FERNANDO MUNIZ SHECAIRA

PARTICIPAÇÃO NOS JULGAMENTOS DE CASOS REPETITIVOS

Dissertação de Mestrado

Orientadora: Professora Dra. Susana Henriques da Costa

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO

2019

FERNANDO MUNIZ SHECAIRA

PARTICIPAÇÃO NOS JULGAMENTO DE CASOS REPETITIVOS

Dissertação de Mestrado apresentado à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como parcial exigência para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Processual, sub-área de Direito Processual Civil, sob a orientação da Profa. Dra. Susana Henriques da Costa.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO
2019

Catalogação da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Shecaira, Fernando Muniz
Participação nos Julgamentos de Casos Repetitivos ; Fernando Muniz Shecaira ; orientadora Susana Henriques da Costa -- São Paulo, 2019.
166
Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2019.

1. Litigiosidade Repetitiva. 2. Democracia Participativa. 3. Pesquisa Empírica. 4. Sociologia do Processo. I. Costa, Susana Henriques da, orient. II. Título.

SHECAIRA, Fernando Muniz: **Participação nos Julgamentos de Casos Repetitivos**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 166 p., 2019.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Professor(a) Dr(a). _____

Instituição:_____

Julgamento: _____

Professor(a) Dr(a). _____

Instituição:_____

Julgamento: _____

Professor(a) Dr(a). _____

Instituição:_____

Julgamento: _____

A todas as vítimas da fome e a todos os famélicos da terra.

Essa dissertação, sozinha, não contribui para uma terra

sem amos: mas pode trazer luz em momentos difíceis

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, à minha orientadora *Susana Henriques da Costa*, cujos ensinamentos de um processo civil justo e equânime serão marca indelével de meus futuros trabalhos.

Sem menor importância, agradeço aos meus companheiros do Grupo de Pesquisa de Acesso à Justiça e Litigiosidade Repetitiva na pessoa de um dos maiores presentes da minha passagem pela Pós-Graduação na Faculdade de Direito, meu colega *João Francisco Eberhardt*, que me inspirou de luz nos momentos mais sombrios.

Agradeço, também, aos meus companheiros advogados, diretores, estagiários e, sobretudo, funcionários, do Departamento Jurídico XI de Agosto, na pessoa da *Maria Cecília de Araújo Asperti*, a Ciça, cujos brilhantismo e lucidez me fazem sonhar em crescer profissionalmente todos os dias.

Alguns professores marcaram a minha trajetória acadêmica nestes anos todos, importando para nota os sempre presentes *Carlos Alberto de Salles* e *Daniela Monteiro Gabbay*, que em banca de qualificação me alavancaram na pesquisa empírica; os inspiradores *Paulo Eduardo Alves da Silva* e *Pedro Heitor Barros Geraldo*, que na apresentação de meu trabalho no Congresso da ABraSD me aprofundaram no tema da participação;

Não poderia deixar de frisar a importância das amizades em momentos difíceis da redação desse estudo: a *Andrea Miranda* e a *Camila Oliveira*, sem as quais não teria tido forças para completar essa jornada; a *Gabriela Cunha*, *Aline Martins*, *Gabriel Mantelli* e *Mariana Del Chiaro*, sem os quais não teria tido paz de espírito para enfrentar meus maiores desafios; a *Ana Beatriz Garcia* e a *Patricia Monteiro Rocha*, sem as quais não teria tido as risadas nos momentos de descanso.

A meus primos que, embora sejam minha família, não deixaria de tê-los ao meu lado por nada nesse mundo: *Carolina Shecaira*, *Laura Moore*, *Tânia Shecaira*, *Nina Ferrari*, *Giorgio Ferrari*, sem vocês eu não seria metade de quem sou hoje.

Ao restante da minha família, nas pessoas das minhas avós *Aparecida Maria Baldassa Muniz* e *Ismênia Isaac*, cujas raízes penetraram fundo no chão e possibilitaram o nascimento de muitos frutos, um dos quais apresento hoje.

E, acima de tudo, a meus pais, *Cibele Cristina Baldassa Muniz* e *Sérgio Salomão Shecaira*: dedico este trabalho, pelo apoio emocional, psicológico, afetivo, financeiro e espiritual, além de auxílio na correção deste trabalho. Sem vocês nada disso teria sido possível. Espero um dia poder retribuir cada gota de suor, cada carinho e cada torcida.

RESUMO

SHECAIRA, Fernando Muniz: **Participação nos Julgamentos de Casos Repetitivos**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 166 p., 2019.

O objeto deste estudo é a percepção do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo acerca da participação dos litigantes nos julgamentos dos incidentes de resolução de demandas repetitivas. A hipótese de pesquisa a ser testada é a de que o Judiciário ainda responde à necessidade de participação a partir de um dimensionamento restrito do conceito de contraditório. O trabalho se estrutura em três partes. Na Parte Primeira, verificou-se haver casos concretos de participação nos Três Poderes que formam o Estado Brasileiro. A análise dos casos concretos nos três poderes colheu da realidade material da sociedade brasileira elementos que induzissem a necessidade de estudos teóricos acerca do assunto explorado. Na Parte Segunda, procedeu-se à revisão bibliográfica. Na Parte Terceira, lançou-se mão de pesquisa empírica, adotando a técnica de entrevistas pouco estruturadas, com abordagem qualitativa, utilizando-se de tópicos-guia para se buscar conhecer, na realidade concreta, se os desembargadores do Tribunal de Justiça de São Paulo concebem um contraditório largamente dimensionado. Houve saturação das entrevistas, limitando-as ao número de doze. A totalidade dos desembargadores entrevistados afirmou não haver problema na conjectura de inexistir participação nos julgamentos de processos repetitivos. Apesar de um entusiasmo na participação dos litigantes nos incidentes de resolução de demandas repetitivas, não haveria nulidades em inexistir participação: o processo tramitaria normalmente e dele resultaria um julgamento sem a efetiva participação dos litigantes, confirmando a hipótese.

Palavras-chave: processo civil, litigiosidade repetitiva, participação, democracia, sociologia jurídica, sociologia do processo.

ABSTRACT

SHECAIRA, Fernando Muniz: **Participation in Repetitive Case Judgments.** Dissertation (Master in Law) - Faculty of Law, University of São Paulo. São Paulo, 166 p., 2019.

The purpose of this study is the perception of the Court of Justice of the State of São Paulo regarding the participation of the litigants in the trials of the incident of resolution of repetitive demands. The research hypothesis is that the Judiciary still responds to the need for participation from a restricted dimension of the *audi alteram partem* constitutional norm. The work is structured in three parts. In the First Part, there were concrete cases of participation in the Three Branches that make up the Brazilian State. The analysis of the concrete cases in the Three Branches gathered from the material reality of Brazilian society induced the need for theoretical studies about the subject explored. In Part Two, the bibliographic review was carried out. In the Third Part, empirical research was used, adopting the technique of unstructured interviews, with a qualitative approach, using guiding topics to seek to know, in the concrete reality, if the judges of the Court of Justice of São Paulo conceive of a principle of *audi alteram partem* in a broad perspective. There was saturation of the interviews, limiting them to the number of twelve. The totality of the interviewed judges stated that there was no problem in the conjecture that there was no participation in the trials of repetitive processes. Despite enthusiasm in the participation of the litigants in the incidents of resolution of repetitive demands, there would be no nullities in the absence of participation: the process would normally proceed and would result in a judgment without the effective participation of the litigants, confirming the hypothesis.

Keywords: civil procedure, repetitive litigation, participation, democracy, sociolegal studies, sociology of the process.

SUMÁRIO

Introdução; 16

PARTE PRIMEIRA – O QUADRO DE ESTRUTURA REAL DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NOS PODERES DA REPÚBLICA; 20

1. A participação popular nos Poderes da República; 20

1.1. O marco da experiência de Participação Popular na Nova República: O Orçamento participativo de Porto Alegre 22

1.2. A Participação Popular no Poder Executivo: As agências reguladoras 27

1.3. A Participação Popular no Poder Legislativo: As audiências públicas para construção do CPC 2015; 31

1.4. A Participação Popular no Poder Judiciário: O caso ciclovias; e 39

1.5. Considerações Parciais da Parte Primeira. 46

PARTE SEGUNDA - O QUADRO DE ESTRUTURA TEÓRICA DO ACESSO À JUSTIÇA E DA PARTICIPAÇÃO NO BRASIL; E 49

2. A cidadania com a participação da sociedade; 49

2.1. A evolução do Estado sob a ótica da participação; 50

2.2. Estado Democrático de Direito - O resgate da participação direta; e 57

2.3. Democracia participativa, semi-representativa ou semidireta no Brasil 61

3. Participação e Judiciário; e 77

3.1. Introdução à participação nas cortes; 77

3.2. Participação nos processos individuais 87

3.3. Participação nos julgamentos de processos coletivos; 95

3.4. Participação nos julgamentos de processos repetitivos; e 107

3.5. Por que quem tem participa? 114

PARTE TERCEIRA - A PESQUISA EMPÍRICA: COMO SE DÁ A PARTICIPAÇÃO NOS JULGAMENTOS DE CASOS REPETITIVOS. 122

4. Participação nos Julgamentos de Casos Repetitivos. 122

4.1. Primeiras notas acerca do objeto estudado;.....125
4.2. Instrumental de Pesquisa;.....129
4.3. Primeiros desafios e notas da Pesquisa; e 134
4.4. Resultados. 138
4.4.1. Entusiasmo em relação à participação nos julgamentos de processos repetitivos; 140
4.4.2. Qualidade, quantidade e efetividade de participação nos julgamentos de processos repetitivos;.....144
4.4.3. Caráter jurídico do incidente de resolução de demandas repetitivas; e.....151
4.4.4. Outros aspectos importantes.....154

Conclusão 158

Referências Bibliográficas 162

Anexo I 172

Anexo II.....174

Anexo III 176

LISTRA DE QUADROS E FIGURAS

Figura 1. A comunicação como nível de observação privilegiado da pesquisa 130

Figura 2. Permeabilidade das Seções do Tribunal acerca da Participação dos Litigantes; 144

Figura 3. Litigantes necessários para processamento do IRDR 147

INTRODUÇÃO;

Quem nos dias de hoje sabe os nomes dos Ministros de Estado brasileiros? Talvez nem nos corredores de uma Universidade seja possível encontrar alguém que acerte todos os seus nomes - ou sequer quantos compõem o alto escalão do Executivo. Contudo, a probabilidade de acharmos pessoas que saibam nomes de alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal, ou a quantidade de magistrados que lá se encontram, ou, talvez, algum dos Ministros que lá estiveram, parece ser bem maior.

O Judiciário brasileiro saiu de um mero "orador da lei" para membro importante no epicentro político nacional - seja por causa de julgamentos de partidos políticos, seja por causa de julgamento de escândalos de corrupção, seja pelo controle judicial de políticas públicas.

Esse foco no Judiciário torna a discussão das crises jurídicas e políticas algo muito mais palatável e próximo da sociedade, algo que nessa magnitude seja talvez inédito na História do Brasil.

Mas será que a sociedade pode participar dos Poderes da República? Pode ela interferir na criação de políticas públicas? No processo legislativo? Nos processos coletivos? Nos processos judiciais de formação de precedentes?

Ainda, estão os Poderes da República dispostos a abrir suas portas à participação popular? Estão eles capacitados a deixar a sociedade civil participar dos seus respectivos processos - de administrar, legislar e julgar?

Nesse último processo, de julgar, surgiu uma nova tecnologia dentro da reforma do sistema processual que tenta manejar a litigiosidade repetitiva dentro do Poder Judiciário. Mas será que além de dar uma resposta à repetitividade de demandas, dá esse instituto uma resposta à sociedade de maneira participativa?

O *objeto* deste trabalho parte desses questionamentos, preferindo focar no Tribunal de Justiça de São Paulo por uma questão de recorte metodológico,

viabilidade temporal e da proximidade com o local da realização desse estudo, bem como a possibilidade de aprofundamento do tema proposto. Consequentemente, busca-se estudar *como o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo concebe a participação dos litigantes nos julgamentos dos incidentes de resolução de demandas repetitivas.* O realce será na análise da participação uma vez que instaurado o incidente, por maior viabilidade da pesquisa.

Além disso, a realidade tem demonstrado que a participação da sociedade em julgamentos de casos repetitivos ainda é reduzida, mas há uma tendência a se permitir a abertura dos outros Poderes à participação popular por força da Constituição Federal de 1988 - sendo que essa seria aplicável a todos os três Poderes. Além disso, há um afastamento de parte da sociedade do centro de decisão dos julgamentos de casos repetitivos, mormente por critérios socioeconômicos. Essas questões serão trazidas à baila deste estudo para que se entenda como se dá essa participação e por quem ela se dá.

A hipótese de pesquisa a ser testada é a de que o Judiciário ainda responde à necessidade de participação a partir de um dimensionamento restrito do conceito de contraditório. Apesar da discussão oriunda das décadas de 70 e 80 de que o processo individual não é o único que deve existir no ordenamento para solucionar as crises jurídicas, devendo haver, em paralelo, os processos coletivos e, mormente agora, os processos envolvendo demandas repetitivas, o Judiciário não estaria nem capacitado nem disposto a promover a participação de todos os diversos tipos de litigantes em concordância com o ideal democrático traçado como pressuposto neste trabalho.

A metodologia adotada por esse estudo engloba primordialmente o método hipotético-dedutivo, onde se pretende testar a hipótese por meio da empiria.

Num primeiro momento, será avaliada a *realidade material da participação no Judiciário brasileiro*. Nessa primeira parte, serão analisados os diversos aspectos sociológicos que envolvem o tema, não se focando tanto nas teorias e na doutrina, mas mais em dados empíricos que deem uma ideia geral do "estado da arte" do tema estudado, numa interlocução entre sociologia e processo a que recentemente se dá o nome de "sociologia do processo".

Adiante será traçado o marco teórico que dimensionará o que se entende, neste estudo, por participação nos Poderes da República, tendo a Participação e Judiciário um capítulo próprio. Além disso, busca-se analisar *se* e *por que* "quem tem" participa no processo, à revelia de "quem não tem". Almeja-se traçar as bases teóricas para que se possa testar empiricamente a hipótese proposta.

A parte terceira e última deste trabalho foca na aplicação do quadro teórico apreendido da realidade material a casos concretos e, como o parâmetro é o hipotético-dedutivo, testa se a teoria se concretiza na prática ou se permanece nos corredores das bibliotecas.

O instrumental dessa parte será multi-metódos, focando-se no estudo de congregação de casos e, também, em entrevistas semiestruturadas com os magistrados relatores dos julgamentos de casos repetitivos, ambos com uma abordagem majoritariamente qualitativa, não se excluindo, contudo, alguma quantificação sem possibilidade de generalização por inexistência de estudo estatístico.

PARTE PRIMEIRA – O QUADRO DE ESTRUTURA REAL DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NOS PODERES DA REPÚBLICA;

1. A participação popular nos Poderes da República;

A Constituição Federal, em seu artigo 1º, parágrafo único, estabelece emanar todo o poder do povo, sendo ele exercido por meio de representantes eleitos e/ou por meio da democracia direta. Enquanto norma constitucional, não se pode entendê-la esvaziada de conteúdo, muito menos como forma de garantir procedimentos meramente formais. O governo do povo, conforme determinou o Poder Constituinte, vincula todas as formas de expressão de poder nos termos da cláusula democrática.[1]

Para avaliar o estado das relações entre os Poderes e a participação popular, propõe-se elencar alguns marcos de contribuição que a sociedade civil em sentido amplo se inseriu em cada um dos Poderes da República.

De início, a doutrina enxergou como marco da participação popular no Estado, a criação do Orçamento Participativo no município de Porto Alegre[2]. Seguindo no Poder Executivo, viu-se que um importante passo para a possibilidade de participação da sociedade – sobretudo por conta de capacitação técnica envolvida em interesses sociais – foi a abertura dos processos decisórios das Agências Reguladoras.

Esses são dois casos que, de certa forma distintos, ilustram em diferentes espectros sociais a participação ocorrendo em sede do Poder Executivo. Seja por seu

---

[1] CARVALHO, Sabrina Nasser de: **Processos Coletivos e Políticas Públicas**. São Paulo: Contracorrente, 2016. P. 30.

[2] Ainda que não tenha sido a primeira experiência de orçamento participativo, o OP de Porto Alegre foi o marco de uma administração participativa, por ser de uma capital com expressiva importância nacional e vindo de uma administração de um partido que tentava se alavancar como principal alternativa democrática da esquerda.

caráter histórico (o OP), ou pelos seus grandes impactos nas diversas áreas reguladas (agências reguladoras) optou-se por os analisar de forma mais criteriosa em detrimento de outras experiências participativas, por conta da sua relevância.

Noutro feixe do Estado, serão analisadas importantes audiências públicas ocorridas para redação e aprovação de leis dentro do Poder Legislativo. Por adesão temática a essa dissertação, serão estudas as contribuições da sociedade para a construção de um novo Código de Processo Civil, hoje Lei 13.105/2015 – alteração legislativa que contou com diversa participação para a sua elaboração.

Demais e em relação ao Poder Judiciário, será examinado um caso emblemático que ocorreu em São Paulo envolvendo o Poder Público em litígio com Ministério Público Estadual. A importância da escolha desse caso veio compulsando os autos e verificando que ambas as instituições desenvolveram uma tese jurídica de que a participação popular na implantação de determinada política pública seria obrigatória.

Esse caso foi bem estudado por recentes trabalhos produzidos por esta Faculdade de Direito em relação à participação popular na administração pública.[3] Chegou-se, no trabalho produzido, à conclusão de que, em parte por ser tardia a sua promulgação - meio século após a sua congênere americana – não há uma grande participação popular na administração pública brasileira, em descumprimento da Lei de Processo Administrativo Federal - Lei 9.784/99.[4]

Além disso, notou-se que tanto Ministério Público quanto Defensoria Pública manifestaram-se, no bojo de um processo judicial, pela necessidade de oitiva da população para implementação de determinada política pública, infiltrando-se na

---

[3] MUNIZ, Cibele Cristina Baldassa: **Participação Democrática na Administração Pública: Audiências e Consultas Públicas na Lei 9.784/99**. 2018, 261 p. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

[4] Ibidem. P. 249-251.

discricionariedade do administrador uma vez que a sociedade seria diretamente afetada por tais atos da administração.[5]

1.1. O marco da experiência de Participação Popular na Nova República: O Orçamento participativo de Porto Alegre

Para esmiuçamento do orçamento participativo de Porto Alegre, primeiramente acessou-se o sítio eletrônico do município[6] e, facilmente, teve-se acesso aos documentos relativos ao orçamento participativo de forma extremamente transparente. Vê-se, desde logo, a preocupação com a participação da sociedade nas discussões que serão levantadas nesse importante fórum de participação popular na administração, isso pela facilitação de acesso às informações - inclusive de quase 30 anos - de forma totalmente digitalizada e eletrônica.

O orçamento participativo de Porto Alegre foi criado em 1989, apenas 1 ano após a Constituição Federal de 1988, imbuída em sentimento de "administração popular" e em uma tentativa de regularizar a situação caótica por que passava esse município[7]. São destacados que essa experiência obteve sucesso em Porto Alegre por conta de três vertentes, quais sejam, o expressivo movimento comunitário na cidade, o processo de descentralização do poder proporcionado pela nova Carta

---

[5] Ibidem. P. 125-128; 131-140; 153-169.

[6] Link para consulta: http://www2.portoalegre.rs.gov.br/op/, acesso em 20 de maio de 2018.

[7] Em 14 de fevereiro o Município decreta estado de calamidade pública e intervenção em empresas de ônibus da cidade. No dia seguinte, onze empresas realizam ação de locaute. Prefeitura, em razão disso, decreta mais intervenções. É necessária a utilização da Brigada (Polícia) Militar Estadual para regularização dos transportes. Vide: CAMPOS, Poti Silveira & SILVEIRA, Núbia: **Orçamento participativo de Porto Alegre: 25 anos.** Porto Alegre: Editora da Cidade, 2015.

Constitucional e a disposição do Partido dos Trabalhadores (PT) em democratizar a distribuição de recursos.[8]

Logo após, em 1990, a Lei Orgânica do Município de Porto Alegre estabelece, em seu artigo 6º, compromisso fundamental da administração com a participação popular em suas decisões. Adiante, no artigo 116, incisos I, II e III, e no parágrafo primeiro, garante a participação da comunidade, por meio das 16 regiões do município, na elaboração, definição e acompanhamento da execução plurianual das diretrizes orçamentárias e do orçamento anual.[9]

Com as dificuldades de implementação do orçamento participativo por uma gestão municipal tão incipiente na nova República, houve a necessidade de nova estruturação da prefeitura, garantido a integração entre os dois principais setores ligados ao Orçamento Participativo do município, a Coordenação de Relações com a Comunidade e o Gabinete de Planejamento (esse ligado diretamente ao gabinete do prefeito). Da mesma forma, em todas as demais secretarias são implantas assessorias comunitárias, que

---

[8] Ibidem. P. 26.

[9] Link para consulta: http://www2.portoalegre.rs.gov.br/op/, acesso em 20 de maio de 2018.

eguintes compromissos fundamentais:

III - participação popular nas decisões;

Art. 116 - Leis de iniciativa do Prefeito Municipal estabelecerão:

I - o plano plurianual;

II - as diretrizes orçamentárias;

III - os orçamentos anuais.

§ 1º - Fica garantida a participação da comunidade, a partir das regiões do Município, nas etapas de elaboração, definição e acompanhamento da execução do plano plurianual, de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual.

estariam em constante diálogo com as comunidades, devendo a administração sair de seus gabinetes e ir ao encontro da população.[10]

O Orçamento Participativo de Porto Alegre, em apenas 1 ano, passa a congregar mais 391,4% de pessoas, saltando de 628 a 3.086 membros nas assembleias das 16 regiões. No mesmo ano, 1991, surgem novas iniciativas e aprimoramento na gestão e nas regras processuais.[11]

Ainda em 1991, em decorrência das audiências realizadas no ano anterior, a "Administração Popular", nome que se dava à gestão do município à época, lança o "Foro Contra Recessão e o Desemprego", iniciativa que visava a criar uma mobilização, um esforço conjunto entre o Poder Público e a sociedade civil, objetivando combater as consequências da política econômica desastrosa do Governo Federal na Gestão Collor.[12]

O chamado "Foro Contra a Recessão e o Desemprego" se afirmava uma "estrutura apartidária da sociedade civil cujas decisões e intervenções políticas correspondem a um esforço comum de mobilização para sairmos da estagnação imposta pela crise econômica". Além disso, havia reuniões mensais ordinárias e tantas quantas extraordinárias fossem necessárias. A composição era formada pela Prefeitura Municipal de Porto Alegre, entidades de representação empresarial, sindical e comunitária, bem como lideranças e representações institucionais que quiserem contribuir na implementação de políticas públicas voltadas aos objetivos da entidade.[13]

---

[10] Link para consulta: http://www2.portoalegre.rs.gov.br/op/, acesso em 20 de maio de 2018.

[11] Idem.

[12] "Emprego e Abastecimento" do Município de Porto Alegre, disponível em http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/observatorio/usu_doc/pi_1991.pdf, acesso em 21 de maio de 2018.

[13] Ibidem. P. 27.

Ou seja, tanto representantes de entidades quanto quaisquer cidadãos poderiam participar da administração do município porto-alegrense para a superação da crise econômica.

Muito do que se passa hoje em Porto Alegre no sentido de participação da administração pública participativa, deve-se, sobremaneira, aos Congressos da Cidade. Seguindo à linha cronológica, em 1993, o governo municipal cria o Porto Alegre Mais - Cidade Constituinte, destinado a discutir o futuro da cidade com uma parcela ainda maior da sociedade civil, que, mais tarde, originaria aqueles congressos.

Esses congressos seriam, já no início do novo milênio, responsáveis pelos debates travados para a implementação da Terceira Perimetral, Ciclovias e Coleta Seletiva de Lixo.[14]

O reconhecimento internacional é imenso. Porto Alegre passa de capital Estadual de um estado pequeno[15], para parâmetro internacional de participação popular na administração pública.[16]

A coordenação do projeto foi, de início, composta de 26 entidades, dentre as quais se destacam os órgãos municipais e estaduais do Administrativo e Legislativo, entidades de classe e trabalhadores, bem como sindicatos e entidades

---

[14] **Orçamento Participativo de Porto Alegre: 25 anos**. Op. Cit. P. 43.

[15] O Rio Grande do Sul representa apenas uma média de 6% do Produto Interno Bruto brasileiro, conforme IBGE/Contas Regionais, elaboração da SPGG/Deplan 02/2018. Ainda, de acordo com IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais, Estimativas da população residente com data de referência 1º de julho de 2017, o RS possui apenas 5% da população nacional.

[16] Conforme a ONU, a experiência do OP de Porto Alegre é referência para o mundo, sendo uma das 40 melhores práticas de gestão pública urbana no globo, prêmio esse recebido no Programa das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos), em 1996, em Istambul na Turquia.

patronais. Essas entidades buscavam se reunir duas vezes por mês, e contavam com quase 2 mil pessoas participantes já no Primeiro Congresso.[17]

Esses números saltariam no Quinto Congresso, realizado em 2011: o OP passou a contar com mais de 500 entidades não-governamentais, várias empresas, 4 universidades, e englobou propostas para os 83 bairros de Porto Alegre, visando a definir propostas nos eixos de desenvolvimentos econômico, urbano-ambiental, humano e em cidadania. Em termos de capital humano, o Quinto Congresso contou com a participação de mais de 6 mil pessoas. O ápice de participação nas assembleias foi em 2014, com 17.582 credenciados.[18]

Com o advento de novas ferramentas tecnológicas, o Orçamento Participativo contou com um novo passo para incrementar a participação popular: a consulta eletrônica de prioridades do OP passou a ser feita por meio da internet. Além disso, e no mesmo ano de 2013, o OP também passou a ser transmitido ao vivo, a enviar mensagens a celulares para estimular a presença da população na rodada de assembleias, e, também, cadastrar por via eletrônica a participação nos encontros. Isso tudo aliado ao aplicativo para smartphones "Porto Alegre Eu Curto, Eu Cuido", que divulga os andamentos diretamente na tela do celular.[19]

Como se vê, a democracia participativa no Poder Executivo do Município de Porto Alegre é, de certa forma, descentralizada da figura do Prefeito e suas secretarias, passando, por opção política desse e na medida da sua discricionariedade, aos órgãos de deliberação popular.

---

[17] **Orçamento Participativo de Porto Alegre: 25 anos**. Op. Cit. P. 45.

[18] Ibidem. P. 49.

[19] Ibidem. P. 118.

1.2. A Participação Popular no Poder Executivo: As agências reguladoras

No bojo das privatizações ocorridas na década de 90, as agências reguladoras surgiram a partir de 1996 por leis específicas, destinando-se a controlar e fiscalizar serviços outrora realizados pelo Estado e que agora seriam abertos à iniciativa privada.[20] São caracterizadas como agências de regime especial, possuindo autonomia aumentada em relação à administração direta, poderes de normatização, mandato fixo dos dirigentes que não coincidem com os da administração direta, quarentena para retorno à iniciativa privada a dirigentes que se afastem dos trabalhos da agência.[21]

O Brasil editou 9 leis diferentes para 10 de suas agências reguladoras, a Lei 9.427/1996 criando a Agência Nacional de Energia Elétrica, a Lei 9.472/1997, a Agência Nacional de Telecomunicações, a Lei 9.478/1997, a Agência Nacional do Petróleo, a Lei 9.782/1999, a Agência Nacional de Saúde Suplementar, a Lei 9.984/2000, a Agência Nacional de Águas, a Lei 10.233/2001, a Agência Nacional de Transportes Terrestres e Agência Nacional de Transportes Aquaviários, a Medida Provisória 2.219/2001, a Agência Nacional de Cinema e, finalmente, a Lei 11.182/2005, criando a Agência Nacional de Aviação Civil.

Por mais que tenham legislações diferenciadas, em decorrência da especificada da matéria que normatizam, as legislações criadoras das agências reguladoras brasileiras puderam ser estudadas do ponto de vista da participação da sociedade na criação das normas específicas para regulação da iniciativa privada.[22]

---

[20] ARAÚJO, Edmir Netto de: **Curso de Direito Administrativo, 7ª Ed.** São Paulo: Saraiva, 2015. P. 202.

[21] NOHARA, Irene Patrícia: **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2011. P. 549-550.

[22] MUNIZ, Cibele Cristina Baldassa: **Participação Democrática na Administração Pública**. Op. Cit. P. 199-244.

Essa nova forma de participação na sociedade - que viveu sob a égide de uma Constituição ditatorial até o fim da década anterior - ocorreu numa tentativa de o Constituinte da Carta de 1988 em abrir o Estado a maior variedade de representação política:

> Neste novo modelo, tendo o circuito de representação política entrado em crise, porque não consegue dar resposta adequada à crescente complexidade social, constata-se a necessidade de criar formas de representação alternativas à político-eleitoral. As agências reguladoras inserem-se neste contexto, pois, embora seus diretores não sejam escolhidos pelos eleitores, permite-se a participação indireta da sociedade, viabilizando oportunidades de manifestação dos indivíduos (e não somente das pessoas diretamente interessadas) sobre o conteúdo de diplomas normativos a serem elaborados pelas agências reguladoras, por exemplo. [23]

A primeira lei instituidora de uma agência reguladora no Brasil, a Lei 9.427/1996, organizou a atividade da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). No artigo 4º, § 3º já prevê, expressamente, a obrigatoriedade de abertura de audiência pública no processo decisória, de iniciativa de projeto de lei que afetarem direitos dos agentes econômicos regulados ou dos consumidores.[24]

---

[23] CUÉLLAR, Leila: **As agências reguladoras e seu poder normativo.** São Paulo: Dialética, 2001. P. 135.

[24] Art. 4º A ANEEL será dirigida por um Diretor-Geral e quatro Diretores, em regime de colegiado, cujas funções serão estabelecidas no ato administrativo que aprovar a estrutura organizacional da autarquia.

§ 3º O processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, mediante iniciativa de projeto de lei ou, quando possível, por via administrativa, será precedido de audiência pública convocada pela ANEEL.

Essa previsão foi, mais tarde, regulamentada pelo Decreto Presidencial 2.335/1997, que previu, expressamente e detalhadamente, a mesma obrigatoriedade e os objetivos de tal audiência pública, quais sejam, recolher subsídio e informações para o processo decisório da ANEEL, propiciar aos agentes e consumidores a possibilidade de encaminhamento de seus pleitos, opiniões e sugestões, identificar, da forma mais ampla possível, todos os aspectos relevantes à matéria objeto da audiência pública, dar publicidade à ação reguladora da ANEEL.[25] Em 2012, seguindo, foi editada a Resolução 483/2012 regulamentando, ainda mais, o processo de audiência pública naquela agência. O artigo 15 prevê ser a audiência pública como apoio ao processo decisório da ANEEL, de ampla consulta à sociedade, dentre aqueles que impliquem afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou de consumidores.[26]

---

[25] Constante no Anexo 1 do Decreto Presidencial 2.335/1997:

Art. 21 – O processo decisório que implicar efetiva afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, decorrente de ato administrativo da Agência ou de anteprojeto de lei proposto pela ANEEL, será precedido de audiência pública com os objetivos de:

I – recolher subsídio e informações para o processo decisório da ANEEL;

II – propiciar aos agentes e consumidores a possibilidade de encaminhamento de seus pleitos, opiniões e sugestões;

III – identificar, da forma mais ampla possível, todos os aspectos relevantes à matéria objeto da audiência pública;

IV – dar publicidade à ação reguladora da ANEEL.

Parágrafo único – No caso de anteprojeto de lei, a audiência pública ocorre após prévia consulta à Casa Civil da Presidência da República.

[26] (Grifos nossos)

Art. 15. Audiência Pública é um instrumento de apoio ao processo decisório da ANEEL, de ampla consulta à sociedade, que precede a expedição dos atos administrativos ou proposta de anteprojeto de lei.

§ 1o O processo decisório referido no caput é aquele que implica efetiva afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, nos termos deste Capítulo.

E não foi apenas a ANEEL que seguiu a linha de obrigatoriedade de alguma participação popular. Também a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), instituída pela Lei 9.472/1997, prevê a necessidade de consulta pública acerca de minutas de atos normativos em seu artigo 42.[27] Também houve regulamentação posterior por meio do Decreto Presidencial 2.338/1997 e pela Resolução 612/2013, essa

---

§ 2o A realização de Audiência Pública será precedida de aprovação pela Diretoria Colegiada da ANEEL, no âmbito do processo administrativo referente ao seu objeto, visando a coleta de subsídios e informações dos agentes econômicos do setor elétrico, consumidores e demais interessados da sociedade.

Art. 16. A Audiência Pública compreende:

I - a abertura mediante publicação de Aviso de Audiência Pública no Diário Oficial da União e na página eletrônica da ANEEL;
II - a disponibilização de documentos no site da ANEEL;
III - encaminhamento pelos interessados de contribuições e sugestões, na forma e prazos definidos no Aviso, assegurada sua publicação;

IV - realização de Reunião Presencial, quando aprovada pela Diretoria Colegiada;
V - realização de reuniões com grupos específicos, a critério do Diretor-Relator, para aprofundamento da discussão sobre o tema objeto da Audiência Pública;
VI - análise das contribuições recebidas, realizada pelas áreas técnicas da ANEEL responsáveis pelo assunto objeto da Audiência; e
VII - publicação da análise das contribuições recebidas.

[…]

Art. 18. O Aviso de Audiência Pública será disponibilizado na página eletrônica da ANEEL contendo assunto, forma de recebimento e período das contribuições, bem como outras informações disponíveis sobre a realização da Reunião Presencial, quando houver.

[…]

Art. 20. A participação e manifestação na Reunião Presencial dos agentes econômicos do setor elétrico, dos consumidores e demais interessados da sociedade dependem de inscrição realizada no local do evento, sendo facultada a apresentação de documentos.

[27] Art. 42. As minutas de atos normativos serão submetidas à consulta pública, formalizada por publicação no Diário Oficial da União, devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público na Biblioteca.

última acrescentando a audiência pública como outro instrumento de participação da sociedade.[28]

Outras agências não foram diferentes. A Lei 9.478/1997, instituidora da Agência Nacional do Petróleo (ANP), no artigo 19 prevê obrigatoriedade de audiência pública; a Lei 10.233/2001, instituidora da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e da Agência Nacional de Transportes Aquáticos (ANTAQ), em seu artigo 68; a Lei 11.182/2005, instituidora da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), no artigo 27. As demais agências, Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), Agência Nacional de Águas (ANA) e Agência Nacional do Cinema (ANCINE) embora não prevejam expressamente em suas leis instituidoras, tem-se aplicado subsidiariamente a Lei 9.784/1999 que, nos artigos 31 e 32, prevê consultas e audiências públicas como mecanismos de participação popular facultativos às agências quando forem decidir questões de interesse geral.[29]

Entretanto, todas elas regulamentaram, de alguma forma (Resoluções, Instruções Normativas, Portarias), a participação popular por meio de audiências ou de consultas públicas.[30]

1.3. A Participação Popular no Poder Legislativo: As audiências públicas para construção do CPC 2015;

---

[28] Conforme se vislumbra no art. 56 e seguintes da Resolução.

