFB/88, como redação dada pela EC/45) e associa a figura pública do cidadão-jurisdicionado a um mero espectador privado (consumidor) da ‘prestação jurisdicional’, como se o poder-dever estatal representasse, e fosse, um mero aparato empresarial que devesse fornecer soluções (produtos e

“convencimento do Juiz”. Com tais considerações, inicia-se a análise do incidente de julgamento de demandas “repetitivas”, que guarda estreita conexão com a técnica dos recursos especiais também “repetitivos”⁸⁷. O art. 930 do projeto 166/2010 dispõe:

Art. 930. É admissível o incidente de demandas repetitivas sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em **idêntica questão de direito** e de causar **grave insegurança jurídica**, decorrente do **risco de coexistência de decisões conflitantes**.

§1º O pedido de instauração do incidente será dirigido ao Presidente do Tribunal:

I – pelo juiz ou relator, por ofício;

II – pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.

§2º O ofício ou a petição a que se refere o §1º será instruído com os documentos necessários à demonstração da necessidade de instauração do incidente.

§3º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e poderá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono. (BRASIL, 2010b, p. 523)

Como na redação do art. 543-C do CPC, o fator de reunião das demandas repetitivas é a identidade da “questão de direito”. Consoante a exposição anterior, sobre os recursos “repetitivos”, propõe-se a substituição do fator de reunião sobre *questões* repetitivas, ou seja, contornos fáticos e jurídicos (reconstrução do caso) tornados controvertidos após debate e apresentação de argumentos pelas partes. Ainda que o texto analisado pelo Senado tenha mantido a reunião das demandas pela “idêntica questão de direito”, a medida sofreu pedidos de emendas. Uma delas é de autoria do Senador Adelmir Santana na proposta de emenda 87, a saber:

O Senador Adelmir Santana sugere nova redação para o art. 895, com o objetivo de prever que o chamado incidente de resolução de demandas repetitivas deva ser instaurado em relação a **idênticas questões de direito e de fato**, e não apenas quando forem idênticas as questões de direito, na forma da redação original. O autor entende que se o incidente for instaurado quando

serviços) do modo mais rápido, à medida que os insumos (pretensões dos cidadãos) fossem apresentados (propostos)” (NUNES; BAHIA, 2010, p. 15).

⁸⁷ Cumpre ressaltar que a técnica impeditiva de recursos especiais “repetitivos” e o incidente de julgamento de demandas repetitivas se assemelham no sentido de buscarem julgamento unificado de inúmeros recursos/demandas baseados em idêntica “questão de direito”. Nesse sentido, em ambos os casos, a decisão resultante desde julgamento será aplicada a demais recursos/demandas sem debate anterior, decidindo o mérito. Ressalte-se que a técnica impeditiva de recursos especiais repetitivos e a técnica de julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos foram tratados no capítulo anterior.

houver identidade apenas em relação à questão de direito, o incidente corre o risco de ser inútil, por não resolver os casos individuais, que ensejarão soluções diferenciadas. Além disso, não sendo idênticas as questões de fato, a produção de provas pode se tornar impossível do ponto de vista prático, violando-se assim o direito de defesa das partes. A proposta visa ainda conferir mais objetividade e eficácia ao instituto, pela redação sugerida (BRASIL, 2010b, P. 104).

Dessa forma, repita-se, propõe-se a reunião das demandas a partir de *questões* repetidas, pois a presença dos elementos fáticos na delimitação da demanda alçada ao debate do plenário permite a ampliação da participação dos interessados. A rigor, cada qual poderá apresentar interpretações diversas daquelas colocadas pelas partes do recurso especial pinçado entre milhares, como representativo da controvérsia. Apesar da impropriedade da já mencionada cisão “questão de direito” e “questão de fato”, a emenda sugerida pelo Senador Almir Santana, que representaria avanço democrático no trato do instituto, foi afastada com os seguintes fundamentos:

II.4.87 – Emenda nº 87

A Emenda deve ser rejeitada, já que **o incidente de demandas repetitivas é reservado para matérias de direito, e não de fato, muito menos que demandem a produção de provas**. Trata-se de uma forma de o Judiciário proferir uma decisão que fixe uma tese jurídica, abstrata, que possa ser aplicada a um grande número de litígios que se estejam proliferando, impedindo-se assim tanto a multiplicação de processos e de recursos, bem como afasta a existência de decisões conflitantes acerca da mesma matéria e impede a geração de inconformismos. **Assim, a dinâmica do incidente proposto pelo Código independe de as questões de fato discutidas serem inteiramente idênticas, como quer a proposta, já que o que se vai discutir e harmonizar é a tese jurídica subjacente às questões discutidas** (BRASIL, 2010b, p. 217/218).

Com posicionamento semelhante e também atento aos perigos da desconsideração dos contornos fáticos da demanda, o Senador Francisco Dornelles propôs, por sua vez, a supressão de todo o incidente de julgamento de demandas “repetitivas”:

O Senador Francisco Dornelles propõe a supressão de todo o Capítulo VII do Título I do Livro IV, correspondente aos arts. 895 a 906. Trata-se do incidente de resolução de demandas repetitivas, que visa possibilitar o julgamento de demandas de massa com maior rapidez, buscando preservar a uniformidade de entendimento dos tribunais superiores. Sustenta-se a supressão do instituto, por acreditar-se que ele não representa uma solução compatível com o direito brasileiro, além de não ser uma solução necessária, em vista de instrumentos já

existentes, com a mesma finalidade. **Além disso, argumenta-se que esse incidente de demandas repetitivas atenta contra o pleno exercício do direito de ação e contra o princípio do juiz natural, por não permitir que as particularidades de cada caso concreto sejam consideradas.** Grifos nossos (BRASIL, 2010b, p. 104)

Da mesma forma que a proposta de emenda 87, a emenda 86 sugerida pelo Senador Francisco Dornelles também foi rejeitada, com a seguinte justificativa:

II.4.86 – Emenda nº 86

A Emenda nº 86 deve ser rejeitada, tendo em vista que ela propõe a supressão de um dos núcleos fundamentais do projeto de lei, que é o incidente de resolução de demandas repetitivas. Sem dúvida, esse incidente é uma das maiores inovações do processo civil da atualidade, e não faz sentido abortar a proposta da forma como se pretende. Além disso, não vislumbramos no projeto os alegados vícios de inconstitucionalidade apresentados na justificação da Emenda, devendo-se considerar, particularmente, que não existe qualquer atentado ao direito de ação, nem risco de as questões particulares escaparem ao julgamento, já que a finalidade do instituto é fixar uma tese jurídica abstrata que seja uniformemente aplicada às demandas repetitivas, **ressalvando-se, contudo, a análise das particularidades fáticas de cada caso.** Também não é óbice à adoção do mecanismo a existência de outros institutos processuais que objetivem a padronização da jurisprudência dos tribunais, ou que a apliquem ao caso concreto, como a rejeição liminar da demanda ou a súmula vinculante, já que cada um deles tem um âmbito distinto de aplicação. Dessa forma, rejeitamos a Emenda, favoráveis que somos à manutenção desse instituto, que certamente será uma das maiores contribuições do novo Código para solucionar, pelo menos em parte, os problemas da morosidade e da falta de efetividade do processo. Grifos nossos (BRASIL, 2010b, p. 217).

Apesar da afirmação pura e simples de que as particularidades fáticas de cada caso não seriam afastadas nas técnicas em comento, não há previsão no texto do novo CPC acerca de exame individual de cada demanda no momento de aplicação da tese construída pelo tribunal.

No art. 12 do PLS 166, faz-se menção ao julgamento de recursos em bloco após definição da tese pelo tribunal. Em momento algum se aventa a possibilidade de debate entre as partes sobre a adequação da aplicação naquele caso concreto⁸⁸ em claro atentado à democracia pelo impedimento ao debate.

⁸⁸ Textualmente determina o art. 12 do PLS 166/2010: **Art. 12.** Os juízes deverão proferir sentença e os tribunais deverão decidir os recursos obedecendo à ordem cronológica de conclusão. § 1º A lista de processos aptos a julgamento deverá ser permanentemente disponibilizada em cartório, para consulta pública. § 2º Estão excluídos da regra do *caput*. I – as sentenças proferidas em audiência, homologatórias de acordo ou de improcedência liminar do pedido; II – **o julgamento de processos em bloco para aplicação da tese jurídica firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas**

O art. 930 do PLS 166/2010 possibilita o subjetivismo judicial pela expressão “sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos [...] e de causar insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes”.

Em primeiro lugar, cabe a correção técnica de que a multiplicação é de procedimentos fundados na mesma *questão*, e não de “processos” (FAZZALARI, 2006, p. 114-115). No que tange à insegurança jurídica, “decorrente das decisões conflitantes”, percebe-se a vinculação do texto à noção de segurança jurídica como a antecipação do “convencimento do juiz” sobre determinado assunto, a fim de que o jurisdicionado já se comporte em moldes pré-fixados pela jurisprudência. Como defendido por Cunha (2010), a segurança jurídica é tratada como sinônimo de engessamento de entendimento judicial, para aplicação padronizada, com a manutenção do poder de decisão na figura do julgador, que se torna responsável pela operacionalidade das leis⁸⁹.

Em tentativa de garantir uma “prestação jurisdicional” célere e uniforme, a técnica desenvolvida pelo projeto 166/2010 incentiva a confecção de entendimento unificado e aplicável a todos os casos “fundados em idêntica questão de direito”. Logo, além da premente ilegitimidade da aplicação indistinta⁹⁰ da “decisão referência” e da inconstitucionalidade da supressão do debate, há ainda a transferência de responsabilidade ao judiciário quanto à concretização e à garantia de direitos, a fim de compensar os déficits dos demais órgãos, entidades, estruturas e agentes estatais.

Sobre o assunto, Nunes esclarece que os aportes teóricos de um novo papel do Judiciário disposto a compensar os déficits de igualdade material com papel de antevisão dos impactos decisórios no campo político, econômico e social foram

ou em recurso repetitivo; III – a apreciação de pedido de efeito suspensivo ou de antecipação da tutela recursal; **IV – o julgamento de recursos repetitivos ou de incidente de resolução de demandas repetitivas**; V – as preferências legais. Grifos nosso (BRASIL, 2010b, p. 245).

⁸⁹ Sobre o assunto, com explicação em moldes constitucionais democráticos, cumpre ressaltar as palavras de Alexandre Bahia (2009, p. 221) sobre o significado de segurança jurídica: “Dessa forma, entendemos que segurança jurídica apenas pode significar hoje a garantia de que a proteção contra qualquer (*alegação de*) “lesão ou ameaça a direito” encontre no Judiciário a resposta adequada, ou seja, onde as partes possam ter a certeza de que a decisão foi formada a partir daquilo que elas produziram em contraditório no processo, ao mesmo tempo em que resulta da reconstrução do Ordenamento”.

