

JOÃO EBERHARDT FRANCISCO

Filtros ao acesso individual à justiça:
estudo sobre o incidente de resolução de demandas
repetitivas

Tese de doutorado

Orientadora: Prof^a. Dra. Susana Henriques da Costa

Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo
São Paulo
2018

JOÃO EBERHARDT FRANCISCO

**Filtros ao acesso individual à justiça:
estudo sobre o incidente de resolução de demandas
repetitivas**

Tese apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Processual Civil, sob a orientação da Prof^ª. Dra. Susana Henriques da Costa

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP
2018

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

Francisco, João Eberhardt

Filtros ao acesso individual à justiça : estudo sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas / João Eberhardt Francisco ; orientadora Susana Henriques da Costa -- São Paulo, 2018.

199

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

1. Acesso à justiça. 2. Incidente de Demandas Repetitivas. I. Costa, Susana Henriques da, orient. II. Título.

RESUMO

O presente trabalho busca responder se as regras processuais que regulam o julgamento de demandas repetitivas por meio do incidente previsto no art. 976 e seguintes do Código de Processo Civil conferem efetivo acesso à justiça àqueles que serão submetidos à tese jurídica resultante do julgamento. Para tanto, parte-se da premissa de que há garantia constitucional do acesso individual à justiça que, por sua natureza principiológica, pode ser restringido em favor da prevalência de outros princípios, mas ainda assim deve ser garantido na sua maior extensão possível. Considerando-se que o incidente de resolução de demandas repetitivas é técnica processual para julgamento de questão jurídica de forma objetiva, sem a participação direta de todos os interessados na sua decisão, analisa-se a previsão normativa do procedimento de forma a interpretar as possibilidades de participação e de compensação da sua ausência de modo a conferir a efetividade ótima do acesso à justiça, estabelecendo-se parâmetros que se entende serem adequados para a aplicação das regras processuais em harmonia com o referido princípio. Ao final, os parâmetros são confrontados com a prática do Tribunal de Justiça de São Paulo, de modo a verificar se há sua observância no julgamento dos incidentes em casos concretos.

PALAVRAS-CHAVE

Acesso à justiça – participação – efetividade – eficácia - direitos fundamentais – Juiz – demandas repetitivas – processo coletivo – coisa julgada – precedente

ABSTRACT

The present study seeks to answer if the procedural rules that regulate the judgment of repetitive demands through the incident specified in arts. 976 and following of the Brazilian Code of Civil Procedure grant effective access to justice to those who will be submitted to the legal thesis resulting from the trial. In order to do so, it starts with the premise that there is a constitutional guarantee of individual access to justice which, because of its principiological nature, may be restricted in favor of the prevalence of other principles, but it must nevertheless be guaranteed to the greatest possible extent. Considering that the incident for the resolution of repetitive demands is a procedural technique to objectively resolve a legal question, without the direct participation of all interested parties in the decision, the normative provision of the procedure is analyzed in order to interpret the possibilities of participation and compensation thereof in order to confer the optimal effectiveness of access to justice, establishing parameters that are considered adequate for the application of procedural rules in harmony with this principle. In the end, the parameters are confronted with the practice of the Court of Justice of São Paulo, in order to verify if they are observed in the judgment of the incidents in concrete cases.

KEYWORDS

Access to justice – participation – effectiveness – efficiency – fundamental rights – judge – repetitive demands – class actions – res judicata – precedents.

SOMMAIRE

Ce document vise à répondre si les règles de procédure régissant le procès des demandes répétées par l'incident au sens de l'art. 976 du Code de Procédure Civile brésilien offrent un accès effectif à la justice à ceux qui seront soumis à l'interprétation juridique résultant de l'arrêt. Par conséquent, on part de la prémisse qu'il y a des garanties constitutionnelles de l'accès individuel à la justice, lequel à cause de sa nature de principe, peut être limité en faveur de la prévalence des autres, mais ils doivent encore (tout) être garantis dans sa plus grande mesure possible. Considérant que la résolution des incidents de demandes répétitives est la procédure technique pour juger une question juridique objective, sans la participation directe de toutes les parties prenantes dans sa décision, on analyse la forme de prévision normative de la procédure d'interpréter les possibilités de la participation et l'indemnisation pour leur absence afin de donner l'efficacité optimale de l'accès à la justice, en établissant des paramètres qui sont destinés à être adaptés à l'application des règles de procédure en harmonie avec ce principe. A la fin, les paramètres sont confrontés à la pratique de la Cour de Justice de São Paulo, afin de vérifier son respect dans le jugement des incidents dans des cas particuliers.

MOTS-CLÉS

Accès à la justice - participation - effectivité - efficacité - droits fondamentaux - juge - demandes répétitives - action collective – res judicata – précédent.

Para Gabriela e Sara, com amor.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, à professora Susana Henriques da Costa, pela confiança renovada, pelo modelo em que procuramos nos espelhar, pela inspiração, por sua orientação precisa, preocupação e dedicação constante comigo e com seus demais orientandos.

Aos professores Heitor Sica, Daniela Gabbay e Ricardo Leonel, por suas críticas, sugestões e, igualmente, confiança demonstrada no exame de qualificação.

Aos amigos e companheiros de orientação, Ananda Palazzin de Almeida, Débora Fernandes, João Lavrador, Lara Noronha, , Marco Adão, Marcos Rolim da Silva, Mariana Delchiaro, Paulo Ostia, Paulo Neder e Paula Abi-Chahine, pelo debate sobre a tese e, principalmente, pelo apoio constante.

À Lia Carolina Batista Cintra, Larissa Tunala, pela amizade, apoio, e confiança.

Às amigas, sócias, irmãs, Fernanda e Cristiana, pela compreensão, suporte e carinho.

À minha família, Clarita, Carolina e Cristina, por seu amor incondicional.

À Gabriela, que mais uma vez me mostrou que era possível.

FILTROS AO ACESSO INDIVIDUAL À JUSTIÇA: ESTUDO SOBRE O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Sumário

Sumário	8
Introdução	9
1. Diferentes acepções de acesso à justiça	14
1.1. Acesso à justiça como direito fundamental: considerações introdutórias... 14	
1.1.1. Acesso à justiça em interação com outros fundamentais..... 21	
1.1.2. Segue: das restrições ao acesso à justiça enquanto direito fundamental..... 26	
1.1.3. Segue: a necessidade de contrapartidas à restrição do acesso à justiça..... 31	
1.2. Acesso à justiça sob a perspectiva processual	35
1.2.1. Acesso à justiça individual	38
1.2.2. Acesso à justiça coletivo	46
2. Acesso à justiça entre a consolidação de direitos fundamentais e a expansão dos direitos	61
2.1. Entre a consolidação de direitos fundamentais e a expansão da fronteira dos direitos no Brasil	66
2.2. Mudança de paradigma: da ampliação do acesso à justiça à racionalidade da eficiência	72
3. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas	82
3.1. Considerações Iniciais.....	82
3.2. Eficácia da decisão do incidente de resolução de demandas repetitivas ... 85	
3.2.1 Eficácia da decisão do incidente de resolução de demandas repetitivas e precedente . 86	
3.2.2. Eficácia da decisão do IRDR e coisa julgada	96
3.3. Incidente de resolução de demandas repetitivas e tutela coletiva de direitos individuais homogêneos	100
3.4. A participação como fator de legitimação no IRDR	106
3.4.1. Demandas repetitivas e vantagens potenciais aos litigantes habituais..... 108	
3.4.2. A intervenção de interessados no IRDR.....	112
3.5. Repetitividade das demandas e instauração do incidente.....	117
3.5.1. Segue: a seleção dos processos a partir dos quais se instaura o incidente	119
3.5.2. Segue: A seleção de casos para instauração do incidente o controle da representatividade adequada das partes e terceiros atuantes no incidente	124
3.6. Conclusão parcial: a efetividade no IRDR e o acesso à justiça.....	129
4. Estudo de casos: a efetivação do acesso à justiça nos incidentes de resolução de demandas repetitivas no Tribunal de Justiça de São Paulo	135

4.1. Metodologia.....	137
4.2. Primeira parte: Incidentes de resolução de demandas repetitivas já julgados.....	138
4.3. Segunda parte: Incidentes de resolução de demandas repetitivas admitidos mas não julgados	159
4.4. Conclusão Parcial	174
Bibliografia.....	184
Índice de fontes	198

Introdução

O presente estudo busca responder se as regras processuais que regulam o julgamento de demandas repetitivas por meio do incidente previsto no art. 976 e seguintes do Código de Processo Civil conferem efetivo acesso à justiça àqueles que serão submetidos à tese jurídica resultante do julgamento.

Para tanto, são estabelecidas algumas premissas, sendo a primeira delas que o acesso à justiça individual é uma garantia constitucional (art. 5º, XXXV, CF) e, portanto, deve ser resguardado. Conquanto essa seja premissa fundamental para o presente trabalho, certo que esse nível de generalização impede a sua utilização para fins mais do que retóricos, demandando necessária delimitação.

Para este fim, entende-se o acesso como direito de participação dos indivíduos nos processos de tomada de decisões pelo Estado, de modo a permitir que exerçam influência sobre a decisão que resultará na sua sujeição ao comando judicial a ser exarado, recebendo resposta justificada que demonstre a correção do decidido e a consideração dos argumentos apresentados.

De acordo com essa concepção da garantia constitucional, não bastaria proporcionar aos jurisdicionados a possibilidade de apresentarem seus pleitos e suas defesas perante Juízo, sem que fossem disponibilizados, também, meios de atingimento da solução justa do conflito.

A conformação do acesso à justiça como direito fundamental e, portanto, com natureza principiológica, determina que se considere seu âmbito de proteção com a maior extensão possível, da mesma forma como deve se dar em relação aos demais princípios constitucionais que incidem sobre o direito processual.

Isso não impede que se conceba a prevalência de determinados valores sobre outros, conforme a finalidade perseguida pelo legislador, por exemplo, ao elaborar determinada técnica processual. O que se impõe é que o

direito fundamental preterido ainda assim seja garantido na maior extensão possível, nos limites impostos pelo legislador.

Passa-se, então, no capítulo 2, a examinar o conceito de acesso sob a perspectiva processual, readequando-o em conformidade com sua natureza principiológica, e examinando como essa perspectiva repercute na interação do acesso com os princípios constitucionais da efetividade e da segurança jurídica e qual o equilíbrio buscado nos sistemas processuais individual e coletivo.

No capítulo 3, seguinte, a investigação se volta à alteração do enfoque do acesso à justiça, verificada nas reformas processuais dos anos 1990 e 2000, e seu ápice com o advento do Código de Processo Civil de 2015. É analisada a transição entre a ampliação do acesso, que acompanha a abertura política e a garantia de direitos fundamentais no Brasil, em meados e fim dos anos 1980, e o surgimento de concepções mais restritivas do acesso à justiça, diante do crescente estoque de processos em julgamento, fenômeno que tem diversas causas apontadas, mas, dentre elas, uma suposta facilitação excessiva para a resolução de controvérsias pela via judicial.

Em sequência, no capítulo quatro, inicia-se a análise do incidente de resolução de demandas repetitivas, constatando como sua introdução no ordenamento se insere na lógica da restrição ao acesso individual à justiça, admitindo-se a propositura das demandas, mas suspendendo-as, com a seleção de um ou mais processos-modelo para julgamento da questão jurídica comum a elas, o que perfaz efetivo filtro à litigiosidade repetitiva.

Considerando-se, nessa linha, que o incidente de resolução de demandas repetitivas visa processar e julgar de forma concentrada questão jurídica que se apresenta em diversos processos – obstando, em regra, que os interessados participem diretamente da solução da controvérsia –, verifica-se a tensão entre os princípios do acesso à justiça, da razoável duração do processo e, ainda, da eficiência da administração pública.

A restrição da participação direta dos indivíduos em procedimento cuja decisão lhes vinculará, é compreendida no estudo como forma de filtro ao acesso à justiça, que, para ser legítimo, deve ser compensado por meios

adequados que permitam a representação de interesses e válvulas de escape que permitam ao indivíduo ser ouvido e ter suas razões consideradas.

Nesse sentido, examina-se a natureza da eficácia da tese jurídica, se equivalente à coisa julgada ou à força vinculante dos precedentes, e se examina como percebê-la sob a ótica da efetividade ótima do acesso à justiça conduz a uma conclusão ou a outra.

Ainda, para aferir a adequação dos mecanismos ampliativos do contraditório no incidente de resolução de demandas repetitivas à garantia do acesso à justiça, toma-se como marco comparativo a disciplina de processos coletivos.

Por fim, dentre as restrições ao acesso que podem resultar do incidente, observa-se aquela que afeta o seu aspecto equitativo.

Toma-se como ponto de partida que o acesso à justiça equitativo é a garantia de que os meios dispostos para que os indivíduos obtenham resposta estatal sobre a efetivação dos seus direitos inclua forma de conferir equilíbrio às partes (tendo em conta que modelos legais raramente consideram a disparidade de forças entre as duas ou mais partes do processo) e parecem pressupor igualdade de condições entre os litigantes.

Observa-se, então, que o volume excessivo de processos e a estrutura do procedimento do incidente de resolução de demandas repetitivas podem em teoria ampliar as vantagens potenciais daqueles que tem maiores recursos e maior experiência como parte de processo judicial, os chamados litigantes habituais.

Tendo em vista que o maior número de processos em curso no Judiciário brasileiro envolve poucas partes, sendo até mesmo possível identificar os cem maiores litigantes responsáveis por grande parte do total de ações, é possível cogitar que as demandas repetitivas consistem em processos que envolvem as mesmas questões referentes a relações jurídicas entre indivíduos e um pequeno número de entes públicos e empresas privadas.

O julgamento de demandas de forma concentrada, com a expressa finalidade de gerenciamento de expressivo volume de processos potencialmente propicia a convergência de interesses entre Judiciário e litigantes habituais, de modo que ambos desejam a instauração de obstáculos à propositura de demandas ou, sob outro ponto de vista, diminuir os incentivos para a litigância excessiva.

Havendo instauração do incidente, o litigante habitual tem oportunidade de concentrar recursos e esforços na defesa dos seus interesses, ao invés de dispersá-los no acompanhamento e defesa em diversos processos esparsos e, ainda, sendo vitorioso, de influenciar diretamente no estabelecimento do precedente que vai regular sua atividade.

Examinado o acesso à justiça e o incidente de demandas repetitivas sob esses aspectos, tem-se como hipótese de trabalho que a efetivação ótima do acesso à justiça aplicada ao incidente permite a reconstrução da norma positivada e possibilita minimizar as deficiências do procedimento referentes aos aspectos objetivos e subjetivos da participação.

Garantir o acesso à justiça na sua efetividade ótima significa ampliar as possibilidades de participação direta dos terceiros interessados no incidente e admitir as possibilidades de rediscussão da tese aos casos semelhantes, em casos de sua distinção e superação, aplicando-se a tese jurídica como precedente, portanto.

Significa também qualificar o debate em contraditório realizado no próprio incidente, de modo a compensar a restrição da participação direta. Para tanto, pensa-se no controle da escolha dos processos-modelo, no controle da representatividade adequada, por exemplo.

Confrontada a hipótese com as regras processuais positivadas, se verifica se é possível, ao menos em tese, no plano teórico, atender ao *standard* mínimo de acesso à justiça e estabelecer parâmetros para tanto.

Por fim, os parâmetros estabelecidos serão postos novamente a teste, no plano prático, examinando-se os incidentes de resolução de demandas

repetitivas instaurados perante o Tribunal de Justiça de São Paulo até a data de depósito da presente tese, extraindo-se desta análise se a tese concebida encontra respaldo na prática atual da Corte.

1. Diferentes acepções de acesso à justiça

A noção de acesso à justiça não é unívoca: tem encontrado definições distintas a depender do momento histórico que se analise e da perspectiva científica abordada.

Para fixar as premissas deste trabalho e justificar a adoção de um ou outro conceito, é necessário primeiramente tecer considerações acerca do acesso à justiça enquanto direito fundamental com previsão constitucional e, a seguir, a partir da perspectiva processual, tanto do ponto individual como coletivo.

É o que se passa a fazer nos itens seguintes.

1.1. Acesso à justiça como direito fundamental: considerações introdutórias

O acesso à justiça está previsto dentre os direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos, no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”).

Tamanha é sua centralidade na estrutura do Estado Democrático de Direito que sua definição se confunde com a própria inafastabilidade da jurisdição – que, por sua vez, é a função (atividade e poder) que define a razão de ser do Judiciário¹.

¹ Assim, KAZUO WATANABE dispõe: “O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no art. 5º, XXXV da CF/1988, não assegura apenas o acesso formal aos órgãos judiciários, e sim o acesso à justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também acesso à ordem jurídica justa” (*Tutela Antecipatória e Tutela Específica in* L. R. WAMBIER, T. A. A. WAMBIER, *Doutrinas Essenciais: Processo Civil*, vol. V, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 420). Em sentido coincidente, CELSO RIBEIRO BASTOS afirma que: “Desde então, firmaram-se duas ideias que, embora de conteúdos aparentemente diversos, no fundo significavam a mesma coisa. Uma é a de que toda lesão de direito, toda controvérsia, portanto, poderia ser levada ao Poder Judiciário e este teria de conhecê-la, respeitada a forma adequada de acesso a ele disposta pelas leis processuais civis. A outra é a de que toda jurisdição, o que significa dizer, toda decisão definitiva sobre uma controvérsia jurídica, só poderia ser exercida pelo Poder Judiciário. Não haveria jurisdição fora deste, nem no Poder Executivo, nem no Poder Legislativo” (*Curso de Direito Constitucional*, 22ª edição revista e atualizada, Malheiros, São Paulo, 2010, p. 329).

Sob o enfoque dos direitos fundamentais, o acesso à justiça é a garantia de ser ouvido (*day in court*)², de exigir a efetivação de direitos, que se desdobra na possibilidade de participar em processos e influir nas decisões jurisdicionais que culminarão na sujeição do indivíduo, grupo ou coletividade à determinação Estatal.

Trata-se, em outras palavras, de abertura do sistema legal para questionar infração ou ameaça a direitos, a que corresponde dever de corrigir a situação apontada como antijurídica (em caso de procedência dos pedidos iniciais) ou justificar a respectiva manutenção³ (na hipótese de improcedência).

E é justamente a garantia de ser ouvido, doravante entendida como direito de participação, e de receber tutela jurisdicional (correção ou justificação) que confere legitimação da atuação estatal na solução dos conflitos⁴, daí a acentuada importância do acesso à justiça no Estado Democrático de Direito.

² YUVAL EYLON e ALON HAREL observam, em relação ao controle de constitucionalidade, que o direito de ser ouvido pode ser subdividido em três: (i) direito de questionar a infração aos seus direitos; (ii) dever da parte infratora de prover uma explicação/justificação individualizada; (iii) dever da parte infratora de reconsiderar a decisão e agir corretamente. (*The right to judicial review*, Virginia Law Review, 92:2006, p. 3).

³ Em sentido diverso do sustentado neste estudo, SÉRGIO CRUZ ARENHART afirma que: "Na realidade, o direito de ação não é, ao contrário do que se possa supor, individual e intransferível. O texto constitucional em nenhum momento garante ao indivíduo o direito de, pessoalmente, pleitear a tutela de seus interesses. Garante, apenas, a tutela desses interesses, sem fazer referência ao modo ou à forma dessa proteção" (*A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 51). Na perspectiva aqui adotada, há um direito individual de ser ouvido e ver justificada ou reparada a violação (ou ameaça). O que aqui se sustenta é que restrições aos direitos fundamentais são possíveis e muitas vezes necessárias e, deste modo, pode-se afastar a garantia individual de participação por meio do processo pela representação dos direitos em ação coletiva, desde que isso se dê em razão de outros princípios igualmente garantidos constitucionalmente, e de forma justificada e adequada. Enquanto o resultado possa ser o mesmo, entende-se que há repercussões diferentes a depender do ponto de partida adotado. Pensar a representação como compensação da restrição a uma garantia fundamental não é equivalente a pensar que não há um direito individual de acesso à justiça.

⁴ O que decorre da própria legitimidade do direito, como apontam MENELICK DE CARVALHO NETTO e GUILHERME SCOTTI: "... o direito positivo, coercitivo, que se faz conhecer e impor pelo aspecto da legalidade precisa, para ser legítimo, ter sua gênese vinculada a procedimentos democráticos de formação da opinião e da vontade que recebam os influxos comunicativos gerados numa esfera pública política e onde um sistema representativo não exclua a potencial participação de cada cidadão, cujo status político não depende de pré-requisitos (de renda, educação, nascimento etc.)". (*Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito: A produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*, Belo Horizonte, Fórum, 2012, p. 111). Sob o prisma processual, é conhecida a lição de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO: "Sabe-se que no Estado-de-direito tem-se por indispensável fator legitimante das decisões *in fieri* a participação dos seus futuros destinatários, a quem se assegura a observância do procedimento adequado e capaz de oferecer-lhes reais oportunidades de influir efetivamente e de modo equilibrado no teor do ato

Além da garantia de proteção do arbítrio estatal e de abertura para se exigir a concretização de direitos não satisfeitos, ameaçados ou efetivamente violados, o princípio permite exigir do Estado que se justifique, ou seja, que preste contas ao cidadão dos seus atos e das suas omissões⁵.