[29] MUNIZ, Cibele Cristina Baldassa: **Participação Democrática na Administração Pública.** Op. Cit. P. 241.

[30] Ibidem. P. 241/244.

O Poder Legislativo é talvez onde haja a maior confusão entre o nosso sistema misto que, por um lado é representativo e, por outro, tem a participação popular direta como um dos pilares do Estado brasileiro.

Contudo, é de se salientar que o processo de participação da sociedade no processo legislativo ocorre desde a própria redação da Constituição Federal brasileira, sendo um importante fator desde o início dos trabalhos da constituinte e que imbuiu a Carta Magna com o horizonte do sistema semirepresentativo:

> Durante os trabalhos da Constituinte, centenas de grupos de interesse atuaram, nos quatro cantos do país, recolhendo um total de doze milhões de assinaturas às emendas populares, que possibilitavam aos cidadãos a proposição direta de normas constitucionais, instrumento até então inédito na história brasileira. A própria proposta para que se acatasse o princípio da democracia participativa foi encaminhada por três emendas populares. Além desse mecanismo, os cidadãos puderam participar da elaboração do novo pacto, por meio de sugestões e audiências públicas.[31]

Desde cedo, então, houve a participação da sociedade na elaboração de textos normativos junto às respectivas casas legislativas. Traça-se, a seguir, uma dessas experiências para a exemplificação objetiva e material desse fenômeno.

---

[31] VITALE, Denise: **Democracia direta e poder local: a experiência brasileira do orçamento participativo**. *In* NOBRE, Marcos & COELHO, Vera Schattan P. (orgs): **Participação e Deliberação - Teoria Democrática e Experiências Institucionais no Brasil Contemporâneo.** São Paulo, Editora 34, 2004. P. 240.

O presidente do Senado Federal baixa o Ato 379/2009 instituindo a Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de Código de Processo Civil visando à substituição do então vigente Código de Processo Civil de 1973. Desde logo, verifica-se um esforço do Legislativo para propiciar importante contribuição da sociedade - no caso, de pequena parcela oriunda da Academia - à redação de um novo Estatuto Processual.[32]

Essa comissão, também preocupada em ampliar o debate e trazer ideias da sociedade para o processo legislativo, inicia uma jornada de audiências públicas em várias cidades brasileiras com fins de abrir a redação do então futuro Código à sociedade brasileira, sobretudo acadêmica.[33]

O Ministro Luis Fux, presidente da Comissão de Juristas, nessa oportunidade afirmou que essa primeira audiência pública é uma fase crucial para os trabalhos do grupo. Segundo indicou, as sugestões coletadas em audiências públicas "cria a oportunidade para que o trabalho que está sendo desenvolvido tenha um caráter participativo e democrático e que, ao mesmo tempo, possa ser corroborado e conhecido" por diversos segmentos da sociedade.[34] Mais tarde, foi noticiado que os juristas da comissão se reuniram para, de fato, analisar, discutir e debater as ideias apresentadas

---

[32] O ato 379/2009 estabeleceu, ainda, que o presidente desta Comissão seria o então Ministro do Superior Tribunal de Justiça e Professor Luiz Fux, a relatora a Professora Teresa Arruda Alvim Wambier, e seria composta pelos Professores Adroaldo Furtado Fabrício, Bruno Dantas, Elpídio Donizete Nunes, Humberto Theodoro Júnior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinícius Furtado Coelho, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro. Também deu prazo de 180 dias para a conclusão dos trabalhos e, nos termos do art. 5º do Ato, determinou o custeio logístico pelo Senado Federal, sem, contudo, fornecer remuneração aos membros da Comissão (art. 4º).

[33] A primeira reunião desta Comissão ocorreu em Belo Horizonte (MG) no auditório do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em que participaram o Ministro Luiz Fux, membros da Comissão, o Senador por Minas Gerais Eduardo Azeredo (PSDB-MG) e o Presidente da Secional Mineira da Ordem dos Advogados do Brasil, Luís Cláudio da Silva Chaves. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2010/02/26/juristas-reunem-ideias-para-o-cpc-em-belo-horizonte, acesso em 26 de maio de 2018.

[34] Idem.

naquela e em outras audiências realizadas, denotando a preocupação em ouvir e incorporar possíveis sugestões e críticas.[35]

Notou-se, inclusive, em recente trabalho de pós-graduação apresentado à Fundação Getúlio Vargas, que essa Comissão de Juristas foi composta quase que exclusivamente por uma elite intelectual que nada representa da sociedade como um todo, mas meramente uma parcela pequena de um espectro técnico.[36]

Parte das sugestões colhidas, inclusive, foi analisada no tocante ao funcionamento do então chamado "incidente de coletivização", o que, com várias modificações[37] veio a se tornar o "incidente de resolução de demandas repetitivas", de que trata este trabalho.[38] Inclusive, o Ministro Fux afirmou que há convergência entre as sugestões colhidas nas audiências públicas e o que a comissão vem trabalhando, sendo que as audiências vêm contando com a participação de magistrados, advogados, oficiais de justiça, servidores públicos, dentre outros.[39]

---

[35] Conforme se vê em https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2010/03/08/juristas-analisam-sugestoes-apresentadas-em-audiencias-em-belo-horizonte-e-fortaleza, acesso em 26 de maio de 2018.

[36] MIRANDA, Andréa Pimentel de: **Quem tem medo do Processo Coletivo? As disputas e as escolhas políticas no CPC/2015 para o tratamento da litigiosidade repetitiva no Brasil.** 174 p. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento). Escola de Direito de São Paulo. Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2019. P. 80-83.

[37] Não trata este capítulo de análise doutrinária, que será feita adiante, mas para elucidar melhor essas diferenças trazidas pelo legislador, recomenda-se a leitura do capítulo 7 "Resgatando a genealogia do incidente de resolução de demandas repetitivas no direito nacional" em MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro: **Incidente de resolução de demandas repetitivas - sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual.** Rio de Janeiro: Forense, 2017. P. 63/72.

[38] Disponível em https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2010/03/23/comissao-de-juristas-discute-sugestoes-sobre-incidente-de-coletivizacao, acesso em 26 de maio de 2018.

[39] Conforme vê-se em https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2010/03/18/proposta-de-reforma-do-codigo-de-processo-civil-conta-com-o-apoio-da-comunidade-juridica, acesso em 26 de maio de 2018.

De qualquer forma, o que se entendeu da audiência foi que havia uma resistência muito grande a um "processo coletivo", como bem destacou Andréa Pimentel de Miranda em sua recém defendida dissertação de mestrado:

> Ou seja, até as palavras "coletivo" ou "coletivização" foram afastadas do Código por medo – ao que parece – de resistência em relação à aprovação do texto do anteprojeto. A preocupação foi tão relevante que o próprio IRDR, que no início era chamado de "incidente de coletivização", teve seu nome alterado ao longo da tramitação do CPC/2015.[40]

Seguindo no movimento de audiências públicas, São Paulo teve sua audiência pública no dia 26 de março de 2010, onde estudiosos do direito e profissionais jurídicos se reuniram no Salão Nobre do Tribunal de Justiça de São Paulo e ouviram sugestões de importantes juristas como Kazuo Watanabe, que elencou dados numéricos do Tribunal bandeirante, e de Ada Pellegrini Grinover, que ressaltou a importância da conciliação e mediação. Na mesma oportunidade, a relatora da comissão, Tera Wambier, ressaltou a importância das audiências públicas, onde se dá a "oportunidade de abrir os trabalhos da comissão de forma democrática e, ao mesmo tempo, têm sido fonte de reflexão e coleta de sugestões interessantes e consistentes".[41]

Até abril daquele ano, 80% das sugestões já haviam sido acolhidas e incorporadas ao texto do anteprojeto, segundo o presidente da comissão Luiz Fux. Ainda

---

[40] MIRANDA, Andréa Pimentel de: **Quem tem medo do Processo Coletivo?** Op. Cit. P. 108 e 115.

[41] Disponível em https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2010/03/26/celeridade-e-meios-alternativos-de-acesso-a-justica-sao-debatidos-na-audiencia-publica-em-sao-paulo, acesso em 26 de maio de 2018.

de acordo com a assessoria da comissão, foram agasalhadas mais de 600 sugestões encaminhadas eletronicamente por entidades da comunidade jurídica - OAB, Ministério Público, Associações de classe - e outras 240 apresentadas durante as audiências públicas.[42] Finalmente, o anteprojeto do então Novo Código de Processo Civil foi aprovado pela Comissão de Juristas em 1º de junho daquele ano.[43]

Uma vez transformado no Projeto de Lei do Senado 166/2010, o então relator da matéria senador Valter Pereira (PMDB-MS) determinou a coleta de opiniões da sociedade por meio de uma consulta pública. Para facilitar o entendimento, sua equipe elaborou um quadro comparativo onde se colocou, lado a lado, a redação do Código de Processo de 1973 e a proposta de mudança. Além disso, o relator contatou diversas instituições que possivelmente teriam interesse nas mudanças, tais como o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, a Ordem dos Advogados do Brasil, a Advocacia Geral da União, o Ministério Público Federal, a Defensoria Pública da União, a Associação dos Magistrados Brasileiros, a Associação dos Juízes Federais do Brasil, entre outros.[44]

Outrossim, como forma de aumentar a participação e o debate, o senador enviou cópia dos projetos aos ministros do STF e do STJ, às seccionais da OAB nos estados, aos Tribunais de Justiça federais e estaduais, aos Ministérios Públicos federal e Estaduais, bem como às Defensorias Públicas federal e estaduais. Também, foram enviadas cópias ao Instituto Brasileiro de Direito Processual e às principais Universidades

---

[42] Disponível em https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2010/04/27/conclusao-do-anteprojeto-do-cpc-e-adiada-para-o-fim-de-maio, acesso em 26 de maio de 2018.

[43] Disponível em https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2010/06/01/anteprojeto-do-novo-codigo-de-processo-civil-e-aprovado, acesso em 26 de maio de 2018.

[44] Disponível em https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2010/03/26/celeridade-e-meios-alternativos-de-acesso-a-justica-sao-debatidos-na-a

brasileiras que contassem com cursos de Direito. Além disso, realizou dez audiências públicas em capitais brasileiras e no Senado Federal.

Além disso, todo e qualquer cidadão poderia enviar, eletronicamente, sugestões ao então Projeto de novo Código de Processo Civil.

Um dos pontos levantados, durante essas rodadas de consulta e audiência públicas, foi realizado pela Associação Nacional dos Procuradores da República que, por meio de seu representante Odim Brandão Ferreira, aconselhou que o novo Código de Processo Civil contivesse dispositivos que permeassem a jurisdição com diálogo entre os juízes e a população.[45]

Uma vez submetido à apreciação da câmara, essa decidiu dar um passo mais lento às discussões do novo código. Uma das novidades levantadas e que se solicitou maiores debates, foi exatamente o - agora já chamado de - incidente de resolução de demandas repetitivas. Tanto juízes quanto deputados requereram mais tempo para ampliar o debate tanto entre si quanto com a sociedade.[46]

Depois de 1 ano da submissão do projeto à apreciação da câmara, e em consulta pública aberta no site do Ministério da Justiça, mais de 2,5 mil comentários e cerca de 10,7 mil visitantes foram recebidos à proposta de novo Código.[47]

Em consonância com a proposta do Senado Federal de realizar debates com a população e juristas, a Câmara dos Deputados realizou diversas

---

[45] Disponível em https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2010/09/01/associacao-de-procuradores-quer-melhor-dialogo-entre-populacao-e-juizes, acesso em 27 de maio de 2018.

[46] Conforme se vê em notícia da Câmara dos Deputados disponível em http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/201482-ESPECIALISTAS-DEFENDEM-MUDANCAS-NO-PROJETO-DE-NOVO-CODIGO-DE-PROCESSO-CIVIL.html, acesso em 27 de maio de 2018.

[47] Idem.

conferências regionais nos Estados para ouvir opinião acerca das propostas. Além disso, foi criada uma página no portal eletrônico "e-Democracia" da Câmara dos Deputados para que as sugestões não ficassem restritas somente àquelas pessoas que comparecessem presencialmente nas reuniões e audiências públicas.[48] O então relator do projeto deputado Fábio Trad (PMDB-MS) afirma que, da mesma forma que no Senado Federal, a Câmara dos Deputados está preocupada com a participação popular no debate legislativo.[49]

Com a aprovação do projeto na Câmara, o presidente da comissão especial do novo Código de Processo Civil, anteriormente o relator do mesmo projeto, Fábio Trad (PMDB-MS) destacou que "A comissão ouviu toda a sociedade. Formatamos um projeto que tem o retrato da pluralidade do Brasil […] (Esse código) qualifica a legislatura"[50] Em 16 de dezembro, o Senado aprova[51] as modificações da Câmara e o submete à sanção presidencial, que só ocorre em 17 de março de 2015, publicando-se a Lei 13.105/2015.

Como se vê, a elaboração do atual Código de Processo Civil foi permeada também por participação popular, seja por meio de instrumentos eletrônicos, seja por audiências e consultas públicas. É digno de nota, inclusive, que o incidente de resolução de demandas repetitivas - à época chamado de incidente de coletivização - foi

---

[48] Disponível em http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/206706-COMISSAO-DO-NOVO-CODIGO-DE-PROCESSO-CIVIL-FAZ-CONFERENCIA-EM-SAO-PAULO.html, acesso em 27 de maio de 2018.

[49] O relator afirma que quer imprimir a mesma participação popular no debate sobre a lei de licitações que está em curso no debate de mudança do então Código de Processo Civil brasileiro, disponível em http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/208200-RELATOR-QUER-PARTICIPACAO-POPULAR-NO-DEBATE-SOBRE-A-LEI-DE-LICITACOES.html, acesso em 27 de maio de 2018.

[50] Disponível em http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/464587-NOVO-CPC-FOI-ELABORADO-COM-PARTICIPACAO-DA-SOCIEDADE-CIVIL,-DIZ-FABIO-TRAD.html, acesso em 27 de maio de 2018.

[51] Conforme se vê em https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/12/17/codigo-de-processo-civil-vai-a-sancao-presidencial, acesso em 27 de maio de 2018.

oriundo de sugestão da sociedade e que, após deliberação da Comissão do Anteprojeto, foi incorporada ao texto base.[52]

Contudo, ponderou-se se a sociedade como um todo participou do processo legislativo do Código de Processo Civil. A questão da participação de somente parte da elite intelectual brasileira foi levantada por diversas vozes no campo acadêmico, tais como Frederico de Almeida[53] e Jônatas Luiz Moreira Paula[54], além de Andréa Pimentel de Miranda, cujo trabalho explorou bem a questão da participação na formação do novo Código.[55]

1.4. A Participação Popular no Poder Judiciário: O caso ciclovias; e

Com a promulgação do Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo em 2014 (Lei 16.050/2014), a Prefeitura de São Paulo implementou uma política pública de acréscimo de quilometragem de ciclovias no município paulista. A previsão inicial do chamado Programa Cicloviário do Município de São Paulo era de 400

---

[52] MENDES, Aluísio Gonçalvez de Castro: **IRDR - Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual.** Op. Cit. P. 63.

[53] ALMEIDA, Frederico de: **Intelectuais e Reforma do Judiciário: os especialistas em direito processual e as reformas da justiça no Brasil.** Revista Brasileira de Ciência Política, maio- agosto, n. 17, Brasília, p. 209-246, 2015. P. 216.

[54] PAULA, Jônatas Luiz Moreira: **História do Direito Processual brasileiro: das origens lusas à Escola Crítica do Processo**. Barueri: Manole, 2002. P. 37.

[55] Op. Cit.

quilômetros de ciclovias, cliclofaixas, faixas compartilhadas e rotas operacionais de ciclismo. [56]

Esse Plano Diretor foi desenvolvido baseando-se no Programa de Metas da Cidade de São Paulo apresentado pelo então prefeito da cidade no início da sua gestão. A prefeitura, no seu sítio, esclarece que a primeira versão do Programa teve seus objetivos aumentados de 100 para 123 metas, após a participação social em audiências públicas:

> Foram 35 audiências públicas realizadas durante o mês de abril- que registraram mais de 9.400 sugestões e 876 mensagens eletrônicas, computadas e sistematizadas, e que ajudaram na formulação das metas dos programas.
> Cerca de 3.400 pessoas participaram das audiências devolutivas.
>
> Os moradores conheceram as principais propostas feitas em cada região e quais metas foram incluídas. (...)
>
> O novo Programa de Metas da Cidade de São Paulo (2013-2016) incorporou 28 metas sugeridas pela

[56] Conforme disponibilizado pela Companhia de Engenharia de Tráfego de São Paulo, são 3 as formas de faixas para uso de bicicletas, quais sejam as (1) Ciclovias, pistas de uso exclusivo de bicicletas e outros ciclos, com segregação física do tráfego lindeiro motorizado ou não motorizado, com sinalização viária, podendo ter piso diferenciado no mesmo plano da pista de rolamento ou no nível da calçada, (2) ciclofaixa, faixa de rolamento de uso exclusivo à circulação de ciclos, com segregação visual do tráfego lindeiro, podendo ter piso diferenciado no mesmo plano da pista de rolamento, (3) ciclorrota, sinalização cicloviária específica em pista de rolamento compartilhada com os demais veículos, onde as características de volume e velocidade do trânsito na via possibilitam o uso de vários modos de transporte sem a necessidade de segregação. Disponível em http://www.cetsp.com.br/consultas/bicicleta/definicoes.aspx, acesso em 12 de maio de 2018.

> população as 100 iniciais e excluiu cinco, totalizando 123 itens que foram divididos em 20 objetivos e 3 eixos temáticos. [57]

A meta 97 corresponde a "implantar uma rede de 400 km de vias cicláveis", e foi trabalhada por associações civis de ciclistas, que lutaram para ter representação junto ao Conselho Municipal de Transporte e Trânsito, objetivando monitorar o andamento obreiro e a implementar um programa cicloviário para o município.[58]

Essa implementação ocorreu após reunião do Grupo Pró-Ciclista em 2013 com um grupo intersecretarial do Executivo Municipal, que propôs a inclusão da sociedade civil em sua composição para avaliação e cumprimento das metas 74, 78 e 97 do Programa de Metas municipal.[59]

Durante o período de quase 1 ano, a Prefeitura e as entidades representativas da sociedade civil realizaram, além de audiências públicas, várias reuniões temáticas num amplo processo de diálogo com a sociedade. A participação da sociedade destacou o norte de sustentabilidade social, econômica, ambiental, cultural e territorial dentro do Plano Diretor.[60]

---

[57] Disponível em http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/gestao/arquivos/Balanco%20final%20de%20gestao%20-%20Haddad.pdfm, acesso em 12 de maio de 2018.

[58] Disponível em https://www.ciclocidade.org.br/noticias/638-convite-plenaria-de-ciclistas-para-definir-20-representantes-da-camara-tematica-de-bicicleta. acesso em 12 de maio de 2018.

[59] Disponível em https://www.ciclocidade.org.br/noticias/483-primeira-reuniao-do-grupo-po-ciclista-em-2013-tem-apresentacao-dos-planos-cicloviarios, acesso em 12 de maio de 2018.

[60] Disponível em http://vadebike.org/2014/08/plano-diretor-estrategico-de-sao-paulo-e-a-mobilidade-por-bicicletas/, acesso em 12 de maio de 2018.

Como se vê, a proposição de uma meta para ciclovias partiu, primeiramente, da própria sociedade civil, que, ouvida pela municipalidade, conseguiu implementar um programa de construção de 400km de ciclofaixas na maior cidade brasileira.

Ainda em 2014 a associação "Vá de Bike" afirma que os ciclistas não só puderam participar das reuniões sobre a implementação das ciclovias, mas pautaram o debate acerca de mobilidade no município de São Paulo. Conseguiram, também, alterar prioridades, imprimiram caráter transversal e revolucionário da bicicleta na cidade. [61]

No bojo da participação no Executivo Municipal, a Câmara Municipal realizou audiências públicas, também, para debater as ciclovias e ciclofaixas que eram implementadas na cidade pela Prefeitura. Ambos Legislativo e Executivo trabalharam, de certo modo, na oitiva da população paulista para a tomada de suas decisões. [62]

O que possivelmente teria sido um contínuo processo de diálogo mútuo entre a sociedade e a Esfera municipal, foi levado ao conhecimento do Judiciário pelo Ministério Público Estadual por meio da Ação Civil Pública com pedido liminar lavrada nos autos do processo de número 1009441-04.2015.8.26.0053 no Tribunal de Justiça de São Paulo, objetivando a paralisação da implementação das faixas cicloviárias, a recomposição da pavimentação desfeita de canteiros, bem como, ao término da ação, a realização em 6 meses de estudos técnicos, audiências públicas com fins a referendar as escolhas do empreendimento.

---

[61] Disponível em http://vadebike.org/2014/08/plano-diretor-estrategico-de-sao-paulo-e-a-mobilidade-por-bicicletas/, acesso em 17 de maio de 2018.

[62] Disponível em http://www.saopaulo.sp.leg.br/blog/ciclovia-na-paulista-sera-discutida-em-audiencia-publica-na-quarta/#, acesso em 17 de maio de 2018.

Tal processo originou-se do Inquérito Civil de número 14.0279.0000412/14 (ou 412/14), em que 3ª Promotoria de Justiça de Habitação e Urbanismo visava a inquerir se a implantação das ciclovias, ciclofaixas, faixas compartilhadas e rotas operacionais de ciclismo, que compõem o Sistema Cicloviário do Município (Lei Municipal 14.266/2007) era em ritmo demasiado acelerado e sem o devido diálogo com os munícipes nem com as normas técnicas atinentes às faixas para bicicletas.[63]

Sem delongas em relação às normas técnicas, tema estranho a este trabalho, o Ministério Público aduziu em sua peça inicial que a Constituição Estadual Paulista indica a necessidade de audiências públicas para consultar a população em razão de alterações que envolvam interesses da coletividade. Prossegue alegando que no tocante a direitos constitucionais, "o sistema de democracia representativa não exclui a soberania popular como reserva de poder, sobretudo em tema de peculiar interesse do cidadão como a vida na cidade"[64].[65]

Afirma, outrossim, que o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), diploma que estabelece diretrizes da política urbana, regulamentando os artigos, 29, XII, 182 e 183 da Constituição Federal, impõe a necessidade de uma gestão democrática por meio da participação popular na formulação, execução e acompanhamento de programas e projetos públicos de desenvolvimento urbano, bem como a imperatividade de audiências do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de tais empreendimentos.[66]

---

[63] Proc. Número 1009441-04.2015.8.26.0053, TJSP, fls. 2/43, mas, sobretudo, às fls. 4.

[64] Ibidem. Fls. 33/34.

[65] Idem.

[66] Ibidem. Fls. 34.

O magistrado Luiz Fernando Rodrigues Guerra, entendeu por bem conceder o pedido liminar, paralisando os trabalhos da instalação das faixas e vias cicloviárias, porquanto bem caracterizadas a ausência de consulta popular e de estudos técnicos.[67]

A Associação dos Ciclistas Urbanos de São Paulo - Ciclocidade, requereu o seu ingresso na lide na qualidade de assistente litisconsorcial do pólo passivo, uma vez que é associação sem fins lucrativos com objetivos de proteção ao patrimônio público e social, sendo-lhe facultada a habilitação como litisconsortes nos termos do art. 5º, §2º da Lei nº 7.347/1985. Alega, no que tange à participação, que:

> Os moradores da cidade de São Paulo foram ouvidos nas discussões do Plano Diretor Estratégico e nas discussões do Conselho Municipal de Trânsito e Transportes a respeito do planejamento cicloviário da cidade. Uma Câmara Temática de Bicicleta está em funcionamento na cidade de São Paulo justamente para acompanhar a implantação do sistema cicloviário. O Ministério Público nesta ação, ao contrário do Poder Executivo, em nenhum momento procurou ouvir quaisquer das organizações aqui assinadas.[68]

Entretanto, sua participação foi negada pelo Poder Judiciário, sob a alegação de que não encontrava a admissão de litisconsorte guarida na Lei.[69] É de se salientar, também, que a presidência do Tribunal de Justiça suspendeu os efeitos da antecipação de tutela (cf. juntado aos mesmos autos às fls. 610/615).

---

[67] Ibidem. Fls. 439.

[68] Ibidem. Fls. 442/453.

[69] Ibidem. Fls. 585/587.

Sobreveio contestação da municipalidade em que se reiterou haver estudos técnicos e pareceres, bem como, e mormente por conta do objeto do presente estudo, houvera participação popular na construção do programa de implantação cicloviário de São Paulo, na medida que até março de 2015, foram realizadas 170 audiências públicas, delas 35 sendo regionais e temáticas ligadas ao Plano de Metas da Prefeitura, 114 sendo da Revisão do Plano Diretor, 8 da Frente Parlamentar de Mobilidade Humana da Câmara Municipal, 1 especificamente sobre a Ciclovia da Av. Paulista, 1 especificamente sobre o sistema cicloviário de São Paulo, e 11 reuniões do Conselho Municipal de Transporte e Trânsito de São Paulo. Ademais, afirmou que a Pesquisa sobre Mobilidade Urbana, realizada pelo Ibope em 21/09/2014, 87% dos paulistanos são favoráveis à construção e ampliação de ciclovias na cidade, um acréscimo de 4% em relação ao ano anterior.[70]

O processo se encontra suspenso desde audiência realizada em 04/04/2018.

Importa nota, para fins deste trabalho, que as associações de ciclistas de São Paulo se davam por satisfeitas em relação à participação que lhes foi permitida pela Administração e Legislativo municipais. Além disso, ambos os Poderes da Esfera municipal permitiram a participação da sociedade para a implementação e fiscalização de uma política pública. Ademais, o Ministério Público, alegou a ausência de participação e amparo da sociedade como motivos de obstar a consecução do empreendimento cicloviário em São Paulo, o que foi prontamente afastado tanto pela municipalidade quanto pela sociedade (conforme se vê nas manifestações da Ciclocidade e na Contestação do Município de São Paulo) no sentido de provar a existência de farta (mais de centena de audiências públicas) oitiva da sociedade.

Consequentemente, viu-se a preocupação do Executivo municipal, do Legislativo municipal e, também, do Ministério Público Estadual em afirmar a

---

[70] Ibidem. Fls. 844/874.

necessidade de participação popular na implementação de uma política pública tal qual a implantação de um sistema cicloviário na Capital Paulista.

1.5. Considerações Parciais da Parte Primeira.

O intuito deste capítulo não era necessariamente de explorar o objeto proposto sob um olhar direto, mas tangencial: ao exemplificar que há participação popular ocorrendo nos Poderes da República, tenta-se comprovar a necessidade de estudo acerca do tema, seja levantando teorias que expliquem esses fenômenos, seja, mais tarde, retornando a campo para mais bem explorar essas experiências.

Dessa feita, viu-se que a participação na Administração Pública é, não só proposta pelo próprio Poder Executivo como exigida pelo Ministério Público Estadual, sob a chancela do Judiciário. A despeito de haver mudanças normativas que tentem eliminar a participação popular por meio da Administração Pública – notadamente o Decreto 9.759/2019 do Governo Federal – há movimento de defesa por parte de outras instituições, o que revela, de certo modo, a manutenção do ideal de participação democrática nesse – e nos demais – Poder.[71]

Também, verificou-se que o próprio Código de Processo Civil brasileiro foi construído pela égide da participação democrática – ainda que somente por parte de uma elite intelectual, o que, por si só, demonstra uma crise de representação, algo que poderá ser mais bem trabalhado na Parte Segunda deste trabalho – em que vários juristas reunidos em Comissão trabalharam para redação de um Novo Código. Em

[71] Como por exemplo do Ministério Público Federal que, dentre outros elementos, afirmou existir a necessidade de interrelação entre sociedade civil e Estado, bem como haver corresponsabilidade entre esses dois pólos de manifestação política. Conforme: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/nota-publica-decreto-9-759.pdf, acesso em 28 de abril de 2019.

paralelo, várias audiências públicas revelaram um possível caráter de abertura democrática à oitiva da população por parte do Poder Legislativo.

Finalmente, em sede de um Processo Judicial, houve a discussão se a participação direta da população na consecução de políticas públicas era questão obrigatória, tendo optado o Poder Judiciário por dar entendimento consonante ao Ministério Público Estadual, junto ao próprio Legislativo e Executivo municipais, bem como a uma Associação da Sociedade Civil de que as participações são obrigatórias.

Como, contudo, esse trabalho não visa a uma exploração doutrinária, era necessário colher da realidade material da sociedade brasileira elementos que induzissem a necessidade de estudos teóricos acerca do assunto explorado.

A Parte Segunda, que se segue a esta, irá explorar alguns marcos teóricos e referenciais literários de autores que já estudaram essas experiências e conseguiram deduzir pontos em comum que tentam explicar essa realidade social. Na Parte Terceira, que se seguirá a essa, haverá um esforço de teste da hipótese por meio da empiria.

PARTE SEGUNDA - O QUADRO DE ESTRUTURA TEÓRICA DO ACESSO À JUSTIÇA E DA PARTICIPAÇÃO NO BRASIL; E

2. A cidadania com a participação da sociedade;

O positivismo jurídico é uma realidade tanto do ordenamento jurídico pátrio, quanto de outros ordenamentos Brasil afora. Embora seja utilizado com certo receio, embora seja duramente criticado, o positivismo kelseniano ainda encontra razões para persistir e dominar a interpretação das leis, apesar de "algumas nuances e temperamentos"[72].

Entretanto, conforme elucida Luís Roberto Barroso, há um amplo movimento de contestação da ordem positivista. A essa verdadeira crítica da teoria (pura), deu-se o nome o de teoria crítica do direito:

> De parte isto, paralelamente ao processo puramente descritivo do objeto, preconiza a atuação concreta, a militância do operador jurídico, à vista do princípio de que o papel do conhecimento não é somente a interpretação do mundo, mas também sua transformação. É dizer: uma *teoria crítica.*[73]

---

[72] BARROSO, Luis Roberto**: Interpretação e aplicação da Constituição, 7ª Ed.** São Paulo: Saraiva, 2009. P. 282.

[73] Idem.

Paulo Bonavides, em seu livro "Teoria Constitucional da Democracia Participativa", afirma na primeira oração de seu capítulo primeiro que "não há teoria constitucional da democracia participativa que não seja, ao mesmo passo, uma teoria material da Constituição", e prossegue afirmando que a democracia participativa não é uma norma fixa e identificável na Constituição brasileira, mas compatibilização entre "a autoridade e a judicatura dos tribunais constitucionais e, doutra parte, a autoridade da cidadania popular e soberana".[74]

Neste capítulo, serão estudadas as normas e as regras do ordenamento brasileiro no que tange à participação da sociedade em todas as facetas da lei: na sua criação, na sua execução, na sua interpretação. Desde já, entretanto, opta-se por fugir do positivismo jurídico, porquanto ultrapassado do ponto de vista epistemológico, e analisar a realidade de um ponto de vista mais universalizante, onde se denuncia o perfil ideológico do direito positivo, encobrem-se relações de poder e oculta o sentido das relações estruturais da sociedade.[75]

2.1. A evolução do Estado sob a ótica da participação;

Este subcapítulo é uma digressão necessária para aferir o que se entende por democracia participativa no Estado de Direito atual: apesar de o conceito ter sofrido evoluções e, consequentemente, ter passado por alterações, o "senso comum" do conceito de "democracia" ainda remonta como sendo meramente o direito de votar e ser votado.

---

[74] BONAVIDES, Paulo: **Teoria Constitucional da Democracia Participativa - Por um Direito Constitucional de Luta e Resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade, 3ª Ed.** São Paulo: Malheiros, 2008.

[75] BARROSO, Luís Roberto: **Interpretação e aplicação da Constituição, 7ª Ed.** Op. Cit. P. 283.

Contudo, esse conceito não presta mais à sociedade moderna, e foi há muito tempo superado, apesar de possivelmente o ideário do homem médio não ter acompanhado tal evolução. Não sendo objeto deste trabalho discutir a evolução do conceito de democracia, entretanto, é importante notar o *ponto de virada* de um conceito democrático mais restritivo – e, por vezes, ultrapassado – a um conceito mais alargado e atual.

Esse primeiro conceito de democracia surgiu com o retorno da ideia de cidadania e de soberania popular como norte dos movimentos que questionavam o poder do monarca absolutista.[76] A partir das revoluções norte-americana, francesa e inglesa, houve a introdução dos "direitos do homem e do cidadão", em que se afirmava todo indivíduo ser portador de direitos iguais que devem ser respeitados pelo Estado.[77]

Essa concepção *liberal* de cidadania e participação política era notadamente permeada por individualismo, posto que a burguesia ansiava pela ascensão social, a nobreza ficou estarrecida com os movimentos revolucionários e pouco conseguiu fazer para os frear, cuidando meramente de si mesmos e de seus próprios interesses, sem se ligar a outros aristocratas.[78]

O Estado passa a ser, então, a "armadura de defesa e proteção da liberdade", e a liberdade é entendida de maneira individual. O primeiro Estado de Direito

---

[76] ROUSSEAU, Jean Jacques: **O Contrato Social: princípios do direito político, 4ª Ed.** São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 23/25.

[77] BONAVIDES, Paulo: **Do Estado Liberal ao Estado Social, 9ª Ed.** São Paulo: Malheiros, 2009. P. 41/42.

[78] TOCQUEVILLE, Alexis: **A democracia na América - Sentimentos e opiniões de uma profusão de sentimentos e opiniões que o estado social democrático fez nascer entre os americanos. Livro II, tradução de Eduardo Brandão, 2ª Ed.** São Paulo: Martins Fontes, 2014. P. 12

passa a servir quase exclusivamente à defesa desse direito contra o despotismo do monarca.[79]

Para exercício dessa liberdade, e para participação no Estado, as Cartas Constitucionais que se seguiram às revoluções são quase sempre preconizadoras de um sistema representativo, em que a população vota em representantes e esses sim votam na elaboração de leis, aprovação de tratados, etc. A primeira Carta da Revolução Francesa bem como a Carta brasileira de 1824 já trazem esse sistema representativo[80], porém com algumas ressalvas:

> Do princípio liberal chega-se ao princípio democrático. Do governo de uma classe, ao governo de todas as classes. A burguesia enunciava e defendia o princípio da representação. Mas representação, a meio caminho, embaraçada por estorvos, privilégios, discriminações.[81]

Essa ideia de cidadão como "poder votar e ser votado"[82], contudo, era, em verdade, a "consumação de uma ordem social onde pontificava, nos textos constitucionais, o triunfo total do liberalismo. Do liberalismo, apenas, e não da democracia". Um grande passo para a época, mas pequeno frente a tudo que se seguiria.[83]

---

[79] BONAVIDES, Paulo: **Do Estado Liberal ao Estado Social.** Op. Cit. P. 41.