⁹⁰ Por indistinta refere-se a aplicação da “decisão referência” sem debate entre as partes sobre sua adequação. Objetiva-se, com tal medida, o respeito aos princípios do contraditório prévio, da ampla argumentação e da isonomia e não mais uma aplicação autoritária e solipsista do julgador.

inaugurados no segundo pós-guerra, na doutrina austríaca de Klein e Menger (NUNES, 2010a).

Ensina o autor (NUNES, 2010a) que as últimas décadas do século XIX e primeiras décadas do século XX retratam a tentativa de combater aos processos extremamente formais com um julgador espectador e, a partir do segundo pós-guerra e da estruturação de Tribunais Constitucionais, novo fôlego é atribuído ao ativismo judicial, o julgador passa a um garantidor de promessas.

Grande é a cobrança sobre o judiciário a ponto de tornar “natural”, até desejável, a autoritária participação dos julgadores na resolução dos conflitos. A partir da extinção da fala, a litigiosidade contida não chega aos gabinetes dos julgadores, proporcionando a ilusória sensação de paz social. A idealidade dessa ideologia é que os conflitos cessem no momento em que acontecem, se “decisão referência” já existir sobre aquele assunto. O futuro da demanda estará decidido e escrito antes mesmo de ela surgir.

4.1.1 O incidente de resolução de demandas repetitivas e análise mais detida

Prevê o §1º do art. 930 do PLS 166/2010 que o pedido de instauração do incidente será dirigido ao Presidente do Tribunal pelo juiz ou relator, de ofício ou pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria, mediante petição. Todavia, atenção redobrada deve recair sobre a legitimidade de instauração do incidente, pois, conforme o inciso I, §1º, do art. 930 do PLS 166/2010, o primeiro legitimado é a figura paternal do juiz, e não a parte interessada como no Procedimento-Modelo do direito tedesco.

Em nada depõe contra o instituto a identificação de controvérsia (questões) ocorrer pelo órgão judiciário, desde que os demais interessados⁹¹ não sejam, por isso,

⁹¹ Utiliza-se o conceito elaborado por Elio Fazzalari (2006, p.122), ou seja, interessados como os destinatários dos efeitos do ato final, também chamados de contraditores. Segundo o autor italiano, no processo participam, em contraditório, “aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades”. Assim, o processo - tratado como uma estrutura dialética do procedimento pelo contraditório - consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em contraditório (FAZZALARI, 2006, p. 119-120) e se caracteriza pela participação de mais sujeitos, além do autor. Nesse ínterim, os interessados são convidados a participar, em contraditório e juntamente com o autor, na construção do

excluídos do debate. Pode o órgão julgador constatar a repetição de demandas com questões semelhantes e noticiar o fato ao órgão responsável em dar publicidade à instauração do incidente. Uma vez pública a notícia, poderão os demais interessados se manifestar.

No modelo alemão, a própria parte requer a instauração do incidente demonstrando a repercussão do seu pedido em demandas individuais similares. Na Alemanha não é possível instauração do incidente de ofício pelo juízo (CABRAL, 2007, p. 133).

A necessidade do incidente é comprovada pela ocorrência de, ao menos, nove novas requisições com o mesmo objeto, pretensões paralelas e causa de pedir semelhantes, após quatro meses da publicação no registro público de pequeno extrato sobre os pedidos, partes e objetivos do Procedimento-Modelo, analisado pelo juízo de origem (CABRAL, 2007, p. 134).

O incidente alemão é julgado pelo Tribunal Regional. O modelo brasileiro, por sua vez, propõe julgamento em tribunal⁹², cabendo participação àquele que for parte em demanda semelhante, independente⁹³ da competência territorial (parágrafo único, art. 935 do PLS 166/2010).

Sobre o assunto, se há aplicação jurídica de âmbito nacional, propõe-se instauração do incidente perante órgão superior determinado por lei, conforme a matéria. Com tal medida não se percebe supressão de competência dos demais órgãos, e sim ampliação de debate em incidente coletivo determinador de entendimento, a ser aplicado em demandas semelhantes⁹⁴.

provimento, vez que “cada contraditor possa exercitar um conjunto [...] de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros” (FAZZALARI, 2006, p. 119).

⁹² Frise-se que no PLS 166/2010 não é estabelecido qual o tribunal competente para o julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas. Nesse sentido, interpreta-se que o julgamento de demandas “repetitivas” pode ocorrer, conforme texto em análise, em qualquer tribunal da federação conforme sua competência já estabelecida.

⁹³ Busca-se o incidente alemão para comparação porque foi o modelo utilizado pelos relatores do PLS 166 para a confecção do incidente tratado. Em nenhum momento na pesquisa tem-se o exemplo alemão como ideal. Trata-se somente do apontamento de características mais democráticas presentes no modelo não reproduzidas na cópia nacional.

⁹⁴ Dois pontos com argumentação contrária, todavia, podem surgir sobre tal proposição. Um deles é a atribuição de função legislativa ao órgão de instância superior que poderá, em tese, “legislar” sobre o entendimento a ser seguido naquele tema. O segundo ponto é a possibilidade de supressão de instâncias na “elevação” da competência para o julgamento do incidente a órgão superior. Há que se destacar, sobre o último ponto, se tratar da atribuição dos órgãos superiores brasileiros de atuarem como

Nos termos do PLS 166/2010 (arts. 930, §1 e §2º), o ofício ou a petição será instruído com documentos demonstrativos da necessidade do incidente. Caso o requerente desista ou abandone o incidente o Ministério Público assumirá sua titularidade, devendo, nos casos em que não figurar como parte, intervir obrigatoriamente.

Conforme o artigo 931 do PLS 166/2010, “a instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça”. Aparentemente, não há razão para temer o desconhecimento do incidente pelos possíveis afetados, mesmo que demandem em comarca diversa daquela onde se desenvolveu a que deu origem ao incidente. A rigor, a centralidade da discussão em órgão judiciário superior oportuniza maior divulgação em veículos de informação, institucionais ou não, principalmente quando se considera a extensão continental do Brasil.

Além disso, compete aos tribunais promover a atualização de banco eletrônico de dados específicos sobre as *questões* repetitivas submetidas ao incidente, comunicando, imediatamente, ao Conselho Nacional de Justiça, para inclusão do cadastro (parágrafo único, art. 931, PLS 166/2010).

Com a finalidade de atribuir caráter mais democrático à decisão, após a distribuição, o relator pode requisitar informações ao órgão em cujo juízo se originou a demanda, em quinze dias. Após tal prazo improrrogável, fixa-se data para admissão do incidente e intima-se o Ministério Público (art. 932, PLS 166/2010).

O julgamento do incidente e a análise da sua admissibilidade cabem ao plenário do tribunal ou ao órgão especial, onde houver, conforme os artigos 45 e 933, *caput*, do PLS 166/2010.

O art. 933, §1º, do PLS 166/2010, determina que, na avaliação da admissibilidade, o tribunal avalie a “conveniência de se adotar decisão paradigmática” e os requisitos previstos no art. 930 do PLS 166/2010. Fica o grande questionamento

órgão de 3º grau com o julgamento de mérito dos recursos encaminhados a eles. Contudo, essa questão já foi tratada por Theodoro Júnior, Nunes e Bahia (2009, p. 12-14). E por Alexandre Bahia (2009, p. 207-208). Por sua vez, afasta-se o primeiro ponto com base na participação democrática de todos os interessados na construção da tese referente aquela *questão*. Não se confere poderes aos Ministros de determinarem, baseados nos próprios conhecimento, caminho a ser seguido pelos demais, mas se propõe a ampliação do debate.

sobre a possibilidade de análise subjetivista e isolada do julgador acerca da “conveniência” do incidente. Não há no texto critérios objetivos (necessários) para a instauração ou para o prosseguimento do procedimento isonomicamente. Dessa forma, abre-se espaço para o subjetivismo solipsista do julgador.

É nesse sentido que o incidente brasileiro se distancia do incidente alemão, pois esse somente se inicia repita-se, após, no mínimo, nove manifestações semelhantes reforçando a necessidade da unificação do entendimento alçado ao Tribunal Regional. Dessa forma, a “conveniência” do incidente se comprova mediante atuação de outros interessados, com critérios objetiva e previamente determinados em lei, e não de acordo com a “conveniência”, o “risco de grave insegurança jurídica” ou “potencial” de “relevante” multiplicação de “processos idênticos”⁹⁵.

Novamente no texto nacional abre-se ao discernimento do julgador a avaliação sobre a pertinência do incidente uniformizador. Mais uma vez o julgador é posicionado como figura paternal, de modo a mostrar aos jurisdicionados os melhores caminhos e/ou soluções possíveis para os males sociais que os afligem. Em suma, agridem-se os princípios constitucionais que regem o processo democrático⁹⁶.

A decisão, sem requisitos objetivos determinados, dependente do convencimento dos julgadores sobre a relevância da questão repetida, mostra-se contrária aos ditames constitucionais do processo. Mais uma cláusula aberta se acresce ao texto do CPC, sem que seja possível em espaço democrático decisão sem a manifestação das partes, a fim de determinar a “conveniência de adoção de decisão paradigmática”. Compreendida, essa cláusula aberta ataca a legitimidade da decisão jurisdicional.

⁹⁵ Ensina Alexandre Bahia que “**não há casos idênticos**, a menos que se esteja falando da ocorrência de litispendência ou de ofensa a coisa julgada pela interposição de novo processo idêntico a outro já decidido”. Afirmo o autor que cada caso é “único e irrepetível; logo, *não há respostas tão perfeitas e definitivas que possam, resolvendo um caso, determinar a solução de todos os outros (atuais ou futuros)*, a interpretação é (sempre) construtiva”. (BAHIA, 2009, p. 217-218)

⁹⁶ A agressão aos princípios constitucionais ocorre exatamente no momento em que a participação dos interessados (FAZZALARI, 2006, 122) é afastada e o debate é reduzido. Os princípios do contraditório, da ampla defesa, da isonomia e da fundamentação das decisões jurídicas são violados pelo distanciamento entre a construção do provimento e participação (debate) dos interessados. Conforme os ensinamentos de Baracho (1995, p. 1-3), é a participação do cidadão (característica da democracia), pelo diálogo, que limita o arbítrio do poder. Ao afastar os interessados da construção do provimento, afasta-se também a fiscalização dos atos jurisdicionais pelos cidadãos confirmando a crença em magistrados virtuosos capazes de promover *per si* a concretização de direitos fundamentais (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA, 2010, p. 12).