Os direitos de participação e influência – corolários do princípio do contraditório quando examinados sob o prisma do direito processual –, por sua vez, derivam da própria noção de cidadania e titularidade de direitos, na medida em que ser sujeito de direitos implica na possibilidade de exercê-los, fazendo-se ouvir, ainda que sua manifestação não reduza a probabilidade de alteração da decisão que pode vir a lhe afetar.

Resguardados os direitos fundamentais individuais e coletivos no processo, que garantem o exercício de direitos e o controle da atividade estatal, tem-se que o seu resultado é legítimo, pois resultou de processo que atendeu ao paradigma democrático.

Vista a questão sob outro ângulo, a participação não tem como finalidade *legitimar* o processo⁶, mas dar azo ao exercício de direitos

imperativo que virá (*A Instrumentalidade do Processo*, 14ª edição, São Paulo, Malheiros, 2009, p. 107).

⁵ Assim, para NICOLÒ TROCKER "Il contenuto della garanzia costituzionale di azione e di difesa non si esaurisce peraltro in questo aspetto passivo, per quanto esso possa essere importante, ma esige anche un comportamento attivo da parte del soggetto giudicante. Già la dottrina tedesca meno recente notava che un vero ascolto (Zuhören) richiede spesso anche un 'chiedere' e un 'parlare' da parte dell'interlocutore, per ottenere spiegazioni e precisazioni su quanto viene esposto ed affermato. Analogamente, anche nella nostra dottrina si è sottolineato che 'ascoltare non basta. Il dialogo, quanto più è serrato e spontaneo, tanto più rischia di cadere in eccessi, deviazioni, oscurità'. Ecco che il giudice deve non solo reprimere gli eccessi, rettificare le deviazioni, ma soprattutto cercar di chiarire le oscurità. Muovendo da questo presupposto non è difficile rilevare uno stretto collegamento tra il diritto di essere sentiti in giudizio ed il potere-dovere giudiziale di chiarificazione e di informazione sancito esplicitamente dal § 139 della ZPO tedesca e desumibile, secondo una interpretazione estensiva suggerita da una autorevole dottrina ma non accolta dalla giurisprudenza, anche dall'art. 183, comma 2°, del nostro codice di procedura civile." (*Processo Civile e Costituzione: Problemi di Diritto Tedesco e Italiano*, Milano, Giuffrè, 1974, pp. 455/456).

⁶ Diante da premissa adotada, discorda-se da posição de SOFIA TEMER que concebe a participação como "possibilidade de convencimento, através da apresentação (direta ou indireta) de razões para resolução da controvérsia jurídica" (*Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*, Salvador, Jus Podivm, 2016, p. 138). Entende-se que a possibilidade de convencimento é apenas um aspecto do exercício de direitos – a pretensão de vê-los efetivados –, que não afasta o direito de manifestar suas próprias razões, exercer o direito de ação e de receber resposta justificada. A mitigação do direito de participação em determinadas situações justifica-se por outros fundamentos, que são apresentados no texto, nos itens seguintes.

considerados fundamentais, que dizem respeito à dignidade do indivíduo e ao seu papel como sujeito de direitos. A legitimação é o reconhecimento (consequência) de que o processo transcorreu de modo a atender essa e as demais garantias constitucionais⁷.

Observe-se, aliás, que por ser inerente ao Estado Democrático de Direito, o direito de participação se manifesta também junto aos poderes Legislativo e Executivo, nos seus respectivos âmbitos de decisões. Ocorre que, naqueles, a participação se dá mediante representação por agentes eleitos, enquanto no Judiciário, ele é exercido mediante o ajuizamento do processo judicial e também ao longo do seu curso.

A representação dos interesses e conseqüente mediação da participação não é o único elemento distintivo da atuação do Legislativo e Executivo em relação ao Judiciário. As decisões tomadas no âmbito daqueles Poderes devem levar em consideração interesses da sociedade (como um todo ou de seus segmentos) e sua conformação em direitos.

O administrador e o parlamentar não decidem considerando o caso concreto, mas sim, os interesses mais amplos de toda a sociedade ou das parcelas por eles representadas (especificamente no caso dos parlamentares) no embate político.

Quando são votadas leis no parlamento, por exemplo, estão representados no debate, em tese, os interesses da sociedade como um todo, e dos grupos que elegeram deputados e senadores, mas não dos indivíduos que, diante de situações concretas, tenham pretensões específicas. Atender ao direito desses indivíduos, conformando a norma ao caso concreto é papel do Judiciário.

Aliás, normas legisladas e políticas públicas concebidas sem a necessária abstração e universalidade, voltadas (ou contrárias) aos interesses de

⁷ Cf. RICARDO DE BARROS LEONEL: "... na aplicação dos institutos e na interpretação e incidência das normas de direito processual cumprirá ao Poder Judiciário velar para que seja observado aquele programa constitucional mínimo, pois só através dele se legitima a intervenção estatal através do aludido método estatal de solução de conflitos" (*Considerações introdutórias sobre o direito processual constitucional in J. C. B. PUOLI, M. J. M. BONÍCIO, R. B. LEONEL (coords.), Direito Processual Constitucional, Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 199*).

indivíduos ou grupos específicos, importam em tratamento privilegiado (ou discriminatório) àqueles interesses, o que tampouco seria compatível com a concepção democrática de deliberação legislativa.

A atenção aos papéis do Judiciário, do Legislativo e do Executivo na efetivação da proteção a direitos, por si só, ajuda a compreender a função e legitimidade do processo judicial como meio de garantia de direitos individuais e coletivos que vai além da consagrada função de revelar a vontade concreta da lei⁸..

Os interesses da sociedade e de suas parcelas são tutelados mediante processos de deliberação, em que se combinam argumentos políticos, sociais, econômicos e até mesmo jurídicos. Os direitos propriamente ditos dos indivíduos e de grupos específicos, por sua vez, são tutelados pelo Judiciário em processos de argumentação, em que se interpretam as normas e se afirmam a solução correta nos casos concretos, mediante adjudicação. São sistemas complementares⁹..

⁸ CONRADO HÜBNER MENDES esclarece que: “Democracias constitucionais buscam legitimidade com base nas razões que oferecem para as decisões coletivas. Direitos, em particular, ocupam um lugar essencial na moralidade política subjacente à legitimidade democrática liberal. ‘Decide por quê’, nesse sentido, conecta-se a ‘por que devo obedecer’. De onde vem a autoridade da legislação e das decisões judiciais? Quais as exigências formais e substantivas para decisões sobre direitos e políticas públicas? A resposta varia conforme diferentes teorias políticas, e precisa conciliar outros elementos da questão geral esboçada neste tópico. É uma combinação de razões procedimentais (*input*) e de razões substantivas (*output*): por um lado, razões que justificam por que um ator político decide alguma questão, por meio de certo procedimento num determinado momento; por outro, razões que justificam o conteúdo da decisão em si” (*Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*, São Paulo, Saraiva, 2011, pp. 58/59).

⁹ Conforme, novamente, CONRADO HÜBNER MENDES: “Se a legitimidade democrática não se limita a agregação de interesses individuais, mas deve abranger decisões dotadas de boas justificativas compartilhadas por todos, conforme propõem teorias da democracia deliberativa, instituições políticas devem ser capazes de dar conta dessa dupla demanda. Por essa razão, o parlamento eleito é representativo somente no primeiro aspecto da legitimidade. A corte é o candidato principal para cumprir a segunda demanda. Deve ser entendida como instituição representativa porque é mais sensível a razões, e não a desejos majoritários. Se, por um lado, não representa indivíduos particulares, por outro, participa de um processo argumentativo em que as razões de todas as partes potencialmente interessadas são ouvidas. Indivíduos podem participar do processo decisório, às vezes de modo ainda mais intenso e influente, por fornecerem razões, não somente um voto. A corte decide por conta própria, mas dá resposta a cada um dos argumentos que lhe foram apresentados. Juizes que estão abertos a serem efetivamente influenciados pela diversidade de argumentos merecem nosso respeito por suas decisões. Ajudam a construir uma ‘república de razões’, não somente uma ‘república de cidadãos’ (ou de indivíduos autointeressados)” (*Direitos Fundamentais cit.*, p. 82).

A atuação do Judiciário é voltada para a solução de situações concretas, mesmo que as decisões admitam algum grau de abstração e possam produzir efeitos além da relação jurídica substancial, como ocorre em diferentes medidas com os precedentes e com a tutela coletiva de direitos propriamente ditos.

O julgador interpreta as normas, que foram concebidas em processo deliberativo, tendo em vista interesses mais amplos da sociedade, conforme o caso concreto, ou seja, conforme o quadro fático que se lhe apresenta no processo.

Dessa forma, concretiza-se a garantia individual de acesso à justiça, é por meio do processo que o indivíduo se faz ouvir: se os interesses de indivíduos não são (e não podem ser) tutelados especificamente no processo legislativo, devem sê-lo no processo jurisdicional, quando assim for necessário. E a tutela do direito individual no processo jurisdicional deve atender às garantias de participação e do devido processo legal, como visto.

Admitir-se, portanto, que um processo jurisdicional tenha curso com participação ínfima dos interessados, sem mecanismos razoáveis de compensação, importa na redução do *status* político do cidadão, que é impedido de participar diretamente em todas as esferas de decisão do Estado, políticas e jurídicas, o que conseqüentemente importa em déficit democrático que não se deve subestimar.

Ressalve-se que quem ajuíza processo não se satisfaz a princípio em apenas ser ouvido. Ao propor demanda judicial visando a correção de determinado ato ou a proteção à ameaça, o autor da ação expõe o direito que entende violado, formula pedido e pleiteia resposta justificada do julgador, mas esses passos são instrumentais à obtenção da tutela desejada.

Isso significa que, sem passar por essas etapas, não há como obter a reconsideração e correção da violação do direito. Se o acesso à justiça e o devido processo legal são pressupostos antecedentes lógicos necessários para a tutela dos direitos, garanti-los, reconhecendo-os eles próprios como direitos, é indispensável.

Em suma, a efetiva proteção do “direito a ter direitos” exige que sejam dispostos meios de exercê-los, individual ou coletivamente, e para tanto é necessário conferir meios para que sejam expostas as alegadas violações e sejam conhecidos os motivos que levaram à sua manutenção ou correção.

Mas o acesso à justiça não é o único princípio constitucional que se aplica ao processo¹⁰, por óbvio. Outros princípios, como a igualdade (art. 5º, *caput*), o devido processo legal (art. 5º, LIV), a razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII), e a eficiência da administração pública (art. 37), compõem com ele a chamada tutela constitucional do processo¹¹, cuja observância deve ser atendida para resguardo de sua validade.

Então, o acesso à justiça deve dialogar com os demais princípios constitucionais referidos, de modo a proporcionar aos jurisdicionados efetiva possibilidade de resolver suas controvérsias, de modo célere, com paridade de armas e real oportunidade de influência e diálogo com o julgador, sem onerar demasiadamente o Judiciário – que deve conformar sua atividade aos recursos que possui¹².

¹⁰ Cf. SÉRGIO ARENHART. *A tutela coletiva cit.*, p. 31.

¹¹ Cf. FLÁVIO YARSHALL: "Fala-se em princípios do direito processual - fundamentais ou gerais - que, no mais das vezes, são tratados sob o prisma constitucional. Partindo-se desses princípios, divisa-se uma tutela constitucional do processo, cujo significado e escopo são os de assegurar a conformação dos institutos processuais aos postulados que advêm da órbita constitucional" (*Tutela Jurisdicional*, 2ª edição, São Paulo, DPJ Editora, 2006, p. 29). Vale o registro histórico de que ADA PELLEGRINI GRINOVER já afirmava em 1975 que: "Todo o Direito Processual – como ramo do direito público – tem suas linhas fundamentais traçadas pelo Direito Constitucional, que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e a declaração do direito objetivo, que estabelece alguns princípios processuais. Mas, além de seus pressupostos constitucionais, comuns a todos os ramos do direito, o direito processual é fundamentalmente determinado pela constituição em muitos de seus aspectos e institutos característicos." (*Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*, São Paulo, Bushatsky, 1975, pp. 4-5). Nesse mesmo norte, destacam-se os estudos anteriores de EDUARDO J. COUTURE, *Las Garantías Constitucionales del Proceso Civil in Estudios de Derecho Procesal Civil*, t. 1, 4ª edição, Buenos Aires, Depalma/Lexis Nexis, 2003, pp. 19/67), e ENRICO TULLIO LIEBMAN, *Diritto Costituzionale e Processo Civile in Problemi del Processo Civile*, Milão, Morano, 1962, p. 149/154).

¹² Ao equilíbrio entre as garantias fundamentais e a eficiência da administração pública, próprio da concepção de políticas públicas, SÉRGIO CRUZ ARENHART denomina “proporcionalidade pan-processual” segundo a qual, resumidamente, se deve considerar fatores legislativos, estruturais e culturais no provimento do serviço judicial, tais como: “... se o esforço judicial empregado para certo tipo de causa se justifica em face do volume, da complexidade e das necessidades de outros feitos”; “... a proporção entre o número de juizes e o número de causas; a quantidade de auxiliares da atividade jurisdicional e sua suficiência em relação à demanda social; a infraestrutura oferecida ao Poder Judiciário para o desempenho de suas funções; a localização do serviço jurisdicional no espaço geográfico; e a organização dinamizada dos serviços a serem prestados”; e por fim:

É dessa interação que se tratará no tópico seguinte.

1.1.1. Acesso à justiça em interação com outros fundamentais

Reconhecer o caráter principiológico do acesso à justiça nos termos explicados tem por consequência inescapável a necessidade de interpretá-lo e aplicá-lo de maneira semelhante aos demais princípios e garantias fundamentais constitucionalmente garantidos, pois a Constituição Federal deve ser interpretada sistematicamente – de modo a evitar contradições em suas normas, considerando-as como parte de um sistema integrado –, vale dizer, conforme o princípio da unidade da constituição¹³.

Além disso, reconhecendo-se a força normativa¹⁴ (art. 5º, § 1º, CF) do texto constitucional, ou seja, a eficácia plena de suas normas e princípios¹⁵,

“cumpre examinar elementos como a lealdade e a boa-fé que presidem as relações econômicas e sociais de um povo, o seu grau de educação cívica e de conhecimento dos seus próprios direitos, a propensão a recorrer a outros meios de pacificação de conflitos etc.” (*A tutela coletiva cit.*, pp. 36/37).

¹³ VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, comentando J. J. GOMES CANOTILHO, conclui que: “...o chamado princípio da unidade da constituição parece em nada se diferenciar daquilo que há pelo menos século e meio se vem chamando de ‘interpretação sistemática’. (...) O chamado princípio da unidade da constituição é, ao contrário, uma *reafirmação* de um dos cânones clássicos de interpretação e a *confirmação* de que ele também vale no âmbito constitucional” (*Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico in V. A. SILVA (org.), Interpretação Constitucional*, 1ª edição, 3ª tiragem, Malheiros, São Paulo, 2010, p. 127). No mesmo sentido HUMBERTO ÁVILA observa que a interpretação sistêmica exige “do intérprete o relacionamento entre a parte e o todo mediante o emprego das categorias de ordem e de unidade”, sendo seu subelemento o “postulado da coerência, a impor ao intérprete, entre outros deveres, a obrigação de relacionar as normas com as normas que lhe são formal ou materialmente superiores” (*Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 12ª edição, São Paulo, Malheiros, 2011, p. 136).

¹⁴ JOSÉ RENATO NALINI assim define o papel do juiz sob a constituição com plena força normativa: “O movimento do acesso à justiça acentuou o novo papel dos juizes, manifestado em toda sua grandeza. Pois a fixação de objetivos, vinculados a princípios bem definidos, importa planejamento e elaboração de programas de ação, propostas projetadas para o futuro, atribuindo ao juiz constitucional um ‘dever novo, árduo e de grande empenho: o dever de julgar a ação do poder público não mais somente à luz de seu possível contraste com direitos e obrigações claramente definidos, mas também com programas vinculados de ação futura’. Tenha-se ou não consciência desse desafio, ele existe e reflete a importância que revestiu, para a nacionalidade, a elaboração de um novo pacto político-jurídico-institucional após vinte anos de arbítrio. A Constituição dirigente é realidade jurídico-política subordinante não apenas do legislador, mas direcionada ao juiz, entidade concretizadora de direitos fundamentais” (*O Juiz e o acesso à justiça*, 2ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 44).

¹⁵ Eficácia que, conforme a lição de KONRAD HESSE, “...não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associada a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir

decorre que, como ensina VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA: “na solução de problemas constitucionais, deve-se procurar acomodar os direitos fundamentais de forma a que todos possam ter uma efetividade ótima”¹⁶.

Nesse contexto, interpretar e aplicar o acesso à justiça como princípio¹⁷, significa dizer que se deve buscar sua realização na maior medida possível (v.g. efetividade ótima) diante das possibilidades fáticas e jurídicas, ou seja, na medida do possível e adequado¹⁸.

E, dentre as condições de efetivação do princípio, está o âmbito de proteção – a extensão – de outros princípios igualmente aplicáveis a determinada hipótese (frisando-se que essa amplitude também deve ser amplamente considerada, na acepção de direitos fundamentais aqui defendida).

ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-político e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas" (*A Força Normativa da Constituição*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 15).

¹⁶ *Interpretação cit.*, p. 127. Mais adiante acrescenta o autor que prefere a expressão “efetividade ótima” à “efetividade máxima”, pois: “seria difícil, nos dias de hoje, preferir uma interpretação de algum dispositivo constitucional que lhe confira uma efetividade mínima. Pode-se, claro, afirmar que a ideia de ‘máxima efetividade’ faz sentido como ideia regulativa, isto é, que aponta para uma determinada direção a ser seguida, mesmo que esse máximo nem sempre possa ser alcançado. Nesse caso, então, seria mais aconselhável que se falasse em ‘efetividade ótima’, pois esse seria um conceito que já inclui a possibilidade do conflito entre normas e a real ideia-guia para sua solução, isto é, a otimização” (p. 131). Em consonância, SERGIO ARENHART, *A tutela coletiva cit.*, p. 34).

¹⁷ Sobre a natureza dos princípios, ROBERT ALEXY sustenta que: “Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas prima facie. Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contra-razão não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas” (*Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2ª edição, São Paulo, Malheiros, 2011, p. 104).

¹⁸ Para VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA: “No caso dos princípios, não se pode falar em realização sempre total daquilo que a norma exige. Ao contrário: em geral, essa realização é apenas parcial. Isso, porque, no caso dos princípios, há uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) prima facie e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente. (...) O elemento central da teoria dos princípios de Alexy é a definição de princípios como mandamentos de otimização. Para ele, princípios são normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Isso significa, entre outras coisas, que, ao contrário do que ocorre com as regras jurídicas, os princípios podem ser realizados em diversos graus.” (*Interpretação cit.*)

Melhor explicando, para definir o que está protegido, é necessário sopesar os princípios na situação concreta e concluir qual solução privilegiará a efetividade máxima de cada um deles¹⁹.

Portanto, a tarefa do intérprete é conciliar os princípios constitucionais para sua aplicação com a maior efetividade de cada um deles – o que, evidentemente, torna difícil a definição clara dos seus limites e cria zonas de sobreposição (em que não se distinguem na prática a efetividade do acesso à justiça daquela do devido processo legal, por exemplo)²⁰.

Em suma, adotar-se um conceito principiológico de acesso à justiça demanda atividade interpretativa que pode resultar em acepções múltiplas²¹ e mesmo contraditórias²² a depender do referencial adotado.

¹⁹ SÉRGIO CRUZ ARENHART observa nesse sentido que: “À toda evidência, não é fácil saber até que ponto a norma infraconstitucional se limita a dar os contornos do direito e em que momento passa ela a restringir o seu uso. De todo modo, há um dado que deve ser considerado *a priori*: tratando-se de garantia fundamental, a conformação do direito deverá sempre almejar a sua máxima efetividade, ao menos diante daquilo que seja materialmente possível. (...) a concretização dos direitos fundamentais – pelo legislador, pelo administrador ou pelo juiz – nunca se exaure em uma atividade singela como a acima apresentada. A garantia constitucional não é, jamais, examinada de forma isolada no ambiente da produção ou da aplicação normativa, especialmente porque sua incidência vem normalmente condicionada pela incidência de outras garantias do mesmo porte constitucional” (*A tutela coletiva cit.*, p. 34).