[80] COMPARATO, Fábio Konder: **Direito Público - Estudos e Pareceres.** Op. Cit. P. 9.

[81] BONAVIDES, Paulo: **Do Estado Liberal ao Estado Social.** Op. Cit. P. 43.

[82] SILVA, José Afonso da: **Comentário Contextual à Constituição de 1988, 2ª Ed.** São Paulo: Malheiros, 2006. P. 35.

[83] BONAVIDES, Paulo: **Do Estado Liberal ao Estado Social**. Op. Cit. P. 43/44.

Ainda que o liberalismo defendesse a liberdade de todos, na medida em que se garantia o direito de que todos votassem e fossem votados, somente aqueles que realmente detivessem os meios de se eleger - financeiros, educacionais, sociais - é que teriam suas vozes representadas.[84]

A reação a essas críticas vinha no sentido de dizer que apenas o direito de votar já era o bastante para que a decisão coletiva fosse democrática: o direito de representação assegurava, de um lado, o de se candidatar, mas, principalmente, o de "depositar seu voto na urna".[85]

Consequentemente, é possível afirmar que a democracia representativa se funda na regra de que ao cidadão é garantido o direito de votar e ser votado. E, em relação à participação, nada mais. Daí se origina, também, o pluralismo jurídico, em que por meio da representação social em assembleias - no caso brasileiro, no Congresso Nacional, nas Assembleias Legislativas e nas Câmaras de Vereadores - imita-se, supostamente, a sociedade na mesma variedade de forças que existe na realidade.[86]

Essa concepção de Estado, muitas vezes chamada de "Estado Mínimo", diminui de importância após a Primeira Guerra Mundial, e se percebe um aumento de uma concepção de Estado intervencionista, pelo menos em grande parte do Ocidente. As primeiras constituições que propõem um Estado Social, a Mexicana de 1917 e a da República de Weimar de 1919, trazem para a sociedade a proteção a direitos sociais,

---

[84] TOCQUEVILLE, Alexis: **A democracia na América - Sentimentos e opiniões: de uma profusão de sentimentos e opiniões que o estado social democrático fez nascer entre os americanos, Livro II**. Op. Cit. P. 123/124.

[85] BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos, 11ª ed.** Rio de Janeiro: Campus, 1992. P. 120.

[86] SILVA, José Afonso da: **Comentário Contextual à Constituição de 1988. 2ª ed.** São Paulo: Malheiros, 2006. P. 35.

direitos do trabalhador, superando-se a ideia de "igualdade formal" pela "igualdade material", essa sim sendo o objetivo geral do Estado.[87]

Além disso, é notável a influência da Revolução Russa de 1917, que insere, dentro de uma superestrutura capitalista, conceitos e instituições do socialismo, ainda que se mantendo dentro de uma ordem de proteção da propriedade privada e da luta entre as classes burguesa e proletária.[88]

O Estado Social passa a reconhecer que a Justiça Social é complementar à Democracia, e deve fazer com que os meios de controle das estruturas sociais sejam de fato democratizados. Além disso, a própria utilização do capital acumulado e os recursos naturais de um país devem ser, também, democraticamente utilizados para que todos sejam, materialmente, iguais, não de maneira meramente formal. Em suma, a democracia subentende a distribuição dos recursos, a tomada de decisão e a formação das estruturas sociais todas elas de maneira "democrática".[89]

Dessa forma, o Estado passa a intervir no domínio econômico, antes reservado à iniciativa privada, para que se promova justiça social, distribuição de renda e promoção de serviços à população. Não só os governos passam a criar políticas públicas, mas há uma maior normatização e regulação por parte dos legisladores, bem como fomento de áreas estratégicas visando ao desenvolvimento dos países.[90]

---

[87] BONAVIDES, Paulo: **Do Estado liberal ao Estado Social.** Op. Cit. P. 208.

[88] Ibidem.

[89] UZARTE, Pedro Salazar: **Que participação e para qual democracia.** *In* COELHO, Vera Schattan P. & NOBRE, Marcos (orgs): **Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo**. São Paulo: 34, 2004. P.102.

[90] BARROSO, Luís Roberto: **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009. P. 65.

O que foi chamado de "A Era de Ouro" por Hobsbawm, as décadas de 60 e 70, viu um alto desenvolvimento do mundo globalizado, em que os países do norte global obtiveram um verdadeiro Estado de bem-estar, enquanto que os países do sul global iniciaram um processo de industrialização e acumulação de renda. Marcadamente, portanto, foi a crença na democracia representativa que, até aquele momento, apresentava ganhos em todo o mundo desenvolvido e, portanto, não foi muito criticada.[91]

Marcos Perez, verificou, então, um agigantamento do Estado - que, inclusive, repercutiu no Judiciário - que produziu diversos problemas sociais:

> (1) as vicissitudes da burocracia a tornaram, ao contrário do que previra Weber, um grande obstáculo à eficiência das ações estatais;
>
> (2) a quantidade e a complexidade das novas atividades desempenhadas pela Administração Pública fizeram com que fosse necessário dotar a Administração de amplos poderes regulatórios, emasculando o princípio da estrita legalidade e, consequentemente, diminuindo a segurança jurídica dos administrados em função da atuação estatal;
>
> (3) a hierarquização, aliada ao crescimento dos quadros funcionais da Administração, conduziu não ao estrito controle da máquina administrativa, mas à irresponsabilidade dos funcionários subalternos, descompromissados com os objetivos maiores do serviço público;
>
> (4) a vinculação à forma deu lugar ao "formalismo", chaga que conduziu invariavelmente a

---

[91] HOBSBAWM, Eric: **Era dos Extremos: o breve século XX (1914-1991).** São Paulo: Companhia das Letras, 1994. P. 253-255.

> Administração esquecer os seus objetivos primordiais em prol de um estéril apego às formalidades procedimentais;
>
> (5) o distanciamento da Administração em relação à sociedade, por fim, não a tornou impessoal, racional ou técnica, mas dominada por interesses políticos desligados dos objetivos da maioria dos cidadãos e, consequentemente, ineficiente e ilegítima.[92]

Essa "hipertrofia" do Estado acabou por gerar, consequentemente, uma barreira para o desenvolvimento e aprofundamento de uma cultura democrática no Estado. E assim o Estado Social passa a ser criticado e ressignificado.[93]

À evolução do Estado Social, então, incorporou-se ao conceito de cidadania a participação direta do cidadão na distribuição das riquezas nacionais de maneira a cumprir a equidade de que trata a Constituição - a igualdade material. Consequentemente, o cidadão precisava se apropriar da linguagem democrática de forma direta e não mais apenas indireta.[94]

Haveria, pois, em novas formas de Estado, tais como o Democrático de Direito, a necessidade de a cidadania passar a ser, também, participativa, além de representativa, algo que será tratado a seguir. [95]

---

[92] PEREZ, Marcos Augusto: **A Administração Pública Democrática: Institutos de Participação Popular na Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. P. 47-48

[93] NOBRE, Marcos: **Participação e Deliberação na Teoria Democrática: uma introdução.** Op. Cit. P. 27

[94] DROMI, José Roberto: **Constituicion, Gobierno y Control**. Argentina: Ediciones Ciudad Argentina, 1983. P 50.

[95] MUNIZ, Cibele Cristina Baldassa: **Participação Democrática na Administração Pública: Audiências e Consultas Públicas na Lei 9.784/99.** Op. Cit. P. 15.

2.2. Estado Democrático de Direito - O resgate da participação direta; e

A crítica ao formalismo e demasiada abstração do sentido de igualdade no positivismo jurídico acabou por elevar o cidadão ao epicentro da dimensão política e administrativa do Estado. Essa evolução se pauta na retomada da cidadania direta e da implementação de justiça social.

Esse progresso do modelo de Estado, que veio a receber o nome de Estado Democrático de Direito, pautou-se no entendimento de que a população deva ser participante das decisões estatais, bem como beneficiária na divisão dos frutos oriundos da produção do país.[96]

Superou-se, pois, a imagem de um Estado que tivesse meramente a representação da população, incorporando a participação direta em um sistema que pode ainda se manter, em parte, representativo - como o caso da democracia semi-participativa brasileira - e que necessariamente deverá resultar em uma divisão mais equânime dos rendimentos auferidos pelo Estado.[97]

Essa cidadania passou a ser enxergada não só como a titularidade de direitos políticos e de representação, mas como o próprio pertencimento da população nas decisões estatais, aproximando-se o sistema representativo à participação direta.

---

[96] SILVA, José Afonso da: **Curso de Direito Constitucional Positivo, 32ª ed.** São Paulo: Malheiros, 2009. P. 105.

[97] Ibidem. P. 105.

Eduardo Garcia de Enterria[98] sistematizou, então, três tipos de participação no Estado Democrático de Direito:

> (1) A participação orgânica: o cidadão não profissionalizado atua em órgãos públicos como é o caso, por exemplo, da participação do cidadão em Conselhos.
>
> (2) A participação cooperativa: o cidadão atua fora da Administração, colaborando de forma voluntária em programas ou atividades que a Administração promove.
>
> (3) A participação funcional: a atuação do cidadão ocorre na condição de *uti cives*, ou seja, no exercício da sua cidadania, fora da estrutura do Estado, mas exercendo uma posição individual de colaborador da Administração.

Essa última participação, a funcional, é aquela que se vislumbra na participação democrática dos cidadãos em assuntos cujo interesse são dos próprios cidadãos mas foram transmitidos os poderes decisórios a certos representantes, tais como nos casos da criação de planos diretores municipais, de participação e audiências públicas durante o processo legislativo ou, ainda, na criação de teses jurídicas de interesses jurídicos que virão a afetar toda a coletividade, todos eles levantados no capítulo 1 deste trabalho.

---

[98] GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás: **Curso de Direito Administrativo, Trad. de José Alberto Froes.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014 . P. 119.

Nesse sentido, Marcos Nobre elenca que o Estado de Direito deve mesclar o embate entre as duas arenas[99] que a modernidade entende de democracia: de um lado, a democracia em sentido macroestrutural, como um arranjo do Estado para propiciar o regime democrático - eleições periódicas, livres, separação dos poderes, regime de governo, garantias individuais e coletivas - e, de outro, a criação de novos espaços de participação da sociedade, podendo, ou não, eles mesmos desafiarem as instituições previstas no arranjo estatal democrático[100].[101]

Diante desse cenário, temos, então, que a participação funcional acaba por ser um exercício de cidadania fora da estrutura Estatal, mas que almeja se introduzir no arranjo institucional para realizar esse jogo de poder e se tornar uma força política dominante no Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, e como bem aponta Marcos Nobre, há de se criar

> Um novo modelo de cidadania, cujos contornos ainda não estão muito claros, mas que seria um modelo em que a promoção da igualdade deve ser concomitante à promoção de um cidadão que não seja mero cliente do Estado, mas que também questione a própria lógica da ação estatal e que

---

[99] NOBRE, Marcos: **Participação e Deliberação na Teoria Democrática: Uma Introdução**. Op. Cit. P. 21/22.

[100] A exemplo disso, a instituição do Orçamento Participativo de Porto Alegre, em que "suprimiu" parte da discricionariedade da Administração transferindo-a aos Conselhos Municipais, como bem tratado no Capítulo 1.1. deste trabalho.

[101] NOBRE, Marcos: **Participação e Deliberação na Teoria Democrática: Uma Introdução.** Op. Cit. P. 37.

> encontre novas formas de participação nas decisões e novas formas de promoção de igualdade.[102]

A democracia no Estado de Direito pode ser vista como uma tentativa de trazer o republicanismo democrático junto ao liberalismo político e, nesse ímpeto, há um resgate do princípio republicano de um lado - definido por Habermas como a "legitimação dos institutos por meio da autocompreensão ética e da autodeterminação soberana de uma coletividade política"[103] - com os princípios liberais de outro - em que há primazia dos direitos e das liberdades individuais.[104]

O mesmo autor, inclusive, entende que a democracia participativa é:

> Se a deliberação e a participação devem encontrar seu lugar no Estado Democrático de Direito, será necessário aceitar um jogo entre, de um lado, espaços públicos autônomos e as novas formas de institucionalidade que projetam, e, de outro, macroestruturas definidoras do regime democrático […]. Não se trata, entretanto, de um "livre jogo" entre os dois pólos, mas de uma disputa política que só mostrará avanços emancipatórios se for capaz de afastar, a cada vez, em cada conflito concreto, o jugo determinante do dinheiro e do poder administrativo.

---

[102] **Participação e Deliberação na Teoria Democrática: Uma Introdução.** Op. Cit. P. 29/30.

[103] **A constelação pós-nacional, Ensaios Políticos.** São Paulo: Littera Mundi, 2001. P. 146/147.

[104] NOBRE, Marcos: **Participação e Deliberação na Teoria Democrática: Uma Introdução.** Op. Cit. P. 34/36.

Nessa esteira, a democracia participativa representa um modelo democrático alternativo, que, contudo, engloba a democracia representativa e a direta, na medida em que concilia ambos os modelos democráticos, sem afastar os ditames da democracia representativa como basilar para a tomada de suas decisões políticas, porém acrescentando a democracia direta como forma subjacente àquela.[105]

Para fins desse trabalho, a *democracia participativa é a entrada da população no sistema estatal por vias alternativas às da democracia indireta*. Além disso, essas *vias são facilitadas e não necessitam diretamente do dinheiro e do poder organizacional ou institucional*, podendo ser mais acessível àquela população não abastada. Autores afirmam, inclusive, ser contraditório uma democracia sem a participação da população como um todo na tomada das decisões políticas.[106]

O que se estuda, nesta dissertação, é exatamente como se dá a democracia (participação) dos diversos litigantes nos julgamentos de casos repetitivos, a sua respectiva capacidade de influenciar a tomada da decisão jurídica que será desenvolvida ao término do processamento dos incidentes de resolução de demandas repetitivas, bem como a maneira pela qual os membros do Tribunal de Justiça de São Paulo concebem essa participação, razão pela qual dimensionar a evolução de "democracia" era necessário.

2.3. Democracia participativa, semi-representativa ou semidireta no Brasil.

---

[105] SILVA, José Afonso da: **Democracia Participativa. Cadernos de Soluções Constitucionais 2**. São Paulo: Malheiros, 2006; P. 191.

[106] UGARTE, Pedro Salazar: **Que Participação para qual Democracia?** *In* NOBRE, Marcos & COELHO, Vera Schattan P. (orgs): **Participação e Deliberação - Teoria Democrática e Experiências Institucionais no Brasil Contemporâneo.** São Paulo, Editora 34, 2004. P. 102.

A volta da democracia brasileira, mormente com a CF 88, marcou o início de uma disputa acadêmica dentro da ciência política entre o institucionalismo e a participação da sociedade civil, tendo aquele vencido as arenas teóricas no momento da redemocratização até o início de 2002.[107]

Isso se deu, sobretudo, por conta de um processo de medo da mobilização militante, autônoma e popular sobre questões de interesse geral, algo que traria tensão social e desestabilização do sistema democrático recém-formado e, ainda, sob a sombra da ditadura militar.[108]

Como já visto, havia duas arenas de disputa do conceito de democracia: (1) disputa em torno de macroestruturas, que definiriam o arranjo institucional mais abrangente do regime democrático - tais como eleições periódicas, regulares e livres, separação dos poderes, regime de governo, respeito a direitos e garantias individuais, etc; e (2) disputa em torno de si mesma, em que o debate é desenvolvido em torno da relação da democracia com a primeira arena de conflito - diz respeito à criação de novos espaços de participação e deliberação dentro do espaço macroestrutural anteriormente definido.[109 e 110]

Se, numa perspectiva, a academia se focou mormente na questão macroestrutural dos arranjos institucionais, relegando a relação dos arranjos com as

---

[107] WAMPLER, Brian e AVRITZER, Leonardo: **Públicos participativos: sociedade civil e novas instituições no Brasil democrático.** *In* NOBRE, Marcos & COELHO, Vera Schattan P. (orgs): **Participação e Deliberação - Teoria Democrática e Experiências Institucionais no Brasil Contemporâneo.** São Paulo, Editora 34, 2004. P. 212.

[108] Idem.

[109] NOBRE, Marcos: **Participação e Deliberação na Teoria Democrática - Uma introdução.** *In* NOBRE, Marcos & COELHO, Vera Schattan P. (orgs): **Participação e Deliberação - Teoria Democrática e Experiências Institucionais no Brasil Contemporâneo.** São Paulo, Editora 34, 2004. P. 22.

[110] WAMPLER, Brian e AVRITZER, Leonardo: **Públicos participativos: sociedade civil e novas instituições no Brasil democrático.** Op. Cit. P. 213.

arenas de conflito, noutra houve um crescente organizacional entre as relações de poder, em que a sociedade conseguiu explorar alguns gargalos políticos e se apropriar de meios da tomada das decisões políticas.[111]

O clientelismo, que pode ser definido como a troca pessoal de favores pessoais por políticos, ainda que predominante no país - sobretudo à época do retorno democrático do fim da década de 80 - começa a ser disputado por uma via paralela de tomada de consciência democrática que visava a dar possibilidade da tomada de decisão por várias classes sociais sem o dispêndio de promessas e contrapartidas do âmbito pessoal.[112]

Novas formas de políticas públicas, associações políticas, organizações da sociedade civil, passaram a, *paralelamente ao modo clientelista*, disputar o horizonte político brasileiro, defendendo uma nova possibilidade de poder político que não dependesse de favores pessoais:

> Instituições participativas, ancoradas por sanção oficial da Constituição de 1988 e implementadas sob ampla variedade de formatos no nível local, entrelaçam atores da sociedade civil com a sociedade política formal.[113]

Devido à grande instabilidade política do início da redemocratização do país, sobretudo por conta de morte do primeiro presidente eleito, sequestro de economias, impedimento de outro presidente, supervalorização monetária, que iniciou a

---

[111] Ibidem. P. 210/211.

[112] Ibidem. P. 212.

[113] Idem.

ser solucionada com a política neoliberal do governo federal de 1994 em diante, houve um certo atraso para a tomada dos poderes centrais pelos vários tipos de atores sociais. Isso só viria a ocorrer na metade da década de 1990 em diante.[114]

Com a estabilização econômica e política, sobretudo em relação às eleições competitivas:

> Atores da sociedade civil aliaram-se a políticos e partidos para impulsionar a institucionalização de sistemas de produção de decisão que ofereçam oportunidades para cidadãos deliberarem sobre os resultados das políticas públicas.[115]

Essa inserção deve-se, em parte, pelo próprio processo de redemocratização política do Brasil que se iniciou em meados dos anos 70, período marcado pelo surgimento de vários movimentos sociais que lutavam pela "anistia política, fim da censura, fortalecimento dos sindicatos, criação de centrais sindicais, articulação entre setores empresariais rurais e urbanos" e, mormente, pelo estabelecimento de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.[116]

Em consonância com países de herança democrática, a Constituição, então, estabeleceu participação direta dos cidadãos no processo legislativo (art. 14), na

---

[114] Ibidem. P. 215.

[115] Idem.

[116] Ibidem. P. 240.

administração e formação de políticas públicas (art. 194, VII, art. 198, III, art. 204, II, art. 206, VI, art. 216, § 1º, art. 227, § 1º, art. 37, § 3º) e, mais limitadamente, no processo judicial (art. 5, XXXVIII e LXXIII).[117] É desse arcabouço jurídico que se entende, por uma exegese sistemática, que é dever de todos os Poderes da República propiciar a participação democrática.

Contudo, já houve questionamentos em relação a uma limitação notável dos institutos que foram criados - e, ainda, a sua própria aplicação pelos Poderes -, uma vez que há grande agravamento do quadro eleitoral e sua relação com as estruturas paralelas de acesso aos veículos de tomada de decisão.[118]

São várias as causas que se sugere como responsáveis por esse cenário, como a "sub-representação federal dos estados mais populosos e desenvolvidos, ausência de instrumentos de controle suficientes para a responsabilização dos representantes perante o povo", "a fraqueza dos partidos políticos, o culto ao personalismo, o abuso do poder econômico nas campanhas eleitorais e as práticas do clientelismo e da compra de votos".[119]

E, a despeito de parecer ser esse questionamento dos arranjos institucionais uma forma de superação da democracia representativa, Bobbio já afirmara que a própria finalidade da democracia semi-representativa - estabelecida na Constituição Federal de 1988 - é a de complementar aquela com os institutos existentes nessa, de forma a criar uma simbiose entre uma e outra, seja de mais participação seja da própria regulação

---

[117] Ibidem. P. 241.

[118] VITALE, Denise: **Democracia Direta e Poder Local: A Experiência Brasileira do Orçamento Participativo**. Op. Cit. P. 241.

[119] Idem.

política.[120] Podem ser considerados, pois, sistemas complementares e compatíveis entre si.[121]

Durante os 30 anos da Constituição Federal, apenas 1 plebiscito e 1 referendo foram realizados, sendo aquele (1993) em relação à forma e ao sistema de governo, e esse (2011) sobre a proibição de comercialização de armas e munições, o que, por si só, já denota a limitação da *vontade política* de se cumprir com a determinação Constitucional da democracia semidireta. Não bastasse, aquele foi por expressa determinação do art. 2º da Disposições Transitórias do texto constitucional.

Nessa toada,

> O princípio da democracia semidireta ou participativa, almejada pelo espírito do legislador constituinte, não se transformou em realidade. Sua prática, por meio dos institutos previstos no art. 14, permanece, em grande medida, como expectativa. Assim, é possível afirmar que a determinação da democracia semidireta tem sido acompanhada de uma *lacuna de eficácia social,* uma vez que suas formas de realização foram apenas parcialmente implementadas. (grifo nosso)[122]

Essa realidade de descumprimento do princípio constitucional da democracia semi-representativa, conforme visto no capítulo 1.1., mas sobretudo no

---

[120] **O futuro da democracia, 6ª ed.** Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1997. P. 52.

[121] VITALE, Denise: **Democracia Direta e Poder Local: A Experiência Brasileira do Orçamento Participativo.** Op. Cit. P. 242.

[122] Idem.

capítulo 1.1.1, é excepcionada mormente pela adoção dos orçamentos participativos em alguns municípios brasileiros. Contudo, a despeito da relevância nos cenários locais, frente à totalidade dos entes federativos e dos Poderes, pode-se inferir ainda ser muito limitada a participação democrática no nosso sistema *somente* de nome semidireto.[123]

Ademais, pouco se estudou em relação a *quem* participa dessa tomada de decisão em arranjos que rompem com a lógica tradicional do arranjo institucional da democracia brasileira. Ou seja, na abertura da tomada dos centros de decisão políticas, quem que efetivamente consegue acessar esse sistema e definir novas políticas.

Pôde-se, inclusive, aduzir haver um *déficit de legitimação democrática* no Estado brasileiro, onde se percebeu haver poucos grupos de interesse com acesso aos processos decisórios em matéria de políticas públicas, sendo um enfrentamento necessário para realizar controle dos Poderes e, também, para aprimorar a relação entre Estado e sociedade civil.[124]

Nessa perspectiva, é possível afirmar, de certa forma, que a academia ainda não se submergiu profundamente nos estudos da participação da sociedade nessas novas formas que questionam o macroestrutural democrático dos arranjos institucionais. Até porque ainda houve pouca adoção desse sistema participativo no Brasil. E, se houve alguns estudos em relação à participação democrática nos poderes

---

[123] Ibidem. P. 253.

[124] MATTOS, Paulo Todescan Lessa: **Regulação Econômica e Social e Participação Pública no Brasil.** *In* NOBRE, Marcos & COELHO, Vera Schattan P. (orgs): **Participação e Deliberação - Teoria Democrática e Experiências Institucionais no Brasil Contemporâneo.** São Paulo, Editora 34, 2004. P. 315.

Executivo e Legislativo, em relação ao Judiciário há um descompasso ainda maior - algo que se pretende incentivar com este trabalho.[125 e 126]

E, como bem salienta Marcelo Neves, a participação efetiva dos cidadãos nos processos de decisão seja ela qual for, outorgando-lhes todas as condições necessárias a uma influência na tomada da decisão política, acaba por ser um movimento legitimador das escolhas que regem a sociedade[127] – importância essa que se deve dar sobretudo em um momento em que o Judiciário se encontra sob uma constante descrença por parte da população.[128]

A proposta de Paulo Bonavides, inclusive, de superar a democracia neoliberal no Brasil não envolve meramente uma maior permeabilidade do Poder Executivo à participação popular. Ao contrário: ele propõe um sistema em que o próprio Estado – ou seja, todos os Poderes – são intermediados pelos valores constitucionais da participação democrática. Ou seja, "a democracia participativa deve-se espraiar a todas as formas de exteriorização do poder".[129]

Consequentemente, o parâmetro de democracia utilizado por este trabalho – que une a democracia representativa à democracia indireta – deve, ao menos na teoria, ser respeitado por todos os três Poderes que estruturam a República Federativa

---

[125] Idem. P. 318.

[126] WAMPLER, Brian e AVRITZER, Leonardo: **Públicos participativos: sociedade civil e novas instituições no Brasil democrático**. Op. Cit. P. 233.

[127] NEVES, Marcelo: **Entre Tênis e Leviatã: uma relação difícil. O estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2008. P. 165.

[128] De acordo com o ICJBrasil – Indíce de Confiança na Justiça produzido pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito SP), a confiança na Justiça não só é baixa, como está em queda se comparada com anos anteriores. Disponível em http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19034/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y, acesso em 12 de março de 2019.

[129] CARVALHO, Sabrina Nasser de: **Processos Coletivos e Políticas Públicas**. Op. Cit. P. 42.

do Brasil. Essa, ao menos, é a visão sustentada por Paulo Bonavides e Marcos Nobre, estudiosos do Direito Constitucional e das Ciências Sociais que parece ter maior bagagem teórica para fins de um estudo que toca no conceito de democracia como é este trabalho.

Tanto um – explicitamente, inclusive – quanto o outro afirmam a necessidade de que todo o Estado seja participativo quando se trata de uma democracia participativa como o Brasil:

> Faz-se mister, portanto, acrescentar e admitir que a democracia participativa, sobre transcender a noção obscura, abstrata e irreal de povo nos sistemas representativos, transcende, por igual, os horizontes jurídicos da clássica separação de poderes.[130]
>
> A cristalização da visão de que os poderes são três e que cada um deles tem a função de controlar o outro é apenas uma das possibilidades institucionais que mesmo a ideia original de freios e contrapesos de Montesquieu permite pensar. O sentido de *O espírito das leis* nunca foi afirmar os três poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, como a essência do Estado de direito, mas sim mostrar que é necessário criar poderes e contrapoderes para evitar a constituição de polos de poder absolutos, sem nenhum controle. Não é necessário que os poderes sejam três e que funcionem de acordo com a lógica naturalizada da separação de poderes.[131]

---

[130] BONAVIDES, Paulo: **Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade**. Op. Cit. P. 27.

[131] NOBRE, Marcos & RODRIGUEZ, José Rodrigo: **"Judicialização da política": déficits explicativos e bloqueios normativistas**. Revista Novos Estudos Cebrap. N. 91. São Paulo: Nov. 2011.

Boaventura, também, afirma que: (i) no tocante à democracia: "em seu sentido mais amplo, a democracia é todo o processo de transformação de relações desiguais de poder em relações de autoridade partilhada"[132]; e (ii) a desigualdade nas relações de poder dos cidadãos: "no espaço-tempo da cidadania, a forma do poder é a dominação, ou seja, a desigualdade no acesso à decisão política e no controle dos decisores políticos"[133].[134]

pode-se acrescentar que o Judiciário só será democrático quando atuar pelo aprofundamento da democracia:

> O poder é sempre expressão de relações desiguais que permitem a quem o tem representar o mundo como seu e transformá-lo de acordo com suas necessidades, seus interesses e suas aspirações, seja esse mundo a família, a empresa, a comunidade, a escola, o mercado, a cidadania, seja ele o globo terrestre. O poder só é democrático quando é exercido para ampliar e aprofundar a democracia.[135]

---

[132] SANTOS, Boaventura de Sousa: **A difícil democracia: reinventar as esquerdas.** São Paulo: Boitempo, 2016. P. 203.

[133] Ibidem. P. 137.

[134] Esses pressupostos foram muito bem aduzidos em CARDOSO, Luciana Zaffalon Leme: **A vanguarda paulista na consolidação de uma sociedade formalmente democrática e socialmente fascista: o imbricamento das disputas da política convencional com as disputas corporativas do Sistema de Justiça.** 2017, 321 p.,.Tese (Doutorado em Administração Pública e Governo), Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2017. P. 11 e seguintes.

[135] SANTOS, Boaventura de Sousa: **A difícil democracia: reinventar as esquerdas**. Op. Cit. P. 162.

Opta-se, pois, por uma visão de Judiciário que seja inclusiva, que verifique as mazelas sociais e interaja com a sociedade. Porquanto só será ele verdadeiro democrático - imposição constante da Constituição Federal de 1988 - quando prezar pela construção e aprofundamento da democracia.

Esse aprofundamento se dá pela inserção da sociedade nas tomadas de decisão, fazendo com que ela verdadeiramente participe e não seja meramente protocolar. A democracia visa, de certo modo, a uma emancipação social.[136]

A emancipação se dá contra uma sociedade injusta e iníqua, caracterizada pelo fascismo social. Para Boaventura, esse conceito serve para explicar novas formas de dominação e exploração das sociedades atuais. Diferentemente do fascismo político, que é oriundo do poder do Estado, o fascismo social se origina do seio da própria sociedade, sendo mais um regime social e de civilização. Não está inserido no contrato social, como naquele regime, mas em uma crise do contrato social, em que justiça, igualdade, solidariedade, universalidade se descaracterizam em prol de meros indivíduos e a valorização de seus próprios interesses. [137]

Tal ordem social está intimamente ligada a uma dominação de um grupo sobre o outro, assentando-se meramente na sociedade e não no Estado, ainda que haja participação omissiva desse. O fascismo social se relaciona com a precariedade de relações e contratos de trabalho, insegurança pessoal e coletiva, na dominação das instituições financeiras e seus recursos e, sobretudo, na apropriação do público pelo privado.[138]

Essa alteração dos paradigmas poderá ocorrer com a atuação democrática do poder Judiciário, uma vez que parte do problema é a procura suprimida

---

[136] SANTOS, Boaventura de Sousa: **Poderá o direito ser emancipatório?** Op. Cit. P. 62.

[137] SANTOS, Boaventura de Sousa: **A Gramática do Tempo: para uma nova cultura política**. São Paulo: Cortez, 2006. P. 317 e seguintes.

[138] Ibidem. P. 323 e seguintes.

por justiça, onde os cidadãos (muitas vezes da sociedade incivil) tomam conhecimento de seus direitos mas ainda se sentem impotentes para alcançá-los, tanto por barreiras econômicas, quanto sociais e linguísticas:

> Mas há também uma outra área, que é a da procura suprimida. É a procura daqueles cidadãos que têm consciência de seus direitos, mas que se sentem totalmente impotentes para os reivindicar quando são violados. Ficam totalmente desalentados sempre que entram no sistema judicial, sempre que entram em contato com as autoridades, que os esmagam pela linguagem esotérica, pela presença arrogante, pela sua maneira cerimonial de vestir, pelos seus edifícios esmagadores, pelas suas labirínticas secretarias, etc, esses cidadãos intimidados e impotentes são detentores de uma procura inviabilizada.[139]

É nessa inserção de combate ao fascismo social e de aprofundamento da democracia que insere Boaventura que o direito só poderá ser emancipatório da sociedade quando tiver uma revolução democrática da justiça:

> Há, contudo, um outro campo. Designo-o por campo contra-hegemônico. É o campo dos cidadãos que tomaram consciência de que os processos de mudança constitucional lhe deram direitos significativos e que, por isso, veem no direito e nos tribunais um instrumento importante para fazer reivindicar seus direitos e as suas justas aspirações a serem incluídos no contrato social. Instala-se um certo inconformismo em relação à discrepância entre os direitos consagrados e os direitos aplicados. O que os cidadãos veem todos os dias é a exclusão social, a precarização do trabalho e dos rendimentos, o colapso das

---

[139] SANTOS, Boaventura de Souza: **Para uma revolução democrática da justiça, 2ª Ed.** São Paulo: Cortez, 2008. P. 38.

> expectativas causado pela insegurança jurídica que caracteriza os "seus direitos", a violência que lhes entra pela porta ou os surpreende na rua, nos bares, ou nas escolas. O que eles veem é aquilo que eu chamo de fascismo social. É um fascismo que não é criado diretamente pelo Estado. É criado por um sistema social muito injusto e muito iníquo que deixa os cidadãos mais vulneráveis, pretensamente autônomos, à mercê de violências, extremismos e arbitrariedades por parte de agentes econômicos e sociais muito poderosos. Mas, esses cidadãos têm progressivamente mais consciência de que têm direitos e de que esses direitos devem ser respeitados. Nos últimos trinta anos, muitos desses cidadãos organizaram-se em movimentos sociais, em associações, criando um novo contexto para a reivindicação dos seus direitos.[140]

Esses conceitos aqui trazidos serão importantes na análise do objeto deste trabalho no tocante à aferição da eficácia da participação popular no Judiciário. A pergunta a que se tenta responder é se tal meio será capaz de possibilitar a emancipação social assim proposta por Boaventura de Sousa Santos, tanto pelo aprofundamento da democracia quanto pelo combate ao fascismo social.

Bonavides, inclusive, afiança categoricamente que a usurpação da democracia participativa do seio de todo o Estado ocorre por uma necessidade de a classe dominante de se perpetuar no poder e, por consequência, desnaturaliza aquilo que o Constituinte determinou em relação à proteção da participação semidireta em todos os Poderes.[141]

---

[140] Ibidem. P. 35.

[141] BONAVIDES, Paulo: **Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade.** Op. Cit. Passim, mas, sobretudo, P. 41, 50/65.

O Constituinte creditou à nova Carta a formação de uma nova mentalidade, em que a sociedade civil participasse estruturada, consciente e participativa na defesa de seus direitos e interesses acabasse por entrar nas estruturas de poder e formasse um corpo social mais livre, justo e solidário.[142]

Boaventura de Sousa Santos afirma que a reinvenção da emancipação social pode ser dada por meio da democracia participativa, na medida em que paralelamente ao modelo hegemônico de poder – ilustrados pela democracia liberal – a democracia participativa acaba por incluir parte da sociedade outrora marginalizada aos centros de decisão da tomada de poder, partindo-se, inclusive, da tomada de consciência dessas comunidades e desses grupos sociais e seu consequente envolvimento com a luta contra a exclusão social e contra a trivialização da cidadania.[143]

Um primeiro momento se dá com a desterritorialização do espaço da democracia. O espaço democrático passa a se fundir e formar um território distinto daquele dos limites geográficos anteriormente estipulados, formando um *locus* participativo alargado e cuja participação está relacionada, então, com as comunidades em si. Em outras palavras, o Estado, a Cidadania, deixam de estar presentes apenas num território, e passam a estar nas relações sociais, transbordando a geografia e se introduzindo em setores sociais tais como o trabalho, a escola, o consumo, os afetos, as relações jurídicas e as relações jurisdicionais.[144]

---

[142] GRINOVER, Ada Pellegrni et. al.: **Código braisleiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, 8ª ed.** Op. Cit. P. 821.