Vale rememorar a característica da não-surpresa, elementar à noção hodierna de contraditório (NUNES, 2004, p. 77-78). As partes, para a instauração do incidente, devem-se preocupar somente com os requisitos objetivamente determinados – inexistentes no texto atual –, e não com a importância dada pelo julgador a determinado assunto tratado no incidente. Tal como redigido nesta parte o projeto de novo CPC, caso julgue desnecessário ou incontroverso, pode o julgador, com incompreensível liberdade, decidir pela “inconveniência” do incidente e não autorizar sua instauração.

Na continuação do art. 933 do PLS 166/2010, o §2º dispõe que, rejeitado o incidente, o “curso” dos procedimentos (tratados como “processos” no texto comentado) será retomado. Todavia, se admitido o incidente, o tribunal julgará as questões repetidas, lavrando-se o acórdão cujo teor será observado pelos demais juízes e órgãos fracionários situados no âmbito de sua competência.

A fixação de diretriz aos demais órgãos e juízos ligados hierarquicamente ao tribunal reforça, mais uma vez, a concessão da competência de julgamento do incidente a Tribunal Superior. No que tange à competência constitucionalmente fixada ao STJ, o julgamento de questões repetidas em distintos estados da federação pode acarretar a multiplicação de recursos especiais, com lastro no art. 105, III, c, da CRFB, que abarca a hipótese de existência de interpretações diferentes em tribunais locais acerca de lei federal. Nessa circunstância, a diminuição do número de demandas levadas ao conhecimento do STJ mediante a técnica dos recursos “repetitivos”, do incidente de coletivização e outros congêneres, espalhados por todo o projeto do novo CPC, torna-se objetivo de difícil consecução.

Quando da aplicação do acórdão oriundo do julgamento do incidente, faz-se necessário, por óbvio, reforçar a indispensável participação das partes após a aplicação do entendimento fixado pelo tribunal. O contraditório deve ser oportunizado para que as partes, em isonomia, se manifestem sobre a adequação da padronização de julgamento àquele caso concreto, especialmente provendo a reconstrução adequada das circunstâncias fáticas da espécie. Caso se determine a aplicação de ofício da tese construída, às partes deve-se garantir acesso aos autos para se manifestarem sobre o assunto, inclusive com a alegação da ilegitimidade da medida.

Após a admissão no incidente pelo plenário, o presidente do tribunal, na própria sessão, determina a suspensão dos procedimentos pendentes em primeiro e segundo graus (art. 934 e art. 288, PLS 166/2010). Idêntica disposição é encontrada no Procedimento-Modelo tedesco e na técnica brasileira impeditiva de recursos especiais repetitivos, a fim de garantir a aplicação padronizada aos casos semelhantes. Deve-se atentar, todavia, que a aplicação padronizada do entendimento se circunscreve exclusiva e simplesmente à *questão* repetitiva, considerando-se na aplicação final, por necessário, “questões de fato” e “questões de direito”.

Reforçando esse argumento, o parágrafo único do art. 934, PLS 166/2010 estabelece que, durante a suspensão dos procedimentos, podem-se conceder medidas de urgência no juízo de origem. Frise-se que a necessidade de medida de urgência somente se comprova por meio de fato determinante naquele caso. Há de se salientar que a presença de medidas justificadas pela urgência não é novidade introduzida pelo PLS 166/2010; antes, as reformas no Código de Processo Civil de 1973, iniciadas na década de 1990, já promoviam a proliferação de situações que a autorizam.

Sobre o assunto, Zamira de Assis afirma que a introdução das urgências de tutela no CPC tem por objetivo a difusão de decisão com força executiva antes de finalizada a cognição plena. Juízos sobre dano iminente e perigo de demora instruem a promessa de agilidade e rapidez na emissão de decisões judiciais (ASSIS, 2008, p. 177).

Com o art. 934, parágrafo único, do PLS 166/2010, mantém-se a “urgência”, a fim de proteger os “resultados úteis” do procedimento pelos argumentos do “tempo do processo” e do “perigo de dano irreparável” no Projeto do novo CPC. De novo à tona os ensinamentos de Assis, a “força do argumento” é suplantada pelo “argumento da força”, sempre que impera a busca frenética por efetividade do direito, por meio da “sabedoria”, “prudência” ou “sensibilidade” dos juízes que devem diferenciar sumariamente os casos urgentes dos não urgentes, percebendo existência de perigo de dano irreparável (ASSIS, 2008, p. 185).

O mais constrangedor nessa análise é o incentivo de doutrinadores nacionais à manutenção da “instrumentalização autoritária e autocrática” do processo pela concessão/transferência do poder do povo para “um decisor”, como lembra Assis

(2008, p. 186). Em toda leitura do incidente brasileiro de coletivização nota-se a delegação da decidibilidade ao julgador, da mesma forma que ocorreu nas reformas do CPC de 1973. Mera leitura do art. 543-C do CPC de 1973, sobre a técnica impeditiva de recursos especiais “repetitivos”, ilustra o afirmado. Tais apontamentos só reforçam as palavras escritas por Assis, a saber:

O interessante é observar que grande parte das inovações legislativas vem em socorro da morosidade da resposta do judiciário, mas não para aceleração da resposta e sim, para supressão da participação das partes no procedimento, fazendo com que a “justiça” seja distribuída de forma solipsista pelo julgador e não “processualizada” pelas partes em contraditório no espaço-tempo procedimental desde o processo legislativo. (ASSIS, 2008, p. 186).

Os ensinamentos da autora mostram-se extremamente atuais, a ponto de servirem, como luva à mão, ao PLS 166/2010. A efetividade do direito material pressuposto pela supressão de debate na construção do provimento não encontra compatibilidade com no Estado Democrático. Sua inconstitucionalidade mostra-se latente. Sobre o assunto, Assis:

A efetividade do direito não se liga ainda à necessidade de sumarização da cognição nem à necessidade de supressão de espaço discursivo (produção de defesa plena) quando, diante de situações que exijam cautela da antecipação dos conteúdos da lei em decisão interlocutória. (ASSIS, 2008, p. 187).

Conforme o art. 935 do PLS 166/2010, o relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de quinze dias, poderão requerer a juntada de documentos e diligências que julgarem necessárias para a elucidação da questão repetida. O mesmo prazo será concedido ao Ministério Público para manifestação.

Concluídas as diligências, o relator pedirá dia para o julgamento do incidente. Após a exposição do incidente pelo relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao autor e ao réu do procedimento originário e, posteriormente ao Ministério Público, no prazo de trinta minutos, para apresentação de razões. Em seguida, será concedido aos demais interessados prazo de trinta minutos, divididos entre todos, para manifestação, desde que ocorra inscrição com quarenta e oito horas de antecedência (art. 936 PLS 166/2010).

No entanto, por se tratar de julgamento de incidente de caráter coletivo originado em demandas individuais com *questões* repetitivas, o prazo de manifestação dos interessados deve ser isonômico, a fim de legitimar a aplicação extensiva do entendimento firmado. Segundo o art. 936 do PLS 166/2010, diferença abismal é confeccionada entre o tempo de manifestação das partes do procedimento originário e o dos demais interessados, restringindo a possibilidade de debate e a propositura de novos argumentos por todos.

Dessa forma, o texto do art. 936 do PLS 166/2010 propõe distanciamento entre as partes do procedimento original e os demais interessados, contrariando a característica de coletivização participativa (policentrada) do incidente.

Já visualizando possíveis modificações no incidente de julgamento de *questões* repetitivas, cumpre salientar que Vicente de Paula Maciel Júnior diferencia *direito* e *interesse*. Para o autor o “interesse é sempre individual, porque pertence à esfera psíquica que liga um sujeito a um bem” (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 54). Já o direito passa pela validação da sociedade, “que filtra o interesse manifestado pela parte e confere a ele o respeito decorrente do consenso” (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 54). Nas palavras do autor:

O interesse nasce e se exaure na intenção do sujeito, em sua manifestação perante as outras pessoas, na sua esfera privada. Os interesses manifestados são afirmações da vontade do sujeito em face de um bem. Não ocorre a sua transformação em direitos. Estes não pertencem à esfera privada de manifestação da parte, mas sim à esfera pública. Os direitos existem como fenômeno tipicamente social. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 55).

Em conclusão, Maciel Júnior admoesta que “os interesses pertencem a uma fase pré-lógica, antecedente, e nunca se confundirão com os direitos, que exigem um processo de validação, de legitimação dos interesses na sociedade para que possam ser chamados de direitos” (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 55)⁹⁷. Contudo, na diferenciação

⁹⁷ De acordo com o autor há interessados difusos, coletivos ou homogêneos: “Se a abrangência do fato for tamanha que não se possa identificar o número de interessados individuais no mesmo estaremos diante de interessados difusos. Se o fato atingiu um número de interessados pertencentes a um grupo organizado e associado teremos os interessados coletivos. Se, por outro lado, o fato atinge um número determinável de indivíduos não organizados ou associados, mas que manifestam de modo homogêneo os interesses que se harmonizam, temos os interessados homogêneos (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 58).

entre *direito e interesse*, o autor faz advertência sobre o problema da interpretação solipsista, a saber:

O critério de se estabelecer, a priori e sem respaldo legal, o que seja o interesse geral, é um tanto quanto perigoso. O chamado interesse geral pressuporia análise subjetivas do interlocutor, que atribuiria à coletividade, à sociedade, a interpretação de que estaria em vigor nessa comunidade um certo interesse conforme ele o percebeu. Mas a análise subjetiva do interlocutor dependeria de um alto grau de sensibilidade e imparcialidade, no sentido de imaginar e interpretar corretamente a “vontade geral”. Com poderes quase plenipotenciários, esse interlocutor iria inferir que a soma de todos os interesses individuais iria resultar no interesse geral por ele percebido. E qual seria o crédito para o reconhecimento desse interesse? Qual o seu âmbito de análise de aplicação? Quais fatores entrariam na formação e influenciariam o interlocutor para a formação de seu julgamento? [...] É evidente que o interesse sendo individual não pode admitir a existência de um conceito que generalize esse interesse, no qual ele passaria a ter uma idéia supra-sensível e diferente do interesse individual. O que existe é o direito que se aplica à generalidade das pessoas por ser o processo de validação do interesse da parte (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 61)

Nunca está distante do PLS 166/2010 o grande perigo do confinamento dos saberes jurídicos e da definição dos conteúdos da norma na mente do decisor, em posição distante e superior às partes. O papel de condutor do procedimento não pode ser confundido com a obrigação de descortinar/descobrir a “verdade” do caso concreto apresentado. Da mesma forma, o agente público julgador não pode se esquecer dos ditames constitucionais ao confeccionar provimento construído por meio da participação ativa das partes.

Ressalte-se que a menção aos ensinamentos de Maciel Júnior na diferenciação entre *direito e interesse* se justifica pelo caráter coletivo do incidente brasileiro, pois várias interpretações e inúmeros interesses podem se manifestar no julgamento da *questão* repetitiva. É por essa razão que a presença ativa de todos os interessados, numa extensão de legitimados, deve ocorrer de forma isonômica.