²⁰ HÉCTOR FIX-FIERRO assim aborda a questão: “What does being ‘efficient’ and ‘effective’ involve? At first sight, efficiency and effectiveness seem fairly simple to define: efficiency is the best use of resources; effectiveness, the achievement of goals. When translated into the judicial arena, this means that courts should settle disputes in a ‘just, speedy, and inexpensive manner’, as a well known formula has it. However, trouble begins as soon as we attempt to define terms such as ‘dispute settlement’, ‘just’, ‘speedy’ and ‘inexpensive’ with more precision. And matters are further complicated by the realization that the simultaneous fulfillment of these values requires trade-offs and compromises: ‘speediness’ may come at the expense of ‘justice’ (for example, if ‘speediness’ benefits one party and disadvantages the other); unlimited access to the courts may result in considerable backlogs and delay; ‘justice’ may demand the possibility of a slow, costly appeal process; while a court proceeding, even if it is regarded as just, speedy and inexpensive, may not be able to ‘settle’ the underlying dispute at all. (*Courts, Justice and Efficiency: A Socio-Legal Study of Economic Rationality in Adjudication*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2003, p. 8).

²¹ DIERLE NUNES e LUDMILA TEIXEIRA observam que: “... tornou-se lugar comum (senso comum acadêmico) associar o termo ‘acesso à justiça’ a uma constelação de significados - solidariedade, desformalização, criatividade, efetividade, eficiência, inclusão social, meios alternativos (hoje, para alguns, adequados) de resolução de conflitos, entre outros” (*Acesso à Justiça Democrático*, Brasília, Gazeta Jurídica, 2013, p. 2).

²² Nesse sentido, DANIELA GABBAY, MARIA CECILIA ASPERTI e SUSANA HENRIQUES DA COSTA, *Are the Haves Getting Even More Ahead Than Ever? Reflections on the Political Choices Concerning Access to Justice in Brazil in the Search of a New Agenda*, FGV Direito SP Research Paper Series, 158:2017, disponível em <https://ssrn.com/abstract=2998779>, consultado em 10.10.2017, p. 3. Ressalva-se que a perspectiva das autoras não é a da interpretação constitucional, mas da observância do uso do conceito empregado nos estudos sobre o tema, assim: “Despite the outdated repetition of Cappelletti and Garth’s text, fact is that the Brazilian academic research that

Explica-se. Partindo-se da perspectiva de que o acesso à justiça não atingiu sua finalidade em alguns de seus aspectos (como a limitação da assistência jurídica pela falta de recursos à defensoria pública e o deficiente tratamento isonômico das partes, por exemplo), a definição do princípio deverá ser mais abrangente, incluindo dentre seus elementos o quanto se entenda necessário para incluir esses objetivos na meta constitucional.

Se, todavia, partir-se do reconhecimento de que o volume excessivo de processos inviabiliza a atividade jurisdicional e de que o serviço judicial, tal como qualquer atividade estatal, sujeita-se a limites orçamentários e ao princípio da eficiência da administração pública, o conceito de acesso à justiça tenderá a se aproximar da ideia de uso eficiente dos meios judiciais, coibindo o abuso do direito de ação, com a introdução de filtros à propositura de demandas frívolas ou ainda à interposição de recursos protelatórios.

Neste estudo, optou-se por partir da definição de acesso à justiça como direito fundamental, desvinculando-se do conceito, para maior precisão teórica, sua necessária relação com os demais princípios que regem o processo e a jurisdição. Deve-se frisar, todavia, que a “pureza” do conceito não é desejada, tampouco possível ser alcançada, pois o princípio se define em oposição e inter-relação com outros que com ele regulam a situação concreta²³.

Melhor explicando, entende-se que um conceito amplo e multifacetado de acesso à justiça pretende em verdade sintetizar a interação entre os direitos fundamentais que se aplicam ao processo; entretanto, não se ignora que, na medida em que se tornam indistinguíveis por vezes os conceitos de

derived from the “access to justice” theoretical premise has expanded and consolidated over the years. However, probably due to an uncritical repetition, its content acquired such fluidity that it reflected sometimes antagonistic values (p. 4).

²³Cf. MENELICK DE CARVALHO NETTO e GUILHERME SCOTTI: “... sob o influxo da racionalidade subjacente ao modelo normativo dos princípios sabemos que as normas gerais e abstratas não são capazes de regular as suas próprias condições de aplicação, e que, portanto, a aplicação de uma norma, de um princípio, requer que, na unicidade específica e determinada do caso concreto, diante das várias versões dos fatos que se apresentem, se tenha o tempo todo também em mente a norma geral ou princípio contrário” (...) Nessa tensão, muito embora efetivamente o significado das duas normas, sem dúvida, seja oposto, a um só tempo, o significado de cada uma delas delimita e matiza o da outra, passando, assim, a conformá-lo profundamente de tal sorte que uma é recíproca e inafastavelmente constitutiva do sentido constitucional da outra” (*Os Direitos Fundamentais cit.*, pp. 37/38).

acesso à justiça, direito de ação e devido processo legal, perde-se a utilidade da definição.

Corre-se o risco, com essa empreitada, de “esvaziar” os conceitos e torná-los, ao menos à primeira vista, menos robustos e importantes do que seriam.

Como ressalvado, todavia, não se almeja retirar das definições as correlações com outros princípios ou restringi-las ao seu “núcleo duro”, mas sim realçar os elementos efetivamente essenciais do acesso à justiça, até para que seja possível a identificação do valor constitucional garantido e o sopesamento entre princípios em tensão.

Afinal, se o conceito de acesso à justiça é indistinto daquele de devido processo legal, impossível saber de qual princípio decorre o contraditório como direito de influência, por exemplo.

Assumindo-se que o contraditório é decorrente do devido processo legal (pois este seria o conjunto de normas preestabelecidas que permitem aos cidadãos ter seu conflito decidido de forma imparcial, com previsibilidade e participação deles próprios na conformação da decisão que ao final lhes irá vincular), um esforço de precisão terminológica determina que se retire esses elementos dos conceitos de acesso à justiça e de direito de ação.

O raciocínio exposto demonstra, embora resumida e singelamente, que a utilidade do conceito se perde caso seja tão vago e aberto que seja possível interpretá-lo em sentidos diametralmente opostos.

Com isso, não se pretende negar que a instrumentalização do conceito não se tenha modificado. Parece evidente que o eixo sobre o qual revolvem as reformas processuais desde os anos 1990 enfatiza a importância da diminuição de volume de processos, ainda que sob a justificativa de que isso permitiria julgamentos mais céleres e, conseqüentemente, a tutela jurisdicional tempestiva, na contramão de tendência ampliativa anteriormente observada, como adiante se explicará.

Por ora, basta esclarecer que a definição de acesso à justiça enquanto direito fundamental não desconsidera, destarte, o contexto de excessivo volume de processos, demora no julgamento, e desigual distribuição do serviço judiciário – que é utilizado desproporcionalmente por um grupo reduzido de litigantes para fazer valer interesses específicos. Não se trata de concepção idealista, que desconsidera as razões socioeconômicas do fenômeno, portanto.

1.1.2: Segue: das restrições ao acesso à justiça enquanto direito fundamental

Como se viu, reconhecer o acesso à justiça como princípio tem por consequência a necessidade de aplicá-lo considerando a interação com os demais que igualmente incidem no processo.

Nesse contexto, não se nega que, em determinadas situações, possa haver prevalência²⁴ de outros princípios (como a efetividade, por exemplo) sobre o acesso à justiça, pois isso é próprio do método de sopesamento associado ao princípio da proporcionalidade²⁵.

Porém, em sendo direito fundamental, ressalva-se novamente, com VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, que “deve ser interpretado da forma mais ampla possível”, de modo que, se determinada situação parecer estar sob sua

²⁴ Novamente, é VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA quem esclarece: “Se uma norma prevalece sobre a outra, *só pode ser porque ela tenha sido considerada mais importante*, ainda que somente para aquele caso concreto. Dessa forma, para aqueles que sustentam não poder haver hierarquia material entre as normas constitucionais parece haver somente uma saída: a rejeição do sopesamento como método de interpretação e aplicação do direito e a conseqüente rejeição da possibilidade de um direito prevalecer sobre outro em alguns casos” (*Intepretação cit.*, p. 125).

²⁵ Conforme CONRADO HÜBNER MENDES: “A proporcionalidade, na interpretação constitucional, corresponde a uma estrutura de análise para racionalizar o exame sobre a validade de restrições a direitos fundamentais. Consiste em três passos, ou melhor, submete a legislação a três testes. Em primeiro lugar, ao teste da legitimidade e adequação: verifica se os fins buscados pelo legislador são compatíveis com a constituição e se os meios utilizados têm conexão racional com a persecução daqueles fins. Em seguida, ao teste da necessidade: examina se esses meios são realmente necessários, ou se haveria outro menos gravoso, com capacidade de atingir o mesmo fim. Por último, submete a lei ao teste da ‘proporcionalidade em sentido estrito’, o que mais se aproxima de uma avaliação de custo-benefício: confere se, no caso, a prevalência de um direito sobre outro é proporcional. O legislador tem o dever de otimizar a promoção de um valor e de minimizar a eventual restrição a direito. Basicamente, este último consiste num sopesamento de valores. Se a lei falha, segundo a opinião judicial, em qualquer destes testes, ela é inconstitucional” (*Direitos Fundamentais cit.*, p. 127).

incidência, assim deve ser considerada, rejeitando-se “exclusões *a priori* de condutas desse [de seu] âmbito de proteção”²⁶.

Também as intervenções estatais sobre os direitos fundamentais devem ser examinadas sob o mesmo enfoque, amplamente, e: “Isso implica, entre outras coisas, a rejeição de teorias que defendem que meras regulamentações no âmbito dos direitos fundamentais não constituem restrições”²⁷.

Afinal, a regulação necessariamente excluirá alguma conduta, fato, ato ou situação do âmbito de possibilidades do exercício do direito, o que nada mais é do que uma limitação ao seu exercício pleno.

Nesse raciocínio, ao qual se adere, tem-se que a regulamentação do direito fundamental é também uma forma de restrição que, uma vez reconhecida, exige do legislador e do julgador (o dever de) fundamentação compatível com a restrição de um direito fundamental²⁸, de que de fato se trata.

Restrição, reitera-se, que é possível e necessária, pois deve almejar a fruição harmônica do direito com os demais direitos fundamentais que incidam sobre a mesma situação, desde que adequada e devidamente fundamentada.

Veja-se, por exemplo, as condições da ação. São requisitos exigidos pela lei processual – infraconstitucional portanto – para que o processo seja julgado em seu mérito²⁹. Sem que seja necessário aprofundar a análise, pode-se

²⁶ Cf. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, Revista de Direito do Estado 4:2006, disponível em https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf, consultado em 12.12.2017, pp. 24/25.

²⁷ *O conteúdo cit.*, p. 25.

²⁸ VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA assim delimita a questão: “O modelo aqui defendido, por alargar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais ao máximo e considerar toda e qualquer regulamentação como uma potencial - ou real - restrição, ao mesmo tempo em que coloca os termos do problema às claras - direitos fundamentais são restringíveis - impõe um ônus argumentativo àquele responsável pela restrição, que não está presente em modelos que escamoteiam essas restrições por meio de definições de limites quase jusnaturalistas aos direitos fundamentais ou que escondem restrições atrás do conceito de regulamentação” (*O conteúdo cit.*, p. 26).

²⁹ Importante frisar, com SUSANA HENRIQUES DA COSTA, que as condições da ação são questões de mérito, “porém, não são propriamente o mérito” (...), “são questões que precedem ao julgamento do mérito, que devem ser resolvidas pelo juiz antes da apreciação deste, mas que determinam o

reconhecer nas condições da ação um filtro ao acesso à justiça em sentido amplo, uma restrição ao processamento de demandas inviáveis desde sua gênese.

Compreender as condições da ação como regulamentação do direito de ação, que não alteraria sua natureza de direito público subjetivo, de natureza constitucional³⁰ é próprio de uma vertente dogmática que não reconhece eficácia plena a todas as normas constitucionais: apenas as normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata traduziriam direitos subjetivos³¹.

Ademais, acolhida a premissa de que os direitos fundamentais têm eficácia plena³², vale dizer, aplicam-se na medida em que sejam adequados para a solução do conflito – considerando-se amplamente o suporte fático³³ e em

seu convencimento em um ou outro sentido” (*Condições da Ação*, São Paulo, Quartier Latin, 2005.p. 96).

³⁰ Conforme ADA PELLEGRINI GRINOVER: “... o direito de ação é direito público subjetivo, de que é titular o indivíduo e ao qual corresponde a obrigação do Estado (não do juiz, que é mero agente) à prestação jurisdicional. (...Mas o fenômeno da constitucionalização, em especial dos chamados direitos fundamentais sociais,⁴ também se deve à busca na sociedade moderna pela concretização do valor igualdade e da preservação de condições mínimas e elementares para a vida e o desenvolvimento humano. Os direitos fundamentais sociais exigem por parte do Estado não somente o dever de abstenção (p. ex. dever de não tributação de condições sociais mínimas), mas principalmente o dever de prestação. Nessa lógica, o Estado estaria obrigado a garantir aos indivíduos prestações materiais mínimas. A estrutura dos direitos sociais, portanto, inverte o raciocínio protetivo do Estado. Para a proteção de um direito social, é necessário agir e não se omitir. Direito público subjetivo, pois: de natureza pública porque tem como sujeito passivo o Estado, titular da obrigação. (...) Diríamos, pois, que embora de natureza constitucional e uno - posto que não aceitamos a distinção de dois direitos de ação: um de natureza constitucional, outro de natureza processual - o direito de ação não é genérico a ponto de ser satisfeito através de qualquer provimento jurisdicional. A sentença pode ser favorável ou desfavorável, justa ou injusta: mas deve representar a resposta do juiz, depois de garantido amplamente às partes o direito de influir sobre a formação de sua convicção” (*O direito de ação in* L. R. WAMBIER, T. A. A. WAMBIER (orgs.), *Doutrinas Essenciais: Processo Civil*, vol. II, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 56).

³¹ Para JOSÉ AFONSO DA SILVA: “As normas constitucionais de eficácia plena regulam diretamente situações, comportamentos e interesses. Impõem, por si, uma ação ou omissão. Sendo de aplicabilidade imediata, oferecem todos os elementos necessários à realização ou vedação dos interesses e situações nelas previstos. Geram, quase sempre, direitos subjetivos para os indivíduos ou entidades a que conferem uma situação subjetiva de vantagem” (*Aplicabilidade das normas constitucionais*, 8ª edição, 2ª tiragem, São Paulo, Malheiros, 2015, p. 168).

³² Novamente, JOSÉ AFONSO DA SILVA, ensina que: “A clássica teoria norte-americana sobre a aplicabilidade das normas constitucionais sustentava serem excepcionais os casos em que as disposições da constituição eram, por si mesmas, executórias. (...) Hoje prevalece entendimento diverso. A orientação doutrinária moderna é no sentido de reconhecer eficácia plena e aplicabilidade imediata à maioria das normas constitucionais, mesmo a grande parte daquelas de caráter socioideológico, as quais até bem recentemente não passavam de princípios programáticos. Torna-se cada vez mais concreta a outorga dos direitos e garantias sociais das constituições” (*Aplicabilidade cit.*, p. 87)

³³ Por suporte fático entende-se a incidência do âmbito de proteção de um princípio sobre determinada situação e a intervenção estatal injustificada que impeça o exercício do direito *a priori*

sopesamento com demais princípios que porventura igualmente incidam sobre os fatos –, perde o sentido falar-se em direito subjetivo de ação³⁴.

É incompatível reconhecer o acesso à justiça e o direito subjetivo de ação como direitos fundamentais, de um lado, e dizer que as condições da ação apenas regulam o seu exercício no âmbito processual, mas não impedem o seu exercício, de outro – porque há limitação, tal como se dá quando há sopesamento entre outros direitos fundamentais.

Afirmar restrição, filtro ou regulação do direito de ação ou do acesso à justiça significa, em última análise, dizer que há limitação ao seu exercício, imposta pelo âmbito de proteção dos demais princípios que compõem a tutela constitucional do processo, notadamente os princípios da celeridade e do devido processo legal³⁵.

Da mesma forma, os direitos fundamentais são aplicados de acordo com sua adequação aos fatos concretos amplamente considerados, independente

protegido. Nos dizeres de VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA: “Aquilo que é protegido é apenas uma parte - com certeza a mais importante - do suporte fático. Essa parte costuma ser chamada de âmbito de proteção do direito fundamental. Mas, para a configuração do suporte fático é necessário um segundo elemento - e aqui entra a parte contra intuitiva: a intervenção estatal. Tanto aquilo que é protegido (âmbito de proteção), como aquilo contra o qual é protegido (intervenção, em geral estatal) fazem parte do suporte fático dos direitos fundamentais. Isso porque a consequência jurídica - em geral a exigência de cessação de uma intervenção - somente pode ocorrer se houver uma intervenção nesse âmbito.” (*O conteúdo cit.*, p. 30).

³⁴ Importante observar, com EDUARDO CAMBI, que a noção de direito subjetivo advém da “compreensão liberal de direito, estabelecendo limites dentro dos quais o indivíduo poderia empregar, livremente, a sua vontade. Pelo modelo liberal, a liberdade implica a ausência de obstáculos, impostos pelo Estado, para que as pessoas exerçam suas escolhas e possam decidir quais os caminhos pretendem trilhar”. (*Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo - Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário*, 2ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 173).

³⁵ SÉRGIO CRUZ ARENHART aponta que “(...) há várias regras, as quais, ainda que de forma indireta, restringem o acesso do indivíduo ao Judiciário, impondo-lhe a observância de decisões anteriores sobre o mesmo tema. (...) Embora o indivíduo não tenha provocado a atuação jurisdicional, fica, de certa forma, vinculado aos efeitos do julgamento já examinado, na medida em que dificilmente conseguirá resultado distinto (em eventual demanda futura) daquele que foi obtido no caso paradigma” (*A tutela coletiva cit.*, p. 51). Deve-se ressaltar, por transparência, que o argumento transcrito é feito como suporte à afirmação do autor de que não há direito individual e intrasferível de ação, enquanto neste estudo se sustenta que há previsão constitucional do referido direito e que sua restrição é possível quando sua extensão confrontar com outros princípios e, por meio da proporcionalidade, se alcançar solução adequada e justificada.

de se tratar de garantir a liberdade do indivíduo ou de ser necessária prestação de dever do Estado para sua concretização³⁶.

A distinção entre deveres de abstenção e de prestação parece perder relevância na medida em que se reconheça que é dever do Estado dar efetividade aos direitos constitucionais, devendo recorrer aos meios necessários para tanto, independente da sua classificação.

A defesa do indivíduo ou a proteção do Estado se revelam diante das necessidades jurídicas da situação concreta e não em razão da natureza do bem jurídico tutelado. Ao Estado cumpre afastar os obstáculos indevidos e injustificados à proteção conferida pelo princípio, como decorre da própria noção de direitos fundamentais.

Nesta linha de raciocínio, o acesso à justiça é garantia individual, pois impede que o Estado se recuse a arbitrar os conflitos a ele submetidos, e é igualmente dever de prestação, vez que para exercer essa função, o Estado deve prover meios para que os cidadãos possam submeter seus interesses à jurisdição³⁷⁻³⁸.

³⁶ Assim, SUSANA HENRIQUES DA COSTA: “Mas o fenômeno da constitucionalização, em especial dos chamados direitos fundamentais sociais, também se deve à busca na sociedade moderna pela concretização do valor igualdade e da preservação de condições mínimas e elementares para a vida e o desenvolvimento humano. Os direitos fundamentais sociais exigem por parte do Estado não somente o dever de abstenção (p. ex. dever de não tributação de condições sociais mínimas), mas principalmente o dever de prestação. Nessa lógica, o Estado estaria obrigado a garantir aos indivíduos prestações materiais mínimas. A estrutura dos direitos sociais, portanto, inverte o raciocínio protetivo do Estado. Para a proteção de um direito social, é necessário agir e não se omitir.” (*A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo* in S. H. COSTA, A. P. GRINOVER, K. WATANABE (coords.), *O processo para solução de conflitos de interesse público*, Salvador, Juspodium, 2017, p. 399).

³⁷ SÉRGIO CRUZ ARENHART define o duplo aspecto dos direitos fundamentais como funções negativa e positiva, sendo que a primeira delas é “função de defesa do indivíduo em face do arbítrio do Estado. Por essa função, mostram-se inviáveis quaisquer medidas tendentes a restringir ou inviabilizar a fruição de uma garantia fundamental por iniciativa do Estado”. A segunda função, positiva, é de proteção, em que o Estado tem o dever de prestação, de conferir meios para o exercício do direito, concluindo que “... se o Estado pudesse abandonar o direito, ou prestar proteção deficiente a ele, o resultado não seria muito diferente do que simplesmente negá-lo ou do que lhe impor severa restrição (*A tutela coletiva cit.*, pp. 31/32)

³⁸ Sob outra perspectiva, convergente com o sustentado aqui, MENELICK DE CARVALHO NETTO e GUILHERME SCOTTI: “A tensão entre público e privado perpassa qualquer direito, seja individual, coletivo ou difuso. (...) Independente de menção expressa na Constituição, todo direito individual deve cumprir uma função social, e isso integra internamente seu próprio sentido para que possa ser plausível” (*Os Direitos Fundamentais cit.*, p. 129).