[143] SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo**: Introdução.** *In* SANTOS, Boaventura de Sousa (Coord.): **Democratizar a democracia, os caminhos da democracia participativa. Reinventar a emancipação social para novos manifestos**. Op. Cit.. P. 32.

[144] MORAIS, José Luiz Bolzan de: **Crise do estado e democracia: onde está o povo?** *In* LIMA, Martonio Mont´Alverne Barreto & ALBUQUERQUE, Paulo Antonio Menezes (Coords.): **Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller.** Florianopólis: Conselho Editorial, 2006. P. 119-120.

Da mesma sorte, a participação do povo na efetivação do Estado Democrático se dá como complemento ao sistema da Democracia Representativa. E isso se dá, sobremaneira, pela "reformulação do agir público", em que há uma incorporação de vários mecanismos de participação – no caso jurisdicional, citam-se as audiências públicas e a possibilidade de participação de *amici curiae.* Essa abertura de mecanismos possibilitou a procura de consensos decisórios, minimizando o litígio e chegando a uma "solução negociada de conflitos".[145]

Nesse sentido, corrobora Bonavides afirmando que a democracia participativa pode ser considerada uma das únicas formas de dar efetividade à cláusula constitucional de poder emanado do povo. [146]

É assunção possível, em decorrência de todo o analisado, que:

(1) Por democracia indireta, entende-se o direito oriundo das revoluções liberais de poder votar e de poder ser votado;
(2) Por democracia participativa, que engloba a anterior, entende-se a entrada da população no sistema estatal por vias alternativas às da democracia indireta, vias essas que devem ser facilitadas e não dependentes de dinheiro ou poder organizacional ou institucional;
(3) A democracia participativa está encravada na Constituição Federal de 1988 como norma obrigatória a todos os três Poderes;

---

[145] DUARTE, David: **Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório.** Coimbra: Almedina, 1996, P. 112.

[146] BONAVIDES, Paulo: **Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade**. Op. Cit. P. 25/26.

3. Participação e Judiciário; e

3.1. Introdução à participação nas cortes;

O Código de Processo Civil brasileiro de 1973 foi formulado num sentido de garantir a instrumentalidade do processo para que as partes alcancem a resolução de seus litígios. O processo, então, seria o instrumento pelo qual a função jurisdicional atua a regra jurídica em abstrato a um conflito de interesse concretizado e qualificado por uma pretensão resistida. Ou seja, o Código de Processo Civil brasileiro de 1973 partiu do pressuposto de que a função jurisdicional "existe por causa de um conflito e para solucioná-lo"[147]

Permanece, entretanto, a solução do conflito individual como um dos escopos do processo civil brasileiro: quando se ajuíza uma ação de cobrança de um contrato qualquer, busca-se meramente dar certeza de que o devedor, de fato, deve e de que o credor tem direito ao crédito correspondente.

A técnica processual exige a tutela declaratória para resolver a crise de certeza. Da mesma forma, para solucionar a crise de adimplemento, busca-se do Estado-juiz a tutela condenatória; persistindo o inadimplemento, a tutela condenatória-executiva. Havendo título executivo extrajudicial e havendo crise de adimplemento, também se busca a tutela executiva. E, finalmente, havendo crise de situação jurídica,

---

[147] DINAMARCO, Cândido Rangel: **Instituições de Direito Processual Civil. 9ª. ed. V. I**. São Paulo: Malheiros, 2017. P. 20.

busca-se a tutela constitutiva, em que haverá criação, modificação ou extinção de alguma relação jurídica entre as partes.[148]

Contudo, esse sistema de resolução de conflitos nas modalidades clássicas acabou por sofrer modificações, alterando o pressuposto de que o processo civil servia apenas à resolução de conflitos de interesses individualizados, concretizados ou prestes a se concretizar.[149]

Desde 1939 há notícia de tutela de interesses transindividuais no Brasil, notadamente nos dissídios coletivos de o trabalho que já no Estado Novo despontavam como crises jurídicas coletivas que necessitavam um tratamento diferenciado. Além disso, outro importante instrumento desse tipo específico de tutela foi a Lei de Ação Popular (LAP) – Lei Nº 4.717/65 que propiciava a qualquer cidadão o questionamento judicial de danos ao patrimônio público. Essas experiências, contudo, não tutelavam de forma efetiva os diversos direitos transindividuais, razão pela qual optou-se por afirmar ser outro marco vestibular que veio a proteger esses direitos.[150]

O pontapé inicial para a defesa de interesses transindividuais no Brasil foi a edição da Lei de Ação Civil Pública (LACP) - Lei Nº 7347/1985, como decorrência de alterações sociais globais que levaram de uma sociedade mais individualista para uma sociedade de massas, em que os direitos são violados de forma reiterada e massificada, não mais meramente individualizada. Ainda que houvesse outras técnicas processuais para a defesa de direitos coletivos de sentido alargado, elas eram pontuais e pouco sistematizadas. As modificações decorrentes dessa primeira

---

[148] DINAMARCO, Cândido Rangel: **Instituições de Direito Processual Civil, 9ª. ed. V. I.** Op. Cit. P. 244/246.

[149] ZAVASCKI, Teori Albino: **Processo Coletivo, 6ª ed.** São Paulo: RT, 2013. P. 18.

[150] ZUFELATO, Camilo: **Coisa Julgada Coletiva**. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 53.

sistematização tornaram possível uma tutela jurisdicional de interesses transindividuais de forma mais plena – ao menos em teoria.[151]

Algumas dessas supervenientes modificações foram a inclusão de meios de resolução de conflitos coletivos – ação civil pública de responsabilidade por danos ao ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico pela Lei 7.347/1985, tutela de interesses transindividuais de pessoas portadoras de deficiências pela Lei 7.853/1989, de crianças e adolescentes, Lei 8.069/1990, consumidores, Lei 8.078/1990, probidade na administração pública, Lei 8.429/1992, da ordem econômica, Lei 8.884/1994, e dos interesses das pessoas idosas, Lei 10.741/2003.[152]

Essas modificações vieram em ondas reformuladoras da atuação jurisdicional frente à necessidade da modernidade de dar respostas menos individuais e mais coletivas a determinadas situações de injustiça e de violação de direitos que a resposta vinda do binômio "crise jurídica – tutela jurisdicional" não solucionava de forma plena.

A primeira onda de mudança veio por força da já aduzida Lei 7.347/1985 que imbuiu com legitimação extraordinária – ou seja, diferentemente da ordinária, em que a parte é quem tem interesse direto no bem da vida, a legitimação extraordinária tutela direito alheio em nome próprio por força legal[153] - o Ministério Público, bem como as pessoas jurídicas de direito público e entidades associativas que tenham sua finalidade institucional a defesa e a proteção de determinados bens jurídicos

---

[151] Ibidem P. 51.

[152] ZAVASCKI, Teori Albino: **Processo Coletivo**. Op. Cit. P. 8 e seguintes.

[153] GRINOVER, Ada Pellegrini: **Direito Processual Coletivo**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro, WATANABE, Kazuo: **Direito Procesusal Coletivo e o Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: RT, 2007. P. 15.

que as leis viessem a elevar como dignos de proteção coletiva – sobretudo os direitos do consumidor, do meio ambiente, e de crianças e adolescentes.[154]

Notadamente, também, o advento da Constituição Federal de 1988 trouxe a legitimação de associações de classe e entidades sindicais a possibilidade de promoverem, em juízo, a defesa dos interesses de seus associados. Outrossim, previu-se que o Mandado de Segurança, remédio constitucional que visa à proteção de direitos líquidos e certos ameaçados ou violados por ato abusivo ou ilegal de autoridade coatora, poderia ser impetrado não só pelos prejudicados pela ilegalidade ou abusividade, mas, também, e em regime de substituição processual, por partidos políticos com representação no Congresso Nacional, por organização sindical, por entidade ou associação de classe, esses últimos na eventualidade de se intentar defender os interesses de seus associados, conforme art. 5º XXI, e art. 8º, III.[155]

O pilar jurídico da República foi marcado por um notável ar coletivista, em que se distanciou de um liberalismo exagerado e individual para uma ordem progressista e voltada aos novos anseios sociais exigidos pela nova organização do povo que outrora se aflorava. Nesse sentido, o Constituinte não só elencou direitos e garantias fundamentais no texto constitucional, mas meios com os quais o cidadão brasileiro poderia exigi-los.[156]

A Carta Cidadã, ainda, prevê em seu art. 5º, LXXIII, a possibilidade de que qualquer cidadão possa ajuizar ação popular para anular ato lesivo ao erário ou de entidade que o Estado tenha participação, bem como atos que atentem contra a moralidade pública, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico cultural do Brasil.[157]

---

[154] ZAVASCKI, Teori Albino: **Processo Coletivo**. Op. Cit. P. 19.

[155] Ibidem. P. 20.

[156] BARROSO, Luis Roberto: **O direito constitucional e a efetividade de suas normas, 7ª ed.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 140.

[157] ZAVASCKI, Teori Albino: **Processo Coletivo.** Op. Cit. P. 20.

Além disso, criaram-se meios para a tutela coletiva de direitos subjetivos individuais. O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) foi um dos pioneiros no tratamento dos "direitos individuais homogêneos" nas relações de consumo. Seriam eles os diversos direitos subjetivos individuais que se manifestavam em decorrência de uma origem comum, o que, alegava-se, deveria ser tratado pelo Direito de maneira distinta se comparado a meros direitos subjetivos individuais, uma vez que possuem certo grau de homogeneidade suficiente para lhes dar autorização para tratamento coletivo.[158]

O direito tutelado, nos casos de proteção de direitos individuais homogêneos, é pleiteado mediante ação civil coletiva em que há substituição processual – ao invés de litisconsórcio ativo – por um rol de possíveis partes, tais como o Ministério Público, a Defensoria Pública, algumas pessoas de direito público, entidades e associações privadas que possuam interesse inscrito em seu estatuto de realizar tal proteção, dentre outras.[159]

A sentença nessas hipóteses deverá responder se há ou não dano e fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados, o que lhe dá um caráter genérico. Também, ela só beneficiará os autores, ou seja, na hipótese de improcedência da demanda coletiva, será possível o ajuizamento de outras tantas demandas individuais; diferentemente, se procedente a demanda, ela fará coisa julgada em favor dos autores. A liquidação e a execução serão realizadas conforme o direito individual pela sentença declarados como certo e exigível. É o que a doutrina vem chamar de extensão *erga omnes,*

---

[158] Ibidem P. 19.

[159] Ibidem P. 19.

mas *secundum eventum litis* da coisa julgada em ações versando sobre direitos transindividuais. [160 e 161]

Ademais, o constituinte derivado previu um aumento das partes legitimadas a ajuizarem ações que visem ao controle concentrado de constitucionalidade, notadamente a ação direta perante o Supremo Tribunal Federal, mas também a ação declaratória de constitucionalidade (por força da EC 3/1993), sendo que foram regulamentados pela Lei 9.868/99.[162]

Num movimento similar, foi introduzida a Lei 13.300/2016 que disciplinou o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo. Uma das importantes modificações foi a possibilidade de atribuir efeito *ultra partes* – ou *erga omnes* – à decisão da ordem de injunção individual, na medida da necessidade de o direito violado atingir outras partes que não a autora. Também, o mandado de injunção coletivo terá, quando de seu julgamento procedente, o efeito de coisa julgada para a coletividade substituída pelo impetrante, e, da mesma forma que no mandado de injunção individual, poderá ter eficácia alargada por meio de decisão fundamentada do relator a outros casos análogos. [163]

Todas essas modificações, salienta Teori Zavascki, importaram, em certa medida, em conferir ao Poder Judiciário um papel tradicionalmente reservado ao Legislativo, porquanto passou a realizar atividade típica legislativa ao ser imbuído de um papel normativo-concretizador.[164]

---

[160] Ibidem P. 53.

[161] Ibidem P. 19.

[162] Ibidem P. 21.

[163] Ibidem P. 22.

[164] Ibidem P. 22.

No bojo dessas modificações e visando a promover maior efetividade e celeridade ao processo, o legislador promoveu uma série de reformas no próprio Código de Processo Civil brasileiro, sobremaneira as Lei 8.950/1994 – que alterou dispositivos do código processual outrora vigente no tocante a recursos –, Lei 8.951/1994 – modificando dispositivos do Código de Processo Civil sobre as ações de consignação em pagamento e de usucapião –, Lei 8.952/1994 – que veio a mudar o processo de conhecimento e processo cautelar na seara Cível –, Lei 8.953/1994 – transmutando alguns dispositivos das ações de execução –, Lei 9.079/1995 – incluindo a possibilidade de se promover ação monitória –, Lei 9.139/1995 – alargando o cabimento do recurso de agravo de instrumento –, Lei 10.352/2001 – acerca de recursos e de reexame necessário –, Lei 10.358/2001 e a Lei 10.444/2002 – que visaram a reforma dos processos de conhecimento e execução.

Convém frisar as modificações aduzidas pelo advento da Lei 8.952/1944, que concedeu poderes ao juiz para "impor multa diária ao réu, independentemente do pedido do autor" ou ainda quaisquer outras "medidas necessárias" para que a tutela jurisdicional fosse mais exitosa possível.

Comporta nota, também, a modificação do Código brasileiro de Processo que aumentou consideravelmente o cabimento de pedido de tutelas antecipadas, nas medidas do perigo da demora e da veracidade das alegações, que vieram a ser possíveis mediante decisão interlocutória fundamentada em resposta a simples pedido incidental por parte do autor ou do réu, nos termos do art. 273, § 7º do Código revogado de 1973.

O Código de Processo Civil brasileiro de 2015 nasceu num outro momento político brasileiro: a redemocratização já se consolidava de maneira mais pungente e havia, pelo menos até então, uma certa normalidade institucional na República. Nesse sentido, o novo diploma legal acabou incorporando todas as reformas anteriores e sistematizando os novos institutos no próprio texto normativo.

As tutelas antecipadas e cautelares, grosso modo, acabaram por serem previstas no livro V das tutelas provisórias (artigos 294 e seguintes do Código

vigente). Àquelas duas, uniu-se a nova modalidade de tutela provisória a que se deu o nome de tutela de evidência (artigo 311), que visa a antecipar a sentença em causas em que haja abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte, bem como na hipótese de que haja prova documental suficiente para o convencimento do juiz, pelo menos *a priori*.[165]

Outrossim, criou-se um sistema não mais misto de execuções: com o advento do vigente Código de Processo Civil brasileiro, todas as execuções passaram a se dar nos autos do processo de conhecimento por meio do cumprimento de sentença, inclusive as antigas execuções de alimentos pelo rito de prisão e de penhora, respectivamente 732 e 733 do revogado código, que passaram a ser exequíveis por meio de cumprimento nas ações de alimentos (artigos 528 a 533 do Código de 2015). Não se olvida, tampouco, da possibilidade de cumprimento de sentença de pagar quantia (artigos 520 a 527) ou de quantia cuja devedora seja a Fazenda Pública (artigos 534 e 535).

Essas incorporações ao Código de Processo Civil brasileiro de 2015 denotaram o rompimento final com a lógica processual tradicional de segmentação dos processos em ações e processos autônomos de conhecimento, cautelar e execução. A nova forma de pensar o processo pode ser interpretada como um leve distanciamento da segurança jurídica garantida por força de formalismos exacerbados para uma segurança jurídica garantida pelo próprio juiz e com a consequente ampliação da celeridade e efetividade processuais. E, assim, assevera Teori Zavascki "a estrutura processual codificada, moldada para atender demandas entre partes determinadas e identificadas, em conflitos tipicamente individuais, já não espelha a realidade do sistema processual civil"[166].[167]

Em consonância, afirma Camilo Zufelato que

---

[165] Ibidemh P. 21.

[166] Ibidem P. 26.

[167] Ibidem P. 25.

> A tutela jurisdicional coletiva traz para o processo civil uma perspectiva mais solidarista, na qual os direitos têm acentuado caráter sociopolítico, relativos à cidadania e ao bem-estar social; outrossim, a natureza "difusa" e mutável desses interesses demanda técnicas e princípios muito mais flexíveis, compatíveis com a maleabilidade que lhes é peculiar[168]

E, paralelamente, pode-se afirmar que as reformas do sistema processual civil brasileiro possibilitaram uma nova categorização das tutelas jurisdicionais, não mais se dando ênfase nas soluções das crises jurídicas individuais em si, mas passando o enfoque à solução dos conflitos na sua seara coletiva. Ao lado do processo individual, agora já há substrato suficiente para se afirmar haver um processo coletivo que, ainda se vê necessitado de adaptações às técnicas tradicionais do processo civil brasileiro.[169]

Afinal, para "novos direitos" há necessidade de um "novo processo civil que lhes dê guarida".[170]

Como se vê, houve uma evolução da proteção jurídica dos vários tipos de direitos. Se de um lado o Código de Processo de 1973 previa a proteção a direitos individuais, as suas diversas modificações houveram por bem acrescentar ao rol de proteção estatal os direitos coletivos, os difusos e, também, os individuais homogêneos – esses últimos com o advento do Código de Defesa do Consumidor. Esse fenômeno pôde

---

[168] ZUFELATO, Camilo: **Coisa Julgada Coletiva.** Op. Cit. P. 49.

[169] ZAVASCKI, Teori Albino: **Processo Coletivo**. Op. Cit. P. 26/27.

[170] ZUFELATO, Camilo: **Coisa Julgada Coletiva**. Op. Cit. P. 51.

ser conhecido como a defesa de direitos coletivos (coletivos e difusos) e a defesa coletiva de direitos (individuais homogêneos), alcunha cravada por Teori Zavascki.[171]

A divisão estrita entre coletivos e difusos não é senão de ordem acadêmica: acaba por não resultar muitas diferenças práticas na sua tutela. O que revela importância na sua diferenciação dos direitos individuais homogêneos é quanto a divisibilidade, já que aqueles são indivisíveis e esses não.

Outra qualidade dos direitos individuais homogêneos que comporta nota é que embora sejam individuais, seu tratamento merece ser alçado à categoria de coletivos porque possuem relevante interesse social por conta da "amplitude e extensão dos interesses lesados, tendo em vista o escopo de facilitar o acesso à justiça das vítimas" quando o causador da perturbação da ordem jurídica for de origem comum.[172]

Em outras palavras, o fato de transcenderem a esfera individual não é decorrente da sua origem jurídica nem tampouco fática, mas pela sua relevância do bem jurídico individual tutelado e amplitude do dano.

Para a possibilidade da demanda, ainda, o legislador impôs como condição da ação para a tutela coletiva de direitos a necessidade de que haja predominância de questões comuns em relação às individuais, bem como haja superioridade da tutela coletiva sobre a individual, sob a ótica de acesso à justiça e efetividade da tutela possível.[173]

Maria Cecília de Araújo Asperti analisou a participação dos diferentes tipos de litigantes em diferentes técnicas de julgamentos de casos repetitivos.

---

[171] ZAVASCKI, Teori Albino: **Processo Coletivo**. Op. Cit. P. 28.

[172] ZUFELATO, Camilo: **Coisa Julgada Coletiva.** Op. Cit. P. 66.

[173] GRINOVER, Ada Pellegrini: **Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos da admissibilidade.** Revista Forense, ano 96, v. 352, P. 5.

Nesse aspecto, ela notou serem muitos similares os efeitos da sentença de uma tutela coletiva e de um julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de uma repetitividade recursal em sede de tribunais superiores.[174]

Nesse sentido, avalia-se que a sentença tem uma eficácia expandida em ambas as decisões das técnicas de julgamento de casos repetitivos e nas sentenças da tutela coletiva, possuindo eficácia *erga omnes* e *ultra partes*, ainda que na tutela coletiva os efeitos sejam *secundum eventum litis.* De qualquer forma, vários direitos sociais e que normalmente seriam tutelados de forma coletiva, acabam sendo tratados pelas técnicas de julgamento de casos repetitivos, o que, por si só, já engendra necessidade de compararmos ambos os institutos e, voltando ao tema deste trabalho, a participação em cada um desses institutos.[175]

Como se vê, houve uma mudança paradigmática do modelo processual: rumou-se de um modelo demasiadamente individualista para um modelo em que se sopesavam segurança jurídica, coletividade, eficiência e celeridade processuais, dentre outros princípios "progressistas", em decorrência de opção tomada pelos deputados constituintes.

Cabe, então, analisar como se dá a participação da sociedade nas diversas modalidades do processo: a participação no processo civil individual, a participação no processo civil coletivo e, com mais enfoque, a participação no processo civil individual repetitivo.

3.2. Participação nos processos individuais

---

[174] ASPERTI, Maria Cecília de Araújo: **Acesso à Justiça e Técnicas de Julgamento de Casos Repetitivos**. Tese (Doutorado em Direito), 414 p. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018. P. 87.

[175] ASPERTI, Maria Cecília de Araújo: **Acesso à Justiça e Técnicas de Julgamento de Casos Repetitivos**. Op. Cit. P. 87/88.

Quando se pensa em participação no processo civil, é comum simplificar a relação jurídica processual como uma relação triangularizada, em que em cada um dos 3 pólos do triângulo se encontram autor, juiz e réu. Essa relação é esboçada dessa forma, inclusive, para mostrar que a relação jurídico processual não possui ninguém "acima" de outrem, uma vez que é possível girar o triângulo e a relação permanecer a mesma; também, serve para esboçar que o juiz está equidistante de autor e réu. Também, quando se pensa em pólos da relação jurídico processual, expõe-se que em cada pólo pode haver mais de uma pessoa – cumulação subjetiva da demanda, em que se figura o litisconsórcio.[176]

Contudo, há participações na relação processual que fogem da lógica triangular autor-juiz-réu. É comum citar haver outros sujeitos do próprio Judiciário, tais como o escrivão, o escrevente, o oficial de justiça, o diretor do cartório, o assistente Judiciário, o assistente jurídico de 2º grau, dentre outros. Todos eles acabam por participar, ainda que de forma menos substancial, no processo de conhecimento, no processo de execução, nos recursos, nos incidentes.

Entretanto, há também aqueles que, no processo individual, participam por terem interesse direto na solução do litígio, uma vez que terão, forma ou outra, uma intervenção estatal dentro da sua esfera de direitos. Esse interesse, portanto, é um interesse *jurídico* de participação no processo, para eventualmente produzir defesa ou se habilitar como assistente, amicus curiae, dentre outras possibilidades.[177]

---

[176] MARINONI, Luís Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz: **Manual do Processo de Conhecimento, 5ª ed., revista, atualizada e ampliada**. São Paulo: RT, 2006. p. 167.

[177] MARINONI, Luís Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz: **Manual do Processo de Conhecimento**. Op. Cit. P. 168.

Há, contudo, de se fazer a ressalva de que o conceito de "parte" é extremamente controverso na dogmática processual. Para Liebman, por exemplo, parte é qualquer sujeito do contraditório instituído perante o juiz[178]. Para Chiovenda, "parte é aquela que demanda em seu próprio nome, ou em cujo nome é demandada, a atuação duma vontade da lei, e aquele em face de quem essa atuação é demandada"[179]. Para Carnelutti, parte possui sentido duplo, sendo, sob a ótica passiva, o sujeito da lide ou do negócio, e, sob a ótica ativa, um dos sujeitos que faz o processo, e a razão de normalmente haver concorrência entre aspecto passivo e ativo se dá pela legitimidade de defender seu próprio direito face ao Estado-juiz[180]. Esses conceitos são criticados por Dinamarco, na medida em que afirma não se coadunarem com a noção de contraditório, uma vez que elas tendem ao retorno da ideia de junção de direito material com direito processual[181].[182]

Para facilitar o conceito, Marinoni opta por conceber "parte" no processo como:

> Aquele que demandar em seu nome (ou em nome de quem for demandada) a atuação de uma ação de direito material e aquele outro em face de quem essa ação deve ser atuada. Terceiro interessado será, por exclusão, aquele que não efetivar semelhante demanda no processo, mas, por ter

---

[178] LIEBMAN, Enrico Tulio: **Manuale di Diritto Processuale Civilie – Principii, 5ª ed.** Milão: Griuffrè, 1992. P. 81/82.

[179] CHIOVENDA, Giuseppe: **Instituições de direito processual civil. V. 2. Tradução de Paolo Capitanio**. Campinas: Bookseller, 1998. P. 278.

[180] CARNELUTTI, Franceso: **Instituições do Processo Civil. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. V.1.** São Paulo: Classic Book, 2000. P. 220/221.

[181] DINAMARCO, Cândido Rangel**: Litisconsórcio, 3ª ed.** São Paulo: Malheiros, 1994. P. 20.

[182] MARINONI, Luís Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz: **Manual do Processo de Conhecimento**. Op. Cit. P. 170/171.

> interesse jurídico próprio na solução do conflito (ou, ao menos, afirmar possuí-lo), é autorizado a dele participar sem assumir a condição de parte.[183]

Essa parece ser uma posição adequada para este trabalho, sobretudo na medida em que engloba as anteriores de uma maneira crítica. Aventurar-se no conceito de parte, aqui, só é necessário para fins de cunho pragmático.[184]

Comporta nota, sobretudo devido às críticas de Dinamarco ao conceito de parte, que o contraditório é um instituto processual que deve permear toda a participação no processo civil.[185] E isso ficou ainda mais evidenciado pelas mudanças promovidas no direito positivo processual com o advento do Código de Processo Civil brasileiro de 2015, que instituiu um contraditório mais abrangente, como se verá a seguir.

Além disso, no processo individual, a possibilidade de participação efetiva no processo, realizando defesas, produzindo provas, dispondo de seus direitos, conciliando-se, recorrendo de decisões, etc é de importância sobrelevada por força de norma constitucional: o art. 5º, LIV da Constituição Federal impõe o cumprimento do "devido processo legal".[186]

---

[183] Idem.

[184] Um estudo de partes foi bem realizado por Dinamarco em sua obra Litisconsórcio (Op. Cit.). Além disso, em seu livro Instituições de Direito Processual Civil analisa a maior parte das questões de parte, como as situações jurídicas, a diferença entre parte na demanda e no processo, dualidade de partes, capacidades e igualdade entre elas (Op. Cit, p. 252 e seguintes).

[185] DINAMARCO, Cândido Rangel**: Litisconsórcio, 3ª ed.** Op. Cit.

[186] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o **devido processo legal;**

A Constituição, ainda, prevê que sejam respeitados o contraditório e os meios e recursos para a possibilidade de ampla defesa dos jurisdicionados, no seu art. 5º, LV.[187] Aqui, cabe ressaltar que a doutrina processual entende de forma abrangida o contraditório e a ampla defesa, devendo-se, obrigatoriamente, o Judiciário a preservar a paridade dos direitos do autor e de réu – algo que, tradicionalmente, chama-se de "paridade de armas" – em que as partes devem ser sempre cientificadas dos atos judiciais que possam lhes afetar, bem como sejam a elas garantido tempo e capacidade para que, caso houverem por bem fazê-lo, realizem a sua defesa nos termos da lei.[188]

Nesse sentido, ressalta-se que Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, entendia, já no revogado código, o contraditório e o direito de participação efetiva nos atos judiciais como uma face "complementadora e integradora" do processo judicial, uma vez que cada ato deve ser considerado pelo seu fim que é a segurança constitucional de direitos. Além disso, afirma que "participação no processo para a formação da decisão constitui, de forma imediata, uma posição subjetiva inerente aos direitos fundamentais, portanto é ela mesma o exercício de um direito fundamental".[189]

Quando da interpretação do novo código de processo, permanece a dogmática processual entendendo que o contraditório deve ser "efetivo", sobretudo por força de positivação no Código de Processo Civil brasileiro agora em vigor.[190] O

---

[187] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o **contraditório e ampla defesa**, com **os meios e recursos** a ela inerentes;

[188] DINAMARCO, Cândido Rangel: **Instituições de Direito Processual Civil, 9ª. ed, V. I.** Op. Cit. P. 343 e seguintes.

[189] OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de: **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais.** Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, 2002, V. 22, P. 31/42.

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

contraditório passou a ter um amplo entendimento, devendo ser considerado não somente como cientificação das partes dos atos processuais, mas, também, efetiva possibilidade de participação, impugnação e esclarecimento. Isso se dá para que as partes possam agir para o convencimento do magistrado de forma substancial, não somente tangencial.[191]

Para a garantia da participação no processo e contraditório efetivo como direitos constitucionais, Humberto Theodoro elencou ser necessário tratamento isonômico entre as partes, com vias a desigualmente tratar os desiguais na medida das suas desigualdades, dotando aos desnivelados social e tecnicamente um tratamento prioritário para que haja equilíbrio processual. Outrossim, segundo o autor, seria necessária a coibição de "decisões surpresa" em que as partes são salteadas por atos cujo teor não tenham podido participar para o seu estabelecimento, bem como fundamentos de decidir que as partes não tenham suscitado ou debatido de forma dialética.[192]

Além disso, o contraditório deve ser promovido pela lei com fins a sustentar uma gama de técnicas que possibilitem ao juiz franquear aos litigantes que efetivamente participem do processo. Também, que o juiz participe do processo ele mesmo sobretudo na preparação do julgamento que virá a ser realizado.[193]

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

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

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

[191] THEODORO JR., Humberto: **Curso de Direito Processual Civil, 6ª ed, v. 1**. Rio de Janeiro: Forense. P. 85/86.

[192] THEODORO JR., Humberto: **Curso de Direito Processual Civil, 6ª ed, v. 1.** Op. Cit. P. 86.

[193] DINAMARCO, Cândido Rangel: **Instituições de Direito Processual Civil, 9ª. ed, V. I**. Op. Cit. P. 344.

Também, é importante frisar que o contraditório tem um papel de legitimador do processo e de chancela da opinião pública acerca da atividade jurisdicional, na medida em que possibilita à população que se sinta ouvida pelos magistrados no momento em que exerçam seu direito constitucional de ter seus direitos lesados ou ameaçados apreciados pelo Poder Judiciário[194].[195]

A realidade, contudo, impõe seja realizado um sopesamento do princípio da participação processual junto ao princípio da efetividade do provimento jurisdicional e da razoável duração do processo.[196] Se a busca incessante pela participação envolvesse um infinito debate entre as partes, seria possível haver um abuso do direito de defesa do réu para que o autor não alcançasse uma tutela jurisdicional em um tempo minimamente razoável, ou outras situações em que a própria participação do réu na formulação do ato judicial poderia acarretar perecimento de direito ou própria possibilidade de fraude processual – trata-se das tutelas provisórias *inaldita altera parte*. [197]

Essas ponderações estão positivadas no Código de Processo Civil em vigor, que exclui da necessidade de contraditório prévio – ou de participação no processo – os casos que versem sobre a tutela provisória de urgência, sobre a tutela de evidência baseada em alegações de fato que possam ser comprovadas mediante

---

[194] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

[195] ASPERTI, Maria Cecília de Araújo: **Acesso à Justiça e Técnicas de Julgamento de Casos Repetitivos**. Op. Cit. P. 92.

[196] SALLES, Carlos Alberto de: **Arbitragem em Contratos Administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.P. 99-104.

[197] THEODORO JR., Humberto: **Curso de Direito Processual Civil, 6ª ed, v. 1.** Op. Cit. P. 88.

documentos e cuja tese jurídica tenha sido firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante. [198]

Inclusive, o Código de Processo Civil em vigor acaba por inserir a noção de "cooperação entre as partes", o que, de certa forma, dialoga com o que a doutrina chamava, no código revogado, de "contraditório participativo". Com isso em mente, entende-se que o contraditório não é meramente a intimação dos atos processuais, mas a própria chamada das partes para que do processo participem efetivamente.[199]

Um dos motivos que se salienta para a existência de um contraditório participativo é o que Luiz Guilherme Marinoni acabou por entender que é uma forma de o jurisdicionado de controlar e fiscalizar a atuação dos juízes, já que também são esses mesmos partes no processo. O contraditório alargado e cooperativo, então, possibilita ao

---

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

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência (as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa)

III - à decisão prevista no art. 701.

Art. 701. Sendo evidente o direito do autor, o juiz deferirá a expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer, concedendo ao réu prazo de 15 (quinze) dias para o cumprimento e o pagamento de honorários advocatícios de cinco por cento do valor atribuído à causa.

[199] GRECO, Leonardo: **Garantias fundamentais do processo: o processo justo**. Novos estudos jurídicos, v. 7, n. 14, 2008. P. 13

jurisdicionado que influa no julgamento e, sobretudo, fiscalize a atividade jurisdicional.[200 e 201]

Em suma, no processo individual, a preocupação do legislador é, de um lado, oportunizar que as partes da demanda sejam ouvidas e possam influir no convencimento do juiz, seja produzindo provas, defendendo-se quando acreditar ser necessário, recorrendo e impugnando quando houver por bem fazê-lo; de outro, fiscalizar a própria atividade jurisdicional e legitimar o Poder Judiciário como atividade que, ao fim e a cabo, ouve os jurisdicionados.

3.3. Participação nos julgamentos de processos coletivos;

Diferentemente dos processos individuais, em que há tutela de direito próprio, o processo coletivo parte de uma premissa oriunda das ondas do movimento de acesso à justiça do pós-guerra[202]

O Projeto Florença se dedicou ao estudo das classes e grupos menos favorecidos e a sua atuação judiciária, e revelou que muitas vezes os entes

---

[200] MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo. 3ª ed.** São Paulo: RT, 2009. P. 408/409.

[201] BONAVIDES, Paulo: **Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil).** Estudos Avançados 18 (51), 2004. P. 127/150.