Ampliando-se o rol de legitimados ao incidente também se amplia a participação dos interessados, de forma isonômica, enriquecendo a discussão e legitimando a tese desenvolvida. O objetivo da presente proposição de incidente atua no sentido de legitimar a reunião de julgamento de demandas semelhantes (“repetitivas”). Isto é, a extensão dos legitimados só faz reforçar a participação popular na tramitação do

incidente de caráter coletivo e na construção da tese a ser aplicada em outras oportunidades (“repetidas”).

O art. 937 do PLS 166/2010 prescreve que as partes, os interessados, o Ministério Público e a Defensoria Pública podem requerer ao tribunal competente que conheça de recurso especial ou extraordinário, a fim que sejam suspensos todos os processos no território nacional que versem sobre a *questão* objeto do incidente. Trata-se, então, de mais um argumento pró-concentração do julgamento do incidente em tribunal superior. Esse deslocamento dos feitos aos tribunais superiores acopla-se à argumentação segundo a qual debates em maiores proporções possibilitam publicidade maior às questões debatidas.

Da forma como proposta no projeto de novo CPC, a concentração do julgamento em órgão judiciário superior coloca em destaque o julgamento da *questão* repetitiva e faz diminuir o número de petições encaminhadas aos órgãos superiores. Afinal, nova petição (recurso especial ou extraordinário), além daquela que deu início ao incidente, deverá ser encaminhada ao tribunal superior, para que os efeitos do julgamento sejam expandidos a todo o país.

Somente o julgamento de recurso especial ou extraordinário tem o condão de garantir a suspensão dos procedimentos “pendentes”. Na verdade, procedimentos que não estejam na circunscrição do tribunal com competência territorial sobre o ente federado afetado pelo julgamento do incidente não são tecnicamente “pendentes”. Eis a incongruência que o art. 937 do PLS 166/2010 tenta extirpar.

Conforme o parágrafo único do art. 937 do PLS 166/2010, aquele que for parte em procedimento em curso, no qual se discute a mesma questão que deu causa ao incidente em julgamento, é legitimado, mediante interposição de recurso extraordinário ou especial a requerer para sua demanda os efeitos mencionados no *caput* do art. 937 supramencionado, independente dos limites da competência territorial do órgão judicial prolator da decisão.

Grande dúvida se coloca acerca da utilidade da suspensão de procedimentos em curso nos órgãos não vinculados ao tribunal, a cujo julgamento o incidente está adstrito. Julgado o incidente, todos os procedimentos suspensos prosseguirão normalmente, nada impedindo a existência de julgamentos conflitantes, vez que o entendimento

firmado não é aplicado aos demais órgãos judiciários da federação, e nem poderia, sob pena de ferir de morte o devido processo (ausência de debate).

Pela ausência de vinculação do entendimento construído no incidente aos demais procedimentos em andamento, após o termino da suspensão determinada por recurso, a suposta “insegurança jurídica” (decisões conflitantes)⁹⁸ ainda pode ocorrer, somando-se, dessa forma, mais um argumento para a concentração da competência de julgamento do incidente de resolução de demandas “repetitivas”. Por essa razão, a exposição de motivos do projeto de novo CPC sugere que, pela uniformização e estabilização da jurisprudência, a efetividade das garantias constitucionais à vida dos jurisdicionados se tornará mais “segura [...] de modo a que estes sejam poupados de ‘surpresas’, podendo sempre prever, em alto grau, as conseqüências jurídicas de sua conduta” (BRASIL, 2010a).

Grande ironia se mostra nesse momento pela não vinculatividade obrigatória da “decisão referência” aos outros entes da federação com a necessidade de interposição de recurso extraordinário (*lato sensu*) para a unificação do julgamento como almejado, desde o primeiro instante, no PLS 166/2010.

Cumprе repetir a constatação já expendida alhures sobre a inexistência de qualquer delimitação à expressão “segurança jurídica”. O conteúdo de semelhante expressão não pode ser decifrado pelo julgador diligente e ponderado no momento de se convencer.

Além da “segurança jurídica”, a exposição de motivos concede relevo também ao “princípio do livre convencimento motivado” como garantia de julgamentos “independentes e justos” que “compreendido em seu mais estendido alcance, acaba por conduzir a distorções do princípio da legalidade e à própria idéia, antes mencionada, de Estado Democrático de Direito” (BRASIL, 2010). Isto por que, a dispersão da jurisprudência, em decisões distantes dos padrões estabelecidos, produz “intranquilidade social e descrédito do Poder Judiciário” (BRASIL, 2010). Trata-se,

⁹⁸ Também o art. 937 do PLS 166/2010 menciona “segurança jurídica” sem qualquer pista sobre o que compõe tal expressão. Todavia a exposição de motivos do novo CPC “prestigia o princípio da segurança jurídica” que “se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas” (BRASIL, 2010).

nunca é demais “repetir”, de discurso retórico e autoritário para retirar do alcance do povo a construção dos conteúdos da lei (isomenia).

O problema que se coloca é a “elevação” do agente público julgador em face da inexistência de direitos fundamentais mínimos implementados à maioria da população brasileira. O judiciário passa a ser responsável pelo cumprimento de garantias não implementadas pelos demais órgãos (NUNES, 2010a).

Impõe-se ao julgador a responsabilidade de resolver todos os problemas sociais que se alastram no seio social e nele permanecem anos a fio. De fato, não há como imputar à existência de recursos e demandas repetitivas a causa dos males que assombram a sociedade por impedir a atuação do juiz, cuja estrutura de trabalho se encontra visivelmente depauperada (TAVARES, 2008).

Pode-se concluir que a existência de recursos e demandas com *questões* repetitivas apenas deixa transparecer a repetição de lesão de direitos garantidos à população. Um bom exemplo de questões repetitivas é a requisição de medicamentos não disponibilizados pelo SUS ao Estado (gênero) para a manutenção de tratamento médico indispensável à vida do cidadão. Em grande medida, a defesa do “poder” público se baseia na alegação da “reserva do possível”, um possível insuficiente à garantia de medicação a todo cidadão necessitado. Um “possível” que deve ser respeitado em termos financeiros e orçamentários, sob pena de impedir o funcionamento do sistema de saúde nacional, prejudicando todo o restante da população que dele depende.

Ao cabo, o que se percebe dessa discussão é a ausência de direitos fundamentais mínimos garantidos aos cidadãos para uma existência digna, ensejando, por conseguinte, propositura de inúmeras demandas e recursos contra a violação, a ameaça e o desrespeito a direitos fundamentais. Mais uma vez, a participação ativa do povo mostra-se indispensável à implementação de uma “realidade” diferente.

O art. 938 do PLS 166/2010 estabelece que, julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica “questão de direito”. Sobre o assunto, propõe-se, novamente, reflexão sobre a oportunidade de exercício de contraditório e ampla argumentação, após a aplicação *ex officio* da tese às demandas

individuais pelos órgãos fracionários ou plenários dos tribunais inferiores, no âmbito de sua competência (art. 933, §2º, do PLS 166/2010).

O incidente será julgado em seis meses e terá preferência sobre os demais feitos, exceto os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*. Superado o prazo, cessa a eficácia suspensiva do incidente, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário (art. 939 PLS 166/2010).

Em que pese a obrigatoriedade de fundamentação, o dispositivo acima não pode ser equiparado aos malfadados “prazos impróprios” concedidos ao julgador, de modo a estender *sine die* o prazo destinado à prolação da sentença, sob argumento de grande volume de trabalho dos juízes. O risco de ineficiência na observância e no cumprimento do ordenamento decorre do descumprimento da lei e dos prazos nela determinados pelos juízes. Enfim, nem mesmo a título retórico se cogita a possibilidade de as partes estenderem o próprio prazo, ou o prazo próprio, para se manifestarem em situações semelhantes.

Sob outra ótica, ao se estender a duração do incidente, mediante previsão legal, e não juízos de conveniência do julgador, aumenta a possibilidade de participação dos interessados na construção do provimento. A teoria de Maciel Júnior mostra-se, nesse sentido, adequada. A propositura das ações coletivas como ações temáticas pode ser transportada seguramente para a análise do julgamento de demandas ou recursos com questões repetitivas. Então, a questão se põe na extensão do prazo legal, em face de hipóteses determinadas.

O art. 940 do PLS 166/2010 prevê que o recurso especial ou extraordinário interposto por qualquer das partes, pelo Ministério Público ou por terceiro interessado será dotado de efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida. Interposto o recurso, os autos serão remetidos ao tribunal competente independentemente de juízo de admissibilidade na origem (art. 940, parágrafo único, do PLS 166/2010).

Caso não se observe a tese adotada, caberá reclamação ao tribunal competente. O processamento e julgamento cabe ao regimento interno do respectivo tribunal firmar. Nos arts. 942 a 947 do PLS 166/2010, fixa-se o regramento geral do procedimento da reclamação em instância superior.

A partir do incidente de julgamento de demandas repetitivas previsto no PLS 166/2010, é possível propor incidente coletivo aplicável a demandas e recursos com *questões* repetitivas. Ressalte-se que a impossibilidade da divisão pura e simples entre questões de fato e questões de direito⁹⁹ impõe a observância e a reconstrução dos fatos, enfim, dos acontecimentos na reunião de demandas submetidas à tese construída no julgamento de incidente.

Nesse complexo assunto, a teoria da ação coletiva como ação temática e o Procedimento-Padrão tedesco são utilizados como base para as novas proposições. Nas ações temáticas, conforme Maciel Júnior, o objeto da demanda coletiva será determinado após a manifestação de todos os legitimados. Todavia, o que se propõe nesse trabalho é o debate restrito (ao objeto), porém amplificado (todos os interessados como legitimados), para a posterior aplicação da *questão* repetitiva às demais demandas e/ou recursos no julgamento de cada demanda individual.

Após a construção da tese, os procedimentos das demandas e/ou recursos individuais continuarão seu curso e a tese será aplicada somente à *questão* repetitiva. As demais questões, se houver, serão debatidas normalmente¹⁰⁰.