E essa tarefa consiste na oferta de meio de resolução de conflitos, que produza tutela tempestiva e adequada, vale dizer, no processo justo regido pelo acesso à justiça e pelo devido processo legal, como será visto mais adiante.

Portanto, quando o legislador infraconstitucional define que haverá custas processuais (recursais, por exemplo), ou que a assistência judiciária gratuita deve ser concedida mediante mera afirmação de pobreza³⁹ ou ainda que o andamento de processos com questões jurídicas idênticas ficará suspenso até que seja julgado caso representativo de controvérsia, está sopesando princípios, conferindo maior peso ao princípio da razoável duração do processo, em alguns casos, e maior peso ao acesso à justiça, em outros⁴⁰.

Sintetizando, admitir a possibilidade de delimitação, regulação, matização, enfim, de restrições de maior ou menor ordem, dos princípios é algo que decorre da sua própria natureza – e o acesso à justiça não foge a esta regra⁴¹.

1.1.3. Segue: a necessidade de contrapartidas à restrição do acesso à justiça

Embora já se tenha admitido a possibilidade de restrição do acesso à justiça para a prevalência de outros princípios, essa mitigação deve ser, antes de mais nada, justificada.

³⁹ Sobre a cobrança de custas processuais como obstáculo ao acesso à justiça, diz JOSÉ RENATO NALINI: “Dentre os obstáculos econômicos que se antepõem entre o lesado e o equipamento formulador da justiça figura a cobrança de custas. Pese embora a gratuidade assegurada para todo aquele que alegar insuficiência de recursos para custear a demanda, na verdade ainda há muita pobreza excluída dos serviços judiciais, diante da inevitabilidade de algum dispêndio: a realização de uma perícia, a obtenção de documentos, compromissos que não serão suportados pelo defensor constituído. Considerando que a justiça venha a ser prestação pública de caráter essencial, ela deveria ser gratuita a todos” (*O Juiz cit.*, p. 61).

⁴⁰ SÉRGIO CRUZ ARENHART denomina esse exercício de “proporcionalidade endoprocessual”, que a seu ver seria o uso da proporcionalidade “para solucionar incompatibilidades, no seio de processos, entre garantias fundamentais” (*A Tutela Coletiva cit.*, p. 34).

⁴¹ Conforme adverte GUSTAVO OSNA: “...o recurso à proporcionalidade costuma se situar no plano do direito material; trata-se de um critério que (com maior ou menor densidade) condiciona a solução a ser dada ao caso, e não ao processo em si. (...) Assim, não se questionaria se o procedimento construído para esse fim seria proporcional ou se os meios empregados dispõem desse atributo. E esse nível de investigação nos parece essencial” (*Processo Civil, Cultura e Proporcionalidade: Análise Crítica da Teoria Processual*, São Paulo, RT, 2017, pp.92/93).

Cabe ao intérprete questionar a noção de que a causa principal da morosidade processual, da dispersão jurisprudencial, e da insatisfatória qualidade dos julgados é a excessiva abertura do sistema judicial para o processamento de demandas.

Ainda que esta afirmação guarde relação com a realidade, merece ser confrontada com os dados estatísticos disponíveis e, inclusive, com o histórico de reformas processuais das últimas duas décadas e os resultados delas provenientes.

O “senso comum” de que a massificação de processos deriva da ausência de filtros adequados às demandas frívolas e de que a diminuição no volume de processos resultará necessariamente em julgamentos mais céleres e de melhor qualidade no restante das causas legitima o legislador e o julgador a privilegiarem os princípios da celeridade e da eficiência, sem necessidade de aprofundarem reflexão acerca da restrição ao acesso à justiça⁴².

Porém, o equilíbrio entre os referidos princípios não deve ser estático, e sim dinâmico, baseado nas circunstâncias de sua aplicação, conforme critérios de proporcionalidade⁴³.

⁴² Essa é a advertência de CARLOS ALBERTO DE SALLES: “A questão da efetividade deve ser vista a partir de uma consideração sistemática do processo, com o cruzamento de fatores endógenos e exógenos ao sistema processual, de forma a permitir uma consideração dos argumentos de produção e de qualidade” (p. 205). Especificamente sobre os parâmetros de qualidade e produção, esclarece o autor: “No tocante àqueles argumentos chamados de produção, considera-se qual mecanismo decisório produz um determinado resultado com menor dispêndio de recursos. Esse grupo de argumentos incorpora aquelas preocupações com o custo e duração do processo, apontados para o objetivo de um processo mais rápido e mais barato. O segundo grupo, aquele dos argumentos de qualidade, coloca a questão dos benefícios gerados por um dado mecanismo processual tendo em vista uma situação concreta. Nesse caso é preciso investigar a superioridade dos variados resultados que um determinado mecanismo decisório produz. Trata-se, portanto, de saber se o que se obtém através de um sistema de adjudicação é desejável em relação aos fins que se destina” (*Processo civil de interesse público in C. A. SALLES (org.), Processo civil e interesse público – o processo como instrumento de defesa social*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 203).

⁴³ GUSTAVO OSNA assevera que: “... o processo civil vive hoje um momento de inflexão. Por mais que a sua teoria tenha assumido traços sofisticados e que as suas promessas tenham se tornado mais amplas, é preciso reaproximar esse discurso das suas possibilidades. E também o ‘acesso à justiça’ deveria se sujeitar a essa avaliação: procurando atar os seus livros e a sua prática, seria necessário repensar as suas técnicas para concretizar a garantia de forma proporcional” (*Processo Civil, Cultura e Proporcionalidade cit.*, p. 129)

Para o que interessa ao objeto deste estudo, isso implica que o reconhecimento de que o volume de processos pode ser melhor gerenciado por meios mais eficientes de julgamento e produzir resultados efetivos⁴⁴ não é incompatível com a ideia de que os princípios devem ser aplicados na sua máxima extensão, ou seja, devem ter efetividade ótima no caso concreto.

Isso, por sua vez, significa que devem ser aplicados da forma mais ampla que seja possível e adequada, considerando para tanto os limites impostos por outros princípios que igualmente incidam no caso, de maneira proporcional.

Sendo atendidos os critérios de aplicação dos direitos fundamentais acima deduzidos, a limitação justificada ao acesso à justiça em determinadas situações, diante da prevalência dos princípios da celeridade e da efetividade, por exemplo, é admitida pela teoria dos princípios aqui sustentada e, portanto, é constitucional *a priori*⁴⁵.

Esse reconhecimento evidentemente não afasta críticas aos argumentos utilizados para se sustentar a crise do judiciário e legitimar a alteração do eixo das reformas processuais, como adiante se verá. Ao contrário, bem dimensionar a realidade da demora processual e do excesso de processos é relevante para conferir o peso adequado aos princípios e conformar sua aplicação.

⁴⁴ Como bem ressalta JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE: “Acesso efetivo ao sistema processual não significa, necessariamente, acesso à justiça, à ordem jurídica justa, que somente um sistema eficiente proporciona. Efetividade e eficiência não são sinônimos. Quanto mais eficiente o método adotado pelo Estado para solução das controvérsias, maior a possibilidade de o resultado dessa atividade, consubstanciado na tutela jurisdicional, ser efetivo” (*Direito e Processo – Influência do Direito Material sobre o Processo*, 5ª edição, São Paulo, Malheiros, 2009, p.58).

⁴⁵ Para MIRNA CIANCI: “Sob esse estigma, por longo tempo vigorou em nosso ordenamento jurídico a universalização do acesso à justiça, o que não se questiona na medida da dimensão do conceito de ação, compreendido na sua abstração, que dá ao jurisdicionado o direito (poder) de socorrer-se do Estado, ainda que sujeito a resultado adverso, e aí não se esgota, já que voltado o processo às partes, todos teleologicamente direcionados à segurança. As sucessivas reformas do processo transcendem do sentido de mero ingresso e buscam nova face ao desenvolvimento dessa atuação no processo que gravita sob a efetividade, princípio alçado a nível constitucional e que ganhou nova ênfase, ainda que antes apenas implícito em nosso ordenamento (...) Esse contexto axiológico legitimou as restrições à atividade das partes e a modernização dos institutos, sem que se possa acoimar de inconstitucionalidade as medidas que se ajustam à modernidade, abreviando ritos, e, por consequência, o caminho para atingir o direito material e evitar o congestionamento da máquina judiciária, sob o obscuro presságio de, a médio prazo, restar inviabilizada a prestação jurisdicional” (*O Acesso à Justiça e as Reformas do CPC*, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 23).

Além disso, os direitos fundamentais também são universais, isto é, devem ser garantidos a todo e qualquer cidadão. Via de consequência, na aplicação de princípios em tensão deve-se considerar, também, que o âmbito de proteção se estende a posições contrárias em um processo, por exemplo⁴⁶.

Portanto, ainda que se admita a constitucionalidade da limitação do acesso à justiça, na situação concreta deve-se considerar sua função contramajoritária, como direito fundamental que é – pois, se seu âmbito de proteção se estende a todos, abrange inclusive a minoria que porventura seja afetada pela referida limitação⁴⁷.

A título exemplificativo, considere-se que o indivíduo que propõe uma demanda e vê o prosseguimento do seu processo suspenso em razão da instauração do incidente de demandas repetitivas previsto no art. 976 do Código de Processo Civil tem uma restrição ao seu direito de acesso à justiça – ainda que esta seja justificada e constitucional.

Por isso, partindo-se da premissa que o legislador ponderou corretamente os princípios incidentes sobre o processo⁴⁸, dando a eles a

⁴⁶ Cf. MENELICK DE CARVALHO NETTO e GUILHERME SCOTTI: “O aspecto contra majoritário dos direitos fundamentais reside exatamente na sua pretensão universalizante - naquilo que deve ser garantido a cada cidadão independentemente dos valores compartilhados pela eventual maioria” (*Os Direitos Fundamentais cit.*, p. 100)

⁴⁷ Assim, MARIA TEREZA SADEK: “Em outras palavras, o direito de acesso à justiça é o direito sem o qual nenhum dos demais se concretiza. Assim, qualquer óbice ao direito de acesso à justiça tem condições de provocar limitações ou mesmo de impossibilitar a efetivação dos demais direitos e, portanto, a concretização de cidadania, a realização de igualdade. O Judiciário, segundo tais parâmetros representa uma força de emancipação. É a instituição pública encarregada, por excelência, de fazer com que os preceitos da igualdade estabelecidos, formalmente prevaleçam na realidade concreta. Assim, os supostos da modernidade, particularmente a liberdade e a igualdade, dependem, para se materializarem, da força do Judiciário, de um lado, e de outro, do acesso à justiça, das possibilidades reais de se ingressar em tribunais” (*Judiciário e Arena Pública: Um olhar a partir da ciência política in A. P. GRINOVER, K. WATANABE (coords.), O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, 2ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 2013, p. 10)

⁴⁸ Considerando-se, como adverte JOSÉ CARLOS BATISTA PUOLI, que “...os princípios constitucionais são preceitos que, independentemente de expressarem valores de real importância na sociedade, não alcançam, em diversas situações, redação que permita que seja neles percebida efetiva densidade normativa, entendida esta como sendo a indicação de um razoável detalhamento concreto da hipótese de incidência de forma a permitir que se saiba, de antemão, qual a situação concretamente regrada e a solução específica desejada pelo ordenamento”, de fato, como diz o autor, “...depende-se, em enorme medida, do concretamente disposto nas leis processuais para que se possa realizar um processo justo, de forma que apenas excepcionalíssimamente poder-se-á desprezar lei processual concreta, sob a justificativa dela negar vigência ao princípio constitucional em comento” (*Processo e Constituição: alcance amplo, mas não ilimitado dos princípios constitucionais do processo in J. C. B. PUOLI, M. J. M. BONIZZI, R. B. LEONEL (coords.)*,

dimensão adequada em razão das características das demandas repetitivas ao conceber o referido incidente, a aplicação do acesso à justiça que em sua efetividade ótima e sua função contramajoritária tem também por consequência que se levem a sério os mecanismos legais de participação e representação⁴⁹, como adiante se explorará.

1.2. Acesso à justiça sob a perspectiva processual

Como visto, o tema do acesso à justiça ingressou na agenda do pensamento jurídico de forma prevaiente com o Projeto Florença, pesquisa empírica para coleta de dados sobre o sistema judicial de diversos países liderada por MAURO CAPPELLETTI, nas décadas de 1960 e 1970.

Embora se reconheça que recebeu a influência de outras áreas do conhecimento (notadamente a do movimento *Law and Society*, por um dos seus expoentes, MARC GALANTER), não parece equivocado dizer que as questões relacionadas ao processo civil ganharam destaque com o estudo mencionado.

Os temas da gratuidade da justiça, da assistência jurídica, das possibilidades das partes, dos direitos coletivos e difusos e dos meios adequados de resolução de conflitos, todos atinentes à resolução de conflitos e, ao menos as duas primeiras ondas do acesso à justiça, relacionadas ao processo judicial em si.

Direito Processual Constitucional, Gazeta Jurídica, Brasília, 2016, pp.120 e 123.). Não há divergência, talvez eventualmente na ênfase, do que afirma ROBERT ALEXY, quando afirma que: "Um princípio cede lugar quando, em um determinado caso, é conferido um peso maior a um outro princípio antagônico. Já uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário ao princípio que sustenta a regra. É necessário que sejam superados também aqueles princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida. Tais princípios devem ser denominados 'princípios formais'" (*Teoria cit.*, p. 105). Antes de afastar ou desprezar a lei processual, deve o intérprete conferir-lhe o conteúdo que "... 'mais intensamente' corresponder ao conteúdo de sentido da norma superior", como entende HUMBERTO ÁVILA, de modo que: "O relacionamento horizontal entre as normas (princípios constitucionais mais gerais e princípios constitucionais mais específicos ou princípios e regras constitucionais, por exemplo) deve ser compreendido de modo que o conteúdo normativo da norma mais específica constitua precisamente uma 'melhor especificação' da norma mais geral" (*Teoria dos Princípios cit.*, p. 140).

⁴⁹ Vale aqui a advertência de MENELICK DE CARVALHO NETTO e GUILHERME SCOTTI: "É mais do que tempo de nos emanciparmos da crença ingênua de que uma boa lei nos redimiria da tarefa de aplicá-la de forma adequada à unicidade e irrepetibilidade características das situações da vida, sempre individualizadas e concretas" (*Os Direitos Fundamentais cit.*, p. 134).

Questões como a participação dos cidadãos na deliberação legislativa, a regulação estatal de contratos entre concessionária de serviços públicos e os indivíduos, o ingresso dos movimentos sociais na arena pública e mesmo a (des)necessidade de juridificação de situações fáticas, para se destacar apenas algumas, surgiram apenas posteriormente, de modo que, por ocasião do referido estudo, era absolutamente coerente tratar o tema sob o enfoque do processo civil.

Não obstante tenha chegado ao Brasil com estudos de sociologia jurídica, o tema foi apropriado pelo direito processual, tendo motivado e servido de fundamento à primeira onda de reformas processuais – que estabeleceu procedimentos mais céleres e simplificados, nos Juizados Especiais; trouxe para a esfera jurídica o tratamento de direitos coletivos e difusos, antes próprios da esfera política, conferindo-lhes remédios para resguardar seu atendimento; e por fim instituiu e regulou meios adequados de resolução de controvérsias (conciliação, mediação e arbitragem).

Mais recentemente, o acesso à justiça tem servido de justificação para reformas processuais que introduzem formas de processamento e julgamento das causas com maior eficiência, embora com a promessa de não haver perda de qualidade em razão da previsão meios de compensar a participação reduzida de todos os interessados na resolução da questão jurídica de atinente às respectivas causas, como será visto com mais vagar nos itens posteriores.

Mesmo sob o enfoque processual, tem-se considerado que o acesso à justiça possui dimensão político-social como abertura do sistema jurídico para exigir do Estado a efetivação dos direitos que ele próprio garante⁵⁰.

Em paralelo, políticas públicas para adoção de meios adequados de resolução de conflitos⁵¹, são regidas por princípios e objetivos próprios, que não

⁵⁰ Cf. SÉRGIO CRUZ ARENHART, *A tutela coletiva cit.*, pp. 36/37, e KAZUO WATANABE, *Acesso à Justiça e Sociedade Moderna in* A. P. GRINOVER, C. R. DINAMARCO, K. WATANABE (coords.), *Participação e Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, p. 135.

⁵¹ Vide resolução 125/2010 do CNJ, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário

guardam identidade plena com aqueles do processo civil, seja ele individual ou coletivo.

Enquanto naquele prevalece o escopo social de solução pacífica do conflito, neste sobressai o escopo jurídico (informado, é claro, também pelo escopo social) de se obter a solução justa de acordo com a previsão normativa⁵².

Por essa razão, embora os meios adequados de resolução dos conflitos estejam associados desde sua gênese ao acesso à justiça e, inclusive, seja possível sua análise contemporânea a partir de premissas já mencionadas (como a prevalência de parâmetros de eficiência sobre parâmetros de qualidade⁵³), o enfoque da análise será o acesso à justiça no processo civil judicial, especialmente em relação às técnicas previstas no Código vigente para tratamento de demandas repetitivas.

Desse modo, tendo-se em conta que o acesso à justiça não se restrinja à esfera do direito processual civil – ao contrário, o tema é essencialmente interdisciplinar – diante da proeminência da técnica processual dentre as escolhas feitas pelo legislador para solucionar o excesso de processos pendentes de julgamento, é sob esse ramo do direito e seus institutos que será analisada a questão a nos itens seguintes.

⁵² CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO e BRUNO VASCONCELOS CARRILHO LOPES anotam que: “Do ponto de vista puramente jurídico, as diferenças são notáveis e eliminariam a ideia de que se equivalham, porque somente a jurisdição estatal tem entre seus objetivos o de dar efetividade ao ordenamento jurídico substancial, o que está fora de cogitação nos chamados meios alternativos. Mas o que há de substancialmente relevante no exercício da jurisdição estatal, pelo aspecto social do proveito útil que é capaz de trazer aos membros da sociedade, está presente também nessas outras atividades: é a busca pela pacificação das pessoas e grupos mediante a eliminação de conflitos que os envolvam. Tal é o escopo social magno da jurisdição, que atua ao mesmo tempo como elemento legitimador e propulsor da atividade jurisdicional” (*Teoria Geral do Novo Processo Civil: de acordo com a Lei 13.256 de 4.2.2016*, 1ª edição, São Paulo, Malheiros, 2016, p. 31)

⁵³ Observe-se a respeito que dos quinze objetivos estratégicos estabelecidos pelo CNJ para o Poder Judiciário, apenas dois se referem ao acesso à justiça e de forma bastante genérica, assim: “art. 1o, IV, b, Acesso ao Sistema de Justiça: Objetivo 3. Facilitar o Acesso à Justiça; Objetivo 4. Promover a efetividade no cumprimento das decisões” (resolução 70/2009). A resolução CNJ 125/2010, por sua vez, dispõe em seu art. 8o, parágrafo 8o, que: Para efeito de estatística de produtividade, as sentenças homologatórias prolatadas em processos encaminhados de ofício ou por solicitação ao Centro Judiciário de Conflitos e Cidadania reverterão ao juízo de origem, e as sentenças decorrentes da atuação pré-processual ao coordenador do Centro.” A respeito da qualidade do serviço de mediação e conciliação (e não propriamente do método ou de sua adequação ao caso concreto), tem-se o parágrafo 9º seguinte, do qual se lê: “os tribunais disponibilizarão às partes a opção de avaliar Câmaras, conciliadores e mediadores, segundo parâmetros estabelecidos pelo Comitê Gestor da Conciliação”.

1.2.1. Acesso à justiça individual

O Código de Processo Civil de 2015 traz logo em seus artigos iniciais (art. 3º) a reprodução do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Parte-se, portanto, do conceito de acesso à justiça como direito fundamental, já estabelecido, para desenvolver sua definição sob o enfoque processual, a seguir.

Como visto, o acesso à justiça é a garantia da possibilidade de se invocar a tutela do Estado para fazer cessar violação ou ameaça, ou receber resposta justificada para a manutenção da situação que se reputa antijurídica.

A previsão de acesso à justiça contida no art. 6º, 1, da Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais segue a mesma linha ao prever que devem ser dispostos *meios de tutela* a conferir efetividade aos direitos nas hipóteses de sua violação ou ameaça, que se traduzem em tribunal independente e imparcial, exame equitativo da causa, e julgamento em prazo razoável.⁵⁴

FLÁVIO LUIZ YARSHELL define a tutela de direitos como sendo: "... a defesa do direito diante de sua violação (ou ameaça de violação). Trata-se de conceito intimamente relacionado com a própria efetividade do ordenamento jurídico, e seu exame conduz necessariamente à reflexão acerca dos meios de tutela predispostos pelo sistema, para as hipóteses de violação"⁵⁵.