[202] Para complementação no tópico de acesso à justiça, ver (1) CAPPELLETTI, Mauro: **Acesso à justiça como programa de reforma e como método de pensamento, Processo, ideologia e sociedade, v. 1,** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008, (2) CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant: **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988, (3) GALANTER, Marc: **Acesso à Justiça em um Mundo de Capacidade Social em Expansão. Tradução de João Eberhardt Francisco, Maria Cecília de Araújo Asperti e Susana Henriques da Costa.** Revista Brasileira de Sociologia do Direito, Porto Alegre, ABraSD, v. 2, n. 1, p. 37-49, jan./jun., 2015.

hipossuficientes acabavam por possuir acesso limitado tanto a seus direitos quanto ao órgão perante quem se poderia reclamá-los.[203]

Verificou-se, também, que os indivíduos, por si sós, não possuíam interesse, força, capacidade de enfrentar os violadores de seus direitos, muitas vezes empresas ou o próprio Estado, porém quando unidos em grupos de interesse, passavam a ter alguma chance de sucesso na sua empreitada. Dessa forma, propôs-se a necessidade de alterar a lógica processual, fugindo de uma ótica meramente individual para um novo olhar coletivo, devendo-se, para tanto, alterar o processo civil para que se adequasse à complexidade social dos novos tempos.[204]

Para Ada Pellegrini Grinover, uma das precursoras do estudo de processo coletivo no Brasil, a grande diferença entre a participação no processo individual em relação ao processo coletivo é que no individual a participação se dá *no* processo e, de outra maneira, no coletivo a participação se dá *pelo* processo. Em outras palavras, na tutela de direitos coletivos o processo deixa de ser apenas instrumento que propicia a participação e passa a ser mais uma condição da própria participação. [205]

E, para propiciar essa participação, o legislador acabou tendo de eleger membros da sociedade para realizar legitimação extraordinária, ou seja, membros não legítimos que passariam a ter legitimidade por força legal para tutelar interesse alheio. Escolheram algumas entidades, notadamente o Ministério Público e as Defensorias

---

[203] Idem.

[204] CAPPELLETTI, Mauro: **Formações Sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. Tradução de Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos**. Revista de Processo, São Paulo, 2, Jan/Mar 1977. P. 85

[205] GRINOVER, Ada. Pellegrini: **Direito Processual Coletivo**. Op. Cit. P. 11

Públicas para realizar tal feito, mas também entidades de direito público e privado que tenham como missão institucional a defesa de certos direitos.[206]

Nesse sentido, prossegue Grinover, a participação no processo coletivo seria "menor", porque todas as pessoas envolvidas dificilmente poderiam estar presentes e nele se manifestar. Em certos casos, como nas tutelas envolvendo direitos sequer é possível identificar pormenorizadamente as pessoas diretamente envolvidas no litígio, porquanto os sujeitos são ligados entre si por circunstância de fato que, inclusive, pode se alterar com o tempo – como no caso de um desastre ambiental em que o dano pode percorrer uma vasta área e perdurar causando danos.[207]

Entretanto, essa participação reduzida se justificaria na medida em que o entendimento tradicional de contraditório como possibilidade de participação, defesa, impugnação por *todos* os interessados, não é capaz de responder a essa crise jurídica coletiva. Isso se dá pela necessidade de promover um *contraditório que se adeque à instrumentalidade do processo* e que possibilite a solução de litígios envolvendo direitos coletivos.[208]

Essa defesa do contraditório que se adeque à instrumentalidade do processo coletivo, ou seja, essa participação reduzida dos interessados – seja por missão institucional, seja por violação de seus próprios direitos –, foi uma defesa pragmática por conta de um contorno histórico pelo qual passava o Brasil durante a década de 90.

Asperti analisou esse quadro do passado e afirmou que a participação reduzida nos processos coletivos, por mais que pragmática e necessária à época de sua implantação no Brasil,

---

[206] Ibidem P. 15.

[207] Ibidem P. 16.

[208] Ibidem P. 13.

> Certamente não elimina os problemas e os questionamentos atinentes à participação e à representatividade dos interesses dos grupos e indivíduos no sistema de justiça e a sua capacidade de influir no provimento jurisdicional cujos efeitos também lhe sejam projetados.[209]

Prossegue ela aduzindo que a legitimação híbrida da Lei 7.347/1985 (lei das ações civis públicas), "acabou por reforçar o protagonismo do Ministério Público e, com o tempo, restringir a atuação da sociedade civil". Se, de um lado, temos um contraditório "adequado" ao processo coletivo que acaba, por si só, limitando a participação dos interessados em processos coletivos, ao mesmo tempo temos uma entidade que protagoniza ela mesma a maior parte da defesa de direitos coletivos *lato sensu*. [210]

De um lado, o que se tem é uma certa dificuldade na aplicação do conceito de "representatividade adequada" nos processos coletivos, como se verá abaixo, muito por conta da tradição processual brasileira de se focar nos processos individuais. De outro, há uma certa "desestrutura do Poder Judiciário no desempenho da função política que lhe foi transferida pelo julgamento de demandas coletivas"[211].

Também, o Judiciário que, em brevíssima síntese, deve resolver litígios, acabou por tomar um papel de verdadeiro órgão decisor de escolhas políticas que, muitas vezes, deveriam ter sido tomadas pelos outros dois Poderes – esses que são

---

[209] ASPERTI, Maria Cecília de Araújo: **Acesso à Justiça e Técnicas de Julgamento de Casos Repetitivos**. Op. Cit. P. 99.

[210] Idem.

[211] COSTA, Susana Henriques da: **O controle Judicial da Representatividade Adequada**. *In* SALLES, Carlos Alberto de (Coord.): **As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao Professor Kazuo Watanabe**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. P.1

tipicamente Poderes políticos – mas que acabam não sendo tomados e, por respeito a determinações constitucionais de infusão garantidoras de direitos, acabam sendo objeto de decisões judiciais. É assim que, inclusive, comentou Rodolfo de Camargo Mancuso (grifos na transcrição):

> Em nossos dias, o acesso à justiça desses direitos subjetivos públicos e liberdades públicas através de ações coletivas está se constituindo na grande dificuldade a ser enfrentada pelo processo civil e pelo Poder Judiciário. A título exemplificativo, considere-se que pela ação civil pública, o processo é chamado a operar como instrumento regulador de massas de interesses metaindividuais, respeitantes a temas complexos e controversos, como ecologia, consumidores ou patrimônio cultural; pela ação popular o processo é chamado a operar como um instrumento para um diferenciado *controle externo* da gestão da coisa pública, pela iniciativa de um integrante da sociedade civil, para além, portanto, do controle *interno* imanente a toda Administração, e mesmo do *controle externo institucional*, feito pelos Tribunais de Contas, órgãos de auxílio técnico do Poder Legislativo (CF, art.71). E o Poder Judiciário, como destinatário das ações que envolvem interesses sociais de largo espectro, **é instado a tomar posição acerca de temas que muitas vezes constituem verdadeiras *escolhas políticas***, como, p.ex.: ter que definir qual o valor prevalecente entre a **preservação da cobertura vegetal ou a construção de uma estrada na floresta**; ou ter que emitir um juízo de valor quanto a saber se certo imóvel tem ou não notável importância histórica ou arquitetônica, em ordem a aferir quanto ao acerto de seu tombamento administrativo.[212]

---

[212] MANCUSO, Rodolfo de Camargo: **Ação Popular, 6ª ed, revista, atualizada e ampliada.** São Paulo: RT, 2008. P. 42.

Nesse sentido, percebe-se uma aderência do Poder Judiciário com as atividades praticadas pelos outros Poderes. Como se viu no Capítulo 2 deste trabalho, tanto Poder Executivo quanto Legislativo estão imbuídos de uma necessidade de se abrir à sociedade civil para que ela participe das tomadas das suas decisões. Também se viu que a questão da democracia participativa é mandamento constitucional a todos os três Poderes. E, agora, logra razão afirmar que o Poder Judiciário, quando atuando da forma consonante com as atividades típicas dos outros Poderes, deve de forma clara, ser permeável à participação democrática. Ou seja, se o processo – coletivo ou repetitivo – envolve uma gama de interesses que não seja os puramente individuais, não haveria dúvida de que a participação popular é ínsita ao próprio princípio do contraditório estendido.

Uma grande questão que a doutrina identificou, contudo, é como saber se a participação está adequada para que o processo possa ser julgado no estado em que está. Essa questão surgiu no Direito estadunidense como conceito de representatividade adequada. Nas chamadas *class actions* o Judiciário deveria fazer um controle se aquela pessoa que representa a coletividade para a qual a decisão fará coisa julgada defenda seus interesses de forma eficaz. Noutras palavras, "aquela pessoa, membro da classe, que tem aptidão para satisfatoriamente fazer valer os interesses da coletividade perante a Corte".[213]

Por se tratar, normalmente, de processos que são invariavelmente massificados, ou seja, acabam por resolver violações – ou ameaças - de direitos de titularidade de partes de nenhuma ou difícil identificação, o mero tratamento por técnicas individuais de contraditório não possibilitaria o que Ada Pellegrini Grinover veio a

---

[213] COSTA, Susana Henriques da: **O controle Judicial da Representatividade Adequada**. Op. Cit. P. 3.

chamar de participação "pelo processo"[214]. Inclusive porque seria inviável a participação de às vezes milhares de pessoas no processo.[215]

Da mesma forma que a democracia participativa legitima a decisão do Poder Executivo e Legislativo, a participação estendida no processo, regulada por um controle de representatividade adequada no Poder Judiciário, pode vir a ser um fator legitimador da sentença coletiva. Afinal, havendo afetação de várias pessoas diferentes – as vezes sequer sendo possível individualizá-las – a sentença deve considerar que o interesse desses diversos sujeitos tenha sido adequadamente representado por quem quer se manifeste no processo. É, no frigir dos ovos, "a garantia de que a coletividade que se sujeitará ao quanto decidido no processo tenha sido satisfatoriamente ouvida e defendida", em respeito à observância do princípio do devido processo legal e da garantia constitucional do contraditório.[216 e 217]

Decerto, ainda sobre o sistema estadunidense, um dos requisitos para o processamento das class actions americanas é o da representatividade adequada. A *Rule 23* da *Federal Rules of Civil Procedures* americana trata de diversos requisitos outros acerca do processamento das ações de classe americanas, tais como a numerosidade da classe, se há questões de fato ou de direito que envolvam a classe que ora se apresenta à adjudicação, e se as questões delimitadas no processo são de interesse da classe e, por fim, no item (4) trata-se, propriamente, da representatividade adequada.[218]

---

[214] GRINOVER, Ada Pellegrini: **Direito Processual Coletivo.** Op. Cit. P. 11.

[215] COSTA, Susana Henriques da: **O controle Judicial da Representatividade Adequada.** Op. Cit. P. 3.

[216] COSTA, Susana Henriques da: **O controle Judicial da Representatividade Adequada.** Op. Cit. P. 4.

[217] COSTA, Susana Henriques da: **A representação adequada e litisconsórcio – o Projeto de Lei n. 5139/2009.** *In* GOZZOLI, Maria Clara (coord): **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover.** São Paulo: Saraiva, 2010. P. 627.

[218] Conforme se vê em https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/frcp/title-iv-parties/rule-23-class-actions/, acesso em 1º de maio de 2019.

Entretanto, no Brasil não há previsão legal acerca da representatividade adequada, sendo então necessário lançar mão da doutrina para que tenhamos uma noção clara do conceito em exame. Antônio Gidi sistematiza 4 requisitos, quais sejam a (i) possibilidade de tutela pelo representante dos interesses da coletividade; (ii) ausência de conflito de interesses; (iii) possibilidade de tutela do interesse da coletividade pelo advogado do representante; e (iv) ausência de conflito de interesses entre o advogado e a coletividade. Da maneira salutar, também, é a ausência de conflitos de interesse dentro da própria classe.[219]

Ademais, afirma Susana Henriques da Costa que a avaliação pelo Poder Judiciário acerca das condições auferidas em relação aos advogados das partes autoras das *class actions* é "complexa e aprofundada", na medida em que verifica, dentre outros critérios, a possibilidade financeira e humana de que o advogado consiga realizar a instrução e condução da causa, bem como sua capacidade técnica e *expertise*. Além disso, aduz que o controle de representatividade estadunidense é *ope iudicis*, uma vez que no momento da *certification* haverá o controle de que o representante esteja apto – de acordo com a *Rule 23* – a promover a *class action* em comento.[220]

Dessa forma, visa-se à proteção dos interesses daquelas pessoas que não puderam participar do processo, mas que terão as suas esferas jurídicas subjetivas afetadas pelo conteúdo da decisão da *class action* - ou, no caso brasileiro, dos processos coletivos ou de julgamento agregado de demandas. Da mesma forma, acaba otimizando

---

[219] GIDI, Antônio: **A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada**. São Paulo: RT, 2007. P. 105-124. Segundo COSTA, Susana Henriques: **O controle Judicial da Representatividade Adequada**, Op. Cit., Cássio Scarpinella Bueno possui entendimento diverso, preferindo limitar-se a 3 características, quais sejam, (i) demonstração de efetivo interesse jurídico na promoção daquela demanda, (ii) a boa fé e competência técnica do advogado para a correta defesa dos interesses da coletividade e, finalmente, (iii) não haver conflitos de interesse internos à class conforme se vê em BUENO, Cássio Scarpinella: **As class actionsnorte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta**.Revista de Processo, n. 82, ano 21, abr.-jun./1996. P. 104.

[220] **O controle Judicial da Representatividade Adequada.** Op. Cit. P. 8.

o sistema, promovendo uma arena de debate propícia à defesa dos interesses daquelas classes, arena essa que se fosse ser repetida incontáveis vezes até a resolução completa de cada uma das demandas individuais esgotaria recursos de forma desnecessária. Tenta-se, em verdade, buscar o mesmo resultado que se teria caso cada demanda individual fosse promovida se utilizando das técnicas de tratamento individual do litígio.[221]

Todo esse instrumental na defesa de um contraditório efetivo e com a participação adequada e bem representada da sociedade que vá ser afetada é motivado, de acordo com a doutrina americana, pelo princípio do devido processo legal – algo que aqui no Brasil também é incrustrado na Constituição Federal.

Ademais, somente será afetado pela coisa julgada coletiva as classes que estiverem em total conformidade com a *Rule 23*, ou seja, na hipótese de que alguns de seus requisitos não estejam cumpridos, a parte inadequadamente afetada pela tutela coletiva poderá promover nova ação para, de forma colateral, ter seu direito ao contraditório exercido em uma ação em paralelo – o que se deu o nome de *collateral attack*, decidindo-se novamente a questão.[222]

É por todos esses motivos que Susana Henriques da Costa chama a *representatividade adequada* como "pedra de toque do reconhecimento da coisa julgada nas *class actions*", uma vez que passa a ser condição *sine qua non* para que não se possa mais discutir o caso anteriormente julgado.[223]

A principal diferença entre o sistema estadunidense e o que se importou no Brasil, diz respeito a quem faz o controle de representatividade: enquanto naquele sistema ela é, como já sedimentado, *ope iudici*, aqui ela viria somente por força de lei, ou seja, *ope legis*. Isso significa que o legislador brasileiro optou por afirmar quando e quais as partes seriam legitimadas para o ajuizamento do processo coletivo

---

[221] GIDI, Antônio: **A class action como instrumento da tutela coletiva de direitos.** Op. Cit. P. 130.

[222] GIDI, Antônio: **A *class action* como instrumento da tutela coletiva de direitos.** Op. Cit. P. 131

[223] **O controle judicial da representatividade adequada.** Op. Cit. P. 11.

brasileiro – mormente a ação civil pública - limitando a entes públicos personalizados e a alguns entes privados que tenham previsão expressa de que podem vir a defender os interesses de determinadas classes.

Contudo, parte da doutrina critica esse posicionamento de que o controle da representatividade adequada é realizado *somente* pelo Legislativo ao inserir quais são as possíveis pessoas (de direito público ou privado) que podem vir a promover uma ação civil pública, militando no sentido de que é também dever do Poder Judiciário realizar uma verificação igualmente profunda das condições tanto das partes quanto dos advogados que as representam.

Kazuo Watanabe, por exemplo, salienta que a possibilidade de os magistrados realizarem o controle da representação adequada ainda que não positivado em nosso ordenamento jurídico, funda-se como "princípios gerais do direito", cujo pilar de sustento está eriçado no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.[224]

Na mesma linha de raciocínio, Fredie Didier Jr., impingiu caráter dual às fases de asserção do controle da representatividade adequada. Em primeiro momento, faz-se um controle de adstrição do autor da demanda coletiva com as hipóteses trazidas em lei – *ope legis* – e, após, passa a uma análise do caso concreto para verificar os critérios bem elaborados pela doutrina americana – *ope iudici*.[225]

São vários os critérios que a jurisprudência dos tribunais superiores elencou para o correto controle de representatividade adequada dos processos coletivos, dentre os quais um deles é a pertinência temática que, de acordo com a doutrina, é uma

---

[224] GRINOVER, Ada Pellegrini et al.: **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, 8ª ed.** Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 825-826.

[225] DIDIER JR., Fredie: **O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas (o art. 82 do CDC)**. *In* MAZZEI, Rodrigo & NOLASCO, Rita Dias (coords.): **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. P. 97.

das formas de se verificar capacidade técnica e seriedade dos entes legitimados para promoção da ação coletiva.[226]

Uma das consequências que a limitação da representatividade adequada *ope iudici* pela *ope legis* no sistema processual coletivo brasileiro acaba por engendrar é a necessidade de limitação dos efeitos da coisa julgada coletiva, conforme já comentado neste trabalho: para que não haja violação ao princípio do devido processo legal e à garantia do contraditório, a coisa julgada coletiva só poderá afetar a coletividade em casos de interesses difusos e coletivos de acordo com o resultado do litígio, conforme art. 103 do Código de Defesa do Consumidor (um dos diplomas que regula o processo coletivo), ou seja, só não ocorrerá coisa julgada na hipótese de julgamento improcedente por ausência de provas.

A lógica por trás dessa escolha legislativa reside no fato de que não havendo proteção de que todos os interessados possam defender seus interesses em juízo - ou seja, "violando-se" o contraditório e o devido processo legal – haveria uma flexibilização da coisa julgada coletiva para que só surtisse efeitos se a sentença prolatada ocorresse mediante "alto grau de certeza" dos fatos alegados. Ou seja, o autor da demanda coletiva que não tiver representação adequada, não se desincumbirá de seu ônus de provar e, por conta da técnica de julgamento adotada pelo processo civil, terá sua demanda improcedente.[227]

Finalmente, o julgamento de demanda coletiva não obstará o ajuizamento de demanda individual. Em outras palavras, se a demanda coletiva for julgada procedente, o sujeito individualmente lesado poderá iniciar a fase executiva. Se for julgada improcedente – seja por ausência de provas, seja por provas cabais da defesa

---

[226] DIDDIER JR, Fredie & ZANETI JR, Hermes: **Curso de direito processual civil, 8ª ed.** Salvador: JusPodium, 2013. P. 226.

[227] COSTA, Susana Henriques da: **O controle judicial da representatividade adequada**. Op. Cit. P. 15/16.

do réu - o sujeito individualmente lesado poderá promover demanda individual. Novamente, a demanda individual não será impedida por força de coisa julgada coletiva que seja desfavorável à pessoa, por força do art. 103, § 2º do Código de Defesa do Consumidor.[228]

Inclusive, há aqueles que sustentem desnecessidade da norma acima, porquanto há diferença substancial entre o pedido, objeto e causa de pedir da ação coletiva e individual. Consequentemente, a coisa julgada feita em sede de julgamento de ação coletiva não prejudicaria um ajuizamento de ação individual, posto que teriam pedido, objeto e causa de pedir diferentes.[229]

De qualquer sorte, os direitos individuais homogêneos estão, por assim dizer, desprotegidos da formação de *res iudicata* mas somente *secundum eventum litis*, uma vez que o art. 103, III é claro em infirmar tese contrária, indo totalmente de encontro ao sistema de defesa dos interesses essencialmente coletivos ou metaindividuais, não havendo "o temperamento da imutabilidade e indiscutibilidade da coisa julgada, caso a improcedência do pedido seja motivada por deficiência probatória".[230]

Esta, talvez, seja a maior e possivelmente mais perversa diferença entre o processo coletivo e o julgamento de demandas repetitivas por meio do incidente de resolução de demandas repetitivas: nesse último, tampouco há essa proteção da coisa julgada material ocorrer somente *secundum eventum litis* o que poderá ser considerado uma desvantagem ao litigante eventual ou a pessoas com vulnerabilidades processuais.

De qualquer forma, o processo coletivo deve servir como paradigma comparativo com os incidentes de resolução de demandas repetitivas, na medida em que

---

[228] COSTA, Susana Henriques da: **O controle judicial da representatividade adequada.** Op. Cit. P. 24.

[229] MESQUITA, José Ignácio Botelho de: **Coisa julgada no código do consumidor**. Coisa Julgada. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 37/38.

[230] CALDO, Diego Santiago Y: **Controle da Representatividade Adequada nas Ações Coletivas: um estudo comparativo dos sistemas brasileiro e norte-americano**. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 279 p. São Paulo: 2018 P. 185.

relacionando a tutela de direitos individuais homogêneos é possível averiguar quais dos dois microssistemas acaba por propiciar maior acesso à justiça.

É por conta disso que se fez necessária a divisão de subcapítulos "participação no julgamento de processos coletivos" e "participação no julgamento de processos repetitivos": primeiro, explica-se um, para, na explicação do segundo, compará-los.

3.4. Participação nos julgamentos de processos repetitivos; e

Conforme analisado acima, pode-se afirmar que o controle de representatividade adequada é muito mais do que mera formalidade, mas verdadeira garantia de que o "déficit democrático"[231] que o processo coletivo impõe seja superado por um contraditório estendido, sem prejudicar uma solução eficiente de questões envolvendo direitos metaindividuais.[232]

A participação nos julgamentos de processos repetitivos – a saber, no incidente de resolução de demandas repetitivas – dá-se de maneira extremamente diversa da participação nos julgamentos de processos coletivos.

---

[231] CALDO, Diego Santiago Y: **Controle da Representatividade Adequada nas Ações Coletivas.** Op. Cit. P. 17.

[232] NAGAREDA, Richard A.: **Administering Adequacy in Class Representation**. Texas Law Review. Austin, University of Texas, School of Law, v. 82, 2003, P. 288.

Por mais que haja aqueles que entendam que o incidente de resolução de demandas repetitivas seja, a ferro e fogo, idêntico ao processo coletivo[233], boa parte da doutrina identifica diferenças cruciais que impediriam esse pensamento.[234]

Aluísio Mendes, inclusive, afirma ter o incidente de resolução de demandas repetitivas origem totalmente diversa daquela do processo coletivo. Esse último originou-se, como já mencionado, da *class action* estadunidense, na medida em que aquele primeiro tem sua base o *musterverfahren* do direito alemão.[235]

Ademais, o Código pressupõe questões de direito que sejam comuns às causas ditas repetitivas, não necessariamente uma identidade comum de violação. Enquanto o processo coletivo adota a modalidade de tutela a violações relacionadas, o julgamento de casos repetitivos acaba por possibilitar que casos de processos heterogêneos que tenham motivos jurídicos semelhantes sejam processados e resolvidos por esse instituto.[236]

---

[233] RODRIGUES, Marcelo Abelha: **Técnicas individuais de repercussão coletiva x técnicas coletivas de repercussão individual. Por que estão extinguindo a ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos?**. *In* MILARÉ, Édis: **A Ação Civil Pública após 30 anos.** São Paulo: RT, 2015.

[234] Vide, CABRAL, Antonio de Passo: **A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos.** *In* DIDIER JR, Fredie & CUNHA, Leonardo Carneiro da: **Julgamento de casos repetitivos. Coleção Grandes temas do Novo CPC. Vol. 10**. Salvador: Juspodium, 2017. P.37/64. Nesse sentido, também, ROQUE, André Vasconcelos: **Ações coletivas e procedimentos para a resolução de casos repetitivos**. *In* DIDIER JR, Fredie & CUNHA, Leonardo Carneiro da: **Julgamento de casos repetitivos.** Op. Cit. P. 15/36. Finalmente, e em síntese de outros tantos autores, ASPERTI, Maria Cecília de Araújo: **Acesso à Justiça e Técnicas de Julgamento de Casos Repetitivos**. Op. Cit. P. 127.

[235] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro: **Incidente de resolução de demandas repetitivas, Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

[236] BECKER, Flavia Gil Nusenbaum: **Incidente de resolução de demandas repetitivas: um estudo à luz do princípio da igualdade**. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017. P. 50.

Ainda que exista a possibilidade de tutela de mesmos tipos de direitos[237], trata-se, a bem da verdade, de uma intersecção em que em as ações coletivas ocupam um polo que trata exclusivamente de direitos coletivos stricto sensu, direitos difusos e direitos individuais homogêneos com danos pulverizados, enquanto que os incidentes de resolução de demandas repetitivas, noutro polo, tratam exclusivamente de questões comuns extraídas de demandas heterogêneas. A intersecção, por conseguinte, seriam direitos individuais homogêneos com causa comum.[238]

Há extenso debate na doutrina sobre a natureza do incidente de resolução de demandas repetitivas ser ou não um processo coletivo.[239] Contudo, independente do assentado pelos pesquisadores, o que comporta atenção para fins desse trabalho é a forma de participação que é permitida na ação coletiva e no incidente de resolução de demandas repetitivas, bem como os resultados possíveis que essa nova técnica impinge.

Mais importante, portanto, é apontar a diferença marcante entre as duas técnicas. "O processo coletivo conta com a agregação de diversas demandas em um processo só, enquanto o IRDR (incidente de resolução de demandas repetitivas) não conta com mecanismo de molecularização de demandas".[240] Ou, ainda, o incidente, em sintonia com o seu original alemão, seleciona uma ou algumas causas de direito que, uma vez decididas, tornam-se paradigma para as demais que estavam sobrestadas e para as que

---

[237] RODRIGUES, Marcelo Abelha: **Técnicas individuais de repercussão coletiva x técnicas coletivas de repercussão individual.** Op. Cit. P. 556

[238] ROQUE, André Vasconcelos: **Ações coletivas e procedimentos para a resolução de casos repetitivos: Qual o espaço destinado a cada um?** In DIDIER JR, Fredie & CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords.): **Julgamento de Casos Repetitivos**. Op. Cit.

[239] Para mais bem entender do assunto, que envolve diferentes vertentes e diferentes formas de sobrepor as ações coletivas aos incidentes de resolução de demandas repetitivas ver ASPERTI, Maria Cecília de Araújo: **Acesso à justiça e técnicas de julgamento de casos repetitivos.** Op. Cit. P. 134.

[240] MIRANDA, Andréa Pimentel de: **Quem tem medo do processo coletivo?** Op. Cit. P. 70.

vierem a ser ajuizadas. De maneira oposta, o processo coletivo de fato *resolve* o litígio para todas aquelas pessoas, inclusive fazendo coisa julgada, como aqui já se mencionou.

Relembrando a lição de Ada Pellegrini Grinover, o processo coletivo promove o acesso à justiça *pelo* processo e, sob uma ótica divergente, o incidente de resolução de demandas repetitiva promove acesso à justiça *no* processo, haja vista que está inserido na lógica do direito individual. [241]

O processo coletivo facilita que demandas de pequeno valor econômico, de difícil prova – por custos da perícia, por incapacidade de suportar o ônus da perícia, etc – sejam viáveis no sistema judicial. Unem-se os pequenos átomos de demandas em uma demanda molecularizada, possibilitando um tratamento à altura do problema social.[242]

De maneira oposta, o incidente de resolução de demandas repetitivas busca dar solução a um efeito da sociedade de massas que é a litigiosidade repetitiva, seja promovendo uma maior isonomia nos julgados, seja trazendo celeridade ao sistema de justiça.

Propriamente, em relação à participação: o processo coletivo prevê a legitimação extraordinária para que interesse de terceiros sejam representados pelo autor da demanda, para que de fato o processo possa ampliar o acesso à justiça.[243]

De forma diversa, o julgamento de processos repetitivos – notadamente o incidente de resolução de demandas repetitivas – afasta-se do corolário de

---

[241] GRINOVER, Ada. Pellegrini: **Direito Processual Coletivo**. Op. Cit. P. 11

[242] Vide GUIMARÃES, Amanda de Araújo: **Ações coletivas como meio de molecularização de demandas.** Monografia (Bacharelado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. 2012.

[243] LEONEL, Ricardo de Barros: **Manual do Processo Coletivo, 2ª ed. rev. atual. e ampliada**. São Paulo: RT, 2011, P. 153.

promoção de acesso à justiça e compensação de contraditório por meio de legitimação extraordinária com a necessidade de controle da representatividade adequada e se situa mais entre a abstração da lei e a sua aplicação a um caso concreto.[244]

Ademais, viu-se que esse processo do incidente de resolução de demandas repetitivas de dar concretude a uma abstração legal está em desvantagem de legitimação democrática – ainda mais se considerando o intuito constitucional de democracia participativa – na medida em que:

> (i) ao devido processo legislativo − que garante que a elaboração das normas abstratas se dê em ambiente com representação dos interesses democráticos em embate;
>
> (ii) à conformação do devido processo legal às demandas individuais − em que sobressai o direito de participação direta, em contraditório, sem intermediação de representantes, com as exceções previstas em lei; nem
>
> (iii) ao processo coletivo que visa tutela de direitos individuais − em que se preserva o acesso à justiça mediante controle da representação dos interesses em juízo e limitação da extensão subjetiva da coisa julgada.[245]

Vê-se, pois, que o julgamento de processos repetitivos está em dissonância com o microssistema paradigmático dos processos coletivos de tal sorte que

---

[244] EBERHARDT, João Francisco: **Filtros ao acesso individual à justiça: estudo sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas**. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 200 p. São Paulo, 2018. P. 101.

[245] EBERHARDT, João Francisco: **Filtros ao acesso individual à justiça**. Op. Cit. P. 103.

se chega a uma resolução de uma questão mormente jurídica com a exclusão da parcela dos interessados e afetados, sem quaisquer possibilidades de flexibilização da coisa julgada – como no processo coletivo, em que opera *erga omnes* somente *secundum eventum litis et eventum probationis*. Além disso, inexiste, como no processo legislativo, participação por meio de mandato democraticamente eleito – ou seja, o segundo momento do processo de criação das leis, a aplicação do abstrato ao concreto, está em desencontro com qualquer forma de participação, seja ela de contraditório tradicional do processo individual, seja ela por meio do controle de representatividade adequada do processo coletivo.

Considerando meramente a perspectiva de democracia indireta, da qual este trabalho não parte como premissa[246], a restrição ao acesso à justiça no incidente de resolução de demandas repetitivas parece ir na contramão dos princípios constitucionais[247]:

> A restrição do acesso à justiça no incidente de resolução de demandas repetitivas, de outra feita, se dá em razão da prevalência dos valores eficiência e celeridade do processo. Trata-se inequivocamente de restrição do âmbito de proteção da garantia de acesso à justiça nas hipóteses definidas pelo legislador.[248]

---

[246] Conforme bem vislumbrado no Capítulo 2, o sistema democrático brasileiro adota o modelo de democracia semi-direta ou participativa que engloba, além da democracia indireta, a participação direta por vias alternativas ao sistema de votos em mandatos. Contudo, por ferir o próprio princípio da democracia indireta, que é englobado pela democracia participativa, pode-se afirmar com certo grau de certeza que a restrição ao acesso à justiça conforme elucidado está em desacordo com ambos os modelo de democracia que tem alguma adstrição à Constituição da República.

[247] GRINOVER, Ada Pellegrni et. al.: **Código braisleiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, 8ª Ed.** Op. Cit. P. 821.

[248] EBERHARDT, João Francisco: **Filtros ao acesso à Justiça**. Op. Cit. P. 104.

Sem chancelar aos interessados daquela demanda sequer a possibilidade de influir no teor da decisão, e, pior, sem verificar se a causa escolhida para o julgamento do incidente está em acordo, ao menos, com a representatividade adequada, o incidente de resolução de demandas repetitivas, ao que parece, deixa de lado o acesso à justiça democrático e participativo.[249]

Há, contudo, uma tentativa de compensar a ausência de legitimação democrática da por meio de alguns meios que possibilitam que os interessados tenham alguma influência nos rumos do incidente. São eles a abertura a participação de *amici curiae*, audiências públicas e de qualquer interessado realize sustentação oral – conforme impõe os artigos 983 e 984 do Código de Processo Civil brasileiro.

Da mesma forma que nos processos coletivos, não seria eficiente trazer todas as pessoas afetadas por uma decisão às portas dos tribunais. Consequentemente, para legitimar os incidentes de resolução de demandas repetitivas, garantindo o cumprimento da ordem constitucional de participação democrática, é que se constatou a necessidade de que esses três instrumentos de participação acima aduzidos fossem utilizados de forma relativamente pródiga.[250]

Além disso, existem dois outros fatores atrelados ao aumento da participação social nas decisões judiciais, um de cunho qualitativo e outro quantitativo. O primeiro transparece pela relação dialética que ocorre entre aqueles que seriam afetados pela decisão, ou seja, quando diferentes pólos de interesse numa decisão entram em

---

[249] RODRIGUES, Marcelo Abelha: **Técnicas individuais de repercussão coletiva x técnicas coletivas de repercussão individual**. Op. Cit. P. 632.

[250] GOMES, Adriano Camargo: **A crise do processo e o julgamento de recursos especiais repetitivos.** In BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EDI, Elie Pierre (coords.): **Garantismo Processual: Garantias constitucionais aplicadas ao processo.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. P. 334/335.

debate, há a possibilidade criar uma ponte de diálogo entre, por exemplo, associação de consumidores e planos de saúde, trazendo à baila uma representação mais fidedigna dos anseios sociais. Noutro bojo, o aspecto quantitativo se percebe pelo aumento de informações, argumentos, sustentações que uma maior participação acaba atrelando ao processo judicial, proporcionando uma visão mais abrangente do litígio que se tenta solucionar.[251]

Contudo, não obsta frisar que a democracia vem acompanhada da necessidade de cumprimento ao princípio da isonomia ou da igualdade material. Não serve à democracia a mera abertura para que partes compareçam ao processo, mas é necessária uma atitude proativa do Judiciário para que uma miríade de ideias esteja presente no momento passível de influir na formação da convicção dos magistrados.[252]

Dessa forma, portanto, é importante notar não apenas *se* as pessoas afetadas por um julgamento de processos repetitivos participam, mas, também, *quem* dele participa.

3.5. Por que quem tem participa?

Quando se analisam estruturas dos sistemas legais, normalmente são esboçados os contornos do sistema Judiciário e do Legislativo, são construídas as competências dos tribunais, são analisados os julgamentos dos casos. Entretanto, uma

---

[251] Em relação aos dois aspectos, ver PEREIRA, Rodolfo Viana: **Direito constitucional democrático: controle e participações como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. P. 155.

[252] Desde antes da virada do milênio já há posicionamento em relação a uma maior participação dos magistrados na promoção do acesso à justiça, vide NALINI, José Roberto: **Novas Perspectivas no Acesso à Justiça**. LEX: Jurisprudencia do Supremo Tribunal Federal, v.19., n.224. São Paulo, 1997.

outra perspectiva tem obtido sucesso na averiguação do fenômeno da litigância repetitiva, que é, de acordo com Marc Galanter a "inversão desse procedimento, olhando [para esse fenômeno] pelo outro lado da luneta"[253].