4.3. Ação temática e o incidente de julgamento de questões repetitivas na nova proposta de incidente

⁹⁹ Sobre o assunto, relembra-se a diferenciação entre “mero reexame” e “revalorização das provas” adotada no STJ para selecionar quais recursos especiais serão julgados. Todavia, por mais que se discuta a reanálise profunda ou não do conjunto probatório, os fatos não são descartados da análise e do debate. Como ressaltado no capítulo anterior, se trata de “prevalência” dos fatos ou do direito durante o exame. Assim, para evitar eventuais exclusões de fatos que individualizam e caracterizam determinadas condutas, propõe-se a utilização de “questões repetitivas”, pois, conforme doutrina adotada (ação coletiva como ação temática), somente serão reunidos demandas ou recursos individuais que se assemelham nos fatos e no direito debatido. Da forma como proposta, busca a construção de entendimento ou tese sobre questões, assim, tais teses serão aplicadas às questões, evitando, ao final, o julgamento em bloco e sem debate de inúmeras demandas semelhantes. Outro ponto observado na proposta é a extinção do termo “idênticos”, vez que, repita-se, serão os fatos de cada caso concreto que irão reunir os interessados difusos. Como ensina Maciel Júnior (2006, p. 178), na “ação coletiva”, discute-se “tema”, ou seja, “os fatos ou situações jurídicas que afetam os interessados”.

¹⁰⁰ Todavia, apesar da aplicação da tese construída no incidente às demandas e/ou aos recursos individuais, o contraditório será oportunizado para que as partes opinem sobre a adequação da medida.

Reúnem-se a técnica impeditiva de recursos especiais repetitivos e o incidente de julgamento de demandas repetitivas para a conjectura de um novo instituto destinado ao julgamento, por meio de incidente coletivo em tribunal superior, de *questões* repetitivas (fatos e direitos) em demandas e/ou recursos semelhantes. Busca-se, assim, apresentar caminho alternativo ao julgamento de *questões* repetitivas de demandas e/ou recursos semelhantes de modo participativo, com preponderância do debate das partes em espaço processualizado e democrático.

Vincenzo Vigoriti, em seu livro de 1979, reconhece a importância e a pertinência da participação direta do interessado no processo coletivo e a necessidade de regras específicas para amoldar o proceder legal a essa idéia francamente democrática. Vigoriti reconhece, todavia, as dificuldades que tal concepção pode gerar, em suas palavras:

Na realidade, a previsão de uma legitimidade de agir difusa para todos os co-interessados é aceitável somente se correta ou equilibrada pelos mais rigorosos mecanismos de controle e de estímulos ou se assume iniciativas destinadas a ter efeitos na esfera jurídica de outros sujeitos. Na ausência de tais mecanismos processuais (e de capacidade jurídica de fazer funcionar), a experiência ensina que reconhecer a legitimidade de agir a todos os co-interessados terminará por dar lugar a toda uma série de inaceitáveis inconvenientes.. (VIGORITI, 1979, p.108)¹⁰¹

¹⁰¹ Texto no original: “In realtà, la previsione di una legittimazione ad agire diffusa fra tutti i cointeressati è accettabile solo se <<corretta>> o <<bilanciata>> da i più rigorosi meccanismi di controllo e di stimolo di chi assume iniziative destinate ad avere effetti nella sfera giuridica di altri soggetti. In assenza di tali meccanismi processuali (e di giudici capaci di farli funzionare), l'esperienza insegna che riconoscere la legittimazione ad agire a tutti i cointeressati finisce col dar luogo a tutta una serie di inaccettabili inconvenienti”.

As ações coletivas¹⁰², no Estado Democrático, possuem grande importância na proteção dos direitos de indivíduos coletivamente considerados. Nesta perspectiva, a ação coletiva como ação temática é adotada para garantir a participação de todos os interessados no incidente de julgamento de *questões* repetitivas. Justifica-se a escolha pela abertura, oportunizada pela ação coletiva como ação temática, à participação de todos os interessados tratados como legitimados, possibilitando a construção do mérito e a delimitação do objeto litigioso coletivamente. Sobre o assunto, Maciel Júnior ensina:

A ação coletiva deve ser a demanda que propõe “tema”, abrindo a possibilidade de que o próprio conteúdo do processo seja definido de modo participativo. O processo coletivo demanda, portanto, uma fase inicial na qual o seu objeto seja formado. O mérito do processo é construído, dentro de um determinado período de tempo fixado em lei, até quando será possível que os diversos interessados compareçam na demanda e formulem pedidos. Uma vez proposta a ação coletiva o juiz deverá abrir prazo em edital para que os interessados difusos compareçam e expressem seus interesses. Findo o prazo, as diversas manifestações dos interessados formarão conteúdo do processo, o mérito da demanda coletiva. Quanto maior a participação dos interessados na formação do mérito do processo maior será a possibilidade de que esse processo represente o conflito coletivo de forma ampla. Isso é de extrema importância porque terá repercussões nos efeitos da sentença e na extensão da coisa julgada. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 179).

¹⁰² Foi com a CR/88 que os direitos coletivos passaram a ser protegidos de forma ampla pelo ordenamento jurídico. Após o texto constitucional algumas leis infraconstitucionais sofreram modificações. Sobre o assunto, de forma sintética, Almeida expõe: “As principais modificações ocorrem por força da : a) Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989 – dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – CORDE, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências; b) Lei n.7.913, de 7 de dezembro de 1989, dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores imobiliários; c) Lei n. 8.069/90 – dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências; d) Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 – sobre a proteção do consumidor e dá outras providências (essa é a que mais deve ser destacada por ter criado um microssistema de tutela jurisdicional coletiva comum ao instalar o mecanismo da integração entre a parte processual do CDC, art. 90, e a LSCP, art. 21); e) Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992 – dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício do mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta e fundacional e dá outras providências; f) Lei 8.884/94 – transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE – em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências; g) Lei n. 10.257/2001 – regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências; e h) Lei n. 10.741, de 1 de outubro de 2003 – dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências” (ALMEIDA, 2008, p. 427/428).

Defende-se a extensão da legitimidade a todos os interessados¹⁰³. Em que pese o fato de a teoria aqui selecionada tratar da delimitação do objeto em demanda temática após e mediante a manifestação dos interessados, no incidente em estudo o objeto já está determinado. A extensão do debate e a diversidade de argumentos sobre a *questão* repetitiva ampliará o mérito do incidente, mas não seu objeto¹⁰⁴.

Atente-se que o debate não pode ser concludente. Desse modo, os contornos da tese construída sobre as *questões* “repetitivas” (repetidas) serão delimitados pela participação dos interessados, com as diversas interpretações apresentadas. Eventualmente, contorno específico da *questão* repetitiva não abordado no incidente poderá ser levantado em demanda e/ou recurso individual, conformando, nesse caso, um julgamento distanciado da tese construída e, eventualmente, a instauração de novo incidente para debate de nova especificidade.

A impossibilidade da participação direta do interessado no processo, reconstruindo os fatos em juízo e apresentando seus interesses individuais, caracteriza o impedimento da verdadeira democracia participativa, vez que a participação do cidadão, e só ela, legitima o exercício de poder, apenas delegado ao Estado. Sobre o assunto, MACIEL JÚNIOR (2006, p. 118) leciona que:

[...] um Estado será democrático se os processos de definição de competência forem difusos à participação na sociedade, para que seja estabelecido de modo amplo qual seja o direcionamento da vontade em um determinado Estado” (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 118).

Busca-se a ampliação do debate para que a tese do tribunal possua legitimidade e constitucionalidade democrática para ser utilizada no julgamento das demandas e/ou recursos individuais que contenham a *questão* repetitiva. Apropriando-se dos moldes

¹⁰³ De maneira diferenciada, o Projeto do novo CPC autoriza, como anteriormente tratado, a participação dos demais interessados. Entretanto, o que se propõe é a extensão da participação dos interessados entendidos como legitimados na construção da tese no âmbito do incidente de extensão coletiva.

¹⁰⁴ No que tange às demandas coletivas, cumpre ressaltar os ensinamentos de Vicente Maciel Júnior: “As ações coletivas não devem ser rígidas quanto à sua formação do mérito porque se o fato abrange um número indeterminado de interessados, é natural que dentre eles existam manifestações de vontade em sentidos diferentes e muitas vezes contraditórios. A ação dos diversos interessados difusos deve conduzir a uma possibilidade de “ampliação flexível do mérito no processo coletivo”. Se assim não for, corre-se o risco de se transformar a decisão judicial do processo coletivo em uma visão unilateral e representativa apenas de uma parcela dos interessados difusos na questão litigiosa. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 179-180).

alemães já tratados, busca-se a reconstrução de técnica legítima para reunião de julgamento de demandas e/ou recursos com *questões* repetitivas e, nesse sentido, há de se estabelecer os contornos democráticos a serem observados.

Ademais, tendo em vista os preceitos caracterizadores do direito fundamental ao recurso na extensão do debate em instância diversa, como forma de estabelecer o próprio processo, a proposição de nova técnica legitimada pela participação popular atua exatamente nos contornos constitucionais do processo, ou seja, para fomentar o próprio processo durante a construção da tese.

No Estado Democrático, os direitos e garantias constitucionais disciplinam o processo constitucional. A fiscalidade permanente, característica da democracia participativa e ativa, tem, no processo constitucionalmente regido¹⁰⁵, matriz para observância dos direitos fundamentais garantidos aos cidadãos.

Por isso, o estudo sobre a função jurisdicional durante a construção da tese em incidente de caráter coletivo está adstrita às normas constitucionais que tratam do processo, tornando indispensável o respeito ao contraditório, à ampla defesa e à isonomia, na produção da decisão final. O direito à duração razoável do procedimento não pode ser esquecido nessa abordagem, contudo, sua aplicação não pode ser distante dos princípios institutivos do processo a fim que se evite interpretações que sugiram o encurtamento da fala das partes e da cognição em prol de “prestação jurisdicional” mais célere e, por isso, efetiva.

No Estado Democrático, conquista de 1988 no Brasil, os cidadãos são convocados a ter postura mais ativa na concretização de seus direitos e interesses; a defesa dos direitos fundamentais deixa de representar questão de Estado, para, mais

¹⁰⁵ Conforme José Alfredo de Oliveira Baracho: “O modelo constitucional do processo apresenta certas características: a) na expansividade: consiste no reconhecimento da posição primeira da norma constitucional, tendo em vista a hierarquia da fisionomia condicionadora do singular procedimento jurisdicional, estabelecido pelo legislador ordinário, que deverá ser compatível com o modelo constitucional; b) na variabilidade: assume forma diversa, dentro do adequamento ao modelo constitucional, inspirador e determinante da obra do legislador ordinário. A figura processual concretamente estabelecida pode atingir várias modalidades, visando obter sua finalidade particular; c) na perfeibilidade: designa sua idoneidade, com o aperfeiçoamento da legislação subconstitucional, que demanda conseguir um objetivo particular. Constrói-se um procedimento jurisdicional, caracterizado pela garantia instituída pelo modelo constitucional, onde são reconhecidos: o princípio da economia processual, o do amplo grau de jurisdição e o instituto da coisa julgada.”. (BARACHO, 2008a, p. 424)

do que isso, ser feita com a participação do povo em todas as etapas jurídico-formais de manejo do poder político, como forma de legitimação da atividade estatal¹⁰⁶.