Mas se o acesso à justiça é a garantia de que o Estado deve intervir para a efetivação dos direitos quando for chamado a tanto, esta intervenção na esfera de direitos dos indivíduos, para ser legítima, deve se dar conforme

⁵⁴ "Toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada equitativa e publicamente num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial instituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal contra ela dirigida"

⁵⁵ *Tutela Jurisdicional cit.*, p. 25. Conclui mais adiante o autor, em acréscimo da passagem transcrita no texto supra, que: "... a tutela de direitos é fenômeno situado originariamente no plano substancial do ordenamento. Pode ela ocorrer dentro ou fora do processo, isto é, mediante intervenção estatal - pelo exercício da jurisdição - ou não. Daí falar-se, nessa segunda hipótese, em tutela jurisdicional dos direitos, isto é, a tutela de direitos mediante o exercício da jurisdição" (p. 25).

parâmetros que reflitam o paradigma democrático, tais como participação, isonomia, previsibilidade, proporcionalidade e efetividade.

Disto se extrai que o acesso à justiça é um princípio-síntese⁵⁶, que somado ao devido processo legal, densifica-se nas demais garantias e regras que conformam o sistema processual por seus institutos fundamentais.

Veja-se, por exemplo, a tutela jurisdicional sob a luz do acesso à justiça como direito de ser ouvido, participar e obter resposta justificada.

Nessa perspectiva, fica ainda mais evidente que também o vencido em uma demanda recebe tutela, afinal, a resposta adequada e fundamentada que dá cabo a controvérsia e provê segurança jurídica que regulará a situação de direito material⁵⁷ é decorrência das partes terem participado e recebido solução justificada conforme parâmetros normativos pré-instituídos, o que, como sustentado aqui, é inerente ao acesso à justiça.

Raciocínio semelhante se aplica ao direito de ação.

Aliás, historicamente identificou-se a garantia do exercício dos direitos com a possibilidade de pleitear a intervenção do Estado para tanto, por meio do direito de ação⁵⁸. A possibilidade de peticionar ao Judiciário requerendo

⁵⁶ Expressão cunhada por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, no seguinte contexto: “As promessas e limitações residentes nas diversas garantias constitucionais e interligadas pelo fio condutor que é o devido processo legal têm um só e único objetivo central, que é o acesso à justiça. O processo justo, celebrado com meios adequados e produtor de resultados justos, é o portador de tutela jurisdicional a quem tem razão, negando proteção a quem não a tenha. Nem haveria justificativa para tanta preocupação com o processo não fora para configurá-lo, de aperfeiçoamento em aperfeiçoamento, como autêntico instrumento de condução à ordem jurídica justa” (*Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 1, 8ª edição revista e atualizada segundo o Novo Código de Processo Civil, São Paulo, Malheiros, 2016, p. 380).

⁵⁷ Como define FLÁVIO LUIZ YARSHELL, “... a locução tutela jurisdicional se presta a designar o resultado da atividade jurisdicional - assim considerados os efeitos substanciais (jurídico e práticos) que o provimento final projeta ou produz sobre dada relação material - em favor do vencedor”. Complementando, todavia, que também o vencido recebe tutela jurisdicional, vez que “... a superação da controvérsia, e mesmo a estabilidade do regramento imposto pelo provimento estatal, significam formas de tutela também para o vencido” (*Tutela Jurisdicional cit.*, pp. 23/24 e p. 33).

⁵⁸ ADA PELLEGRINI GRINOVER, remetendo à polêmica WINDSCHEID-MÜTHER, ensina que o conceito de ação como direito autônomo foi estabelecido com o reconhecimento de que com a violação de um direito surgem dois novos direitos “à tutela jurídica do Estado” e “à eliminação da lesão” e que “o conceito de ação como direito autônomo prende-se historicamente à teoria dos direitos públicos subjetivos”, complementando em seguida que “E às liberdades limites, opõem-se os direitos subjetivos denominados cívicos, aos quais corresponde uma obrigação do Estado de ‘dare, facere,

que concretize o direito não realizado espontaneamente foi por muito identificado como o direito de acesso à justiça⁵⁹.

CAPPELLETTI E GARTH afirmavam, mais categoricamente, que se trataria do “mais básico dos direitos humanos”, pois por meio dele se garantiriam os direitos, ao invés de meramente proclamá-los⁶⁰. Reconhecer a existência de direitos, sem prover meios de reivindicá-los, seria destituído de sentido.

A leitura contemporânea da ação é a de que se trata de direito à tutela jurisdicional efetiva, da qual é impossível divorciar o devido processo legal⁶¹. E tutela jurisdicional efetiva, por sua vez é o direito ao devido processo legal somado ao direito à efetiva reparação do direito material⁶².

Considerando-se, todavia, que o “direito ao devido processo legal” é o provimento pelo Estado de meios para resolução pacífica dos conflitos conforme parâmetros pré-definidos e aceitos como justos, como visto, deve-se reconhecer

praestare’, e não simplesmente sua não interferência no campo de ação do indivíduo” (*O direito de ação cit.*, pp. 48/49).

⁵⁹ Cf. LUIZ GUILHERME MARINONI: “A doutrina de Marshall ao sintetizar que um Estado cujas leis não outorgam um remédio para a violação dos direitos não pode ser qualificado como um governo de leis, teve impacto no pensamento constitucional brasileiro na vigência da primeira Constituição republicana. Rui Barbosa, em articulado apresentado ao Supremo Tribunal Federal em 1892, advertiu que, ‘onde quer que haja um direito individual violado, há de haver um recurso judicial para a debelação da injustiça’. Essa idéia, antes de ser agasalhada pelas Constituições brasileiras, foi positivada no art. 75 do CC/1916, que dizia que ‘a todo direito corresponde uma ação que o assegura’”. Prossegue o autor, após referir o art. 5º, XXXV, da CF/88, dizendo que: “A doutrina e os tribunais brasileiros não têm dúvida de que esta norma garante o direito de ação” (*O direito de ação como direito fundamental in* L. R. WAMBIER, T. A. A. WAMBIER (orgs.), *Doutrinas Essenciais: Processo Civil*, vol. II, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, pp. 274/275).

⁶⁰ M. CAPPELLETTI, B. GARTH, *Acesso à justiça*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2002, pp. 11/12.

⁶¹ Diz o autor: “Sob o ponto de vista constitucional, a ação não se revela apenas direito ao processo, tampouco direito a uma sentença de procedência, ou ainda direito a uma sentença de mérito, mas sim o direito à tutela jurisdicional efetiva, que se consubstancia, primeiro, na observância do devido processo legal (em benefício de ambos os litigantes), e, num segundo momento, na efetiva satisfação do direito material controvertido de modo adequado e tempestivo (o que beneficia apenas o litigante amparado pelo ordenamento substancial).” (*Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil in* F. L. YARSHELL, C. ZUFELATO (orgs.), *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*, São Paulo, Malheiros, 2013, p. 441).

⁶² Cf. HEITOR SICA: “Assim, filiamo-nos à terceira corrente, por ser a que concilia todos os elementos em exame e por considerar indissociável a predisposição de meios aos litigantes para influir na decisão judicial dos resultados que se pode esperar da atividade jurisdicional. A distribuição de justiça não pode ser feita por qualquer provimento judicial, resultante de qualquer processo, de tal modo que a correta compreensão do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal divide suas atenções entre o meio (o devido processo legal) e o fim (a realização de justiça de modo adequado e tempestivo)”. (*Velhos e novos cit.*, p. 446).

sua indissociabilidade do conceito de acesso à justiça. Acesso à justiça no paradigma democrático de Estado se dá por meio do devido processo legal.

Se tomarmos a ideia de efetiva reparação do direito material, que pode ser traduzida sem maior esforço interpretativo como o “direito a ter direitos” (e não de sua mera enunciação ou promessa), vale dizer, como a característica do sistema jurídico contemporâneo de conferir efetividade às suas normas, tem-se aí também elemento essencial do conceito de acesso à justiça.

De fato, ser sujeito de direitos implica a possibilidade de exercê-los, fazendo-se ouvir, ainda que sua manifestação não reduza a probabilidade de alteração da decisão que pode vir a lhe afetar.

Portanto, bem estabelecido que o mero acesso formal à justiça se demonstrou insuficiente para a efetivação da garantia constitucional, é igualmente importante ter em conta, novamente, que a excessiva abertura do significado desse direito esvazia-o de relevância e permite seu manejo na legitimação de reformas contrárias ao sentido histórico de efetivação dos direitos.

A compreensão de que não é suficiente garantir o direito de ação⁶³ sem que esse desencadeie o devido processo legal e resulte em tutela jurisdicional efetiva foi bem traduzida na expressão *acesso à ordem jurídica justa*⁶⁴ - que amplia significativamente conceito de acesso à justiça, a ele integrando as ideias de devido processo legal e efetividade do processo.

⁶³ Assim, LUIZ GUILHERME MARINONI: “O direito de ação não pode ser limitado ao direito de pedir resolução do mérito. O direito de ação não se exaure com a apresentação da petição inicial e a ação, não é simplesmente proposta, conforme se poderia pensar a partir de uma leitura rápida do art. 263 do CPC. O direito de ação tem diversos corolários, iniciando com o direito de participar adequadamente do processo, mediante a apresentação de alegações e de produção de provas em prazo racional, e de influir sobre o convencimento do juiz”. (*O direito de ação cit.*, p. 284).

⁶⁴ Expressão de KAZUO WATANABE, assim definida por ele: “são dados elementares desse direito: (1) o direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial e à organização de pesquisa permanente a cargo de especialistas e orientada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômica do País; (2) direito de acesso à Justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; (3) direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos; (4) direito à remoção de todos os obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à Justiça com tais características” (*Acesso à Justiça e Sociedade Moderna cit.*, p. 135).

Além disso, o conceito de ordem jurídica justa incorpora fatores não exclusivamente processuais como (i) a capacidade de reconhecer a própria existência do direito, de compreender a sua violação e de conhecer os mecanismos para sua reparação; (ii) a distância física dos locais de moradia e trabalho dos cidadãos e os locais onde se prestam os serviços jurídicos; (iii) a assimetria entre aqueles que possuem capacidade estratégica no uso desses mesmo serviços e são hábeis a assegurar as vantagens que o sistema judicial pode lhe auferir, e aqueles que não a possuem; e até mesmo (iv) barreiras de caráter psicológico passaram a ser objeto de pesquisa para compreender a complexidade do porquê as pessoas buscam ou não as Cortes para a tutela dos seus direitos.

Muito embora absolutamente relevante e mesmo necessária, a conceituação alargada do acesso à justiça trata de um fenômeno mais amplo, que é a evolução da garantia formal de direitos em direção à justiça substantiva, ou seja, a própria alteração do paradigma de Estado. Conforme adiante se verá, este paradigma de Estado Democrático de Direito, por sua vez, também está em mudança – a chamada crise do *Welfare State* também chamado de *Estado Providência*.

Conhecidos os limites estruturais e orçamentários para conferir o direito fundamental ao acesso à justiça⁶⁵, clama-se ao processualista que vise efetivá-lo conferindo mecanismos céleres, eficientes, de baixo custo, para a pacificação social⁶⁶, sem lidar com a interpretação mais ampla possível do acesso à justiça.

⁶⁵ “O Estado não está preparado para tornar a administração da justiça grátis para todos. Uma razão disso - embora é lógico, não seja a única - é que as custas desempenham uma função útil de prevenir disputas frívolas e estimular a aceitação de acordos e decisões razoáveis. Se todas as ações que tivessem início atingissem a fase final do julgamento, o mecanismo da justiça se desintegraria. (...) Não obstante, embora haja necessidade de pagamento, este não assume uma forma que prive o litigante do seu direito à justiça ou o coloca em desvantagem perante seu oponente” (T. H. MARSHALL, *Cidadania, classe social e status*, Rio de Janeiro, Zahar, 1967, p. 89).

⁶⁶ Assim, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO: “A chamada garantia constitucional de *razoável duração do processo* (Const., art. 5º, LXXVIII; CPC, art. 4º) não tem passado de mera promessa muito mal cumprida na realidade prática da vida dos processos, sendo notórias as longas esperas das partes não só pela prolação das sentenças de mérito, como também por meros despachos ao longo do procedimento. Apesar de seu grande empenho na aceleração processual, as *Reformas do Código de Processo Civil* de 1973 não foram suficientes para vencer a morosidade. Esse desafio foi aceito

Essa postura gera ao menos duas ordens de problemas: a primeira é que não se enfrentam as causas da litigiosidade massificada, tampouco se repensa o próprio acesso individual ao judiciário, apenas se gerencia o processamento das causas com suspensões do trâmite nos casos da repercussão geral do recurso extraordinário, do regime de recursos repetitivos e, agora também, no incidente de resolução de demandas repetitivas⁶⁷.

A segunda está relacionada ao manejo da técnica processual em desacordo com a formulação dos direitos fundamentais e, no âmbito processual infraconstitucional, dos escopos do processo⁶⁸.

O legítimo anseio de dar efetividade à tutela jurisdicional sem o resguardo da premissa de que os direitos fundamentais devem ter efetividade ótima – ou, conforme o vocabulário processual, de que o processo visa tanto ao escopo jurídico quanto ao social e ao político –, pode contribuir para a perda de legitimidade do seu resultado além da menor ênfase na qualidade do processo em si, acaso se desconsidere que o resultado justo e efetivo da controvérsia não está dissociado do método que o produz⁶⁹.

pelo vigente Código de 2015, que põe grande tônica nas medidas oferecidas para obter a desejada aceleração” (*Instituições cit.*, pp. 234/235).

⁶⁷ HEITOR SICA adverte que: “A saturação do sistema judiciário também enseja soluções paliativas, representadas por vias expressas processuais, tais como, v.g, o julgamento monocrático de recursos e demandas de competência originária dos tribunais e o julgamento de improcedência liminar. Esses atalhos não alteram o direito de acesso individual aos órgãos judiciários, mas procuram abreviar o trajeto procedimental até o resultado final. (...) O cidadão permanece investido do direito de acessar individualmente o Poder Judiciário, mas, apesar de algumas vias expressas, a tramitação de seu processo é quase que inevitavelmente lenta e, o que é pior, com pronunciada tendência de a demanda ser tratada sem qualquer cuidado e julgada ‘em bloco’”. (*Congestionamento viário e congestionamento judiciário: reflexões sobre a garantia de acesso individual ao Poder Judiciário in* BEDAQUE, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS, CINTRA, LIA CAROLINA BATISTA, EID, ELIE PIERRE (coords.), *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*, Brasília, Gazeta Jurídica, 2016, p. 147).

⁶⁸ A relação entre técnica processual e sua interpretação de acordo com os princípios constitucionais (que integram os valores da sociedade ao seu corpo normativo), foi traduzida POR CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO nos escopos do processo: “Para o aprimoramento do sistema e para que ele possa cumprir adequadamente suas funções no plano social, no político e no jurídico é preciso ter consciência integral de todos os seus escopos situados nestas três áreas - o que obviamente não deve conduzir a afastar as preocupações pela técnica processual mas a enriquecê-la com os dados assim obtidos. Como *conjunto de meios preordenados à obtenção de resultados desejados*, toda técnica precisa ser informada pela definição dos resultados a obter” (*Instituições cit.*, pp. 230/231).

⁶⁹ Para DIERLE NUNES e LUDMILA TEIXEIRA: “Este acesso à Justiça tenta equacionar as relações entre o processo civil e uma justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade socioeconômica, partindo da concepção de Estado protetivo e de Bem-Estar Social. Ao visar a

Nessa perspectiva, repete-se: não basta proporcionar aos jurisdicionados a possibilidade de apresentarem seus pleitos e suas defesas em juízo sem que sejam disponibilizadas, também, possibilidades efetivas de participação e influência no processo, bem como produção de resultados na vida daqueles que para este fim buscaram a intervenção estatal, em tempo razoável⁷⁰.

Nesse tocante, faz-se necessário realçar que o escopo social do processo não se esgota na pacificação, exigindo a pacificação “mediante a eliminação de conflitos com justiça”⁷¹. Trata-se da qualidade do acesso à justiça.

Ainda sob esse aspecto, se deve considerar que os modelos legais raramente consideram a disparidade de forças entre as duas ou mais partes do processo (excetuada uma ou outra disposição, como a que permite a modificação do ônus da prova em algumas situações) e parecem pressupor que atuam em igualdade de condições⁷².

esses fins sociais, os processualistas começam a preocupar-se com a adequação da técnica processual a este novo panorama de análise e a construir procedimentos em que a cognição e decisão do juiz são majoradas (no caso, brasileiros, cada vez menos controlados), possibilitando que uma intervenção mínima das partes possa chegar ao proferimento do provimento final, respondendo-se com menor custo e tempo possíveis às demandas no sistema judiciário” (*Acesso à Justiça Democrático cit.*, p. 31). No mesmo sentido, RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO assim posiciona o tema: “Ao tentar acompanhar esse crescimento vertiginoso da demanda, o Judiciário foi sendo induzido a empregar uma política de perfil quantitativo (mais processos = mais fóruns, mais juízes, mais servidores, mais informática, enfim, mais custeio), e a adotar técnicas de manejo processual que priorizam a padronização das respostas e a celeridade a qualquer custo. Tais estratégias, embora possam, em números absolutos, induzir uma redução no estoque de processos, todavia, não solucionam ex radice a questão judiciária nacional, justamente por deixarem em aberto a causa eficiente, por modo que, ao fim e ao cabo, tais técnicas representam tentativas de administrar ou até mesmo de eliminar processos, antes que lidar com eles, técnica e eficazmente, em modo a preservar os princípios retores do devido processo legal” (*Acesso à Justiça: Condicionantes Legítimas e Ilegítimas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, pp. 171, 172).

⁷⁰ Trata-se da chamada dimensão procedimental do acesso à justiça, referida por SUSANA HENRIQUES DA COSTA: “...relacionada à ampliação, racionalização e controle do aparato (instituições e procedimentos) governamental de realização dos direitos” (*Acesso à Justiça cit.*, p. 451). Também assim, RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, *Acesso cit.*, p. 33.

⁷¹ Assim afirma CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO: “O escopo de *pacificar pessoas mediante a eliminação de conflitos com justiça* é, em última análise, a razão mais profunda pela qual o processo existe e se legitima na sociedade”. (*Instituições cit.*, p. 221).

⁷² Cf. CAPPELLETTI E GARTH: “O enfoque sobre o acesso – o modo pelo qual os direitos se tornam efetivos – também caracteriza crescentemente o estudo do moderno processo civil. A discussão teórica, por exemplo, das várias regras do processo civil e de como elas podem ser manipuladas em várias situações hipotéticas pode ser instrutiva, mas, sob essas descrições neutras, costuma ocultar-se o modelo frequentemente irreal de duas (ou mais) partes em igualdades de condições perante a corte, limitadas apenas pelos argumentos jurídicos que os experientes advogados possam alinhar”. *Acesso cit.*

Evidentemente, autor e réu possuem o mesmo direito de acesso à justiça, vale dizer, como já se mencionou, que o princípio informa tanto *ação* quanto *defesa*⁷³. Aliás, consoante também já se explicou, a depender da situação concreta, o princípio deverá exercer sua função contramajoritária, garantindo a participação daqueles afetados por eventual limitação ao acesso, na medida do que for possível e adequado⁷⁴. Deste modo, tanto ao autor quanto ao réu deverão ser dadas condições reais de exercício da ação e defesa, respectivamente, e lhes deverá ser conferida tutela jurisdicional.

Sob a perspectiva processual, portanto, o acesso à justiça é o direito de exercer *ação e defesa*, exigindo do Estado o exercício da *jurisdição*, mediante o *devido processo*, apto a produzir *tutela jurisdicional* tempestiva e voltado aos *escopos processuais*⁷⁵.

O conceito adotado não pretende expurgar características socioeconômicas que lhe são atinentes, como ressaltado em outras passagens

⁷³ RUI PORTANOVA destaca que “Erige-se o acesso à justiça como princípio informativo *da ação e da defesa*, na perspectiva de se colocar o Poder Judiciário como local onde todos os cidadãos podem fazer valer seus direitos individuais e sociais” (*Princípios do Processo Civil*, 7ª edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, p. 113).