Dessa forma, passe-se a analisar as diferenças dos tamanhos dos litigantes, as diferenças na quantidade de recursos - tanto financeiros quanto humanos - de que possuem, e se verifica que alguns litigantes usam - e abusam - das cortes, enquanto outros se utilizam dela de forma mais esporádica.[254]

O autor, então, defende uma nova forma de enxergar a tipologia das partes processuais, dividindo os litigantes em litigantes eventuais (*one-shotters*) e litigantes habituais (*repeat players*), não mais em autor e réu, uma vez que muitas vezes um tipo de ator ocupa um pólo processual e o mesmo tipo de ator ocupa o outro - como, por exemplo, o INSS ocupa, normalmente, o pólo passivo e a Fazenda Pública, o pólo ativo.[255]

Um ponto importante a se considerar é em relação a:

> Typically, the repeat player is a larger unit and the stakes in any given case are smaller (relative to total worth). One-shotters are usually smaller unites and the stakes represented by the tangible outcome of the case may be high relative to total worth, as in the case of injury victim or the criminal accused. Or, the One-shotter may suffer from the opposite problem: his claims may be so small and unmanageable (the shortweighted

---

[253] GALANTER, Marc: **Why the haves come out ahead? Speculations on the limits of legal change, Volume 9:1** Law and Society Review, 1974, Republicação (com correções) In Law and Society. Dartmouth, Aldershot: Cotterrell, 1994. P. 3.

[254] Ibidem.

[255] Idem.

> consumer or the holder of performing rights) that the cost of enforcing them outruns any promise of benefit[256]

Tais vantagens processuais possuídas pelos litigantes habituais foram bem exploradas pelo autor em comento, e podem ser sumarizadas da seguinte forma[257]:

> (1) Conhecimento prévio. Os litigantes habituais formulam um registro das transações anteriores e conseguem antever as vindouras, adotando técnicas que vislumbraram ter maior assertividade no tratamento daqueles tipos de litígio.
>
> (2) Expertise e pronto acesso a especialistas. Como os litigantes habituais possuem mais recursos financeiros e, também, estão sempre inseridos no fenômeno do litígio, eles não precisam iniciar uma consulta com advogados - pois se trata de uma solução de problema de forma continuada - e, portanto, incorrem em menos custos. Além disso, os advogados contratados já conhecem o caso e conseguem replicar as teses jurídicas sem a necessidade de gastos em pesquisa doutrinário-jurisprudencial.
>
> (3) Ocorrência de relações informais com os órgãos julgadores. Como os litigantes habituais possuem recursos financeiros em maior quantidade, conseguem contratar advogados que, normalmente oriundos de Universidades de ponta, conhecem há muito tempo os membros das Cortes Julgadoras. Além disso, a ocorrência reiterada dos litígios faz com que os procuradores dos litigantes habituais

---

[256] Ibidem. P. 3-4.

[257] Ibidem. P. 4-6.

frequentem os fóruns e conheçam os juízes, o que os aproxima a ponto de haver maior receptividade no tratamento a eles desferido. [258]

(4) Credibilidade como combatente. Os interesses do litigante habitual ao possuir "reputação de negociador" servem como um recurso para estabelecer "compromissos" a respeito de suas posições de negociação. Sem uma igual reputação a manter, o litigante eventual tem maior dificuldade em convincentemente se comprometer com a negociação.

(5) Possibilidade de se utilizar da sorte. Quanto maior a questão a ser tratada pelo litigante eventual, ele possivelmente adotará uma estratégia que vise à diminuição da probabilidade de maior perda (*minimax strategy*). Às vezes, vislumbrando possuir maiores chances de ganhar menos em um acordo ou em uma estratégia forense, ele acaba cedendo para, ao menos, ganhar alguma coisa. O litigante habitual, de maneira diversa, possui menos a perder - os casos representam pouco à sua saúde financeira - e consegue apostar numa estratégia calculada para maximizar seus ganhos no longo prazo, ainda que isso signifique perda total em alguns poucos deles.

(6) Influência na elaboração de regras. Os litigantes habituais possuem recursos financeiros que os possibilitam a influenciar a formação de regras (leis, portarias, etc) que tornem seus litígios mais prováveis a sentenças a si favoráveis. Isso ocorreria tanto pela relação aproximada com deputados quanto pelo pagamento de despesas de campanhas e por *lobby.*

---

[258] Em nota de rodapé, o autor aduz citação de JACOB, Herbert: **Debtors in Court: The Consumption of Government Services.** Chicago: Rand McNally, 1969. P. 100:

"See, for example, Jacob's (1969:100) description of creditor colonization of small claims courts:

. . . the neutrality of the judicial process was substantially compromised by the routine relationships which developed between representatives of frequent users of garnishment and the clerk of the court. The clerk scheduled cases so that one or two of the heavy users appeared each day. This enabled the clerk to equalize the work flow of his office. It also consolidated the cases of large creditors and made it unnecessary for them to come to court every day. It appeared that these heavy users and the clerk got to know each other quite well in the course of several months. Although I observed no other evidence of favoritism toward these creditors, it was apparent that the clerk tended to be more receptive toward the version of the conflict told by the creditor than disclosed by the debtor, simply because one was told by a man he knew and the other by a stranger."

(7) Influência na formação de jurisprudência. Litigantes habituais conseguem jogar com a formação de jurisprudência enquanto que os litigantes eventuais não possuem esse mesmo interesse. Esses, almejam sobretudo a vitória do seu pequeno caso, e normalmente não se interessam pelos resultados de litígios futuros envolvendo essas questões. De maneira diversa, porém, aqueles visam à alcançar qualquer vantagem que possa alterar ou influenciar os julgamentos futuros, uma vez que a sua preocupação não é em relação a um único caso, mas na formação de uma jurisprudência que se alie a seus interesses.

(8) Estudo da penetração das normas. Tanto pela experiência na atuação reiterada de casos quanto pela expertise que possuem, os litigantes habituais conseguem elencar as normas que mais são utilizadas para resolver determinados casos, evitando aquelas que são facilmente contestáveis e que serão, para eles, meras leis simbólicas. Além disso, eles conseguem focar seus esforços na alteração de leis e de jurisprudência que lhes sirvam para defesa de seus interesses, trocando perdas simbólicas por vitórias tangíveis.

(9) Aliança de recursos à alteração normativa. Como a penetração das normas depende, ao menos parcialmente, de recursos das partes (conhecimento, atenção, serviços imbuídos de exepertise, dinheiro), litigantes habituais têm maior probabilidade de investir o recurso necessário para assegurar a penetração de normas favoráveis a seus interesses.

O autor afirma, também, que por mais que não se possa confundir "quem tem (*the haves*)" com os litigantes habituais, no cenário estadunidense a maior parte dos casos se apresenta dessa forma.[259]

---

[259] Ibidem. P. 10.

Além das vantagens meramente por serem litigantes habituais, tais atores possuem vantagens institucionais, que são relacionadas à passividade e à sobrecarga das instituições.[260 e 261]

O Judiciário é passivo, reativo na medida em que o ele está adstrito ao princípio dispositivo e deixa à cargo das partes (tanto litigantes eventuais quanto habituais) o ônus de dar prosseguimento nos autos, sob as penas da lei. Essa passividade é acentuada pela sobrecarga crônica de processos - de litigiosidade repetitiva que, dentre outras coisas, causa (i) atrasos no julgamento dos processos, (ii) aumento de custos, (iii) uma postura institucional de valorizar o cumprimento de metas para finalizar os acervos, desencorajando o litígio em nome de uma adjudicação amigável entre as partes, de estereotipagem e processamento de massa eivado de erros oriundos da não individualização dos casos apresentados, (iv) indução das cortes em adotarem jurisprudência defensiva para desencorajar a litigância.[262]

Além disso, essa crescente dificuldade em se resolver as lides, oriunda também da sobrecarga e da passividade, acaba por chancelar os litigantes habituais, que lucram pela negligência ou pelo descumprimento sistemático de direitos que favoreceriam seus adversários. Outrossim, essa sobrecarga protege quem normalmente possui o dinheiro ou os bens contra aquele que os reclama. Normalmente, são os litigantes habituais que ocupam esse pólo, porquanto tipicamente são eles que

---

[260] Ibidem. P. 26.

[261] Houve um caso de rompimento com o pacto de passividade do Judiciário, que foi bem analisado em SHECAIRA, Fernando Muniz: **Eficácia do controle judicial em políticas públicas: o caso "creche"**. Revista Científica UMC, 2017, no prelo. Analisou-se a eficácia do controle judicial e se percebeu que o Judiciário atuou de forma ativa com vias à proteção do direito à educação dos munícipes de São Paulo.

[262] GALANTER, Marc: **Why the haves come out ahead? Speculations on the limits of legal change**. Op. Cit. P.28.

estruturam suas transações, pondo-se nesse pólo para se beneficiar, mais tarde, da litigiosidade repetitiva.[263]

Prosseguindo além das vantagens natas e dos desenhos institucionais, os litigantes habituais, ainda, possuem as regras a seu favor. Isso se relaciona mais com o fato de que os grupos que se tornaram dominantes já conseguiram articular suas vantagens com vias a fundir um sistema que seja permeado de regras que lhes interessam. Há ainda a possibilidade de já terem conseguido fazer com que o Judiciário interprete as regras do sistema de acordo com os seus interesses. [264]

Pelo exposto, os litigantes habituais auferem várias vantagens em relação aos litigantes eventuais, tanto do ponto de vista subjetivo e interno quanto do estrutural e legal.

Dentro dos processos repetitivos, isso se dá, sobretudo, por conta da sua vantagem de conhecimento prévio e possibilidade de se utilizar da sorte. Ou seja, como é ele que está inserido na lógica da litigiosidade repetitiva, ele já possui o conhecimento das teses jurídicas mais trabalhadas e debatidas pelas câmaras, bem como consegue se utilizar da sorte nos casos pequenos e trabalhar com os melhores pareceristas, técnicos e advogados nos casos em que o julgamento das demandas seja realizado de forma agregada.[265]

Essas ponderações devem ser "consideradas pelo julgador do incidente de resolução de demandas repetitivas e influenciar as medidas que adotará para garantir acesso equitativo à justiça", ou seja, se no processo coletivo há uma preocupação

---

[263] Ibidem. P. 28-29.

[264] Ibidem P. 30-31.

[265] GABBAY, Daniela Monteiro; SILVA, Paulo Eduardo Alves; ASPERTI, Maria Cecília de Araújo; COSTA, Susana Henriques da: **Why the 'Haves' Come Out Ahead in Brazil? Revisiting Speculations Concerning Repeat Players and One-Shooters in the Brazilian Litigation Setting**. São Paulo, Revista FGV Direito SP, nº 141, P. 17.

no sentido de garantir o controle da representatividade adequada, no julgamento de casos repetitivos deve haver uma preocupação com a participação efetiva e adequada dos litigantes ocasionais em harmonia com os litigantes habituais, seja chamando-os para manifestações, seja suplementando as suas armas visando à paridade.[266]

Caso contrário, o princípio da democracia participativa, que dá a própria legitimidade à atuação nesse nível da estrutura jurídica, será violado e haverá tamanho déficit democrático a ponto de ser incompatível com a Constituição Federal, conforme avençado no capítulo 2 deste trabalho.

---

[266] EBERHARDT, João Francisco: **Filtros ao acesso individual à justiça**. Op. Cit. P. 110/111.

PARTE TERCEIRA - A PESQUISA EMPÍRICA: COMO SE DÁ A PARTICIPAÇÃO NOS JULGAMENTOS DE CASOS REPETITIVOS.

4. Participação nos Julgamentos de Casos Repetitivos.

O Direito, como disciplina dentro das ciências humanas, é, de certa forma, encarado como alheio ao que a epistemologia das humanidades entende por ciência.[267] Para alguns, Direito como se conhece hoje pode ser considerado desde uma dualidade neokantiana de *ser* e de *dever-ser* até uma mera violência da burguesia contra o proletariado.[268] Já, para outros, o Direito pode ser emancipatório.[269]

Essas, contudo, não são questões objeto do presente estudo. Elas questionam premissas com o intuito de provocar o leitor a refletir: mas, então, o Direito é uma ciência? Ou, ainda, o que é o Direito?

São questões que poderiam ser mais bem respondidas se utilizando da metáfora de um "Prêmio Nobel para a Ciência Jurídica". Seria Direito, então, elevado a um grau de importância equivalente às "outras ciências", como a sociologia, a biologia, a neurociência, a física caso possuísse um prêmio por avanços "científicos"? Ou, ainda,

---

[267] AGUILLAR, Fernando Herren: **As Tibiezas do empirismo radical.** *In* AGUILLAR, Fernando Herren: **Metodologia da Ciência do Direito**. São Paulo: Max Limonad, 1999. P. 121/122.

[268] Pouco estudado no Brasil, Eugeni Pachukanis tentou romper com a lógica então predominante do neokantianismo e do positivismo "puro" para adequar a dogmática jurídica à conformidade social da antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas. Cf. PACHUKANIS, Eugeni: **"A teoria geral do Direito e o Marxismo" e "Ensaios Escolhidos (1921-1929)". Tradução de Lucas Simone**. São Paulo: Sundermann, 2017.

[269] Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa: **Poderá o direito ser emancipatório?** Revista Crítica de Ciências Sociais, 65, maio, 2003.

isso afastaria o Direito atual e a forma como é estudado dos métodos "não científicos"? [270]

Outra ponderação necessária para o contexto brasileiro – e, talvez, mundial – em que se elabora este trabalho, é que possivelmente a ciência esteja desacreditada na sociedade. Ouvir que pesquisas eleitorais não são verdadeiras – apesar de serem uma ciência exata, já que baseadas nas estatísticas – ou que a teoria da esfericidade do planeta terra – desenvolvida há mais de dois milênios por Pitágoras – são falsas parecem estar, ainda, sob debate, apesar de métodos científicos capazes de demonstrar a sua exatidão.

Da mesma forma, há até quem diga que as "redes sociais" são capazes tanto de disseminar ciência quanto de descaracterizá-la.[271]

Pois, o que seria então do Direito? Um jurista de qualquer país, adepto da Teoria Pura, conseguiria realizar pesquisas do Direito de outra localidade porquanto o Direito seria Universal? E, talvez mais importante, é necessário isso tudo

---

[270] Essas foram questões levantadas outrora por ULLEN, Thomas Shahan: **Um Prêmio Nobel para a Ciência Jurídica: teoria, trabalho empírico e o método científico no estudo do direito**. *In* PORTO, Antônio Maristrello & SAMPAIO, Patrícia. (orgs.): **Direito e economia em dois mundos: doutrina jurídica e pesquisa empírica.** Rio de Janeiro: FGV, 2013.

[271] Nesse sentido, escreveu Suzana Petropouleas no Jornal da Universidade Estadual de Campinas acerca das redes sociais e o novo locus da ciência, disponível em: https://www.unicamp.br/unicamp/ju/noticias/2018/06/26/redes-sociais-o-novo-locus-da-ciencia, acesso em 12/05/2019.

Com um olhar menos otimista, um clássico do estudo das sociedades em rede é Manuel Castells, que assevera que as pessoas estão sendo marginalizadas e se tornando insignificantes numa sociedade que se baseia totalmente na extrapolação das redes de massa que pode levar a flexibilização extrema das relações de trabalho até a individualização total da mão de obra, o que geraria uma estrutura social totalmente segmantada. Nessa linha, a ciência seria não mais posta ao acesso de todos pelas redes de computadores, mas apenas a uma pequena elite intelectual, cf. A sociedade em rede. São Paulo, Paz & Terra, 2009.

para que o Direito seja alavancado à categoria de ciência e, consequentemente, merecedor de um "Prêmio Nobel para Ciência Jurídica"?[272]

Talvez, mais importante do que o infindável debate entre Direito ser ou não ser ciência – ou, quem sabe, entre o debate de *ser* e de *dever-ser* ciência – o que importa para os ditames desse trabalho é a avaliação da importância de na *Academia* se desenvolver pesquisas – científicas ou não –, afinal é esse um dos tripés da Universidade.[273]

No mesmo ritmo, parte dos acadêmicos do Direito propõem um olhar *sociológico* sobre o Direito. São pesquisadores que se alinham à tradição do "Law and Society", cuja perspectiva coloca o Direito lado a lado à sociedade que o adota. Surgiu o que veio a se chamar de "sociologia do processo civil"[274], talvez disciplina mais afeta deste trabalho.

Sem delongas, a crítica social do processo civil passou a ter importante material de estudo na medida em que deixava de lado a pressuposição de que as regras do jogo eram as mesmas para todos e passou a verificar que o "processo era muito mais importante e complexo do que no pensamento clássico". Consequentemente, a utilidade de uma pesquisa empírica no processo civil não é um demérito à doutrina processual, mas uma elevação de sua importância.[275]

---

[272] ULLEN, Thomas Shahan: **Um Prêmio Nobel para a Ciência Jurídica**. Op. Cit. P. 56/58.

[273] Cf. SIQUEIRA, Fábio; KARLMEYER-MERTENS, Roberto; FUMANGA, Mario; BENEVENTO, Cláudia: **Como elaborar projeto de pesquisa: linguagem e método**. Rio de Janeiro: FGV, 2008.

[274] Cf. TRUBEK, David M.: **The handmaiden's revenge: on reading and using the newer sociology of civil procedure.** Law and Contemporary Problems, vol. 51, n. 4, 1988.

[275] Tradução livre do original (não grifado no original): "If every lawsuit was a micro-lawmaking process in which rules were defined and redefined in light of a rich understanding of social context, if concepts of fact and law were not objective categories but were to be defined relative to each other, and if in any situation there were multiple and possibly conflicting rules the court might draw on, then the clear line between substance and procedure which classical thought had drawn would have to be reconsidered. Once that was done, *procedure began to seem both more important and more complex than it had in classical*

Por mais que haja críticas a uma dogmática jurídica cujo único enfoque seja a análise de normas e sua aplicação[276], é importante para a estrutura do presente trabalho que seja feito um caminho de duas mãos para a explicação da realidade: em primeiro lugar, analisou-se a realidade para se tentar levantar a teoria que baseia a concretude material. Após perquirida a teoria, retorna-se à realidade para testar se ela acontece na prática.[277]

Essa é a lógica estruturante da metodologia deste trabalho, que, para se concretizar, é necessário lançar mão da pesquisa empírica.

4.1. Primeiras notas acerca do objeto estudado;

Retoma-se que o *objeto* do presente trabalho é a *concepção do Tribunal de Justiça de São Paulo sobre a participação dos litigantes nos julgamentos dos incidentes de resolução de demandas repetitivas*. Busca-se, de um lado, perceber a

---

thought. It was no longer just a question of setting up machinery to get the true facts and the correct rule, since these did not exist, at least in the classical sense.

This shift in thought had many ramifications. For present purposes, the most important was to highlight the utility of empirical research on the operation of the courts. Post-Realist thinking about *civil procedure highlighted the importance that differences in procedural arrangements could have on substantive outcomes*. Since it became accepted that various doctrinal answers were available and different "factual" accounts plausible, post-Realist legal science could not provide the one correct solution against which actual outcomes could be measured. In this context, attention shifted to questions of process and participation" em TRUBEK, David M.: **The handmaiden's revenge: on reading and using the newer sociology of civil procedure.** Op. Cit. P. 117/118.

[276] Cf. NOBRE, Marcos: **O que é pesquisa em direito.** São Paulo: Quartier Latin, 2005. Nesse sentido, também, CUNHA, Alexandre dos Santos & SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coords.): **Pesquisa empírica em Direito**. Rio de Janeiro: IPEA, 2013.

[277] Cf. SILVA, Fábio de Sá e: **Vetores, desafios e apostas possíveis na pesquisa empírica em direito no brasil.** Revista de Estudos Empíricos em Direito, vol. 3, n. 1.

receptividade dos desembargadores a uma gama diversa de litigantes, mas com um enfoque na subjetividade específica dos membros que compõem o Tribunal. Ou seja, busca-se verificar qual a *percepção* que os desembargadores têm acerca dessa *participação*.

Parte-se da *hipótese* de que há um dimensionamento restrito do conceito de contraditório por parte dos desembargadores acerca da participação dos litigantes nos incidentes de resolução de demandas repetitivas instaurados perante o Tribunal paulista. A metodologia adotada nesta etapa é hipotético-dedutiva, onde se pretende testar a hipótese por meio da empiria.

Como já visto (cap. 3.4), os incidentes de resolução de demandas repetitivas são uma das formas de processamento e julgamento de processos repetitivos.[278]

Os incidentes de resolução de demandas repetitivas estão categorizados no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de São Paulo na categoria "processos" e subcategoria "precedentes". Lá se encontra a informação de que eles são geridos pelo "Núcleo de Gerenciamento de Precedentes - NUGEP".

Dando entrada no endereço respectivo, há divisão entre os "incidentes inadmitidos, incabíveis e pendentes de admissão" dos "incidentes já admitidos", tendo esses últimos alguns ainda sob apreciação do mérito e outros com decisão já transitada em julgado.

Este trabalho não visa a estudar a admissão dos Incidentes, razão pela qual não serão analisados os Incidentes que ainda não foram admitidos. Dessa forma, e até a data de submissão deste trabalho, foram encontrados 26 (vinte e seis) temas *já admitidos* de incidentes de resolução de demandas repetitivas dos mais variados assuntos,

---

[278] Cf. TEMER, Sofia: **Incidente de resolução de demandas repetitivas.** São Paulo: Juspodium, 2018. Nesse sentido, também, MARINONI, Luiz Guilherme: **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. São Paulo: RT, 2016.

pendendo desde direito do consumidor, passando por obrigações decorrentes de alienação fiduciária e direito tributário até questões previdenciárias de funcionários públicos estaduais.

Para facilitar a visualização, elaborou-se a seguinte tabela em que constam os desembargadores relatores e os assuntos tratados nos incidentes:

Tabela 1 – Os 26 Temas dos IRDRs Paulistas e seus relatores.

Tema 1	Des. Rel. Ricardo Pessoa de Mello Belli	Direito do Consumidor. Contratos de Consumo Bancários.
Tema 2	Des. Rel. Sérgio Coimbra Schmidt	Direito Administrativo. Empregado Público e Temporário.
Tema 3	Des. Rel. Lígia Araújo Bisogni	Direito Civil. Obrigações. Contratos bancários.
Tema 4	Des. Rel. Francisco Eduardo Loureiro	Direito Civil. Promessa de Compra e Venda.
Tema 5	Des. Rel. Jefferson Moreira de Carvalho	Direito Administrativo. Sistema Remuneratório de Servidor Militar.
Tema 6	Des. Rel. Jarbas Gomes	Direito Administrativo. Sistema Remuneratório de Servidor Público Civil.
Tema 7	Des. Rel. Jefferson Moreira de Carvalho	Direito Administrativo. Sistema Remuneratório de Servidor Público Civil.
Tema 8	Des. Rel. Wanderley José Federighi	Direito Tributário. Taxa Municipal de Coleta de Lixo.
Tema 9	Des. Rel. Antônio Carlos Malheiros	Direito Tributário. ICMS.
Tema 10	Des. Rel. Paulo Barcellos Gatti	Direito Administrativo. Sistema Remuneratório de Servidor Público Civil.
Tema 11	Des. Rel. Grava Brazil	Direito do Consumidor. Planos de Saúde.

Tema 12	Des. Rel. Flora Maria Nesi Tossi Silva	Direito Administrativo. Sistema Remuneratório de Servidor Público Civil.
Tema 13	Des. Rel. Luciana Bresciani	Direito Administrativo. Infração Administrativa. Multas e demais Sanções.
Tema 14	Des. Rel. Grava Brazil	Direito do Consumidor. Planos de Saúde.
Tema 15	Des. Rel. Torres de Carvalho	Direito Tributário. ICMS.
Tema 16	Des. Rel. Jarbas Gomes	Direito Administrativo. Irredutibilidade de Vencimentos de Servidor.
Tema 17	Des. Rel. Torres de Carvalho	Direito Administrativo. Gratificação Estadual Específica de Servidor Público Civil.
Tema 18	Des. Rel. Fermino Magnani Filho	Direito Administrativo. Reajustes de Remuneração, Proventos ou Pensão de Servidor Público Civil.
Tema 19	Des. Rel. Torres de Carvalho	Direito Tributário. ITBI.
Tema 20	Des. Rel. Gomes Varjão	Direito Civil. Prestação de Serviços de Água e Esgoto.
Tema 21	Des. Rel. Antônio Celso Faria	Direito Administrativo. Aposentadoria Voluntária de Servidor Público Civil.
Tema 22	Des. Rel. Edson Ferreira	Direito Administrativo. Irredutibilidade de Vencimento de Servidor.
Tema 23	Des. Rel. Torres de Carvalho	Direito Administrativo. Promoção e Ascensão de Servidor em Regime Estatutário.
Tema 24	Des. Rel. Henriques Harris Júnior	Direito Tributário. Taxa Municipal de Coleta de Lixo
Tema 25	Des. Rel. Paulo Barcellos Gatti	Direito Administrativo. Gratificações e Adicionais de Servidor Militar.
Tema 26	Des. Rel. Andrade Neto	Direito Civil. Alienação Fiduciária.

Fonte: Elaboração Própria.

Dessa forma, tem-se que 19 (dezenove) Desembargadores são responsáveis pela relatoria dos 26 (vinte e seis) incidentes de resolução de demandas repetitivas já admitidos no Tribunal de Justiça de São Paulo, a saber Des. Andrade Neto, Des. Antônio Celso Faria, Des. Antônio Carlos Malheiros, Des. Edson Ferreira, Des. Fermino Magnani Filho, Des. Flora Maria Nesi Tossi Silva, Des. Francisco Eduardo Loureiro, Des. Gomes Varjão, Des. Grava Brazil, Des. Henriques Harris Júnior, Des. Jarbas Gomes, Des. Jefferson Moreira de Carvalho, Des. Lígia Araújo Bisogni, Des. Luciana Bresciani, Des. Paulo Barcellos Gatti, Des. Ricardo Pessoa de Mello Belli, Des. Sérgio Coimbra Schmidt, Des. Torres de Carvalho e Des. Wanderley José Federighi.

O Tribunal de Justiça de São Paulo se divide em três Seções, quais sejam, as de Direito Privado, Direito Público e Direito Criminal. Apenas as duas primeiras possuem Incidentes suscitados, não tendo ainda notícia de quaisquer incidentes na seara Penal neste Estado

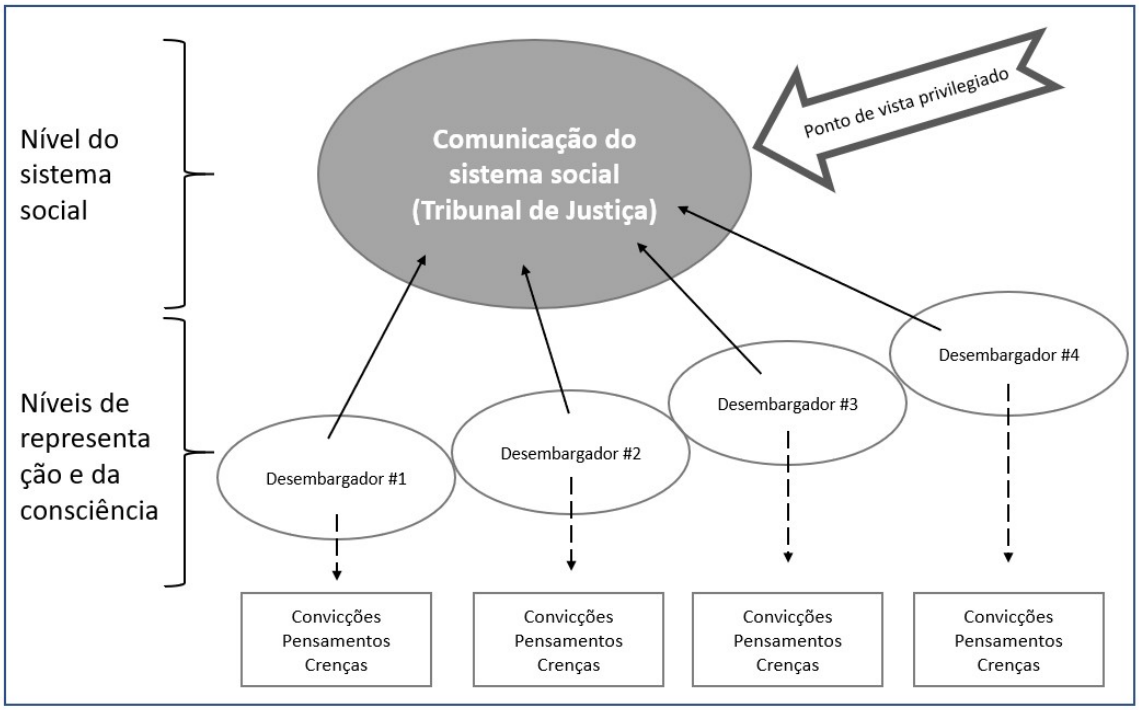
Analisando os temas, vê-se que há mais temas tratados pela Seção de Direito Público do que os temas tratados pela sua homóloga de Direito Privado (esses pintados em cinza na Tabela 1 acima aduzida) na proporção de 19:7 (dezenove para sete).

4.2. Instrumental de Pesquisa;

Um ponto inicial que comporta friso é de que nesta pesquisa se considerou uma abordagem descentrada do sujeito. Em outras palavras, considerou-se que os sujeitos, por fazerem parte de uma organização, acabam por formar um sistema

social.[279] Ou, no caso do presente estudo, as visões individuais dos desembargadores (os sujeitos) acabam formando a visão do Tribunal (sistema social), conforme figura abaixo:

Figura 1. A comunicação como nível de observação privilegiado da pesquisa



Fonte: Elaboração própria. Adaptado.

Esse tipo de técnica é importante na medida em que as pesquisas de abordagem qualitativa que seguem essa linha de pensamento:

---

[279] GARCIA, Margarida: **Novos Horizontes Epistemológicos para a Pesquisa Empírica em Direito: "descentrar" o sujeito, "entrevistar" o sistema e dessubstancializar as categorias jurídicas.** Revista de Estudos Empíricos em Direito, 2014, vol. 1, n. 1.,. P. 190 e seguintes.

> Buscam em diferentes graus ultrapassar as razões expressas ou explícitas, e que assumem como missão fazer emergir as razões implícitas, latentes, escondidas, as únicas capazes de explicar `realmente´ - acredita-se – o comportamento dos atores.[280]

Como existem questões políticas, profissionais, corporativas, o que se busca, em verdade, é analisar o discurso dos sujeitos tentando elaborar uma ideia de como é discurso do sistema social para além daquilo que é dito durante as entrevistas. Isso ocorre, também, pelo que se deu nome de "diferencial funcional", que acaba fazendo com que o sujeito que busca participar da comunicação do sistema social acaba adotando um discurso próprio desse sistema.[281]

Vale dizer, a luz que se projeta dos desembargadores acaba formando a imagem que se tem do Tribunal de Justiça.

Para captar essa luz, utilizou-se do método de entrevistas individuais com os desembargadores dos órgãos de julgamentos dos incidentes de resolução de demandas repetitivas, já que é a técnica mais adequada tanto para que haja uma resposta individual do pensamento de cada magistrado, quanto para facilidade e viabilidade do agendamento das entrevistas.

Previamente à realização das entrevistas, procedeu-se à realização de pré-testes com desembargadores membros da turma especial que não tinham ainda sido relatores de nenhum incidente de resolução de demandas repetitiva. Para tanto, foi elaborado um roteiro de entrevista menos estruturado do que o que viria a ser aplicado,

---

[280] GARCIA, Margarida: **Novos Horizontes Epistemológicos para a Pesquisa Empírica em Direito**. Op. Cit. P. 192.

[281] GARCIA, Margarida: **Novos Horizontes Epistemológicos para a Pesquisa Empírica em Direito**. Op. Cit. P. 192

testando se os tópicos que seriam abordados estavam em conformidade com os debates travados dentro desse microssistema de resolução dos processos repetitivos.

Uma vez realizados os pré-testes com os desembargadores que não participariam do campo amostral final da pesquisa, concebeu-se o primeiro tópico-guia de entrevistas (anexo III), que continham os 3 principais tópicos que deveriam ser tratados na entrevista, bem como elementos dentro desses tópicos que estivessem presentes nas falas dos desembargadores.

O método utilizado será o indutivo, uma vez que são colhidos os depoimentos dos entrevistados e deles se erigirão os elementos concatenadores da análise que se segue ao relatório.

A técnica escolhida foi de entrevistas pouco estruturadas, em que a conversação continuada se apresentará de forma mais fluída e mais elementos subjetivos dos entrevistados serão coletados, enfatizando-se a absorção do meio e da comunicação social em que estão inseridos os sujeitos por um período de tempo mais longo, do que em fazer perguntas de forma meramente objetiva por meio de itens.[282]

A entrevista com desembargadores foi, como mencionado, realizada por tópicos-guia de entrevista, em que não houve perguntas específicas sobre um tema, mas meramente pontos que deveram ser debatidos entre os entrevistados, com perguntas específicas e generalizantes, para tanto guiar a entrevista quanto coletar dados que poderão, eventualmente, ser quantificáveis, ainda que sem a perspectiva de generalização. Além disso, a utilização dos tópicos-guia serve para:

> Dar conta dos fins e objetivos da pesquisa. Ele se fundamentará na combinação de uma leitura crítica da literatura apropriada, um reconhecimento de campo

[282] BAUER, Martin W. e GASKELL, George (editores): **Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som – um manual prático. Tradução de Pedrinho A. Guareschi, 3ª ed.** Petrópolis: Vozes, 2002. P. 64.

> (que poderá incluir observações e/ou algumas conversações preliminares com pessoas relevantes), discussões com colegas experientes e algum pensamento criativo. Como ideal, o tópico guia deveria caber em uma página. Ele não é uma série extensa de perguntas específicas, mas ao contrário, um conjunto de títulos de parágrafos.[283]

Durante as entrevistas, era realizada uma lista de checagem de quais elementos haviam sido tratados e, antes de se passar ao tópico seguinte, o pesquisador resumia a fala do entrevistado e propunha uma análise dos elementos faltantes. Dessa forma, unia sentido ao resumo do que havia sido discutido e propunha que o desembargador tratasse daquele tema. Na eventualidade de, mesmo após essa técnica, o desembargador não mencionar o elemento, o pesquisador prosseguia para que os demais elementos pudessem ser estudados.

Essa opção se deu por dois motivos. O primeiro era de fomentar um fluxo natural à entrevista. O segundo era de que se mesmo quando suscitado a resvalar em um elemento o entrevistado tergiversasse, era possível que a sua percepção sobre determinado elemento era ou inexistente ou o entrevistado não gostaria de compartilhá-la.

A quantidade de entrevistas prevista foi limitada até haver uma saturação das interpelações trazidas pelos entrevistados, porquanto por mais que haja uma vasta gama de interpretações possíveis da realidade, há uma certa congruência entre elas, sobretudo nas representações de tais experiências individuais que, embora únicas de cada indivíduo, em alguma medida são decorrente da vida em coletivo:[284]

---

[283] Ibidem. P. 66.