A própria noção de Constituição integra-se à de sociedade no fortalecimento da soberania popular pela participação do povo no processo (jurisdicional, administrativo e legislativo)¹⁰⁷. Também Álvaro Ricardo de Souza Cruz concorda que a legitimidade da atividade estatal se dá pela participação do povo:

Também no discurso de aplicação imparcial do direito, a noção procedimental e comunicativa das partes envolvidas torna-se base da legitimidade do Estado Democrático. As pretensões juridicamente dedutíveis devem ser reciprocamente reconhecidas pelos operadores do direito. A Constituição e a democracia não serão salvas por juízes e promotores travestidos de super-homem/ mulher-maravilha defensores da ética e da justiça. Ao contrário, a efetividade/legitimidade constitucional encontra seu fundamento nos instrumentos processuais capazes de realizar tais valores. O acesso à ordem jurídica, a eficácia da tutela jurisdicional, o contraditório, a igualdade entre as partes, a fundamentação das decisões judiciais, dentre outros princípios, são o fundamento de um processo jurisdicional democrático, desde que unidos a uma perspectiva ética no discurso de aplicação jurídica (CRUZ, 2001, p. 227).

Torna-se indispensável pensar uma leitura adequada da técnica do incidente de coletivização e do recurso especial “repetitivo”, isto é, consoante a efetiva participação dos interessados (legitimados), enquanto destinatários da norma na decisão apenas vocalizada (e não construída isoladamente) pelos delegatários do poder.

Se qualquer cidadão que tenha seu direito ameaçado ou violado pode peticionar ao órgão executor da função jurisdicional para reparar os danos causados (art. 5.º, XXXIV e XXXV, da CRFB), então todo cidadão interessado naquela “decisão

¹⁰⁶ Na mesma direção, a atividade legislativa colhe sua legitimidade da participação ativa dos cidadãos. Conforme os ensinamentos de André Del Negri “O caráter democrático da lei, em um Estado de Direito Democrático, não consiste no simples ato de analisar se a lei foi produzida por um órgão competente e de acordo com o procedimento regular (validade), e muito menos pelo acatamento que a norma impõe (eficácia). Deve-se observar, acima de tudo, se a lei, na fonte de produção e de posterior concreção, está sendo elaborada e aplicada de forma legítima pela participação da soberania popular e se o procedimento preparatório para o provimento (lei) é capaz de assegurar a observância dos princípios democrático-constitucionais do contraditório, ampla defesa e isonomia” (NEGRI, 2003, p. 111). Para Álvaro Ricardo de Souza Cruz “O ‘princípio da soberania popular’ exige que a legislação expresse a vontade da totalidade dos cidadãos, ou seja, que deixem de ser meramente destinatários, mas tornem-se seus co-autores.”. CRUZ (2004, p. 220)

¹⁰⁷ Sobre a constituição, Friedrich Muller ensina: “No direito constitucional evidencia-se com especial nitidez que uma norma jurídica não é um ‘juízo hipotético’ isolável diante do seu âmbito de regulamentação, nenhuma forma colocada com autoridade por cima da realidade, mas uma inferência classificadora e ordenadora a partir da estrutura material do próprio âmbito social regulamentado.” MÜLLER (2005, p. 43).

referência” que regerá as demandas individuais também poderá intervir na construção da tese. À técnica incumbe operacionalizar o debate entre os interessados em espaço procedimentalizado para a construção compartilhada da decisão final.

Em suma, a decisão jurisdicional, submissa ao processo constitucionalmente assegurado, somente se exerce válida, legal e legitimamente quando presta indispensável respeito ao devido processo. É nesse caminho que se coloca a necessidade de reconstrução pelas partes do raciocínio traçado pelo julgador na elaboração do provimento. As razões¹⁰⁸ formuladas para o desfecho escolhido ao litígio devem coincidir com os argumentos debatidos em contraditório. O princípio da fundamentação das decisões deve ser reconhecido na aplicação da tese. José Alfredo de Oliveira Baracho reforça a importância da motivação da sentença como forma de fiscalização da atuação jurisdicional:

Os princípios constitucionais, como o da motivação, facilitam o controle da aplicação judicial da lei. As partes devem conhecer, também, os motivos da decisão, para poder da mesma recorrer, circunstância que facilita o controle da sentença impugnada.

[...]

A Constituição requer que o juiz motive suas decisões, antes de tudo, para permitir o controle da atividade jurisdicional. Os fundamentos da sentença dirigem-se ao convencimento não só do acusado, mas das partes do processo, demonstrando a correção e justiça da decisão judicial sobre os direitos da cidadania (BARACHO, 1997, p. 108).

Então, não há como simplesmente aplicar a tese determinada pelo tribunal às demandas e/ou aos recursos suspensos sem oportunizar o debate entre as partes¹⁰⁹, aproveitando-se da ausência do contraditório, da ampla argumentação e da isonomia entre as parte. A compreensão ora enunciada tem o propósito de evitar mácula também no princípio da fundamentação das decisões jurídicas.

Se ilegítima a decisão advinda da aplicação indistinta da tese às demandas e/ou recursos individuais, a efetividade do direito não é alcançada, jogando por terra todo o esforço legislativo de diminuir o número de conflitos encaminhados ao órgão judiciário. Ilegítima a decisão, o direito fundamental ao recurso será nova e legitimamente

¹⁰⁸ Conforme Humberto Leandro de Melo e Souza (2004, p. 255), fundamentação racional é aquela que se apresenta as razões trilhadas pelo juiz para chegar a conclusão do caso analisado.

buscado para oportunizar o debate não ocorrido em primeira instância (ALMEIDA, 2004, p. 89)¹¹⁰.

¹⁰⁹ Tal observação se refere tanto à técnica impeditiva de recursos especiais repetitivos quanto ao incidente de julgamento de demandas “repetitivas”.

¹¹⁰ *Ipsis litteris*: “A efetividade processual, no paradigma democrático, aproxima-se assim do conceito de legitimidade, ou seja, somente é possível quando os destinatários das normas se considerarem seus autores. São os destinatários da normatividade legislada que efetivam o ordenamento jurídico pela via procedimental do devido processo legal, mediante o qual se reconhecem autores das normas vigentes e aplicáveis. Não há como operacionalizar a democracia pelos órgãos jurisdicional, legislativo e executivo por si mesmos, pois a democracia é um sistema aberto e nenhuma das esferas do Estado pode pressupô-la e/ou absolutizar valores como corretos e universais. Na razão (concepção) discursiva, a efetividade processual se dá e se preserva pela regência do devido processo constitucional na atividade legiferante e jurisdicional.”

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após os primeiros estudos pode-se concluir que o direito ao recurso como direito fundamental traduz-se na ampliação do debate, podendo ser caracterizado como o próprio processo em âmbito recursal pela garantia da presença dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia.

É desta feita que a exclusão do debate na aplicação indistinta da tese estabelecida pelo Superior Tribunal de Justiça não se coaduna com a extensão do debate democrático garantido pelo recurso. A imposição de decisão construída distante e a revelia das partes e interessados configura ataque direto aos ditames constitucionais regente do processo constitucional. Restando concluir sua total inconstitucionalidade.

O princípio do duplo grau de jurisdição - com origem pós Revolução Francesa e formalmente previsto na Constituição Francesa de 22 de agosto de 1793 - é colocado como garantia de supervisão e superação da falibilidade humana pela previsão de reanálise por outro órgão.

Segundo Chiovenda (1945, p. 335-336) se trata de garantia para os cidadãos na medida em que permite a correção de erros por julgador “mais autorizado”. No mesmo sentido, para Liebman (1952, p. 204) é o princípio do duplo grau que permite a cognição de tribunais sucessivos com o controle do segundo em face do primeiro.

Todavia, apesar de certos contornos democráticos identificados no duplo grau – possibilidade de controle por órgão superior das decisões exaradas em primeiro grau a partir da solicitação das partes - o direito ao recurso não pode ser enquadrado simplesmente como revisão em instância superior de decisão, manchada por *errores in judiciando* e *in procedendo*, contrária as expectativas do sucumbente.

Isso porque a existência de erros não é afastada pela reanálise por julgadores mais antigos na carreira e, por isso, mais experientes (MARINONI; ARENHART, 2006, p. 506). A cognição exauriente necessária à confecção de decisão constitucional exige plena e ativa participação das partes e dos interessados na construção do provimento.

É pela manifestação da parte pela fala, que os eventuais erros e omissões serão afastados no debate. É partir da concretização do contraditório, da ampla defesa e da isonomia (juntamente com a presença do advogado), que a extensão do debate em âmbito recursal, como o próprio processo, irá se moldar de forma a edificar, ao final, decisão lastreada na manifestação e das provas apresentadas pelas partes.

Não basta o recebimento dos meios de recurso em órgão superior com “prestação jurisdicional” ao final - recurso como duplicidade de revisão da mesma relação jurídica pelo prolongamento do direito de ação – para se configurar um recurso. O direito ao recurso, como direito fundamental, é, ao final, repita-se: o próprio processo em âmbito recursal na implementação do debate nas questões não esclarecidas anteriormente.

Contudo, distante da construção constitucionalmente demarcada do recurso como direito fundamental, a técnica impeditiva de recursos especiais “repetitivos” é introduzida no CPC/73 pela Lei 11.672/2008.

Conforme os ensinamentos de Aroldo Plínio Gonçalves (1992, p. 23) técnica é um “conjunto de meios adequados para a consecução dos resultados desejados, de procedimentos idôneos para a realização de finalidades”. Nesse contexto, os resultados desejados é a diminuição, pura e simples, do número de recursos especiais encaminhados ao STJ.

A partir dessa abordagem busca-se alcançar a celeridade da “prestação jurisdicional” e a “segurança jurídica” dos julgados, vez que antes mesmo de interpor o recurso cabível, a parte já saberia qual o entendimento daquele tribunal e, se ainda assim o recurso for interposto, o juízo *a quo* pode julgar seu mérito sem encaminhá-lo ao órgão originalmente competente.

Por meio de cômputo numérico e igualação fática dos recursos julgados pelo STJ retira-se da cognição dos julgadores constitucionalmente competentes inúmeros recursos de “direito já analisados” sem qualquer debate entre as partes e interessados envolvidos nos casos específicos. Para alcançar resultados estruturadores de estatísticas, extingue-se os contornos democráticos do direito fundamental ao recurso. Esse passa a ser encarado como um entrave ao avanço numérico das prestações jurisdicionais.

As especificidades de cada caso são afastados exatamente para aplicação irrestrita da tese construída pelo STJ para ampliação do número de julgados “contemplados” pela nova técnica elaborada para gerir os julgamentos naquele tribunal superior.