⁷⁴ JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE ensina que: “A intervenção do agente público, buscando extrair do processo tudo aquilo que dele se espera, não significa necessariamente sacrifício da liberdade do cidadão. Ao contrário. Muitas vezes a atuação estatal mostra-se imprescindível à plena realização dos interesses juridicamente tutelados. No âmbito processual, a passividade do julgador normalmente conduz à injustiça, pois permite que o poder econômico prevaleça sobre o direito” (*Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?*, in BEDAQUE, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS, CINTRA, LIA CAROLINA BATISTA, EID, ELIE PIERRE (coords.), *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*, Brasília, Gazeta Jurídica, 2016, p. 33)

⁷⁵ Com maior propriedade, ADA PELLEGRINI GRINOVER assim define o princípio: “O tema do acesso à justiça, dos mais caros aos olhos do processualista contemporâneo, não indica apenas o direito de aceder aos tribunais, mas também o de alcançar, por meio de um processo cercado das garantias do devido processo legal, a tutela efetiva dos direitos violados ou ameaçados. Na feliz expressão de Kazuo Watanabe, o acesso à justiça resulta no acesso à ordem jurídica justa”. (*Direito Processual Coletivo in A. P. GRINOVER, A. G. C. MENDES, K. WATANABE (coords.), Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 12). Não obstante, relevante observar que o conceito ampliado de acesso à justiça não é acolhido unanimemente entre os doutrinadores, merecendo destaque a posição de RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO: “O conceito de acesso à justiça não pode mais se manter atrelado a antigas e defasadas acepções – que hoje se podem dizer ufanistas e irrealistas – atreladas a vetusta ideia do monopólio da justiça estatal, à sua vez assentado numa perspectiva excessivamente elástica de ‘universalidade/ubiquidade da jurisdição’ e, também, aderente a uma leitura desmesurada da ‘facilitação do acesso’, dando como resultado que o direito de ação acabasse praticamente convertido em ... dever de ação, assim insuflando a contenciosidade ao interno da sociedade e desestimulando a busca por outros meios, auto ou heterocompositivos” (*Acesso à Justiça cit.*, p. 24).

deste texto, mas delimitar a aproximação do tema que é útil e relevante ao desenvolvimento da hipótese de pesquisa, vale ressaltar.

1.2.2. Acesso à justiça coletivo

Dentre as necessidades jurídicas latentes, na esteira da reorganização da sociedade civil com a abertura política e das conseqüentes pressões advindas da emergência dos movimentos sociais, apresentavam-se os direitos coletivos⁷⁶.

Se, antes de 1988, em regra os direitos coletivos estavam sob a esfera política, cumprindo ao Legislativo e ao Executivo preverem sua existência e formularem políticas públicas para sua efetivação, com a promulgação da Constituição atual, eles foram constitucionalizados e, portanto, tornados passíveis de judicialização⁷⁷, ampliando-se a esfera de atuação do Poder Judiciário⁷⁸.

A origem histórica dos processos coletivos⁷⁹ está, assim, ligada à superação do processo individual como método inadequado para o trato de

⁷⁶ Cf. E. B. JUNQUEIRA, JUNQUEIRA, Eliane Botelho, *Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo*, Revista de Estudos Históricos, 8:1996, p. 391.

⁷⁷ Assim, BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS: “Este protagonismo dos tribunais em tempos mais recentes não se dirige necessariamente ao favorecimento de agendas ou forças políticas conservadoras ou progressistas, assentando-se antes num entendimento mais amplo e mais profundo do controle de legalidade, apostando, por vezes, na constitucionalização do direito ordinário como estratégia hermenêutica de um garantismo mais ousado dos direitos dos cidadãos” (*Para uma revolução democrática da Justiça*, 3ª edição, São Paulo, Cortez, 2011, p. 12).

⁷⁸ MARIA TERESA SADEK afirma que “a constitucionalização de ampla gama de direitos individuais e supra individuais, além da ampliação da relação de matérias que não podem ser objeto de decisão política, alargou enormemente sua área de atuação. Em decorrência, o Judiciário - como intérprete da Constituição e das leis, imbuído da responsabilidade de resguardar os direitos e de assegurar o respeito ao ordenamento jurídico - foi alçado a uma posição de primeira grandeza” (*Judiciário cit.*, p. 15). Em sentido semelhante, JOSÉ RENATO NALINI: “Houve opção nítida pela ampliação das vias de acesso ao Judiciário. A população intuiu esse comando e procurou adentrar a seara antes reservada aos iniciados. Passou a confiar seus problemas ao equipamento institucionalizado para a aplicação do direito ao caso concreto e a intensificação da demanda é constatável a partir da promulgação da nova Carta, uma das únicas a sensibilizar setores vastos da comunidade, a partir de um debate pré-constituente de caráter ideológico e passional” (*O Juiz cit.*, p. 43).

⁷⁹ Conforme CAMILO ZUFELATO: “... a verdadeira fonte inspiradora que deflagrou o movimento de implementação da tutela coletiva no Brasil foram os exercícios teóricos da doutrina italiana dos anos 70 do século XX. (...) Esse movimento teórico científico capitaneado de modo especial por Cappelletti e Vigoriti, que pretendeu tutelar judicialmente aqueles direitos que na clássica tripartição concebida por Norberto Bobbio foram denominados *direitos de terceira geração*, ganhou consistência com a perspectiva de criar mecanismos processuais a fim de ultrapassar as barreiras que restringiam o *acesso a justiça*, num movimento de ondas renovatórias do processo no qual restou identificada a carência de instrumentos processuais para permitir a judicialização dos

situações em que os interesses em conflito são de um grupo ou da sociedade como um todo, além das situações em que as violações aos interesses individuais se dão de forma massificada e repetitiva, justificando a abordagem desses casos como se coletivos fossem.

Como o sistema rígido de legitimação processual, típico do processo voltado à proteção individual, não comportava a tutela de interesses que não eram apenas do demandante⁸⁰, mas coletivos, fez-se necessária a criação legislativa de institutos processuais que conferissem acesso à justiça àqueles desprovidos de meios eficazes para a defesa dos seus interesses em juízo, permitindo que os interesses coletivos fossem representados⁸¹ por agentes apontados em lei como legítimos para a propositura das respectivas demandas⁸².

interesses difusos, apontando no sentido da realização de um esforço teórico que buscasse a criação de mecanismos de admissão desses conflitos transindividuais na tutela jurisdicional” (*Coisa Julgada Coletiva*, São Paulo, Saraiva, 2011, pp. 49/50). Em mesmo sentido, ELTON VENTURI, *Processo Civil Coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos*, São Paulo, Malheiros, 2007, p. 102.

⁸⁰ Mesmo antes da previsão legal para tanto, KAZUO WATANABE defendia a possibilidade de ampliação da legitimação para agir em defesa de interesses difusos além daquela prevista na legislação naquele momento, destacando que: “Estou, basicamente, cuidando apenas do problema da legitimação, pois esse é o ponto nodal da problemática da tutela jurisdicional dos interesses difusos, ao menos no estágio atual da legislação” (p. 161). Reconhecendo que o ordenamento apenas conferia a algumas entidades de classe legitimidade para a defesa de seus membros, e que se tratava da defesa do interesse coletivo, e que a ação popular e a lei de política nacional do meio ambiente continham previsão específica e limitada de autorização da defesa de interesses difusos, sustentava a legitimação ordinária das associações nos seguintes termos: “Associação que se constitua com o fim institucional de promover a tutela de interesses difusos (meio ambiente, saúde pública, consumidor, etc.), ao ingressar em Juízo, estará defendendo um interesse próprio, pois os interesses de seus associados e de outras pessoas eventualmente atingidas, são também seus, uma vez que ela se propôs a defendê-los como sua própria razão de ser” (*Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos in* L. R. WAMBIER, T. A. A. WAMBIER (orgs.), *Doutrinas Essenciais: Processo Civil*, vol. IX, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 166)

⁸¹ Como ensina SUSANA HENRIQUES DA COSTA: “Como os interesses que são analisados nessas espécies de processos são de grande abrangência, muitas vezes indivisíveis e, principalmente, pertencentes a toda uma coletividade de pessoas, é impossível o seu tratamento pela simples aplicação das regras gerais do processo civil individualista. Isso porque, nesses casos, é inviável a participação de todos os inúmeros interessados na relação jurídica processual. Não se mostra factível o mero litisconsórcio em casos envolvendo grande número de pessoas, muitas vezes não identificadas e nem mesmo passíveis de identificação. (...) Em outros termos: como não é possível trazer à relação jurídica processual todos os membros da coletividade interessada, é necessário escolher um representante. Esse representante, que litigará em nome do grupo, tem que ser adequado. Eis, portanto, a necessidade de se desenvolver o conceito de representatividade adequada.” (*O Controle Judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro in* C. A. SALLES (coord.), *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe*, São Paulo, Quartier Latin, 2009).

⁸² Trata-se da chamada "segunda onda" do acesso à justiça. CAPPELLETTI e GARTH diagnosticaram que "A concepção tradicional de processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos

Esses mecanismos processuais foram concebidos a partir da premissa de que os interesses de grupos ou coletividades são merecedores de proteção jurisdicional, mormente se considerado que os conflitos de natureza coletiva são a regra, e não mais a exceção, nas sociedades contemporâneas, diante da massificação e despersonalização das relações intersubjetivas⁸³.

Sendo assim, o acesso à justiça ganha novas dimensões social e política quando visto sob o enfoque do direito processual coletivo, pois, como destaca ADA PELLEGRINI GRINOVER “no processo coletivo transmuda-se em princípio de interesse de uma coletividade, formada por centenas, milhares e às vezes milhões de pessoas”⁸⁴.

Seguiu-se ao exposto propósito de conferir meios de prestar tutela jurisdicional a interesses até então não equiparados a direitos subjetivos propriamente o reconhecimento de que o modelo processual coletivo é também mais eficiente quando for o mais adequado⁸⁵.

difusos. O processo era visto como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares". (*Acesso cit.*, pp. 49/50).

⁸³ A. CHAYES destaca que: "The class suit is a reflection of our growing awareness that a host of important public and private interactions - perhaps the most important in defining the conditions and opportunities or life for most people - are conducted on a routine or bureaucratized basis and can no longer be visualized as bilateral transactions between private individuals". (*The role of the judge in public law litigation*, Harvard Law Review, 89:1976).

⁸⁴ *Direito Processual Coletivo cit.*, p. 12.

⁸⁵ Para JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI: "Não há dúvida que o ajuizamento de uma ação de espectro coletivo implica evidente redução de custo e tempo, se comparados com aqueles que seriam despendidos em centenas de demandas individualmente aforadas para atingir idêntico escopo. Andrea Giussani informa que as estatísticas realizadas, em épocas relativamente recente, nas cortes norte-americanas, revelam que, apesar de os procedimentos relativos a ações de grupo serem, em média, quatro vezes mais lentos do que aqueles de causas individuais, o resultado global atingido com as primeiras, considerando-se o trinômio *custo-tempo-benefício*, é extremamente compensador" (*Eficácia da sentença e coisa julgada nas ações coletivas in* L. R. WAMBIER, T. A. A. WAMBIER (orgs.), *Doutrinas Essenciais: Processo Civil*, vol. IX, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 645)

Novamente se revisita a noção de que os parâmetros de eficiência e qualidade não são mutuamente excludentes, com a advertência de que, não obstante, seu ponto de equilíbrio não deve ser pressuposto⁸⁶.

A inafastabilidade da jurisdição, por sua vez, característica inerente ao próprio Estado Democrático de Direito e indissociável do acesso à justiça, vista a partir do processo coletivo, transmuta-se na abertura do sistema judicial ao trato de demandas coletivas *lato sensu*, concretizando o anseio de conferir meio pacífico e imperativo de solução de conflitos de forma universal⁸⁷.

Também os institutos ação e jurisdição passam a ter outros contornos no processo civil coletivo: a atuação do poder estatal, mediante provocação, e sua limitação pela demanda se dá não apenas como garantia individual, mas ao ser reconhecida a grupos, procede mudança no próprio conceito de soberania, que passa a ser limitada “pela soberania social atribuída aos grupos naturais e históricos que compõe a nação”⁸⁸

Reconhece-se igualmente aos direitos individuais homogêneos a via do processo coletivo, considerando-se que, embora sejam passíveis de fruição por cada um de seus titulares, também são aptos a produzir impacto social

⁸⁶Assim afirma ELTON VENTURI: “O ideal representado pela fórmula do maior aproveitamento mediante o menor desperdício de tempo e recursos é constantemente referido também à atividade jurisdicional, sobretudo quando suas deficiências expõem seus altos custos, sua morosidade e sua ineficiência. O modelo processual coletivo foi concebido, neste passo, precisamente para viabilizar a implementação da referida fórmula econômica no intuito de garantir a dedução das pretensões meta-individuais com um máximo de efetividade e menor ônus possível” (*Processo Civil Coletivo cit.*, p. 111/112).

⁸⁷ É ADA PELLEGRINI GRINOVER, novamente, quem define a questão: “O princípio da universalidade da jurisdição tem pouca significação no processo individual, limitando-se à utilização da técnica processual com o objetivo de que todos os conflitos de interesses submetidos aos tribunais tenham resposta jurisdicional, e justamente a resposta jurisdicional adequada. Mas o princípio assume dimensão distinta no processo coletivo, pois é por intermédio deste que as massas têm a oportunidade de submeter aos tribunais as novas causas, que pelo processo individual não tinham sequer como chegar à justiça. O tratamento coletivo de interesses e direitos comunitários é que efetivamente abre as portas à universalidade da jurisdição” (*Direito Processual Coletivo cit.*, p. 12).

⁸⁸ Cf. A. P. GRINOVER, *Novas tendências em matéria de legitimação e coisa julgada nas ações coletivas* in A. P. GRINOVER, K. WATANABE, L. MULLENIX, *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*, 2ª edição, revista e atualizada, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 227.

relevante⁸⁹ e, além disso, sua tutela coletiva se justifica razões de acesso à justiça e economia processual⁹⁰.

Aliás, a distinção entre direitos coletivos e direitos individuais passíveis de tutela coletiva é instrumental ao que aqui se pretende demonstrar. Afinal, enquanto a tutela jurisdicional dos primeiros somente é possível por meio dos instrumentos processuais estabelecidos especificamente para o seu trato coletivo, os últimos podem ser objeto de tutela individual ou coletiva⁹¹.

A intersecção entre tutela coletiva de direitos homogêneos e as técnicas de julgamento agregado de demandas repetitivas é especialmente relevante para que se verifique se o sistema oferece meios de preservar a efetividade ótima do acesso à justiça ou, sob a perspectiva processual, o maior atingimento do escopo social do processo.

⁸⁹ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA ensina que: “Noutras hipóteses, é possível, em linha de princípio, distinguir interesses individualmente aos vários membros da coletividade atingida, e não fica excluída *a priori* a eventualidade de funcionarem os meios de tutela em proveito de uma parte deles, ou até de um único interessado, nem a de desembocar o processo na vitória de um ou de alguns e, simultaneamente, na derrota de outro ou de outros. O fenômeno adquire, entretanto, dimensão *social* em razão do grande número de interessados e das graves repercussões na comunidade; numa palavra: do ‘impacto de massa’” (*Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos in* L. R. WAMBIER, T. A. A. WAMBIER (orgs.), *Doutrinas Essenciais: Processo Civil*, vol. IX, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 174/175). No mesmo sentido, mas sob outro aspecto, CARLOS ALBERTO DE SALLES destaca que: “... as decisões judiciais, mesmo quando versando sobre interesses atomizados, têm notória influência das políticas públicas contidas nos textos legais, exercendo importante papel na realização de objetivos sociais neles contidos” (*Processo Civil de Interesse Público cit.*, pp. 201/202).

⁹⁰ SUSANA HENRIQUES DA COSTA assim os define: “Na verdade, os interesses individuais homogêneos correspondem a uma soma de interesses individuais que, tendo em vista a sua homogeneidade, poderão ser tratados como interesses metaindividuais se fossem. A tutela coletiva desses interesses, portanto, não tem fundamento na indivisibilidade do bem protegido, mas sim em considerações de economia processual e na tentativa de evitar decisões contraditórias, plenamente possíveis ante a natureza individual dos interesses em jogo. Também razões relacionadas ao acesso à justiça são levadas em conta, pois muitas vezes a lesão individual a um interesse desse gênero é tão ínfima que não estimula seu titular a pleitear o ressarcimento pela via jurisdicional. Entretanto, o dano social causado, somados todos os lesados, pode ser considerável e justificar tutela pela via coletiva” (*O Processo Coletivo na Tutela do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa*, São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 52).

⁹¹ Conforme definição já clássica de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA: “Tratando-se de interesses essencialmente coletivos, em relação aos quais só é concebível um resultado uniforme para todos os interessados, fica o processo necessariamente sujeito a uma disciplina caracterizada pela *unitariedade*, com todas as conseqüências de rigor - por exemplo, quanto ao regime do litisconsórcio, na hipótese de ser proposta a ação por dois ou mais interessados. Já nos casos de interesses *acidentalmente* coletivos, uma vez que em princípio se tem de admitir a possibilidade de resultados desiguais para os diversos participantes, a disciplina unitária não deriva em absoluto de uma necessidade intrínseca. Pode acontecer que o ordenamento jurídico, por motivos de conveniência, estenda a essa categoria, em maior ou menor medida, a aplicação das técnicas da unitariedade: esse, porém, é um dado contingente, que não elimina a diferença, radicada na própria natureza das coisas.” (*Tutela Jurisdicional cit.*, p. 175).

Os direitos coletivos *lato sensu* são aqueles que não têm titular determinado, podendo ser reclamados por quem represente uma quantidade indeterminada de pessoas ou um grupo ou classe – hipóteses em que se distinguem os direitos, respectivamente, em difusos e coletivos *stricto sensu*.⁹²

Os direitos individuais homogêneos são direitos com titulares determinados e passíveis de fruição individual. Seu trato coletivo decorre do reconhecimento (i) da sua possível dimensão social, como ocorre quando as demandas apenas aparentemente são individuais, mas o ato, fato ou negócio jurídico que lhes deu origem produz repercussões que vão além da esfera patrimonial individual; (ii) da potencialização do acesso à justiça, considerando-se que lesões jurídicas que representam prejuízo econômico mínimo podem representar violação grave ao sistema judicial (v.g. práticas empresariais contrárias à proteção do consumidor, cuja perpetuação fere o escopo social de pacificação das pessoas por meio do processo); e (iii) para melhor aproveitamento dos meios processuais, com racionalização de recursos materiais e pessoais disponíveis, e evitando-se decisões contraditórias.

Outro aspecto relevante para a análise da distinção do trato individual e coletivo dos direitos homogêneos é aquele da necessidade ou não da representação dos interessados. Afinal, diante da impossibilidade de participação direta de todos, sendo inviável o litisconsórcio diante do grande número de pessoas envolvidas, foi necessário adequar a ideia de representação para conferir poderes àqueles definidos em lei para litigar em nome próprio, no interesse de terceiros (legitimação extraordinária, portanto)⁹³.

⁹² Cf. TEORI ALBINO ZAVASCKI: “Direitos coletivos são direitos subjetivamente transindividuais (=sem titular determinado, razão pela qual são tutelados em juízo invariavelmente pelo regime de substituição processual) e materialmente indivisíveis (=são lesados ou satisfeitos necessariamente em sua globalidade, o que determina tutela jurisdicional também de forma conjunta e universalizada). Já os direitos individuais homogêneos são, simplesmente, direitos subjetivos individuais (= com titular determinado) e, portanto, materialmente divisíveis (=podem ser lesados e satisfeitos por unidades isoladas), o que propicia a sua tutela jurisdicional tanto de modo coletivo (por regime de substituição processual), como individual (por regime de representação). (*Reforma do Processo Coletivo: Indispensabilidade da disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais* in A. P. GRINOVER, A. G. C. MENDES, K. WATANABE (coords.), *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 34).

⁹³ Cf. SUSANA HENRIQUES DA COSTA, *O Controle Judicial cit.*. No mesmo sentido, CAMILO ZUFELATO leciona: “... a nova concepção do contraditório e da ampla defesa foi centrada nas adaptações aos

Muito embora a legitimação processual para propor demanda representando os titulares de direitos individuais homogêneos esteja prevista em lei⁹⁴, a importância de serem bem representados os interesses em disputa no processo coletivo é tamanha que a doutrina processual tem reconhecido a possibilidade – e necessidade – de averiguar sua adequação.

A respeito, como ensina SUSANA HENRIQUES DA COSTA, necessária a verificação de que o interesse “tenha sido devidamente representado pelo sujeito que litigou em seu nome”⁹⁵.

Assim é porque, conforme já se explanou, “a garantia constitucional do devido processo legal assegura que ninguém seja privado de seus bens sem ser ouvido em juízo (*opportunity to be heard, right to be heard, day in court*)” e essa garantia só se perfectibiliza se os membros ausentes, que serão vinculados pelos resultados da ação coletiva movida, tiverem sido representados por alguém que defende seus interesses de forma adequada⁹⁶.

institutos da legitimidade processual e coisa julgada, abolindo o perfil individualista do princípio para admitir um *devido processo legal coletivo*, no qual a presença pessoal dos interessados seria substituída pela de um representante ideológico do grupo ou *ente esponenziale*, que gozasse de legitimidade ativa, e a decisão final da demanda - e, por consequência, sua imutabilidade - se espraiasse para além do legitimado que tivesse levado o conflito em juízo, atingindo todos os interessados” (*Coisa Julgada Coletiva cit.* pp. 183/184).