[284] Ibidem. P. 71.

> Instead, grounded theory advocates that you sample in terms of what is relevant to and meaningful for your theory. The key is to ensure you sample so as to test your emerging theoretical ideas. The approach is supposed to be an iterative one—that is, one in which there is a movement backwards and forwards between sampling and theoretical reflection.[285]

O recrutamento dos entrevistados foi feito por meio de carta-convite, em papel timbrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, entregue juntamente a um termo de confidencialidade (assinado em duas vias), formalidades essas com vias a ser mais convidativa a participação. Finalmente, importante frisar que o autor do presente trabalho também foi o único entrevistador, degravador e redator da pesquisa.[286]

4.3. Primeiros desafios e notas da Pesquisa; e

Para agendamento das entrevistas com os desembargadores, lançou-se mão de contatos telefônicos junto a seus gabinetes para tentativa de explicar a pesquisa e o objeto de estudo, bem como o objetivo de se entrevistarem os desembargadores, tentando, contudo, manter alguns pontos omitidos para que não se enviesassem os

---

[285] BRYMAN, Alan: **Social Research Methods, 4th Edition**. Oxford: Oxford University, 2012. P. 420.

[286] Em experiência anterior deste autor, percebeu-se que tais formalidades auxiliaram a aproximação e o relaxamento dos entrevistados, cf. SHECAIRA, Fernando Muniz: **Poderes Instrutórios do Juiz no Direito de Família - Uma análise empírica de sua aplicação**. Monografia (Bacharelado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

resultados colhidos durante a aplicação do método empírico. Todos esses contatos foram gravados.

Como tentativa de criar confiança no entrevistador[287] bem como para aperfeiçoar o roteiro de entrevistas, realizou-se um pré-teste com desembargadores que compõem o órgão especial de julgamento de casos repetitivos, mas que não foram ainda relatores de um incidente de resolução de demandas repetitivas, para que não se maculasse o espaço amostral dedicado a esse estudo. A entrevista resultou em algumas retificações no roteiro de entrevista, além de criar uma ponte de acesso aos outros desembargadores, facilitando contatos e abrindo diálogo junto aos magistrados.

Além disso, o entrevistador faz parte do Grupo de Pesquisas de Acesso à Justiça e Litigiosidade Repetitiva da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, cuja coordenação fica à cargo de sua orientadora e de um desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Para facilitar o contato com os desembargadores, era sempre mencionado que a pesquisa estava vinculada a esse grupo, sempre lembrando do colega desembargador coordenador do grupo. Esse elemento, não poucas vezes, foi levantado pelos próprios entrevistados como elemento de confiança na seriedade da pesquisa realizada.

A despeito disso, um primeiro desafio foi conseguir agendamentos durante o período da realização das entrevistas, uma vez que os desembargadores contavam com agendas lotadas e dispunham de pouco tempo para que se dedicassem a atividades outras que não a da judicatura.

---

[287] É importante ressaltar que o entrevistador, ora autor deste trabalho, é caucasiano, homem, de classe social elevada, estagiou por diversos anos no Tribunal de Justiça de São Paulo, possui alguns contatos com desembargadores facilitados por relações familiares, profissionais e acadêmicas, e já realizara entrevista com magistrados em uma pesquisa anterior. Esses dados importam para facilitar a replicabilidade da pesquisa em comento.

Ressalta-se que não há informação sobre os e-mails institucionais dos desembargadores no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de São Paulo, limitando-se a informação somente a um telefone ramal no prédio em que cada desembargador tem seu gabinete – são 3 localidades, a R. Conde de Sarzedas 38, R. Conde de Sarzedas, 100 e Av. Ipiranga, 165, todas na capital paulista.

Importa notar que alguns gabinetes sequer responderam às tentativas de agendamento de entrevista por parte do pesquisador. Após um contato inicial, eram tentadas mais duas vezes o agendamento das entrevistas. Num dos casos, por exemplo, a assistente do desembargador se mostrou desconfortável em perguntar, novamente, a seu chefe sobre a possibilidade de pesquisa: "Ah, doutor, fica complicado eu falar de novo com Vossa Excelência (sic), é melhor deixar assim."[288].

Outro ponto importante é que alguns dos "desembargadores não atendem" todos os dias, ou seja, eles não recebem pesquisadores ou advogados em todos os dias da semana em seus gabinetes. Isso, possivelmente, é decorrente da necessidade de que eles compareçam às Sessões de Julgamento no Palácio da Justiça, mas, também, foi informado por alguns assistentes que seus desembargadores trabalhavam em regime de *home-office* e que só faziam atendimento ao público em determinado dia (informação verbal).[289]

Contudo, cumpre frisar que foram eventos isolados e que, na grande maioria dos contatos telefônicos, era agendada a entrevista para a mesma semana, sempre com muita rapidez e presteza.

Tampouco se pode reclamar do tratamento dedicado ao pesquisador, que sempre foi recebido com muita cordialidade, tanto pelos assistentes quanto pelos

---

[288] TAL, Fulana de: Contato telefônico 5 (abril, 2019). Entrevistador: Fernando Muniz Shecaira. São Paulo, 2019. Arquivo .mp3 (4 minutos).

[289] TAL, Fulano de: Contato telefônico 2 (março, 2019). Entrevistador: Fernando Muniz Shecaira. São Paulo, 2019. Arquivo .mp3 (5 minutos).

entrevistados, inexistindo qualquer tipo de disparidade de tratamento que, vez ou outra, gera casos midiáticos ou notas de desagravo por parte da Ordem dos Advogados do Brasil.

Além disso, o pesquisador sempre foi trajando vestes esporte-fino, para que não o confundissem por advogado e, também, para que a entrevista fosse o menos formal possível, abrindo portas para que os entrevistados passassem as suas percepções pessoais acerca da participação dos litigantes nos julgamentos de processos repetitivos. Munido de uma pasta com os documentos (carta de entrevista, termo de sigilo e responsabilidade, tópico-guia para entrevistas), com caderno e com uma caneta, sempre que iniciava a entrevista informava aos entrevistados acerca das questões de anonimato e sobre a possibilidade de se realizar a gravação daquele ato. Anotava os pontos substanciais do ambiente e da entrevista, anotando, rapidamente, o minuto em que estaria fala relevante na gravação respectiva.[290]

No geral, as entrevistas tiveram uma duração de cerca de vinte minutos, variando desde cinco até oitenta. Foram realizadas nas próprias salas dos desembargadores dentro dos respectivos complexos de gabinetes no prédio respectivo a cada seção.

Um elemento que cabe se levantar para discussão é o extremo formalismo para que se acesse um desembargador. De um lado, apenas uma pessoa com algum conhecimento do Tribunal seria capaz de se sentir confiante o bastante para enfrentar todas as etapas necessárias para ser recebido por um desembargador. Isso demonstra, de alguma sorte, que o Judiciário está distante da parte da população, bastando-se a se resguardar em seus gabinetes, todos climatizados e bem abastecidos.

---

[290] Conforme sugerido em LIMA, Márcia: O uso da entrevista na pesquisa empírica. *In* ABDAL, Alexandre; OLIVEIRA, Maria Carolina Vasconcelos; GHEZZI, Daniela Ribas; SANTOS JR., Jaime: Métodos de pesquisa em Ciências Sociais – Bloco Qualitativo. São Paulo: Cebrap, 2016.

Também, é relevante notar que uma vez percorridas todas as formalidades para as entrevistas, os desembargadores se mostraram totalmente abertos a receber o entrevistador, inclusive agradecendo a possibilidade de serem entrevistados.

Aparentemente, essa simbologia acaba transbordando para o julgamento dos processos repetitivos, uma vez que, como se verá a seguir, parece que esse movimento de neutralidade é a regra geral sobre a qual se funda a participação dos litigantes em processos cujo interesse possivelmente não haverá representatividade adequada e cuja decisão afetará a todos (conforme visto no capítulo 3).

4.4. Resultados.

A redação desta etapa foi elaborada após a realização de várias entrevistas com membros de ambas as seções do Tribunal – as entrevistas de 1 a 5 referem-se à seção de direito privado e as de 6 a 12 às de direito público. Uma vez saturado o espaço amostral, e tendo por princípio a abordagem qualitativa desta pesquisa, optou-se por limitar-se a somente 12 desembargadores entrevistados, conforme mencionado no capítulo 4.2.

De certo modo, os desembargadores das duas seções, relativamente uniformes no seu próprio âmbito de atuação, divergiram entre si (i) no entusiasmo em relação à participação nos julgamentos de processos repetitivos; (ii) na qualidade/quantidade de participação; (iii) na efetividade da participação; e (iv) no caráter jurídico do incidente de resolução de demandas repetitivas. Foram essas as *inquietações* mais prementes da pesquisa empírica qualitativa.

Essa divergência, por si só, poderia pôr em xeque a hipótese deste trabalho, na medida em que essa não previu a existência de duas massas dissonantes dentro do mesmo Tribunal, sendo que uma delas dimensionaria de forma mais abrangente o conceito de contraditório do que a outra.

Embora aliciante essa divergência, importa mais que ela lança luz num aspecto instigante do processo civil, qual seja o de existir uma divergência do processo conforme a variação do direito material (informação verbal).[291]

Constatou-se, inclusive, uma explicação colhida em uma entrevista de um desembargador da Seção de Direito Público, "a nossa litigância é mais concentrada, e a do privado é muito espalhada. São partes diferentes. Advogados, principalmente, diferentes". Essa explicação, aparentemente, está em acordo com o que Marc Galanter[292] acabou por auferir como "vantagem" do advogado que por vezes se coloca em papel similar ao de grandes litigantes. No microssistema social da Seção de Direito Público público isso seria mais notório, porque, conforme explicitou o entrevistado são "apenas alguns poucos escritórios de alta combatividade", e no direito privado há uma "dispersão maior" (informações verbais).[293]

Ainda sobre as vantagens reproduzidas pelos litigantes habituais e pelos ocasionais, um dos desembargadores da Seção de Direito Privado disse que há uma "faca de dois gumes" nos processos repetitivos:

> Quando as associações se juntam, os caras conseguem pagar advogados melhores, mandam para sustentação oral, contratam pareceristas, técnicos, e acabam tendo uma defesa melhor do que nos processos individuais. Mas as empresas também conseguem.[294]

---

[291] TAL, Fulana de: Entrevista 10 (maio, 2019). Entrevistador: Fernando Muniz Shecaira. São Paulo, 2019. Arquivo .mp3 (52 minutos)

[292] Conforme verificado no capítulo 3.5.

[293] TAL, Fulana de: Entrevista 10 (maio, 2019). Entrevistador: Fernando Muniz Shecaira. São Paulo, 2019. Arquivo .mp3 (52 minutos)

[294] TAL, Fulana de: Entrevista 4 (abril, 2019). Entrevistador: Fernando Muniz Shecaira. São Paulo, 2019. Arquivo .mp3 (27 minutos).

4.4.1. Entusiasmo em relação à participação nos julgamentos de processos repetitivos;

De certa forma, os desembargadores da seção de direito privado se mostraram mais entusiasmados com a abertura de participação das partes. Isso era notório pelo grau de entonação que utilizavam quando incentivados a comentar sobre a participação de terceiros para auxiliar nos trabalhos da corte. Um desembargador, por exemplo, comentou:

> Quando eu dei a decisão de recebimento do IRDR, eu mesmo, de ofício, eu provoquei a Ordem dos Advogados do Brasil, porque ela tem uma comissão de Direito Imobiliário muito atuante. Intimei o Ministério Público, como manda a lei, mandei um ofício para o IDEC e para o Procon, e deixei aberto para que quaisquer outras entidades se manifestassem para adentrarem como *amicus curiae*.[295]

Do que se extrai, esse desembargador entende necessária uma participação entre entidades mais bem preparadas para a função de *amicus curiae*, oficiando institutos e fundações que pudessem enfrentar um litigante habitual com menor "disparidade de armas".

Em nenhum momento, por exemplo, algum dos desembargadores suscitou a possibilidade de serem oficiadas pessoas físicas para a participação nos julgamentos de processos repetitivos.

---

[295] TAL, Fulana de: Entrevista 2 (março, 2019). Entrevistador: Fernando Muniz Shecaira. São Paulo, 2019. Arquivo .mp3 (14 minutos).

Um dos desembargadores, inclusive, quando instado a comentar acerca de pessoas físicas sendo categorizadas como *amicus curiae* acabou por informar que ele aceita todas as pessoas, algo que normalmente não ocorre em sua turma:

> Sim, mesmos pessoas físicas puderam participar como *amicus curiae*. Aqui no Órgão (referindo-se à Turma Especial) Especial todos querem colocar os *amicus curiae* no "fundão", sem ouvir ninguém. Nos tribunais superiores, o *amicus curiae* aparece e todo mundo fala "põe uma beca e vem", então acredito que temos que fazer a mesma coisa aqui.[296]

Por outro lado, os desembargadores do direito público, no geral, acabaram se esquivando de afirmar a importância da participação. Alguns poucos preferiram afirmar que não haveria, sequer, a possibilidade de haver *amicus curiae*, conforme um entendimento do Superior Tribunal Federal de que os amigos da corte deveriam ser sempre desinteressados, conforme um dos entrevistados asseverou:

> Eu sou da opinião que não deveria haver *amicus curiae* qualquer, porque são todos partes interessadas e aqui estamos julgando o direito objetivo, se há ou não imposto, se tem ou não tem que dar o medicamento.[297]

---

[296] TAL, Fulana de: Entrevista 12 (maio, 2019). Entrevistador: Fernando Muniz Shecaira. São Paulo, 2019. Arquivo .mp3 (27 minutos).

[297] TAL, Fulana de: Entrevista 7 (maio, 2019). Entrevistador: Fernando Muniz Shecaira. São Paulo, 2019. Arquivo .mp3 (8 minutos).

Novamente, como se vê, existe uma tendência de que o direito material influa sobremaneira nos procedimentos de julgamento de casos repetitivos. É claro, não é uma questão impeditiva, mas a tônica de ambas as seções era sempre comparar o instituto processual com a solução dos seus casos de direito material – seja as matérias do público, seja as do privado.

Essa percepção de que no incidente de resolução de demandas repetitivas há pólos de poder em disputa, não necessariamente as partes de uma demanda, foi evidenciada, inclusive, em uma das entrevistas na seção de direito privado:

> NO IRDR não existe propriamente um polo, a gente elege uma causa que seja repetitiva, de um caso que represente divergência no Tribunal, e tenha um número razoável de feitos em julgamento, e instaura o IRDR. Aquela parte que recorre no recurso que dá origem ao IRDR ela se assemelha a uma parte, mas na verdade, embora o IRDR vá julgar o caso dele em sequência, o *ponto central do IRDR é resolver esses conflitos de julgamento no Tribunal*. O *foco maior não é na parte em si, que é intimada e participa, mas em todas as entidades do setor*."[298]

Era notável, na Seção de Direito Privado, uma maior preocupação na participação das entidades, revelando não só uma preocupação de cunho teórico "o foco é em todas as entidades do setor" mas, também, de cunho prático, com o chamamento dessas entidades para que se manifestassem no incidente, "eu mesmo, de ofício, intimei a OAB, entidades, etc".

---

[298] TAL, Fulana de: Entrevista 1 (março, 2019). Entrevistador: Fernando Muniz Shecaira. São Paulo, 2019. Arquivo .mp3 (23 minutos).

Talvez, inconscientemente, haja uma preocupação de que as manifestações dentro dos processos repetitivos devam ser realizadas por litigantes com menores desvantagens frente aos litigantes habituais. É por conta disso que foram mencionadas, não uma única vez, a Fundação Procon, o IDEC, a Defensoria Pública, entidades que, em tese, poderiam atuar pela defesa do litigante ocasional.

Entretanto, uma racionalidade por trás dessa escolha não transpareceu em nenhuma das entrevistas e, a despeito de haver preocupação por partícipes nos julgamentos, uma falta de operacionalização da chamada de *amici curiae* ou de agendamento de consultas e audiências públicas pode ensejar uma desvantagem para o litigante ocasional, cuja participação deveria ser sempre alargada e beneficiada para equiparar suas armas às do litigante habitual.

De outro lado, na Seção de Direito Público, um entrevistado afirmou que o pensamento dessa Seção era mais voltado a *impedir* a participação, por mais que ele próprio não concordasse com seus pares e, em suas relatorias, fosse bem "liberal" quanto à possibilidade de que quaisquer partes, físicas ou jurídicas, participassem dos julgamentos dos incidentes de resolução de demandas repetitivas.[299]

Nessa perspectiva, de ausência de participação, tem-se que em ações versando sobre imposto, por exemplo, teríamos um dos maiores litigantes do Brasil – a Fazenda Pública – em contraposição a litigantes que podem ser tanto habituais – no caso de uma empresa grande – quanto ocasionais – no caso de micro, pequenas e médias empresas de um município de baixo índice populacional, *verbi gratia*.

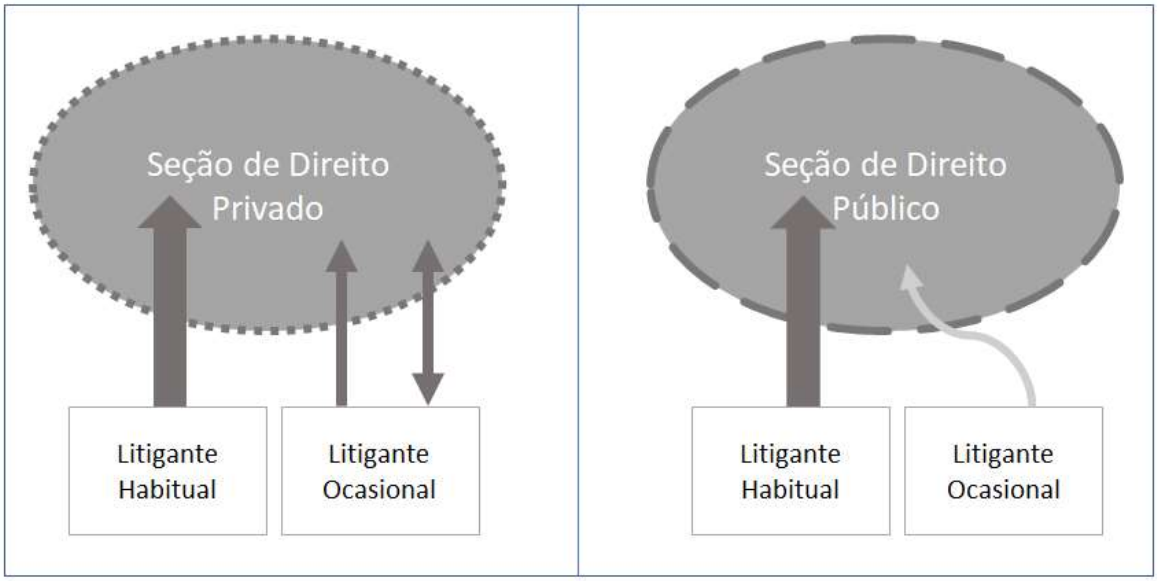
Dentro dessa Seção, consequentemente, vê-se que a comunicação social é de possível afastamento de *todos* os litigantes, o que pode gerar desvantagens de acesso aos litigantes ocasionais.

---

[299] Cf. TAL, Fulana de: Entrevista 12 (maio, 2019). Entrevistador: Fernando Muniz Shecaira. São Paulo, 2019. Arquivo .mp3 (27 minutos).

Um quadro comparativo para essa questão pode ser ilustrado da forma abaixo, em que uma das seções se mostrou permeável à entrada do litigante ocasional, e a outra demonstrou certa impenetrabilidade:

Figura 2. Permeabilidade das Seções do Tribunal acerca da Participação dos Litigantes;



Fonte: Elaboração Própria.

4.4.2. Qualidade, quantidade e efetividade de participação nos julgamentos de processos repetitivos;

Outro ponto de destaque, foi a percepção de que as entidades representativas acabam não participando dos julgamentos de casos repetitivos no Tribunal, por mais que sejam instadas a fazê-lo. Além disso, tanto Ministério Público quanto a Defensoria Pública foram criticados por procederem de forma pouco diligente na participação durante o processamento do incidente.

Cogita-se se a causa encontra-se nos seus desenhos institucionais, mas não há informações claras nos lampejos das entrevistas. Um dos desembargadores, por exemplo, asseverou:

> Eu noto que sempre são *entidades privadas que aparecem nos IRDRs para participar como amicus curiae, mas o Ministério Público, a Defensoria Pública, acabam ficando quase inertes, desatentos mesmo*. Enquanto as entidades de defesa do consumidor acabam sempre estando atentas e tendo participações mais ativas, com pareceristas etc. A gente oficia, publica, põe no site do Tribunal, e mesmo assim as pessoas não comparecem[300]

Um dos desembargadores da Seção de Direito Público comentou acerca da pouca participação nos incidentes de resolução de demandas repetitivas, afirmando não haver nem uma postura mais "ativa" em buscar que entidades interessadas participem do processo de julgamento de casos repetitivos, nem uma limitação dos efeitos do julgamento por conta da ausência de participação:

> Em alguns (IRDRs) que adquirem uma repercussão maior entre eles, há manifestação de quem é parte, e de vários terceiros, alguns se apresentando como assistentes e outros como amicus curiae. A turma tem visto com certa flexibilidade a ampliação da participação. Mas essa experiência tem sido pouca. Normalmente são apenas as partes do processo,

---

[300] TAL, Fulana de: Entrevista 3 (abril, 2019). Entrevistador: Fernando Muniz Shecaira. São Paulo, 2019. Arquivo .mp3 (79 minutos).

> ou o sindicato e associação da qual a própria parte seja filiada (e o poder público).[301]

E, no tocante às entidades públicas, um dos desembargadores da Seção de Direito Público criticou a atuação da Defensoria Pública:

> As manifestações, em geral, têm sido boas. Não todas, mas elas são razoavelmente adequadas. O que nós estamos sentindo falta é de participação. A Defensoria, por exemplo, não participou desse caso. Oficiamos, e eles não participaram.[302]

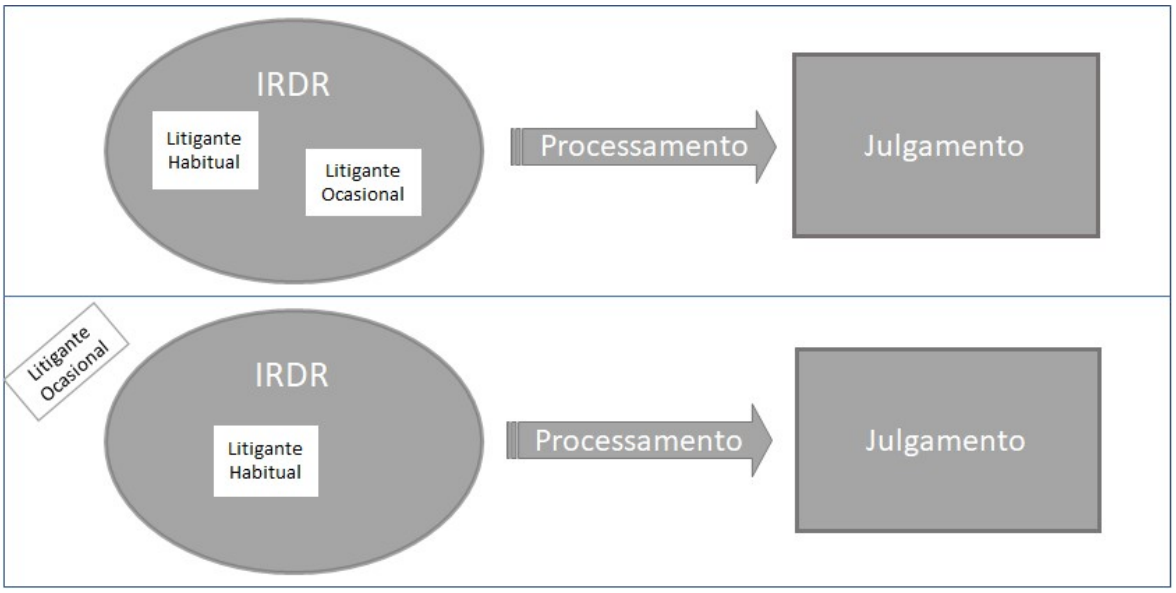
Algo interessante de se mencionar, quiçá, é que diferentemente do processo coletivo em que, em alguns casos, inexistindo a representatividade adequada o processo acaba não sendo processado, nos incidentes de resolução de demandas repetitivas a percepção dos desembargadores de forma quase unânime é a de que não ocorrendo a participação, o incidente deve ser processado e julgado de toda sorte:

---

[301] TAL, Fulana de: Entrevista 10 (maio, 2019). Entrevistador: Fernando Muniz Shecaira. São Paulo, 2019. Arquivo .mp3 (52 minutos)

[302] TAL, Fulana de: Entrevista 10 (maio, 2019). Entrevistador: Fernando Muniz Shecaira. São Paulo, 2019. Arquivo .mp3 (52 minutos)

Figura 3. Litigantes necessários para processamento do IRDR



Fonte: Elaboração própria

E, como já verificado no capítulo 3, isso pode acarretar uma desvantagem de legitimação democrática ao incidente de resolução de demandas repetitivas, porque nele não há formação de coisa julgada somente *secundum eventum litis et eventum probationis*, e porque nele não houve a participação de todas as pessoas – ou de seus representantes – que seriam afetadas pelo teor da decisão.

Este, portanto, parece ser o *realce sobre a participação nos julgamentos de processos repetitivos* (respondendo às duas *inquietações* do início deste subcapítulo): nos desembargadores da Seção de Direito Privado que foram entrevistados, há um maior entusiasmo na participação, com algum incentivo da ordem de chamamento ao incidente, porém sem sanções previstas no caso de não comparecimento; paralelamente, nos da Seção de Direito Público, há uma menor preocupação em se promover a participação, tampouco havendo qualquer tipo de controle na hipótese de não comparecimento. Em ambas as seções, foi notável que, em termos de comunicação social, há, grosso modo, uma permeabilidade para que espontaneamente as entidades interessadas ingressem como amigos da corte ou terceiros interessados, ainda que isso

seja mais marcante no discurso dos desembargadores entrevistados da Seção de Direito Privado.

Mais especificamente em relação ao objeto deste trabalho, um dos desembargadores da Seção de Direito Privado tocou em um ponto que merece nota:

> Todos os lados apresentaram laudos, estudos técnicos, e como participaram ativamente, dispensamos a audiência. Houve sim a audiência da sessão de julgamento, em que todos puderam participar fazendo sustentação oral, com a prévia distribuição dos memoriais a todos os membros da banca julgadora. Até para afastar a audiência pública eu intimei para que todo mundo fizesse um memorial, para alargar o contraditório.[303]

Aparentemente, uma das preocupações era exatamente a de ampliar o contraditório, ou seja, dimensioná-lo de uma maneira mais "alargada", como ele mesmo afirmou na entrevista. Existe, ao menos nos desembargadores entrevistados da Seção de Direito Privado, certa preocupação com aumentar o contraditório, mas talvez o modo para operacionalizar isso não esteja, ainda, muito claro ou evidente.

Comporta frisar, entretanto, que a segunda *inquietação* ficou de certo modo convergente num aspecto. Quase todos os desembargadores entrevistados veem com maus olhos as audiências públicas. As audiências públicas[304] seriam uma forma de participação direta do cidadão afetado por uma decisão de um processo, sem

---

[303] TAL, Fulana de: Entrevista 1 (março, 2019). Entrevistador: Fernando Muniz Shecaira. São Paulo, 2019. Arquivo .mp3 (23 minutos).

[304] Cf. MUNIZ, Cibele Cristina Baldassa: **Participação Democrática na Administração Pública: Audiências e Consultas Públicas na Lei 9.784/99**. Op. Cit.

que houvesse a "representação" por parte de uma entidade ou associação, sem que a essas últimas não fosse lícito sua participação concomitante ao indivíduo.

Falas nesse sentido se ouviram tanto dos desembargadores da Seção de Direito Privado:

> A prática de chamar as partes ao processo era melhor do que a chamar a audiência pública. Mas a audiência pública, no final, acaba sendo muito mais um cenário político, uma discussão em que as pessoas vão e ficam interrompendo as falas, e acaba não sendo uma discussão produtiva.[305]

Quanto dos desembargadores da Seção de Direito Público, a exemplo dessa manifestação:

> No IRDR as matérias são de direito, e por isso não houve a necessidade de fazer audiência pública, mas a gente abre para que as partes participem como entidades caracterizadas como *amicus curiae*, inclusive para sustentarem oralmente na sessão de julgamento.[306]

---

[305] TAL, Fulana de: Entrevista 1 (março, 2019). Entrevistador: Fernando Muniz Shecaira. São Paulo, 2019. Arquivo .mp3 (23 minutos).

[306] TAL, Fulana de: Entrevista 11 (maio, 2019). Entrevistador: Fernando Muniz Shecaira. São Paulo, 2019. Arquivo .mp3 (25 minutos).

Ainda em relação à efetividade da participação, ou seja, na capacidade de que as manifestações trazidas pelos *amici curiae* influam na formação da convicção dos desembargadores, os entrevistados em quase sua totalidade afirmaram que os *amici curiae* foram aptos a trazer argumentos que vieram a ser utilizados na elaboração dos votos nos julgamentos dos processos repetitivos.

A entonação dos desembargadores foi, salvo uma exceção – em que o desembargador acreditou que "por ser mero expediente de cunho normativo"[307], não haveria necessidade de que as partes sequer participassem –, sempre no sentido de exprimir obviedade de que os amigos da corte eram habilidosos no levantamento de teses para sustentar seus interesses perante as Turmas Especiais.

A percepção dos desembargadores sobre esse tópico em específico, portanto, é de que a participação de todos os *amici curiae* é de extrema qualidade, sempre – ou quase sempre – capaz de formar a convicção dos magistrados sobre determinado tema. Como a entrevista qualitativa só é capaz de enxergar uma parte da realidade, foi necessário buscar outros estudos para averiguar se essa é, de fato, uma percepção correta que os entrevistados possuem de si mesmos.

O que se verificou, contudo, é que essa assertiva exarada pelos desembargadores com grande grau de convicção contrasta com o que outros estudos têm demonstrado sobre a capacidade dos litigantes ocasionais de influírem sobre os julgamentos dos incidentes de resolução de demandas repetitivas. E, se um dos "tipos" de litigantes acaba sendo afastado da decisão judicial, esses estudos afirmaram com certo grau de certeza que a participação era de relativa qualidade.[308]

---

[307] TAL, Fulana de: Entrevista 11 (maio, 2019). Entrevistador: Fernando Muniz Shecaira. São Paulo, 2019. Arquivo .mp3 (25 minutos).

[308] A exemplo de COSTA, Susana Henriques da; MIRANDA, Andrea Pimentel de: **La participación de terceros em el juicio de incidente de resolución de demandas repetetivas: um análisis del tribunal de justicia de São Paulo.** *In* CASTRO, Marco Fandiño (diretor): **La gestión judicial – De los nuevos tribunales civiles**. Santiago do Chile: 2018. P. 300/309 e, também, EBERHARDT, João Francisco: **Filtros ao acesso à justiça.** Op. Cit. P. 135/158.

4.4.3. Caráter jurídico do incidente de resolução de demandas repetitivas; e

Uma terceira *inquietação* trazida por essa divergência entre a comunicação social dos desembargadores das duas seções que hoje processam ou que anteriormente processaram incidentes de resolução de demandas repetitivas é em relação ao caráter jurídico desse incidente.

Num primeiro momento, comporta elucidar que por *marcador de linguagem* entende-se aquele discurso que remonta a uma ideia em específico, sem que, contudo, diga isso de forma clara.[309] Os *marcadores de linguagem* envolvendo os processos coletivos são, neste estudo, explicitados por discursos que remontem a uma solução da macrolide, enquanto que *marcadores de linguagem* envolvendo os processos repetitivos são mais próximos de uma técnica de julgamento agregado de demandas, em sintonia ao que se afirma ter sido a inspiração para esse incidente, o *musterverfahren*[310].

O discurso a nível de estrutura social de dentro de seção foi totalmente convergente. Contudo, verificou-se que o discurso de cada seção contrasta um com o outro: enquanto que o discurso da Seção de Direito Privado possui mais *marcadores de linguagem* nas entrevistas de que o incidente de resolução de demandas repetitivas tem um caráter parecido com o do processo coletivo (resolução de um problema e não necessariamente de uma matéria estritamente jurídica), as entrevistas da

---

[309] Conforme as contribuições da Análise do Discurso: "o ponto essencial aqui é que não se trata apenas da natureza das palavras empregadas, mas também (e sobretudo) de construções nas quais essas palavras se combinam, na medida em que determinam a significação que tomam essas palavras: como apontávamos no começo, as palavras mudam de sentido segundo as posições ocupadas por aqueles que as empregam. Podemos agora deixar claro: as palavras "mudam de sentido" ao passar de uma formação discursiva a outra", em PÊCHEUX, Michel; HENRY, Paul; HAROCHE, Claudine: **A semântica e o corte saussuriano: líungua, linguagem e discurso, Tradução de Roberto Leiser Baronas e Fábio César Montanheiro**. Revista Linguasagem, n. 3, out/nov, 2008.

[310] Conforme avaliou-se no capítulo 3.3.

Seção de Direito Público o discurso tiveram um pensamento mais tendente a classificar o incidente por técnica de julgamento agregado de demandas.

Um desembargador da Seção de Direito Privado, quando instado a comentar sobre a possibilidade de audiência pública, acabou por afirmar os incidentes de resolução de demandas repetitivas até então instaurados só versaram sobre direitos específicos, quando transpareceu, em verdade, que eles poderiam versar sobre mais do que direitos:

> Audiência pública eu não fiz nenhuma, eu diria para você que audiência pública, ela tem razão de ser, quando a questão a ser debatida cria um certo movimento mais impactante, seja no mundo jurídico, seja na sociedade. Quando a opinião pública vá ser afetada de forma mais contundente. Mas como lidamos, por ora, somente com questões *envolvendo direitos específicos*, entre associações do consumidor ou não, acabou que só chamamos as pessoas para participar.[311]

E, de certo modo, essa fala ressonou junto às demais que, sempre que instadas a falar sobre algum tema outro do que a natureza jurídica do incidente, acabava resvalando em *marcadores de linguagem* mais congruentes à ideia de processo coletivo, como, por exemplo, em:

> Os dois lados estiveram sempre presentes. Sempre tensionando, trazendo dados, provocando,

---

[311] TAL, Fulana de: Entrevista 4 (abril, 2019). Entrevistador: Fernando Muniz Shecaira. São Paulo, 2019. Arquivo .mp3 (27 minutos).