O julgamento “em bloco” de recursos “repetitivos” é aplicado sem maiores questionamentos acerca da implementação de direitos fundamentais também no processo constitucionalmente fundamentado. Para completar o ciclo já viciado, o Projeto do Novo CPC (PLS 166/2010) mantém a técnica impeditiva de recursos especiais “repetitivos” ajuntando nos mesmos artigos o procedimento relativo aos recursos especiais e extraordinários “repetitivos”. MELHORAR A EXPRESSÃO GANHA FORÇA

No mesmo sentido, mas com diferenças notáveis, o PLS 166/2010 acrescenta o incidente de resolução de demandas repetitivas a fim de que a mesma reunião de julgamento aplicada aos recursos sejam estendidas às demandas “repetitivas”.

A aplicação indistinta - sem exame detido dos fatos que circundam cada caso concreto - da tese formulada pelo STJ tem como finalidade alcançar uma prestação célere e “efetiva” nos termos utilizados pela Exposição de Motivos do Novo CPC (BRASIL, 2010a).

O sentido de efetividade não pode ser atrelado a uma celeridade desmedida e incontrolável destinada a produção de decisões em séries. Com apoio em Assis (2008, p. 187), defende-se que a efetividade do direito não se liga à sumarização da cognição nem à supressão de espaço discursivo, mas sim ao debate processualmente estabelecido. Não pode ser como uma *longa manus* da celeridade a ponto de retirar a fala do cidadão ao ponto de comprometer a legitimidade do provimento final formalizado.

A técnica impeditiva de recursos especiais “repetitivos” em função dessa efetividade a serviço da celeridade cerceia a participação – ao impor “decisão referência” aos demais recursos não debatidos - e a construção pelas partes da decisão final. Essa exclusão mostra-se como vício de legitimidade, e de inconstitucionalidade, não superáveis.

Por esse motivo, aliado ao fato de que a produção de técnica (modo de

proceder) em si não incorre em qualquer inconstitucionalidade, propõe-se novos fundamentos para a produção de técnicas destinadas a reunião de julgamentos de questões semelhantes como a ampliação da participação dos interessados considerados legitimados a participação, o julgamento do incidente de contornos coletivos em órgão superior com ampla participação dos interessados/legitimados, a discussão sobre *questões*, aplicação da tese após e com debate de sua adequação pelas partes exatamente e somente às questões debatidas no incidente.

Ademais, utilizando os primeiros contornos dados ao incidente de resolução de demandas repetitivas, defende-se um incidente de moldes coletivos com extensão da legitimidade a todos os interessados para debate da *questão* repetida para ampliação do mérito e das causas nas quais essa tese, delimitado ao objeto do incidente, será aplicada.

Superando a reunião de demandas baseadas em “idêntica questão de direito” afasta-se a aplicação mecânica (a demandas e/ou recursos pendentes ou a serem propostos) da “decisão referência” formulada pelo tribunal superior competente sem oportunizar o debate entre as partes. Objetiva-se, ao final, produção de tese a ser aplicada - e construída por meio da participação das partes - aos demais casos no que tange àquela questão conglobante do objeto do incidente ocorrido anteriormente.

Desse modo, retomando as conclusões iniciadas no começo das considerações finais afirma-se que a técnica impeditiva de recursos especiais “repetitivos”, ao final, sofre de dupla inconstitucionalidade: retira a fala das partes (pela exclusão do debate e, conseqüentemente, exclusão do direito fundamental ao recurso) da construção do provimento final e viola determinação constitucional do art. 105, III, da Constituição Federal ao autorizar, por lei federal, que juízo incompetente julgue o mérito de recursos especiais considerados “repetitivos”.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Andréa Alves de. A Efetividade, Eficiência e Eficácia do Processo no Estado Democrático. *In*: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.) et. all. **Estudos Continuados de Teoria do Processo**. Porto Alegre: Síntese, 2004.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das Ações Constitucionais**. Belo Horizonte, Del Rey, 2007.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ANDOLINA, Italo. **O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional**. Revista de Processo: São Paulo. .22, n.87 , p.63-69, jul. 1997.

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano: corso di lezione**. Torino: G. Giappichelli, 1990.

ANDOLINA, Italo . Il tempo e il processo. **Revista do Processo**. São Paulo, ano 34, p. 259-274, out. 2009.

ASSIS, Zamira de. A idéia de efetividade do direito nas urgências de tutela e as garantias constitucionais do processo. *In*: TAVARES, Fernando Horta (coord.). **Urgências de tutela e processo cautelar e tutela antecipada: reflexões sobre a efetividade do processo no Estado Democrático do Direito**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 179-188.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesse público e privado**. Curitiba: Juruá, 2009.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Cidadania e dignidade humana. A plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais. Proteção constitucional e proteção internacional dos direitos do homem: concorrente ou complementar. Constituição e direito internacional. *In*: BARACHO, José de Oliveira. **Processo constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte; Fórum, 2008a, p. 213-250.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O valor constitucional dos “direitos de defesas”: jurisdição e Constituição. In: BARACHO, José de Oliveira. **Processo constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte; Fórum, 2008b, p. 683-690.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo constitucional: conceito, natureza e objeto. Ação e legitimação. In: BARACHO, José de Oliveira. **Processo constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte; Fórum, 2008c, p. 45-52.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Revista Forense, v. 337. Rio de Janeiro: jan/mar, 1997, p. 105-123.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais**. São Paulo: Saraiva, 1995.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. V. 2, ns. 3 e 4, p. 89-154. Belo Horizonte, 1º e 2º sem. 1999.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do processo penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas leis n. 11.690/08 e n. 11-719/08**. Belo Horizonte, Del Rey, 2009.

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Devido processo legal, sociedade em massa e demandas repetitivas. In: THEODORO JÚNIO, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle José Coelho. **Processo e constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais**. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 201-236.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2007.

BENETI, Sidnei Agostinho. Assunção de competência e *fast-track* recursal. **Revista do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 34, n. 172, p. 09-23, jun. 2009.

BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Comissão de Constituição e Justiça. Voto do Relator Maurício Rands. 2007. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/502839.pdf>>, acesso em 27 de outubro de 2009.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 1.213/2007. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=353760>, acesso em 27 de outubro de 2010.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Notícias. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_106.pdf>, acesso em 27 de julho de 2010.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado n.º 166 – Anteprojeto do novo Código de Processo Civil. 2010. Disponível em: <<http://novo.direitoprocessual.org.br/content/blocos/91/1>>, acesso em 09 de setembro de 2010a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO PROPORCIONAL. ATIVIDADE RURAL. CONTAGEM. PROVA MATERIAL. INÍCIO. AUSÊNCIA. REVALORAÇÃO. ART. 55, § 3.º, DA LEI N.º 8.213/91. VIOLAÇÃO. AgRg no Resp 1147923/SC. Agravo regimental no recurso especial 2009/0130438-0. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=revalora%E7%E3o+e+sumula+7&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>, acesso em 20 de setembro de 2010a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CAUTELAR. DEPÓSITO JUDICIAL. DESTINO. COISA JULGADA. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7 DO STJ. CONTRIBUIÇÃO AO PIS. LC N. 7/70. SEMESTRALIDADE. SÚMULA N. 83 DO STJ. APLICAÇÃO EM RECURSO FUNDADO NA ALÍNEA "A". Resp 1013417/RS. Recurso Especial 2007/0292706-9. Relator Mauro Campbell Marques. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=reexame+e+sumula+7&&b+ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>, acesso em 04 de outubro de 2010b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4 de setembro de 2010. Notícias. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=94064&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=recurso julgado>. Acesso em 09 de setembro de 2010c.

BRASIL. **Relatório da Comissão Temporária da Reforma do Código de Processo Civil – Substitutivo do Projeto de Lei do Senado n.º 166 – Projeto do novo Código de Processo Civil**. 2010. Disponível em: <<http://novo.direitoprocessual.org.br/fileManager/relatorioCPC.pdf>>, acesso em 04 de dezembro de 2010b.

BÜLLOW, Oscar Von. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2005.

CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. **Revista do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 147, p. 122-146, jun. 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**, v. 2. 18 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e a teoria da constituição**. 7º ed. 6ª reimp. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Tradução Adrián Sotero de Witt Batista. V. I. São Paulo: Classic Book, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Tradução Adrián Sotero de Witt Batista. V. II. São Paulo: Classic Book, 2000.

CHEDIAK, Carla. O problema da falácia naturalista para o projeto de uma ética evolucionista. In **Kriterion Belo Horizonte – Revista de Filosofia da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais**. Vol. XLVII, n. 113, p. 147-157, jan./jun. 2006.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. J. Guimarães Menegale e notas Enrico Tullio Liebman. V. III. São Paulo: Saraiva, 1945.

CHRISTENSEN, Ralf. Prefácio. In: MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. 4^o ed. ver. e atual. Tradução Peter Naumann, revisão da tradução Fábio Konder Comparato. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 11^a. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

CIPRIANI, Franco. **Il processo civile nello stato democratico**. Saggi Collana: Biblioteca di diretto processuale, 16. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **Garanzie costituzionali e “giusto processo” (modelli a confronto)**, Revista do Processo: São Paulo. V. 90, p. 95-150. abr/jun, 1998.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org). **Canotilho e a constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. Trad. dr. Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saraiva, 1946.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo horizonte: Del Rey, 2004, p. 220.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 195-248.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **As causas repetitivas e a necessidade de um regime que lhe seja próprio**. In: <http://www.fdsu.edu.br/Revista/Volume25_2/Vol25_2_10.pdf> , acesso em 20 de agosto de 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19^o ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **A garantia da fundamentação das decisões jurídicas no Estado Democrático de Direito**. Revista da Faculdade Mineira de Direito, v. 8, nº 16. Belo Horizonte, 2^o sem, 2005.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. As reforma do código de processo civil e o modelo constitucional do processo. In: BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo; DINIZ NEPOMUCENO, Luciana (coord.). **Processo civil reformado**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 457-486.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Direto à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo no Estado Democrático de Direito. In: Marcelo Campos Galuppo (Org.). **O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Editora Puc Minas, 2006, p. 653-563.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Fundamentos do Estado Democrático de Direito. **Revista Mineira de Direito**. Belo Horizonte, v. 7, n. 13 e 14, p. 150-163, 1º e 2º sem. 2004.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e o estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIDIER JÚNIOR Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. V. 3. Bahia: JusPODIVM, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. V. II. São Paulo: Malheiros, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instrumentalidade do processo**. 12ª ed. São Paulo: Mandamentos, 2005.

FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. trad. 8ª ed. Elaine Nassif. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2006.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. **Constitución y Proceso Civil em Latinoamérica**. México, 1974. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/2/672/9.pdf>>, acesso em 15 de janeiro de 2011.

FIX-ZAMUDIO, Héctor; OVALLE FAVELA, José. **Derecho procesal**. México, 1991. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/283/4.pdf>>, acesso em 15 de janeiro de 2011.