⁹⁴ Artigos 81 e 82 do Código de Defesa do Consumidor.

⁹⁵ Nos seus dizeres: “A representatividade adequada, percebe-se, possui um grande conteúdo legitimador da sentença coletiva. Afinal, se a decisão prolatada surtirá efeito sobre uma coletividade a qual não participou de fato do processo, exige-se que o seu interesse tenha sido devidamente representado pelo sujeito que litigou em seu nome. Toda a técnica processual do processo coletivo, portanto, transita em torno da noção de representatividade. É este conceito que torna factível a introdução dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos em juízo e, ainda, é ele que justifica a prolação de uma decisão com efeitos *erga omnes*, incidentes sobre terceiros que não foram partes no processo. Garantir que a classe tenha sido adequadamente representada é, em última instância, garantir a observância do devido processo legal, em seu sentido substancial (*due process of law*). Em outros termos, é a garantia de que a coletividade que se sujeitará ao quanto decidido no processo tenha sido satisfatoriamente ouvida e defendida.” (*O controle cit.*).

⁹⁶ Cf. ANTONIO GIDI, *A “Class Action” como instrumento de tutela coletiva de direitos: As ações coletivas em uma perspectiva comparada*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 99. Em seguida, acrescenta o autor: “Os membros ausentes são considerados partes no processo na exata medida em que estão sendo adequadamente representados em juízo (*party by representation*). Assim, pode-se dizer que a adequação faz parte integrante do conceito de representação. Se o representante não tutela adequadamente os interesses dos membros ausentes, ele é um não-representante. Em tese, não poderia sequer se conceber um conceito de ‘representação inadequada’: ou a representação é adequada ou não houve representação e, sem representação, não foi respeitado o direito dos membros ausentes de serem ouvidos em juízo” (p. 101).

Portanto, para constatar a representatividade adequada é necessário verificar que o autor da demanda tenha interesse jurídico e seja apto a defendê-lo – o que importa na ausência de conflito entre o seu interesse particular e os interesses dos demais representados – bem como deve ser averiguada a competência técnica dos advogados que patrocinam a causa⁹⁷.

Diante dessa constatação, SUSANA HENRIQUES DA COSTA propõe que se adote um sistema misto de controle de legitimidade, legal e judicial (que em certa medida já é realizado pelos Tribunais quando investigam a “pertinência temática” do objeto da ação com as finalidades institucionais do ente legitimado) “principalmente com relação a um necessário e desejado nexos ideológico entre o representante e o interesse coletivo *lato sensu*”, além da idoneidade daquele e da competência técnica de seus procuradores⁹⁸.

A conclusão é inescapável, afinal, o controle da representatividade adequada decorre de características que são ínsitas ao devido processo legal e ao acesso à justiça – até porque todos têm o direito de serem ouvidos, de pleitear a alteração da situação substancial que entendem injusta, de ver sua demanda ser analisada conforme o devido processo legal e, ao final, receber uma resposta justificada⁹⁹, ainda que a decisão lhes seja desfavorável¹⁰⁰.

⁹⁷ ANTONIO GIDI usa a expressão “vigorosa tutela” de direitos pelo autor e seus advogados para expressar o comportamento processual esperado do representante adequado. Diz o autor: “É ônus do autor convencer o juiz da adequada representação. Todavia, na prática, há uma espécie de ‘presunção’ por parte da doutrina e da jurisprudência de que, se o representante está defendendo em juízo os seus próprios interesses, estará protegendo também os interesses do grupo e fará todo o possível para vencer a causa (...) O requisito da adequação da representação é constituído por dois elementos: a possibilidade de assegurar vigorosa tutela dos interesses dos membros ausentes e a ausência de antagonismo ou conflito de interesses com o grupo. (...) O requisito da adequada representação é um critério qualitativo e não quantitativa a ser avaliado pelo juiz de acordo com a circunstâncias do caso concreto. Não é o número de representantes nem o valor da sua pretensão individual que guiarão o juiz em sua decisão” (A “*Class Action*” *cit.*, pp. 104/105).

⁹⁸ O *Controle Judicial cit.*

⁹⁹ Sem propor expressamente o controle da representatividade adequada, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI propõe “o controle da atuação processual dos legitimados a demandar”, decorrente das exigências das “técnica de tutela substancial e garantia de defesa processual”, concluindo que: “se importantes funções são reservadas ao juiz quanto à direção do processo individual, com certeza dilatam-se estas no âmbito da tutela coletiva, na qual, entre a inexorável extensão da coisa julgada a relações jurídicas conexas e a exigência de salvaguarda dos direitos dos litigantes estranhos ao processo, vem, certamente, valorizada a função judicial”. Mais adiante, retorna ao tema aduzindo que: “... no âmbito das ações coletivas, torna-se relevante a verificação, pelos juízes, durante toda a tramitação do processo, do comportamento processual do legitimado, que ‘representa’ todo o grupo, visto que a trama entre os litigantes acarreta gravíssima ofensa às garantias do devido

Além disso, para finalizar, destaca-se que o direito processual coletivo brasileiro confere uma “válvula de escape” para proteção ao titular de direito individual que possa não ter sido devidamente representado na demanda coletiva.

Como a legitimação para a ação coletiva é prevista em lei e, *a priori*, não sujeita a controle jurisdicional posterior, o legislador concebeu por alguns modos a preservação do acesso à justiça individual.

Por exemplo, o artigo 103, III, e § 2º, do Código de Defesa do Consumidor estabelece que os interessados que não intervieram na demanda coletiva julgada improcedente podem propor demanda individual¹⁰¹.

Evidentemente, em caso de êxito, sequer haveria interesse para a o ajuizamento de novo processo, pois a eficácia da sentença e a extensão da coisa julgada abrangem todos os titulares dos direitos representados na demanda coletiva. Como o artigo dispõe expressamente que os interessados não

processo legal, que inclusive protegem os terceiros” (*Eficácia da sentença cit.*, pp. 653/654 e p. 659).

¹⁰⁰ Em trabalho anterior, em coautoria com SUSANA HENRIQUES DA COSTA, ressaltamos que: “É claro que o representante nem sempre conseguirá uma decisão favorável à coletividade. Deve, porém, ter atuado no caso concreto, como um ‘bom soldado’, lutando em favor daqueles que não tiveram voz na relação jurídica processual. Caso contrário, se verificado que o representante não atuou de forma adequada e satisfatória em prol do interesse transindividual em jogo, há irregularidade apta a contaminar toda a relação jurídica processual e eivar a sentença de nulidade” (*Uma hipótese de defendant class action no CPC? O papel do Ministério Público in S. H. COSTA, R. R. GODINHO, Ministério Público*, vol. 6 da Coleção Repercussões do Novo CPC, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodium, 2017, p. 309).

¹⁰¹ CAMILO ZUFELATO bem posiciona a divergência doutrinária acerca do alcance dos citados dispositivos legais, assim: “De um lado, sustenta-se que a falta de explícita referência significa que no caso de direitos individuais homogêneos a improcedência da ação coletiva, independente da espécie de rejeição do pedido, nunca transitaria em julgado, permitindo-se a propositura de nova demanda quando a primeira tivesse sido julgada improcedentes, não se colocando o problema da insuficiência probatória. De outro, defende-se que a ausência de previsão expressa quanto à improcedência há de ser entendida como a formação da imutabilidade da decisão independentemente do resultado da ação, e a conseqüente impossibilidade de propositura de nova demanda no campo dos direitos ou interesses individuais homogêneo mesmo que haja prova nova, pois esse regime restringe-se de forma taxativa aos difusos e coletivos. Aqui, em razão da divisibilidade do direito, os interessados individuais que não exerceram o *opt in* e, portanto, não participaram da demanda coletiva, não terão obstadas suas ações de natureza individual. Este é claramente o posicionamento majoritário na doutrina nacional, ao qual se filia este estudo, já que a coisa julgada *secundum eventum*, por excepcional que é, deve ser prevista em lei de maneira expressa” (*Coisa Julgada Coletiva cit.*, pp. 284/285).

intervenientes podem propor ações individuais, extrai-se que nova ação coletiva por outro legitimado será obstada pela coisa julgada¹⁰².

Inequivocamente, a técnica processual foi concebida dessa forma como forma de garantia ao acesso à justiça e ao devido processo legal, preservando a possibilidade de ver decidida a questão mesmo quando questão idêntica já tenha sido enfrentada em demanda proposta por outro legitimado¹⁰³.

1.2.2.1. Da prevalência dos processos individuais sobre os coletivos

Tem-se, destarte, com a combinação do controle da representatividade adequada e a delimitação da extensão da eficácia da sentença e da coisa julgada, um mecanismo sofisticado de proteção dos interesses daqueles que não participam diretamente do processo, mas são representados por um ente legitimado – o que denota elevada preocupação com as garantias do acesso à justiça e ao devido processo legal no sistema de processos coletivos brasileiro.

Entretanto, as vantagens que se possa reconhecer no trato coletivo das demandas individuais que se vem de mencionar (como a possibilidade de tratar em um só processo diversas violações a direito com pequena expressão econômica e a possibilidade de propor demanda individual caso a demanda coletiva seja julgada improcedente, nas hipóteses legais), não são suficientes para incentivar sua propositura ou dissuadir a propositura de demandas individuais.

¹⁰² Cf. J. R. CRUZ E TUCCI, *Eficácia da Sentença cit.*, pp. 662/663.

¹⁰³ Novamente, SUSANA HENRIQUES DA COSTA, ao sustentar a insuficiência da limitação da extensão da coisa julgada para a garantia do devido processo legal aos direitos dos indivíduos representados, quem diz: “O mesmo pode ser dito com relação ao argumento de que os indivíduos não serão atingidos pela coisa julgada em caso de improcedência (art. 103, §§ 1º e 2º, CDC). A técnica certamente é garantista e vem no sentido de não prejudicar aqueles que eventualmente não tenham sido devidamente representados no processo coletivo. Não lida bem, contudo, com a questão da economia processual e da harmonia de julgados, uma vez que permite a multiplicidade de demandas e a existência de decisões contraditórias.” (*O Controle Judicial cit.*).

O sistema processual coletivo para a defesa dos direitos individuais homogêneos tem deficiências que são reconhecidas¹⁰⁴ e que certamente contribuíram em alguma medida para que a tutela individual seja buscada em detrimento da coletiva em diversas situações.

A esses fatores permite-se acrescentar outros que parecem igualmente relevantes para a avaliação que o jurisdicionado faz na escolha de meios processuais para veicular sua pretensão e buscar tutela jurisdicional.

O primeiro seria o incentivo para o ajuizamento de demandas individuais em razão da maior familiaridade dos advogados com os ritos relacionados a esse tipo de pretensão, que não conta com a complexidade e peculiaridades do processo coletivo.

É o que se evidencia quando se considera, por exemplo, a facilidade da reprodução de argumentos com ferramentas eletrônicas de edição de texto, que permitem que se elaborem modelos de petição que são apenas complementados por dados específicos do autor ou da sua demanda.

Soma-se a isso o pagamento de valores a título de honorários iniciais (*pro labore*, dissociado do êxito), ainda que em valores modestos, mas que quando multiplicados tantas vezes quantos forem os processos apresentados, pode representar um incentivo a essa prática advocatícia na qual

¹⁰⁴ SOFIA TEMER assim sintetiza as referidas deficiências: "... a restrição em relação a algumas matérias que poderiam ser objeto de tais ações, como as de natureza tributária, a restrição da legitimação ativa da pessoa natural, a falta de critérios para aferir e controlar concretamente a adequação da representatividade; a inadequada restrição da atuação de associações; o ineficiente sistema de comunicação da propositura da ação coletiva aos interessados; a condenação genérica e necessidade de execução individual; o sistema de extensão dos efeitos da coisa julgada; a falta de uma cultura de associatividade e a tendência à propositura de processos individuais; a ausência de formas adequadas para flexibilização do procedimento e a adequação ao conflito" (*Incidente cit.*, pp. 35/36). HEITOR SICA aponta quatro características negativas do processo coletivo para tutela de direitos individuais homogêneos: a ignorância da existência do processo coletivo; o aproveitamento das chances decorrentes dos limites da coisa julgada; a maior demora e maiores custos do processo coletivo; e a necessidade de liquidação e execução individuais da sentença coletiva (*Congestionamento viário cit.*, pp. 148/149). ANDRÉ VASCONCELOS ROQUE, por sua vez, aduz que: "Como se concluiu em estudo empírico sobre as ações coletivas, a principal causa do ajuizamento de demandas coletivas de idêntico objeto, ao lado de outros processos individuais versando sobre a mesma questão, foi a ausência de previsão legislativa expressa para o tratamento uniforme de questões processuais surgidas em ações coletivas repetitivas, bem como de uma orientação jurisprudencial mais precisa" (*Ações Coletivas e Procedimentos para a Resolução de Casos Repetitivos in F. DIDIER JR., L. C. CUNHA, Julgamento de Casos Repetitivos*, vol. 10 da Coleção Grandes Temas do Novo CPC, Salvador, Juspodium, 2017, pp. 26/27).

se desenvolve um argumento ou tese, e se propõe diversas demandas idênticas com mesmo fundamento¹⁰⁵.

Em determinadas situações dentre aquelas em que se dá a referida repetição de causas pode-se mesmo questionar se as demandas são propriamente individuais ou se “pseudo-individuais”, na expressão de KAZUO WATANABE, pois “fundadas em relação jurídico-substancial de natureza incindível”¹⁰⁶.

O segundo fator que parece contribuir para que as pretensões individuais não sejam veiculadas em demandas coletivas é o comportamento do Poder Judiciário, que acolhe com maior frequência as demandas individuais do que as coletivas – o que de alguma forma é percebido pelos advogados e incentiva a escolha por esse meio processual¹⁰⁷.

Além disso, os juízes proferem decisões nas demandas individuais voltados primordialmente à solução do caso concreto, sem examinar eventual

¹⁰⁵ Fatores revelados por DANIELA GABBAY e LUCIANA G. CUNHA como relevantes para a litigiosidade repetitiva em ações de consumo, assim: “Os advogados têm forte atuação na defesa dos direitos do consumidor, seja no âmbito dos Juizados, seja nas Varas Cíveis. Em alguns casos, são notórias a elaboração e a sustentação de novas teses jurídicas, bem como a prática de propositura massiva de ações de indenização por dano moral, de forma principal ou acessória a outros pedidos. (...) A televisão, o rádio, os jornais e as revistas impressas são os principais meios veiculadores de informações que interessam aos consumidores. Nesses meios de comunicação, aparecem desde os resultados de testes sobre a qualidade de produtos e serviços até a previsão de novos direitos e a sinalização dos mecanismos pelos quais esses direitos podem ser protegidos. Em muitos casos, é a mídia que faz com que os consumidores identifiquem a lesão ao seu direito e, diante disso, vão buscar uma solução no Judiciário ou nas esferas extrajudiciais” (*Litigiosidade, Morosidade e Litigância Repetitiva no Judiciário – Uma Análise Empírica*, São Paulo, Saraiva, 2012, pp. 113-114)

¹⁰⁶ *Relação entre demanda coletiva e demandas individuais* in A. P. GRINOVER, A. G. C. MENDES, K. WATANABE, *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 158. Em outro trecho, o autor assim define a natureza das demandas pseudo-individuais: “São ‘individuais’ apenas no sentido de que são propostas por indivíduos, mas a pretensão é de alcance coletivo, pois beneficia a totalidade das pessoas que se encontram na mesma situação, e não somente o autor da ação” (p. 157).

¹⁰⁷ Em investigação procedida sobre as demandas que pleiteiam a determinação de matrícula em creches municipais, SUSANA HENRIQUES DA COSTA observou que: “O tratamento individualizado pelo Judiciário, porém, tem como característica a efetividade na concretização do direito social do autor. O padrão de litigância acima descrito aponta para o acolhimento do pedido dos autores (processo de conhecimento) em praticamente todos os casos e para o cumprimento imediato das decisões pelo Poder Público (enforcement). De fato, o Judiciário está acostumado com o enquadramento jurídico retrospectivo e com a moldura bilateral “credor-devedor” utilizados nas demandas individuais. Sob o ponto de vista do autor que consegue chegar ao topo da pirâmide da litigância (acesso à justiça procedimental), portanto, a judicialização da educação é extremamente eficiente e implementadora de (acesso à) justiça substancial” (*Acesso cit.*, p. 14).

macroconflito e suas dimensões, o que importa na variedade de repostas judiciais para casos muito semelhantes.

Até o ingresso das súmulas vinculantes e dos recursos repetitivos no sistema processual, pode-se dizer que a uniformização da jurisprudência¹⁰⁸ não era prioridade dentre os objetivos da jurisdição; ao contrário, era vista como autoritária e cerceadora do livre convencimento do julgador.¹⁰⁹

A incerteza quanto à legitimidade do Ministério Público para a representação de direitos individuais homogêneos também desfavorece que o indivíduo aguarde o julgamento da ação coletiva que, após longo trâmite, pode terminar em extinção sem julgamento do mérito, para só então apresentar sua demanda¹¹⁰.

A variação jurisprudencial é o terceiro incentivo à escolha da tutela individual de direitos homogêneos. Consiste ela em fator de incerteza, que estimula o advogado e a parte minimamente diligentes a encontrarem e realçarem a existência de casos semelhantes com resposta favorável aos seus interesses nos repositórios de jurisprudência dos Tribunais – ainda que encontrem igualmente resultados desfavoráveis.

A assistência judiciária gratuita em demandas dessa natureza atua, por sua vez, como componente que afasta o risco de piora da situação anterior à do ajuizamento da demanda.

¹⁰⁸ Conforme RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO o que define jurisprudência é: "... a aptidão, própria de uma iterativa coleção de acórdãos consonantes sobre uma dada questão de direito, para se irradiar expansivamente, em maior ou menor dimensão, projetando força persuasiva, assim operando no plano da influência" (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: A luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva, São Paulo, RT, 2016, p. 19).

¹⁰⁹ HEITOR SICA aponta dentre as causas para "a inaptidão da ação coletiva para tutela de interesses individuais homogêneos para desestimular os mecanismos de tutela individual decorrentes do mesmo macrolitígio", a percepção do cidadão que "pode eventualmente contar com a sorte de sair vencedor da demanda individual a despeito da improcedência do processo coletivo (que não lhe afeta" (*Congestionamento viário cit.*, p. 148). ARTUR CÉSAR DE SOUZA, por sua vez, observa que: "É muito comum, por exemplo, que aquele que promoveu uma das primeiras demandas repetitivas tenha a sorte de seu processo não chegar aos Tribunais Superiores, transitando em julgado a decisão que lhe foi favorável. Porém, outros que não tiveram a mesma sorte, podem sofrer revezes se a sua demanda chegar aos Tribunais Superiores, invertendo-se a solução que até então era favorável". (*Resolução de Demandas Repetitivas*, São Paulo, Almedina, 2015, p. 23).

¹¹⁰ Vide a respeito SÉRGIO ARENHART, *A tutela coletiva cit.*, p. 49.

Nesse cenário, mesmo que a variação jurisprudencial não seja por si só um fator de estímulo à judicialização, quando somada a isenção de custas e taxas processuais e do dever de pagar honorários de sucumbência, torna a equação bastante propícia a essa escolha¹¹¹.

Os efeitos indesejados da opção, *a priori* legítima, pela tutela individual em caso que veicule direito individual homogêneo (como por exemplo a contradição prática entre decisões conflitantes em casos idênticos ou muito semelhantes), não eram problema que merecia especial repúdio do Judiciário, embora afetasse o acesso à justiça – que não se satisfaz com a mera possibilidade de propositura da demanda, como se viu.

Por esta razão, para evitar o que entendia se tratar de “verdadeira denegação de justiça”, KAZUO WATANABE¹¹² propunha que se aplicasse a solução prevista no art. 6º, parágrafos 3º e 4º, do Anteprojeto de Código de Processos Coletivos¹¹³, que determinavam a suspensão dos processos até o trânsito em

¹¹¹ Cf. JULIO CESAR MARCELLINO JR.: A probabilidade de vitória se apresenta como incentivo e impulso à demanda judicial, ao lado dos custos da demanda, da atuação e do interesse dos advogados, da lentidão do processo, além de outras variáveis de impossível previsibilidade” (*Análise Econômica do Acesso à Justiça*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2016, p. 190).

¹¹² Diz ele: “A solução que seria mais apropriada, em nosso sentir, na conformidade das ponderações acima desenvolvidas, seria a proibição de demandas individuais referidas a uma relação jurídica global incindível. Porém, a suspensão dos processos individuais poderá, em termos práticos, produzir efeitos bem próximos da proibição, se efetivamente for aplicada pelo juiz da causa. A importância do dispositivo está em procurar disciplinar uma situação que, na atualidade, em virtude da inexistência de uma regra explícita, está provocando embaraços enormes à justiça, com repetição absurda de demandas coletivas e também de pseudodemandas individuais, cuja admissão, em vez de representar uma garantia de acesso à justiça, está se constituindo em verdadeira denegação da justiça devido à reprodução, em vários juízos do País, de contradição prática de julgados, que se traduzem num inadmissível tratamento discriminatório dos usuários dos serviços de telecomunicação” (*Relação cit.*, p. 160).