> trazendo estudos, debatendo argumentos. Não acredito que houvesse desnível entre os pareceristas, mas a parte tem um grande desnível, muito dissonante do restante dos argumentos, porque alega coisas do seu caso em si. Esse argumento não serve para *resolver um problema tão amplo como o desse contexto de saúde*.[312]

O mais intrigante é que os desembargadores da Seção de Direito Privado não foram perguntados acerca da natureza jurídica do incidente de resolução de demandas repetitivas, ou, ao menos, esse não era um dos elementos constantes dos tópicos-guia que foram aplicados durante as entrevistas (cf. mencionado no cap. 4.2 e no anexo III deste trabalho). As respostas contendo esses *marcadores* foram dadas de forma espontânea, o que pode indicar, dentre diversas possibilidades, uma maior propensão a perceberem o incidente dessa forma similar ao do processo coletivo.[313]

Em outra entrevista, num outro tópico (efetividade do incidente), novamente um outro desembargador da Seção de Direito Privado teceu o seguinte comentário:

> Ainda que o IRDR se estabeleça em determinadas situações, ele ainda é passível de sofrer um recurso extraordinário ou recurso especial. Ainda que ele avalie dentro

---

[312] TAL, Fulana de: Entrevista 1 (março, 2019). Entrevistador: Fernando Muniz Shecaira. São Paulo, 2019. Arquivo .mp3 (23 minutos).

[313] Cf. PÊCHEUX, Michel; HENRY, Paul; HAROCHE, Claudine: **A semântica e o corte saussuriano: líungua, linguagem e discurso**. Op. Cit.

> de um contexto de recurso especial, ou seja, sobre se a decisão viola ou não a lei, o *IRDR avalia a situação em concreto*[314]

Como se vê, em diversas entrevistas, os *marcadores* de "resolução de um problema", "avaliar situação em concreto", "envolvendo direitos de forma mais abrangente", todos mais relacionados com o processo coletivo do que com o incidente de resolução de demandas repetitivos, foram utilizados. Isso contrastou com as entrevistas realizadas com os desembargadores da Seção de Direito Público que, reiteradamente, afirmavam que o julgamento de processos repetitivos visava à definição do direito objetivo, como neste excerto:

> Eu sou da opinião que não deveria haver *amicus curiae* qualquer, porque são todos partes interessadas e *aqui estamos julgando o direito objetivo*, se há ou não imposto, se tem ou não tem que dar o medicamento.[315]

4.4.4. Outros aspectos importantes.

Um discurso muito presente nas entrevistas com os desembargadores da Seção de Direito Público foi em relação à composição da turma especial dessa Seção. O que se levantou foi que a Seção acaba tendo uma circulação muito grande dentro da turma especial por conta da forma de sua composição: cada uma das

---

[314] TAL, Fulana de: Entrevista 5 (abril, 2019). Entrevistador: Fernando Muniz Shecaira. São Paulo, 2019. Arquivo .mp3 (31 minutos).

[315] TAL, Fulana de: Entrevista 7 (maio, 2019). Entrevistador: Fernando Muniz Shecaira. São Paulo, 2019. Arquivo .mp3 (8 minutos).

câmaras acaba enviando um desembargador que atua de acordo com a sua convicção dentro da turma especial.

A importância disso, segundo comentado por mais de um desembargador, é que argumentos que são reiteradamente:

> Levados para a apreciação de determinada câmara, acabam sendo renovados dentro da turma especial, porquanto outros argumentos que são mais apropriados para debate em outras câmaras perfazem a tônica de um julgamento mais amplo e em que não se sabe qual a possibilidade do resultado. De certa forma, isso acontece por causa da matéria de direito público, que normalmente envolve o poder público em litígio contra o indivíduo.[316]

Em relação à efetividade dos incidentes de resolução de demandas repetitivas, os desembargadores de ambas as Seções estão, em sua maioria, entusiasmados com os resultados positivos, porém em graus diferentes. O que se constatou foi que os entrevistados da Seção de Direito Público têm um olhar mais afável para os incidentes, inclusive porque, os resultados de seus julgamentos acabam influenciando a forma de atuação do Poder Público, conforme se asseverou em uma das entrevistas:

> A administração, ainda que de forma devagar, eles tendem a implantar, aos poucos, determinada

[316] Assim comentaram TAL, Fulana de: Entrevista 7 (maio, 2019). Entrevistador: Fernando Muniz Shecaira. São Paulo, 2019. Arquivo .mp3 (8 minutos), e, também, TAL, Fulana de: Entrevista 11 (maio, 2019). Entrevistador: Fernando Muniz Shecaira. São Paulo, 2019. Arquivo .mp3 (25 minutos).

> questão, até porque a estrutura administrativa tem a sua certa dificuldade. Mas eles começam a parar de recorrer, param de contestar as ações, e depois mudam a sua postura com a população. Então o IRDR acaba tendo um efeito importante.[317]

Como se vê, o julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas, para o entrevistado, pode desincentivar o litígio por parte de um dos maiores litigantes, o poder público, na medida em que assegura aos procuradores a que não sofram alguma sanção por não contestar ou não recorrer, haja vista que há um entendimento solidificado e pacífico e que eles não estarão prevaricando caso não realizem todos os atos necessários à proteção do erário. Também, assegura que os próprios procuradores incentivem o poder público a adaptar as suas práticas para otimizar custos.

Noutro aspecto, um desembargador comentou que alguns de seus colegas (que não foram entrevistados nessa pesquisa) lançaram dúvidas acerca da disposição para processamento e julgamento de incidentes de resolução de demandas repetitivas:

> Houve alguns desembargadores, na discussão do regimento interno do Tribunal, repelindo o IRDR porque ele, o magistrado, deveria ter a sua independência de julgar segundo a sua consciência. Se o jurisdicionado não é agradado pela decisão, ele que recorra, mas ele, o magistrado, não irá alterar o seu voto por causa de um incidente.[318]

---

[317] TAL, Fulana de: Entrevista 10 (maio, 2019). Entrevistador: Fernando Muniz Shecaira. São Paulo, 2019. Arquivo .mp3 (52 minutos)

[318] TAL, Fulana de: Entrevista 3 (abril, 2019). Entrevistador: Fernando Muniz Shecaira. São Paulo, 2019. Arquivo .mp3 (79 minutos).

Essa, contudo, não foi uma percepção passada pelos demais desembargadores entrevistados. Inclusive, um deles, da Seção de Direito Público, comentou que o incidente de resolução de demandas repetitivas era responsável por uma "oxigenação" das teses discutidas dentro das câmaras:

> Lá na turma especial nós nos influenciamos mutuamente. As partes, por exemplo, elas trazem elementos que muitas vezes não são considerados porque a câmara já fechou uma opinião. A gente nega e vai negando, porque a gente já fechou uma posição. Agora na turma especial a gente tem que avaliar de novo e apreciar os argumentos trazidos, muitas vezes argumentos que não foram trazidos para a câmara e que têm sentido.[319]

Esses aspectos, embora não diretamente relacionados com o objeto desta pesquisa, são achados importantes e dignos de nota neste trabalho, razão pela qual foram aqui elencados de forma ligeira.

---

[319] TAL, Fulana de: Entrevista 10 (maio, 2019). Entrevistador: Fernando Muniz Shecaira. São Paulo, 2019. Arquivo .mp3 (52 minutos)

CONCLUSÃO

O presente trabalho pretendeu perquirir sobre a *percepção* dos desembargadores do Tribunal de Justiça de São Paulo acerca da *participação dos litigantes nos julgamentos de casos repetitivos*. A hipótese era a de que os *desembargadores dimensionam o contraditório de forma restrita*.

Na Parte Primeira, verificou-se haver casos concretos de participação nos Três Poderes que formam o Estado Brasileiro: comentou-se sobre o marco da participação democrática no Brasil, o caso do Orçamento Participativo de Porto Alegre; também, foram trazidos dados sobre a participação em agências reguladoras, no bojo do Poder Executivo a nível Federal; seguindo, estudou-se a participação na elaboração do anteprojeto do Código de Processo Civil brasileiro de 2015, quando analisado o Poder Legislativo Federal; finalmente, a nível do Poder Judiciário, estudou-se um caso paradigmático envolvendo a municipalidade, Ministério Público e Judiciário paulistas.

A análise dos casos concretos nos três poderes colheu da realidade material da sociedade brasileira elementos que induzissem a necessidade de estudos teóricos acerca do assunto explorado.

Para tanto, na Parte Segunda, lançou-se mão de uma revisão bibliográfica que questionava (i) o conceito democracia participativa, (ii) se a democracia participativa estava configurada nos ditames da Constituição Federal de 1988, (iii) como ocorre a democracia participativa no âmago do processo judicial, sobretudo (iv) como acontece a participação nos processos repetitivos e, finalmente, (v) por que quem tem participa, em detrimento de quem não tem.

As conclusões a que se chegou durante o exercício da dialética literária foram as seguintes:

i. a democracia participativa engloba a democracia indireta, entendida pelo direito oriundo das revoluções liberais para poder votar e ser votado, e a democracia direta, em que há entrada da população no sistema estatal por vias alternativas às da primeira, vias essas que devem ser facilitadas e não dependentes de dinheiro ou poder organizacional ou institucional.
ii. a democracia participativa está encravada na Constituição Federal de 1988 como norma obrigatória a todos os Três Poderes, ou seja, norma cogente ao Poder Executivo, Legislativo e, também, ao Poder Judiciário.
iii. a participação ocorre por meio do exercício do contraditório, nas demandas individuais; pelo exercício da representatividade adequada, nos processos coletivos, e (iv) pela participação como *amicus curiae*, terceiros interessados e audiências públicas, nos julgamentos de casos repetitivos.
iv. os litigantes habituais ("quem tem"), possuem diversas vantagens em relação aos litigantes ocasionais ("quem não tem"), e essas vantagens podem levar a um abuso no imo dos processos repetitivos, razão pela qual o Judiciário deve agir para evitar esse déficit de participação por parte da sociedade, sob pena de violar a Constituição Federal.

Consequentemente, e em uma primeira relação com a hipótese deste trabalho, verificou-se que era necessário um dimensionamento mais alargado e abrangente do contraditório, para que se cumprisse com a democracia participativa no ventre do Poder Judiciário, caso contrário, parte da sociedade – os litigantes ocasionais – poderiam acabar afastados dos centros decisórios de poder.

Retornando à materialidade, agora para falsear a hipótese de que, apesar de haver previsão de alargamento do contraditório, os desembargadores percebem a participação de forma relativamente restrita.

Para tanto, na Parte Terceira, lançou-se mão de pesquisa empírica, adotando a técnica de entrevistas pouco estruturadas para se buscar conhecer, na realidade concreta, se os desembargadores concebem um contraditório largamente dimensionado.

Verificou-se que, apesar de haver um certo avanço em relação à participação, com a possibilidade de que quaisquer pessoas adentrem os processos de julgamento de casos repetitivos, a tônica de uma das Seções do Tribunal de Justiça de São Paulo é mais avessa à participação do que a outra.

Os desembargadores entrevistados da Seção de Direito Privado, mostraram-se entusiasmados em relação à participação das partes, inclusive afirmando que houve diversas vezes envio de ofícios a entidades representativas de litigantes ocasionais, exatamente para possibilitar que todos participassem do processo de julgamento dos casos repetitivos.

Contudo, especificamente na Seção de Direito Público, algumas vezes foi relatado que a Turma Especial tende e conceber o processo decisório do incidente de resolução de demandas repetitivas como mero julgamento de um direito objetivo, sem a necessidade de que quaisquer partes estejam presentes.

Se havia dúvidas acerca da confirmação da hipótese por parte dos desembargadores entrevistados da Seção de Direito Privado, não é o mesmo que se pode vislumbrar dos desembargadores entrevistados da Seção de Direito Público que, muito embora haja vozes dissonantes dentro dessa Seção, essas mesmas vozes afirmam ser minoritárias.

Contudo, a confirmação da hipótese se dá de maneira mais inequívoca quando se analisam as respostas dos desembargadores em relação à eventualidade de que nenhuma entidade representativa dos interesses de litigantes

ocasionais compareça ao processo de julgamento de casos repetitivos, ou seja, quando há uma violação do contraditório que legitima democraticamente esse tipo de processo.

A totalidade dos desembargadores entrevistados afirmou que não haveria algo a se fazer na conjectura proposta. Ou seja, que o processo tramitaria normalmente e que dele resultaria um julgamento.

Essa ausência de participação no processo individual (por ferir o direito à defesa) ou no processo coletivo (por não haver representatividade adequada) é motivo de nulidade. Porém, a mesma previsão de nulidade não acontece no fundo do processo repetitivo.

Como visto, contudo, tal nulidade deveria ocorrer, sob pena de se deslegitimar o processo repetitivo por déficit democrático e por violação de um contraditório estendido, situação essa que tende a ser desvantajosa ao litigante ocasional.

Por todo o exposto, é possível afirmar que, de acordo com os métodos empíricos adotados, foi possível confirmar a hipótese de que os desembargadores do Tribunal de Justiça de São Paulo dimensionam o contraditório de maneira restrita, concebendo a participação dos litigantes – ocasionais – como mero facilitador da atividade judicatória, não sendo condição *sine qua non* para não eivar o processo repetitivo de déficit democrático e de legitimidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDAL, Alexandre; OLIVEIRA, Maria Carolina Vasconcelos; GHEZZI, Daniela Ribas; SANTOS JR., Jaime: Métodos de pesquisa em Ciências Sociais – Bloco Qualitativo. São Paulo: Cebrap, 2016

AGUILLAR, Fernando Herren: As Tibiezas do empirismo radical. *In* AGUILLAR, Fernando Herren: Metodologia da Ciência do Direito. São Paulo: Max Limonad, 1999.

_____: Metodologia da Ciência do Direito. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ALMEIDA, Frederico de: Intelectuais e Reforma do Judiciário: os especialistas em direito processual e as reformas da justiça no Brasil. Revista Brasileira de Ciência Política, maio- agosto, n. 17, Brasília, 2015.

ARAÚJO, Edmir Netto de: Curso de Direito Administrativo, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 202.

ARAÚJO, Rodrigo Mendes de: A representação adequada nas ações coletivas. Salvador: JusPodium, 2013.

ASPERTI, Maria Cecília de Araújo: Acesso à Justiça e Técnicas de Julgamento de Casos Repetitivos. Tese (Doutorado em Direito), 414 p. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018.

BARROSO, Luís Roberto: Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____: Interpretação e aplicação da Constituição, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____: O direito constitucional e a efetividade de suas normas, 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BAUER, Martin W. e GASKELL, George (editores): Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som - um manual prático. Tradução de Pedrinho A. Guareschi, 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

BECKER, Flavia Gil Nusenbaum: Incidente de resolução de demandas repetitivas: um estudo à luz do princípio da igualdade. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EDI, Elie Pierre (coords.): Garantismo Processual: Garantias constitucionais aplicadas ao processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, 11ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____: O futuro da democracia, 6ª ed. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1997.

BONAVIDES, Paulo: Do Estado Liberal ao Estado Social, 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____: Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). Estudos Avançados 18 (51), 2004.

_____: Teoria Constitucional da Democracia Participativa - Por um Direito Constitucional de Luta e Resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRYMAN, Alan: Social Research Methods, 4th Edition. Oxford: Oxford University, 2012.

BUENO, Cássio Scarpinella: As class actionsnorte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. In Revista de Processo, n. 82, ano 21, abr.-jun./1996.

CABRAL, Antonio de Passo: A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *In* DIDIER JR, Fredie & CUNHA, Leonardo Carneiro da: Julgamento de casos repetitivos. Coleção Grandes temas do Novo CPC. Vol. 10. Salvador: Juspodium, 2017.

CALDO, Diego Santiago Y: Controle da Representatividade Adequada nas Ações Coletivas: um estudo comparativo dos sistemas brasileiro e norte-americano. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 279 p. São Paulo: 2018.

CAMPOS, Poti Silveira & SILVEIRA, Núbia: Orçamento participativo de Porto Alegre: 25 anos. Porto Alegre: Editora da Cidade, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro: Formações Sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. Tradução de Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos. *In* Revista de Processo, São Paulo, 2, Jan/Mar 1977.

_____: Acesso à justiça como programa de reforma e como método de pensamento, Processo, ideologia e sociedade, v. 1, Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant: Acesso à justiça. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988

CARDOSO, Luciana Zaffalon Leme: A vanguarda paulista na consolidação de uma sociedade formalmente democrática e socialmente fascista: o imbricamento das disputas da política convencional com as disputas corporativas do Sistema de Justiça. 2017, 321

p.,Tese (Doutorado em Administração Pública e Governo), Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2017.

CARNELUTTI, Franceso: Instituições do Processo Civil. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. V.1. São Paulo: Classic Book, 2000.

CARVALHO, Sabrina Nasser de: Processos Coletivos e Políticas Públicas. São Paulo: Contracorrente, 2016. P. 30.

CASTELLS, Manuel: A sociedade em rede. São Paulo, Paz & Terra, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe: Instituições de direito processual civil. V. 2. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.

COSTA, Susana Henriques da: A representação adequada e litisconsórcio – o Projeto de Lei n. 5139/2009. *In* GOZZOLI, Maria Clara (coord): Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____: O controle Judicial da Representatividade Adequada. *In* SALLES, Carlos Alberto de (Coord.): As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao Professor Kazuo Watanabe. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

COSTA, Susana Henriques da; MIRANDA, Andrea Pimentel de: La participación de terceros em el juicio de incidente de resolución de demandas repetetivas: um análisis del tribunal de justicia de São Paulo. *In* CASTRO, Marco Fandiño (diretor): La gestión judicial – De los nuevos tribunales civiles. Santiago do Chile: 2018.

CUÉLLAR, Leila. As agências reguladoras e seu poder normativo. São Paulo: Dialética, 2001.

CUNHA, Alexandre dos Santos & SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coords.): Pesquisa empírica em Direito. Rio de Janeiro: IPEA, 2013.

DIDDIER JR, Fredie & ZANETI JR, Hermes: Curso de direito processual civil, 8ª ed. Salvador: JusPodium, 2013.

DIDIER JR, Fredie & CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords.): Julgamento de Casos Repetitivos. Salvador: Juspodium, 2016.

DIDIER JR., Fredie: O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas (o art. 82 do CDC). *In* MAZZEI, Rodrigo & NOLASCO, Rita Dias (coords.): Processo civil coletivo. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel: Instituições de Direito Processual Civil. 9ª. ed. V. I. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____: Litisconsórcio, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

DROMI, José Roberto: Constituicion, Gobierno y Control. Argentina: Ediciones Ciudad Argentina, 1983.

DUARTE, David. Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1996.

EBERHARDT, João Francisco: Filtros ao acesso individual à justiça: estudo sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 200 p. São Paulo, 2018.

ESCRIVÃO FILHO, Antônio e SOUSA JÚNIOR, José Geraldo: Para um debate teórico-conceitual e político sobre os direitos humanos. Belo Horizonte: Dplacido, 2016.

GALANTER, Marc: Acesso à Justiça em um Mundo de Capacidade Social em Expansão. Tradução de João Eberhardt Francisco, Maria Cecília de Araújo Asperti e Susana Henriques da Costa. Revista Brasileira de Sociologia do Direito, Porto Alegre, ABraSD, v. 2, n. 1, p. 37-49, jan./jun., 2015.

_____: Why the haves come out ahead? Speculations on the limits of legal change, Volume 9:1 Law and Society Review, 1974, Republicação (com correções) In Law and Society. Dartmouth, Aldershot: Cotterrell, 1994.

GARCIA, Margarida: Novos Horizontes Epistemológicos para a Pesquisa Empírica em Direito: "descentrar" o sujeito, "entrevistar" o sistema e dessubstancializar as categorias jurídicas. Revista de Estudos Empíricos em Direito, 2014, vol. 1, n. 1,.b

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. Curso de Direito Administrativo, Trad. de José Alberto Froes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014 .

GIDI, Antônio: A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: RT, 2007.

GOMES, Adriano Camargo: A crise do processo e o julgamento de recursos especiais repetitivos. In BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EDI, Elie Pierre (coords.): Garantismo Processual: Garantias constitucionais aplicadas ao processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

GOZZOLI, Maria Clara (coord): Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010

GRECO, Leonardo. "Garantias fundamentais do processo: o processo justo". Novos estudos jurídicos, v. 7, n. 14, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al.: Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____: Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos da admissibilidade. Revista Forense, ano 96, v. 352.

_____: Direito Processual Coletivo. *In* GRINOVER, Ada Pellegrini, MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro, WATANABE, Kazuo: Direito Procesusal Coletivo e o Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: RT, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini, MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro, WATANABE, Kazuo: Direito Procesusal Coletivo e o Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: RT, 2007.

GUIMARÃES, Amanda de Araújo: Ações coletivas como meio de molecularização de demandas. Monografia (Bacharelado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. 2012.

HABERMAS: A constelação pós-nacional, Ensaios Políticos. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HOBSBAWM, Eric. Era dos Extremos: o breve século XX (1914-1991). São Paulo: Companhia das Letras, 1994.

JACOB, Herbert: Debtors in Court: The Consumption of Government Services. Chicago: Rand McNally, 1969.

LEONEL, Ricardo de Barros: Manual do Processo Coletivo, 2ª ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: RT, 2011.

LIEBMAN, Enrico Tulio: Manuale di Diritto Processuale Civilie – Principii, 5ª ed. Milão: Griuffrè, 1992.

LIMA, Márcia: O uso da entrevista na pesquisa empírica. *In* ABDAL, Alexandre; OLIVEIRA, Maria Carolina Vasconcelos; GHEZZI, Daniela Ribas; SANTOS JR., Jaime: Métodos de pesquisa em Ciências Sociais – Bloco Qualitativo. São Paulo: Cebrap, 2016.

LIMA, Martonio Mont´Alverne Barreto & ALBUQUERQUE, Paulo Antonio Menezes (Coords.): Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller. Florianopólis: Conselho Editorial, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo: Ação Popular, 6ª Ed, revistam, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2008.

MARINONI, Luís Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz: Manual do Processo de Conhecimento, 5ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme: Teoria Geral do Processo. 3a ed. São Paulo: RT, 2009.

_____: Incidente de resolução de demandas repetitivas. São Paulo: RT, 2016.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa: Regulação Econômica e Social e Participação Pública no Brasil. *In* NOBRE, Marcos & COELHO, Vera Schattan P. (orgs): Participação e Deliberação - Teoria Democrática e Experiências Institucionais no Brasil Contemporâneo. São Paulo, Editora 34, 2004.

MAZZEI, Rodrigo & NOLASCO, Rita Dias (coords.): Processo civil coletivo. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro: Incidente de resolução de demandas repetitivas, Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de: Coisa julgada no código do consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MILARÉ, Édis: A Ação Civil Pública após 30 anos. São Paulo: RT, 2015.

MIRANDA, Andréa Pimentel de: Quem tem medo do Processo Coletivo? As disputas e as escolhas políticas no CPC/2015 para o tratamento da litigiosidade repetitiva no Brasil. 174 p. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento). Escola de Direito de São Paulo. Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2019.

MORAIS, José Luiz Bolzan de: Crise do estado e democracia: onde está o povo? *In* LIMA, Martonio Mont´Alverne Barreto & ALBUQUERQUE, Paulo Antonio Menezes (Coords.): Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller. Florianopólis: Conselho Editorial, 2006.

MUNIZ, Cibele Cristina Baldassa: Participação Democrática na Administração Pública: Audiências e Consultas Públicas na Lei 9.784/99. 2018, 261 p. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

NAGAREDA, Richard A.: Administering Adequacy in Class Representation. Texas Law Review. Austin, University of Texas, School of Law, v. 82, 2003.

NALINI, José Roberto: Novas Perspectivas no Acesso à Justiça. LEX: Jurisprudencia do Supremo Tribunal Federal, v.19., n.224. São Paulo, 1997.

NEVES, Marcelo: Entre Tênis e Leviatã: uma relação difícil. O estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NOBRE, Marcos & COELHO, Vera Schattan P. (orgs): Participação e Deliberação - Teoria Democrática e Experiências Institucionais no Brasil Contemporâneo. São Paulo, Editora 34, 2004.

NOBRE, Marcos & RODRIGUEZ, José Rodrigo: "Judicialização da política": déficits explicativos e bloqueios normativistas. *In* Revista Novos Estudos Cebrap. N. 91. São Paulo: Nov. 2011.

NOBRE, Marcos: O que é pesquisa em direito. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____: Participação e Deliberação na Teoria Democrática - Uma introdução. *In* NOBRE, Marcos & COELHO, Vera Schattan P. (orgs): Participação e Deliberação - Teoria Democrática e Experiências Institucionais no Brasil Contemporâneo. São Paulo, Editora 34, 2004.

NOHARA, Irene Patrícia: Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2011.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de: O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, 2002, V. 22.

PACHUKANIS, Eugeni: "A teoria geral do Direito e o Marxismo" e "Ensaios Escolhidos (1921-1929)". Tradução de Lucas Simone. São Paulo: Sundermann, 2017.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira: História do Direito Processual brasileiro: das origens lusas à Escola Crítica do Processo. Barueri: Manole, 2002.

PÊCHEUX, Michel; HENRY, Paul; HAROCHE, Claudine: A semântica e o corte saussuriano: líungua, linguagem e discurso, Tradução de Roberto Leiser Baronas e Fábio César Montanheiro. Revista Linguasagem, n. 3, out/nov, 2008.

PEREIRA, Rodolfo Viana: Direito constitucional democrático: controle e participações como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PEREZ, Marcos Augusto: A Administração Pública Democrática: Institutos de Participação Popular na Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PORTO, Antônio Maristrello & SAMPAIO, Patrícia. (orgs.): Direito e economia em dois mundos: doutrina jurídica e pesquisa empírica. Rio de Janeiro: FGV, 2013

RODRIGUES, Marcelo Abelha: Técnicas individuais de repercussão coletiva x técnicas coletivas de repercussão individual. Por que estão extinguindo a ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos?. *In* MILARÉ, Édis: A Ação Civil Pública após 30 anos. São Paulo: RT, 2015.

ROQUE, André Vasconcelos: Ações coletivas e procedimentos para a resolução de casos repetitivos: Qual o espaço destinado a cada um? *In* DIDIER JR, Fredie & CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords.): Julgamento de Casos Repetitivos. Salvador: Juspodium, 2016.

ROUSSEAU, Jean Jacques: O Contrato Social: princípios do direito político, 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SALLES, Carlos Alberto de (Coord.): As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao Professor Kazuo Watanabe. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____: Arbitragem em Contratos Administrativos. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Coord.): Democratizar a democracia, os caminhos da democracia participativa. Reinventar a emancipação social para novos manifestos. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

_____: A difícil democracia: reinventar as esquerdas. São Paulo: Boitempo, 2016.

_____: A Gramática do Tempo: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006.

_____: *Poderá o direito ser emancipatório?* Revista Crítica de Ciências Sociais, v. 65. Coimbra: Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra. Maio, 2003.

_____: Para uma revolução democrática da justiça, 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo: Introdução. *In* SANTOS, Boaventura de Sousa (Coord.): Democratizar a democracia, os caminhos da democracia participativa. Reinventar a emancipação social para novos manifestos. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SIQUEIRA, Fábio; KARLMEYER-MERTENS, Roberto; FUMANGA, Mario; BENEVENTO, Cláudia: Como elaborar projeto de pesquisa: linguagem e método. Rio de Janeiro: FGV, 2008.

SHECAIRA, Fernando Muniz: Eficácia do controle judicial em políticas públicas: o caso "creche". Revista Científica UMC, v.2, n. 2, 2017.

_____: Poderes Instrutórios do Juiz no Direito de Família - Uma análise Empírica de sua aplicação. Monografia (Bacharelado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

SILVA, Fábio de Sá e: Vetores, desafios e apostas possíveis na pesquisa empírica em direito no brasil, Revista de Estudos Empíricos em Direito, vol. 3, n. 1.

SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição de 1988. 2a ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____: Curso de Direito Constitucional Positivo, 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____: Democracia Participativa. Cadernos de Soluções Constitucionais 2. São Paulo: Malheiros, 2006;

TEMER, Sofia: Incidente de resolução de demandas repetitivas. São Paulo: Juspodium, 2018.

THEODORO JR., Humberto: Curso de Direito Processual Civil, 6ª Ed, v. 1. Rio de Janeiro: Forense.

TOCQUEVILLE, Alexis. A democracia na América - Sentimentos e opiniões: de uma profusão de sentimentos e opiniões que o estado social democrático fez nascer entre os americanos, Livro II, tradução Eduardo Brandão, 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

TRUBEK, David M.: The handmaiden's revenge: on reading and using the newer sociology of civil procedure. Law and Contemporary Problems, vol. 51, n. 4, 1988.

UGARTE, Pedro Salazar: Que Participação para qual Democracia? *In* NOBRE, Marcos & COELHO, Vera Schattan P. (orgs): Participação e Deliberação - Teoria Democrática e Experiências Institucionais no Brasil Contemporâneo. São Paulo, Editora 34, 2004.

ULLEN, Thomas Shahan: Um Prêmio Nobel para a Ciência Jurídica: teoria, trabalho empírico e o método científico no estudo do direito. *In* PORTO, Antônio Maristrello & SAMPAIO, Patrícia. (orgs.): Direibto e economia em dois mundos: doutrina jurídica e pesquisa empírica. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

VITALE, Denise: Democracia direta e poder local: a experiência brasileira do orçamento participativo. *In* NOBRE, Marcos & COELHO, Vera Schattan P. (orgs): Participação e Deliberação - Teoria Democrática e Experiências Institucionais no Brasil Contemporâneo. São Paulo, Editora 34, 2004.

WAMPLER, Brian e AVRITZER, Leonardo: Públicos participativos: sociedade civil e novas instituições no Brasil democrático. *In* NOBRE, Marcos & COELHO, Vera Schattan P. (orgs): Participação e Deliberação - Teoria Democrática e Experiências Institucionais no Brasil Contemporâneo. São Paulo, Editora 34, 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino: Processo Coletivo, 6ª ed. São Paulo: RT, 2013.

ZUFELATO, Camilo: Coisa Julgada Coletiva. São Paulo: Saraiva, 2011.

ANEXO I

CARTA CONVITE PARA ENTREVISTA

Prezado(a) Exmo(a). Sr(a). Dr. Des**.** _____

Vimos solicitar a Vossa Excelência a possibilidade de receber o pesquisador Fernando Muniz Shecaira, mestrando vinculado ao Departamento de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), para tratar do estudo por ele desenvolvido, acerca da participação em julgamentos de casos repetitivos.

O estudo, orientado pela Ilma. Sra. Profa. Dra. Susana Henriques da Costa, requer o levantamento de dados mediante entrevistas com Magistrados relatores de casos repetitivos do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Dessa forma, solicitamos a colaboração de Vossa Excelência, no sentido de participar da entrevista, a ser realizada por data e horário de vossa escolha, tendo-se em vista uma previsão de curta duração das atividades.

Outrossim, asseguramos a confidencialidade, por meio do termo de responsabilidade e sigilo a esta carta anexado, com o compromisso de utilizar os dados obtidos unicamente aos objetivos propostos no estudo.

Além disso, os nomes dos Magistrados, assim como quaisquer sinais ou dados que possam identificá-los, serão omitidos do texto da pesquisa, em respeito aos padrões éticos, sendo certo que os resultados estarão disponíveis para a sua apreciação e consulta.

Aproveitamos o ensejo para renovar os votos da mais elevada estima e máxima consideração.

São Paulo, __ de março de 2019

_____	_____
Susana Henriques da Costa	Fernando Muniz Shecaira
Professora Dra. Orientadora	Pesquisador

ANEXO II

TERMO DE CONSENTIMENTO E SIGILO

Pesquisador: Fernando Muniz Shecaira, brasileiro, solteiro, pesquisador, portador de cédula de identidade de nº 38.769.459-4, inscrito no cadastro de pessoa física sob o nº 382.862.428-66, residente e domiciliado na Rua Prof. João Arruda, 168, Ap. 112, São Paulo - SP.

Pesquisa: Participação nos julgamentos de casos repetitivos.

Objeto da pesquisa: A pesquisa, desenvolvida para a elaboração de dissertação de mestrado, cursado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, objetiva analisar a participação de litigantes nos julgamentos de casos repetitivos no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Uso da entrevista: o conteúdo da entrevista será utilizado para fins acadêmicos, no âmbito da dissertação de mestrado a ser apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Ressalvadas orientações em contrário, será garantida a confidencialidade da entrevista no texto do trabalho, comprometendo-se, assim, a (i) manter sigilo, tanto escrito como verbal, de todos os dados e informações referentes aos entrevistados; (ii) não revelar, reproduzir, utilizar os dados e informações referentes aos entrevistados, que possibilitem a sua direta identificação; (iii) não revelar dados de eventuais partes citadas durante a realização de entrevistas.

Destaca-se que todos os documentos e dados, inclusive o caderno de anotações de entrevistas e eventual gravação, são de propriedade do pesquisador e serão por ele armazenados, para uso exclusivo na elaboração do estudo ora descrito.

Eu, _____, estou de acordo com os termos e com a participação da pesquisa em referência.

São Paulo, __ de _____ de 2018

_____

Entrevistado

ANEXO III

TÓPICO GUIA PARA ENTREVISTAS

Objeto de pesquisa: Como se dá a participação dos litigantes nos julgamentos de casos repetitivos no TJSP.

Instruções: Os desembargadores serão incentivados a falar sobre 3 (três) tópicos. Dentro desses tópicos, haverá alguns temas que deverão ser abordados. Caso um ou mais dos temas não sejam abordados, o entrevistador deverá sugerir que se fale sobre esses temas. O objetivo é ter uma conversa fluída e que os desembargadores falem sobre os temas. Se eles quiserem falar sobre outros temas, deixar que eles falem.

(1) Necessidade de participação;

a. IRDR ser processo objetivo (discute-se apenas questões de Direito) e isso implicar a desnecessidade de ouvir a sociedade – *iura novit curia*.
b. Participação ter capacidade de alterar a opinião dos desembargadores - os votos chegam prontos e são lidos ou há debates prévios (e não registrados) à prolação dos votos.
c. Participação tem capacidade de legitimar a decisão. Participação é mero exercício de contraditório.
d. Representatividade adequada de litigantes habituais frente aos litigantes ocasionais.

(2) Instrumentos de participação; e

a. *Amici curiae* – há amigos defendendo interesses de litigantes habituais e litigantes ocasionais.
b. Audiências públicas – forma, local, notícia de realização.
c. Chamamento de instituições – MPE, DPE, PGE?
d. Ofícios e cartas a instituições cadastradas, ou a instituições que já se uma vez participaram.
e. Comunicação online para cadastro de instituições.
f. Apenas entidades ou quaisquer pessoas podem participar?

(3) Resultados da participação.

a. Participação foi capaz de influenciar o resultado do julgamento.
b. Participação causou tumulto processual.
c. Viabilidade de participarem várias entidades / pessoas.
d. Na ausência de participação, quais foram as consequências?
e. Quais podem ser outras vias participativas?