FRANÇA. **Code De Procèdere Civile**. Consolidado em 16 de janeiro de 2011. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=B07B41B866E765F813DD41F5FB3A32E0.tpdjo15v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006149639&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20110121>, acesso em 17 de janeiro de 2011.

GIORGETTI, Alessandro; VALLEFUOCO, Valerio. **Il contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel mondo: profili di comparazione in tema di azioni di classe ed azioni di gruppo**. Milão: Giuffrè, 2008.

GODINHO, Robson Renaut. Direito constitucional do recurso. In: THEORORO JÚNIO, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle (coord.). **Processo e constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais**. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 501-540.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrine; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação e reclamação aos tribunais**. 5ª ed. São Paula: Revista dos Tribunais, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Vol. 1. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Passado como futuro**. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1993.

HABERMAS, Jürgen, **Técnica e ciência como “ideologia”**. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1968.

ITÁLIA. **Codice Di Procedura Civile**. Disponível em:
<<http://www.altalex.com/index.php?idnot=33738>>, acesso em 17 de janeiro de 2011.

ITÁLIA. Corte Suprema di Cassazione. **Le Corti Supreme in Europa: le regole per l’accesso**. Ufficio del Massimario. Itália, junho de 2008. Disponível em:
<<http://www.cortedicassazione.it/Notizie/GiurisprudenzaCivile/RelazioniCiv/RelazioniCiv.asp?ID=12>>, Acesso em 25 de outubro de 2010.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Manual dos recursos cíveis: teoria geral e recursos em espécie**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2004.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos/Faculdade de Ciências Humanas-FUMEC, 2008.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. Garantismo processual e direitos líquidos e certos. In: LEAL: Rosemiro Pereira. **Relativização Inconstitucional da coisa julgada: temática processual e reflexões jurídicas**. Del Rey: Belo Horizonte, 2005a.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada: temática processual e reflexões jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005b.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: primeiros estudos**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica: ato de decisão e legitimidade decisória, hermenêutica decisional na teoria discursiva, legitimidade decisória e devido processo constitucional**. São Paulo: Landy, 2002.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Corso di diritto processuale civile: nozione introduttive, parte generale e il processo di cognizione**. Milano: Giuffrè, 1952.

LIMA, Alcides de Mendonça. **Introdução aos recursos cíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das Ações Coletivas**. São Paulo: LTR, 2006.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula (coord.). **Código de Processo Coletivo Brasileiro: Núcleo Universitário Coração Eucarístico. 2008** – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/codigo.doc> Acesso em 04 de janeiro de 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Crus. **Manual do processo de conhecimento**. 5º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. O custo e o tempo do processo civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba , v.37 , p.37-64, jan. 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão Geral do recurso extraordinário**. 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 21ºed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. A eficácia das decisões de inconstitucionalidade – 15 anos de experiência, In: SAMPAIO, José adécio Leite (coord.). **Quinze anos de constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 203-209.

MONTEIRO, Vítor José de Mello. Julgamento por amostragem do recurso especial (lei 11.672/08). In: In: GIANNICO, Maurício; MONTEIRO, Vítor José de Mello (coord.). **As novas reformas do CPC e outras normas processuais**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 399-418.

MOREIRA, José Carlos Barbosa, Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão. **Revista de Processo**. São Paulo. Ano 28, n. 111, p. 103-112, jul./set. 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do processo e técnica processual. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito Processual** (sexta série). São Paulo: Saraiva, 1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, Vol. V, 14 ed., 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito Processual** (oitava série). São Paulo: Saraiva, 2004a, p. 15-28.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Reformas do CPC em matéria de recurso. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito Processual** (oitava série). São Paulo: Saraiva, 2004b, p. 143-156.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. 3 ed., rev., ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. 4^o ed. ver. e atual. Tradução Peter Naumann, revisão da tradução Fábio Konder Comparato. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NEGRI, André Del. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática**. 2^a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman).

NEVES, Antônio Castanheira. **Questão-de-facto ou questão-de-direito: o problema metodológico da juridicidade**. Coimbra: Almedina, 1967.

NUNES, Dierle José Coelho. **Direito constitucional do recurso**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. In: **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, v.5, n. 29, p. 73-85, mai./jun. 2004.

NUNES, Dierle José Coelho. Politização do judiciário no direito comparado. In: **CONGRESSO CONSTITUIÇÃO E PROCESSO: entre o direito e a política**. 2010a. Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre. Processo constitucional contemporâneo. In: THEORORO JÚNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle (coord.). **Processo e constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais**. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 1-32.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2010b.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Interpretação jurídica, processo e tutela jurisdicional sob o paradigma do estado democrático de direito. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 4, n. 7-8, p. 106-117, 1º e 2º sem, 2001.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Cidadania e efetividade do processo. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v.1, n.1, p.30-35, set./out.1999.

PERNAMBUCO. **Tribunal de Justiça**. Convenção americana sobre direitos humanos. Disponível em: < <http://www.tjpe.jus.br/coordvinf/arquivos/pactoSanJose.pdf>>, acesso em 22 de setembro de 2010.

RAITI, Giovanni. **Note esegetiche a prima lettura sul “filtro” in: Cassazione seconda la legge di riforma al Codice di Rito Civil 69 del 18 giugno 2009**.

Disponível em:

<http://judicium.it/news/ins_13_06_09/Raiti,%20osservatorio%20attivita%20legislativa.html>, acesso em 14 de setembro de 2010.

RIBEIRO, Darci Guimarães, SCALABRINI, Felipe. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**. Belo Horizonte, ano 17, n. 65, p. 53-68, jan./mar. 2009.

RIBEIRO, Ivan César. **Robin Hood versus King John: como juízes locais decidem no Brasil?** 2006. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/ipeacaixa/premio2006/index.php?pg=premiados>>, acesso em 14 de outubro de 2010.

ROUANET, Sérgio Paulo. A deusa razão. In: NOVAES, Adauto (org.). **A crise da razão**. São Paulo: Companhia das Letras; Brasília: Ministério da Cultura; Rio de Janeiro: Fundação Nacional de Arte, 1996.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 3^o v. São Paulo: Saraiva, 1998.

SILVA, Antônio Carlos Costa e. **Dos recursos em primeiro grau de jurisdição**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

SILVA, Ovídio A. Batista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1^o ed. São Paulo: Malheiros, 2008. (2^a tiragem).

SOUZA, Humberto Leandro de Melo e. Fundamentação, contraditório e polifonia: a sentença penal no Estado Democrático de Direito. In: LEAL, Rosemiro Pereira. **Estudos continuados de teoria do processo**. V. IV. Porto Alegre: Síntese, 2004.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Resolução n. 08, de 07 de agosto de 2008**, Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/17559>>, acesso em 07 de junho de 2010.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, constituição e processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta.

In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 3-28.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição hermenêutica e teorias discursivas das possibilidades à necessidade de respostas corretas em direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isso – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

TARUFFO, Michele. **Oralidad y escritura como factores de eficiencia em el proceso civil (versión abreviada)**. Coloquio de la asociación internacional de derecho procesal de la universitat internacional de Gandía. Espanha, 7 de novembro de 2008. In: <<http://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/8oratar2.pdf>>, acesso em 04 de abril de 2010.

TARUFFO, Michele. Aspetti fondamentali del processo civile di civil law e di common law. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, v.36, p.27-48, jul. 2001.

TAVARES, Fernando Horta. Acesso ao direito, duração razoável do procedimento e tutela jurisdicional efetiva nas constituições brasileira e portuguesa: um estudo comparativo. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Constituição de processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 265-282.

TAVARES, Fernando Horta (coord.). **Constituição, Direito e Processo**. Curitiba: Juruá, 2008.

TAVARES, Fernando Horta. **História do direito brasileiro: apontamentos**. Disponível em: http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2007/Docentes/hora-tavares.doc. Acesso em 10 de outubro de 2010. *Virtuajus*, Ano 6, número 1, p. 1-22, jul. 2007.

TAVARES, Fernando Horta, DUTRA, Élder Gomes. Técnicas diferenciadas de sumarização procedimental e cognição exauriente das providências preliminares, julgamento “antecipado” do processo e do procedimento monitório. **Revista do Processo**. São Paulo, RePro 181, ano 35, p. 59-89, mar. 2010.

TAVARES, Fernando Horta. Tempo e Processo. *In*: TAVARES, Fernando Horta. **Urgências de Tutela – Processo Cautelar e Tutela Antecipada**. 1ª ed. 2ª reimp. Curitiba: Juruá, 2009, p. 145-162.

TAVARES, Fernando Horta; SILVA, Ana Paula Pereira da; RUBIM, Bárbara Ferreira Viegas; BOMFIM JÚNIOR, Carlos Henrique de Moraes; DINALLI, Danielle de Jesus; COUTO, Giovanna Maria Amendola. **O princípio da efetividade e a impossibilidade de sumarização da cognição no estado democrático de direito**. Revista Virtuajus. Ano8, n. 2, dez 2009. Disponível em: <<http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2.2009/Docentes/Sumarizaca%20da%20Cognicao%20Estado%20Democratico.pdf>>, acesso em 27 de abril de 2010.

TAVARES, Fernando Horta; SILVA, Ana Paula Pereira da. **Teoria democrática do discurso e “técnica” de recursos especiais “repetitivos”**: ensaio sobre a constitucionalidade da lei 11.672/2008 (art. 543-c, do cpc). Disponível em: <http://www.panoptica.org/new/index.php?option=com_content&view=article&id=85:teoria-democratica-do-discurso-e-tecnica-de-recursos-especiais-repetitivos-ensaio-sobre-a-constitucionalidade-da-lei-116722008-art-543-c-do-cpc-ed--issue-20-2010&catid=41>. Acesso em 6 de dezembro de 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Primeiras observações sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, ano XI, n. 66, p. 7-12, jul./ago. 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. **Revista do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 34, n. 177, p. 9 -46, novembro, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. **Revista dos tribunais**, São Paulo, n. 189, ano 35, p. 9-52, nov/2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle (coord.). **Processo e constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais**. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

TOLENTINO, Fernando Lage. Ampla defesa e direito ao advogado – da necessidade de participação do advogado para o livre e amplo exercício da defesa. In: TAVARES, Fernando Horta (coord.). **Constituição, Direito e Processo**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 177-190.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. Teoria geral da efetividade do processo. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 90-107, 1º sem. 1998.

VIGORITI, Vincenzo. **Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire**, Milano: Giufrè, 1979.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial. **Revista de Processo**, São Paulo, v.23, n.92, p.52-70, out. 1998.

WOLF, Francis. Nascimento da razão, origem da crise. In: NOVAES, Adauto (coord.). **A crise da razão**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 67-82.