¹¹³ “Relação entre demanda coletiva e ações individuais - A demanda coletiva não induz litispendência para as ações individuais em que sejam postulados direitos ou interesses próprios e específicos de seus autores, mas os efeitos da coisa julgada coletiva (art. 12 deste Código) não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida a sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência efetiva da demanda coletiva nos autos da ação individual

§ 3o O Tribunal, de ofício, por iniciativa do juiz competente ou a requerimento da parte, após instaurar, em qualquer hipótese, o contraditório, poderá determinar a suspensão de processos individuais em que se postule a tutela de interesses ou direitos referidos a relação jurídica substancial de caráter incindível, pela sua própria natureza ou por força de lei, a cujo respeito as questões devam ser decididas de modo uniforme e globalmente, quando houver sido ajuizada demanda coletiva versando sobre o mesmo bem jurídico.

§ 4o. Na hipótese do parágrafo anterior, a suspensão do processo perdurará até o trânsito em julgado da sentença coletiva, vedada ao autor a retomada do curso do processo individual antes desse momento” (*apud* K. WATANABE, *Relação cit.*, p. 160).

julgado da ação coletiva quando se verificasse que as ações individuais cuidassem de direitos originados em relação jurídica incindível, de modo similar ao adotado para as técnicas de julgamento de causas repetitivas no Código de Processo Civil vigente, como se verá a seguir.

2. Acesso à justiça entre a consolidação de direitos fundamentais e a expansão dos direitos

O elevado volume de processos em curso perante o judiciário brasileiro é um fato, um dado da realidade: pesquisas realizadas pela Associação dos Magistrados Brasileiros¹¹⁴ e pelo Conselho Nacional de Justiça¹¹⁵ revelam que aproximadamente 80 milhões de processos estão em curso perante o Judiciário nacional¹¹⁶ atualmente.

Costuma-se apontar como causas desse fenômeno a ampliação do rol de direitos passíveis de judicialização; a padronização e massificação das relações jurídicas, especialmente as de consumo; e a facilitação do acesso à informação e às Cortes¹¹⁷.

No plano da doutrina internacional, sem prejuízo de outras contribuições relevantes, existem três autores fundamentais a respeito do tema, cujo pensamento se passa a expor brevemente para fins de contextualização.

MAURO CAPPELLETTI denomina o quadro como um “gigantismo jurisdicional”, conseqüente da ampliação da função judicial – que passa a incluir a promoção e atuação dos direitos sociais, bem como a proteção à violação de

¹¹⁴ Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB, *O uso da justiça e o litígio no Brasil*, coord. cient. Maria Tereza Sadek, disponível em <http://www.amb.com.br/amb.com.br/wp-content/uploads/2015/08/Pesquisa-AMB.pdf>, consultada em 05.12.2017.

¹¹⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, *Justiça em Números 2017: ano-base 2016* - Brasília: CNJ, 2017., disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/11/100d387b0339d6d8544a29e30a3b2150.pdf>, consultado em 05.12.2017.

¹¹⁶ “O Poder Judiciário finalizou o ano de 2016 com 79,7 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva. Desses, 13,1 milhões, ou seja, 16,4%, estavam suspensos ou sobrestados ou em arquivo provisório, aguardando alguma situação jurídica futura. (...) Os casos pendentes, por sua vez, são todos aqueles que nunca receberam movimento de baixa, em cada uma das fases analisadas. Observe-se que podem existir situações em que autos já baixados retornam à tramitação sem figurar como caso novo. São os casos de sentenças anuladas na instância superior, de remessas e retornos de autos entre tribunais em razão de questões relativas à competência ou de devolução dos processos à instância inferior para aguardar julgamento em matéria de recursos repetitivos ou de repercussão geral.” (*Justiça em Números cit.*, p. 65.)

¹¹⁷ A respeito, vide SOFIA TEMER, *Incidente cit.*, p. 30.

direitos individuais, o que implica ao Estado o dever de fazer, operar e intervir¹¹⁸. Além dos novos deveres incumbidos ao Estado, de maneira complementar ao relativo sucesso do movimento de acesso à justiça¹¹⁹.

Conclui, então, que o excesso de processos gera preocupações de duas ordens, que persistem nos dias atuais: quantitativa – os processos são tantos que eventualmente se podeira chegar à paralisação dos serviços judiciários –, e qualitativa, representada na perda da qualidade dos procedimentos e decisões judiciais¹²⁰.

BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, por sua vez, identifica na origem do fenômeno o que denomina de “curto-circuito histórico”, que seria a “consagração no mesmo ato constitucional de direitos que nos países centrais foram conquistados num longo processo histórico”¹²¹.

Para MARC GALANTER, por fim, tanto a noção de acesso à justiça quanto a introdução da perspectiva da disputa nos estudos legais e, ainda, o movimento por meios alternativos de resolução de conflitos, surgiram no contexto de ampliação do Estado de Bem-Estar Social, com a ampliação de direitos e de meios para sua asseguaração¹²².

¹¹⁸ *Acesso à Justiça como programa de reforma e como método de pensamento in Processo, Ideologias e Sociedade, vol. I, trad. e notas de Elício de Cresci Sobrinho, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 384.*

¹¹⁹ Nos seus dizeres: “Este mesmo é consequência direta dos renovados e ampliados deveres ‘sociais’, recentemente descritos, da função judicial, mas é também derivação indireta do dilatado ‘acesso’ aos órgãos jurisdicionais pretendidos e mais ou menos, cumpridamente realizados pelas duas ‘ondas’ do movimento em prol do acesso à justiça e descritas no parágrafo antecedente” (*Acesso à justiça como programa cit.*, p. 388).

¹²⁰ *Acesso à justiça como programa cit.*, pp. 388/389.

¹²¹ *Para uma revolução cit.*, p. 15. Sob outra perspectiva, RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO arrola dentre as concausas para o excesso de demandas a “exacerbada juridicização da vida em sociedade, para o que contribui a pródiga positivação de novos direitos e garantias, individuais e coletivos, a partir do texto constitucional, projetando ao interno da coletividade uma expectativa (utópica), de pronto atendimento a todo e qualquer interesse contrariado ou insatisfeito” (*Acesso à Justiça cit.*, p. 53).

¹²² Assim, embora também referindo outras ideias: “A noção de Acesso à Justiça não chegou à cena legal desacompanhada. Fez parte do conjunto de trigêmeos intelectuais que surgiu nos anos 1970. Seus irmãos foram a perspectiva da disputa nos estudos legais e o movimento por ‘Meios Alternativos de Solução de Conflitos’ (*Alternative Dispute Resolution*).(...) Esse trigêmeos foram a prole, nascida tardiamente, do notável movimento de expansão de responsabilidades e remédios legais promovido pelas cortes e pelos legislativos nos anos decorridos entre o fim da Segunda Guerra Mundial e meados dos anos 70. A ampliação dos remédios legais a expansão da

Em ensaio sobre o surgimento histórico do movimento de acesso à justiça, GALANTER observa ainda que, até o final da década de 1970, a expressão (“acesso à justiça”) remetia ao acesso às instituições governamentais – o que no mais das vezes representava tão-somente a possibilidade de se propor uma demanda perante o Poder Judiciário, superando-se obstáculos como a pobreza do litigante e conseqüente impossibilidade de arcar com as custas judiciais e honorários de seu representante.¹²³

Com o “Projeto Florença”, estudo seminal de direito comparado liderado por MAURO CAPPELLETTI, já mencionado, o conceito de acesso à justiça se modificou substancialmente. Foram analisados sistemas jurídicos de diversos países para se investigar quais as formas de facilitação do acesso à justiça que porventura empregavam, resultando em uma noção que se preocupava com a efetiva fruição do direito, indo além das questões de acesso às Cortes e a representação por advogados.

O ponto de partida dessa investigação era a possibilidade admitidamente utópica de se resolver conflitos apenas em função das razões jurídicas a ele relacionadas – o que pressuporia, segundo CAPPELLETTI e GARTH¹²⁴, igualdade entre as partes. Pode-se dizer que, para eles, o cerne da questão do acesso à justiça seria o acesso equitativo à justiça¹²⁵.

No Brasil, os debates acerca do acesso à justiça ganharam centralidade após a Constituição Federal de 1988, embora temas a ele correlatos,

legitimidade processual, a abolição de velhas imunidades e a promoção de direitos civis asseguraram a pessoas comuns novas possibilidades de utilização do Judiciário e maiores chances de sucesso quando o fizessem”. (*Acesso à Justiça em um mundo de capacidade social em expansão*, traduzido por J. E. FRANCISCO, M. C. A. ASPERTI, S. H. COSTA, Revista Brasileira de Sociologia do Direito, 1:2015, p. 39.)

¹²³ *Acesso à justiça cit.*, p. 38.

¹²⁴ M. CAPPELLETTI, B. GARTH, *Acesso à Justiça cit.*, p. 15.

¹²⁵ CAPPELLETTI assim descreve a questão: “Trata-se de problema e de crises derivadas das profundas transformações das sociedades industriais e pós industriais modernas, nas quais o pedido de Justiça adquire um sentido cada vez mais decisivo para multidões cada vez mais vastas; de petição de *igualdade não somente formal, senão real e efetiva igualdade* de possibilidades, de desenvolvimento da pessoa e igual dignidade do homem” (*Acesso à justiça como programa cit.*, p. 384)

tais como assistência judiciária gratuita, demora processual e simplificação dos procedimentos¹²⁶, estivessem em pauta antes disso.

Considerando o contexto sócio-político brasileiro imediatamente anterior e posterior à Constituição vigente, ELIANE BOTELHO JUNQUEIRA anota que, ao contrário do observado nos países desenvolvidos, nos quais a questão do acesso à justiça se voltava à expansão dos direitos e das formas de efetivá-los, no Brasil, os primeiros estudos sobre o tema versavam sobre implementação de direitos básicos e fundamentais¹²⁷⁻¹²⁸.

A abertura política após o regime autoritário propiciou o ambiente necessário para que a efetivação dos direitos pudesse ser exigida, e não meramente contemplada no plano teórico, de modo que os anos 1980 ficaram marcados por profunda alteração do sistema de justiça com a introdução dos Juizados de Pequenas Causas (1984), da Ação Civil Pública (1985), com a Constituição Federal de 1988, com seu rol ampliado de direitos fundamentais e sociais¹²⁹.

Houve, ainda, a criação da Defensoria Pública e o fortalecimento do papel do Ministério Público, e, posteriormente, já na década de 1990, a entrada

¹²⁶ Lembrando que as Leis dos Juizados e Pequenas Causas e da Ação Civil Pública são desse período (1984 e 1985 respectivamente), MARIA CECÍLIA ASPERTI afirma nesse sentido: “Os anos que precederam a Constituinte foram marcados pela pauta da facilitação do acesso à justiça e de abertura das instituições judiciárias para a ‘litigiosidade latente’, assim entendida como a gama de conflitos sociais que, em razão dos obstáculos de acesso ao sistema oficial, acabam sujeitos à autotutela, ocasionando o aumento de violência nas comunidades marginalizadas. É também nesse período de ambiente de abertura política e de emergência de movimentos sociais que a reivindicação de direitos sociais, questionando a intensa desigualdade social e a exclusão da grande maioria da população quanto a direitos básicos como saúde e educação” (*Litigiosidade repetitiva e a padronização decisória: entre o acesso à justiça e a eficiência do Judiciário*, Revista de Processo, 263:2017, pp. 233-255, p. 2 do arquivo eletrônico)

¹²⁷ E. B. JUNQUEIRA, *Acesso cit.*, p.390.

¹²⁸ Todavia, é importante destacar a ressalva de DIERLE NUNES e LUDMILA TEIXEIRA, segundo a qual: “Por mais que as peculiaridades do contexto brasileiro sejam reconhecíveis, elas não são suficientes para pleitear uma apreciação tão diferente do fenômeno ocorrido lá e cá. Ainda que o ideal distributivo do Estado de bem-estar social nunca se tenha tornado realidade entre nós - diz Eisenberg: ‘aqui foram igualmente implantadas as estruturas normativo-institucionais deste regime político-econômico’” (*Acesso à Justiça Democrático*, Brasília, Gazeta Jurídica, 2013, p. 46).

¹²⁹ Nesse tocante, SUSANA HENRIQUES DA COSTA anota que: “O texto constitucional, destarte, ampliou as potencialidades da litigância pela implementação de direitos, na medida em que disponibilizou todo um novo aparato institucional e normativo substancial e procedimental. Esse aparato, com o passar do tempo, foi tornando os direitos sociais cada vez mais exigíveis.” (*Acesso à Justiça cit.*, p. 451).

em vigor do Código de Defesa do Consumidor (promulgada em 1990, em vigência desde 1991) e da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais¹³⁰ estaduais (1995).

BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS refere que, mesmo sem ter propriamente um Estado de Bem-Estar-Social instituído naquele momento histórico, reconheceu-se a ampliação dos direitos fundamentais, civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, e dos direitos de terceira geração, como aqueles relativos ao meio-ambiente e ao consumidor¹³¹.

Nesse cenário (de ampliação dos direitos e abertura política), aumenta a expectativa de efetivação dos direitos ora positivados, como visto, e conseqüentemente a frustração de vê-los descumpridos ou deficientemente postos em prática – o que deságua na procura aos tribunais para corrigir as falhas das políticas públicas, ora inseridas no campo da legalidade e não apenas no da política¹³².

As alterações legislativas mencionadas tinham em comum o objetivo de alterar a estrutura do Poder Judiciário, considerado lento e ineficiente, com a criação de mecanismos que viabilizassem a tutela coletiva de direitos e a simplificação, a informalização da técnica processual, e a prevalência de formas não-estatais de resolução de conflitos^{133_134}.

¹³⁰ Cf. DANIELA MONTEIRO GABBAY e LUCIANA GROSS CUNHA, *Mudanças no sistema de justiça brasileiro. Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no judiciário: uma análise empírica*, 1ª edição, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 31.

¹³¹ Além disso, para o autor: “Acresce o fato de, também a partir da Constituição de 1988, se terem ampliado as estratégias e instituições das quais se pode lançar mão para invocar os tribunais, como, por exemplo, a ampliação da legitimidade para propositura de ações diretas de inconstitucionalidade, a possibilidade de as associações interporem ações em nome de seus associados, a consagração da autonomia do ministério público e a opção por um modelo público de assistência jurídica e promoção do acesso à justiça” (B. S. SANTOS, *Para uma revolução cit.*, p. 14).

¹³² “A redemocratização e o novo marco constitucional deram maior credibilidade ao uso da via judicial como alternativa para alcançar direitos” (B. S. SANTOS, *Para uma revolução cit.*, p. 14).

¹³³ E. B. JUNQUEIRA, *Acesso cit.*, p. 391.

¹³⁴ SUSANA HENRIQUES DA COSTA observa nesse sentido que: “Em especial, a década de 80 traz estudos legais sociológicos e dogmáticos sobre acesso à justiça dos interesses difusos e coletivos (interesses transindividuais ou interesses de grupos) e sobre formas de absorção da litigiosidade individual contida, seja (i) pela análise dos sistemas alternativos/extraoficiais ou informais/oficiais (juizados de pequenas causas) de solução de conflitos, seja (ii) pelo estudos dos óbices

Vê-se, portanto, que, se de um lado é importante destacar, a título de contextualização, os diferentes cenários em que o movimento de acesso à justiça surgiu, por outro, é possível identificar como elemento comum a busca pela satisfação de necessidades jurídicas¹³⁵, ou seja, pela efetivação de direitos conferidos pelo sistema jurídico.

2.1. Entre a consolidação de direitos fundamentais e a expansão da fronteira dos direitos no Brasil

Conquanto, à primeira vista, possa parecer intuitiva a relação entre o aumento de direitos que requerem prestações estatais para sua efetivação associado ao alargamento da atuação do Judiciário, de um lado, e o número de processos judiciais em andamento, de outro, deve-se ter em conta que relatórios de pesquisa publicados pela Associação dos Magistrados Brasileiros informam que grande parte desse volume está concentrado em demandas individuais em que se podem identificar 100 litigantes mais frequentes¹³⁶.

Diante da constatação de que a pauta do acesso à justiça no Brasil surgiu com a necessidade de implementação de direitos básicos da cidadania¹³⁷ e

financeiros, sociais ou culturais que impediam os indivíduos de reconhecerem e verem reconhecidos (e implementados) seus direitos básicos (*Acesso cit.*, p. 450/451).

¹³⁵ *Acesso cit.*, p. 42.

¹³⁶ De acordo com a pesquisa *O uso da Justiça e litígio no Brasil*: "(...) em oito das onze Unidades da Federação pesquisadas, o Poder Público municipal, estadual e federal concentra a maior parte das ações iniciadas no Primeiro Grau (parte do polo ativo), no grupo dos 100 maiores litigantes. E no polo passivo, o setor econômico representado por bancos, empresas de crédito, de financiamento e investimentos é o principal demandado em sete estados e no Distrito Federal. O exame dos 100 maiores litigantes nas 11 unidades pesquisadas apurou que um número extremamente reduzido de atores é responsável por pelo menos a metade destes processos."

¹³⁷ Adota-se aqui o conceito clássico de cidadania formulado por T.H. MARSHALL, segundo o qual a cidadania é composta por três elementos, civil, político e social, sendo que: "O elemento civil é composto dos direitos necessários à liberdade individual - liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa, pensamento e fé, o direito à propriedade e de concluir outros contratos válidos e o direito à justiça. Este último difere dos outros porque é o direito de defender e afirmar todos os direitos em termos de igualdade com os outros e pelo devido encaminhamento processual. Isto nos mostra que as instituições mais intimamente associadas com os direitos civis são os tribunais de justiça. Por elemento político, se deve entender o direito de participar no exercício de poder político, como um membro de um organismo investido de autoridade política ou como eleitor dos membros de tal organismo. As instituições correspondentes são o parlamento e conselhos do Governo local. O elemento social se refere a tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade. As instituições

ganhou força com a constitucionalização de direitos sociais e a oferta de meios para judicialização de direitos coletivos, seria de se esperar que o Poder Público estivesse no polo passivo de grande número das demandas, que buscariam no Judiciário a efetivação de direitos não (plenamente ao menos) satisfeitos.

Contudo, os dados disponíveis revelam que o Poder Público municipal, estadual e federal está no polo ativo da maior parte¹³⁸ das demandas – em que, portanto, busca-se do cidadão o cumprimento de seus deveres, notadamente o pagamento de tributos¹³⁹.

Partindo-se da hipótese de que a judicialização de direitos é parte da evolução da sociedade como um todo¹⁴⁰ – cujos indivíduos buscam efetivar suas cidadanias, resguardados pelo Judiciário –, não se encontra explicação fácil para que alguns setores da atividade estatal e da economia concentrem as reclamações dos seus usuários ou consumidores¹⁴¹.

A título exemplificativo, verifica-se do *site* do Tribunal de Justiça de São Paulo que no terceiro trimestre de 2016 encontravam-se sobrestados 389.891 processos em razão de repercussão geral reconhecida a Recurso Extraordinário ou Agravo em Recurso Extraordinário e 156.351 em razão da

mais intimamente ligadas com ele são o sistema educacional e os serviços sociais” (*Cidadania, Classe Social e Status*, Rio de Janeiro, Zahar, 1967, pp. 63/64).

¹³⁸ “A Justiça Estadual de São Paulo, que concentra aproximadamente 40% dos processos em tramitação no País, é um dos exemplos da expressiva concentração setorial: a administração pública municipal figurou como parte ativa em mais da metade dos processos no Primeiro Grau entre 2010 e 2013, considerando os 100 maiores litigantes” (*O uso da justiça cit.*, p. 13).

¹³⁹ “A maior parte dos processos de execução é composta pelas execuções fiscais, que representam 75% do estoque. Esses processos são os principais responsáveis pela alta taxa de congestionamento do Poder Judiciário, tendo em vista que representam aproximadamente 38% do total de casos pendentes, apresentando congestionamento de 91% em 2016 - a maior taxa entre os tipos de processos constantes desse Relatório”. (*Justiça em números cit.*, p. 107).

¹⁴⁰ Nesse sentido, JOSÉ RENATO NALINI: “Muita vez não tem o juiz consciência de que também integra a sociedade massificada e de que o produto de seu trabalho já não é mais do que um bem de consumo. A sentença é um bem de consumo que deve atender a uma demanda cada vez mais complexa e exigente. Demanda que não se conforma com posturas clássicas, de arcaísmo que não levou em consideração as profundas alterações da sociedade neste século” (*O Juiz cit.*, p. 22).

¹⁴¹ A resposta intuitiva inclui em alguma medida o desequilíbrio de forças que se reproduz no processo e que traz vantagens para a solução de litígios por essa via, como bem observa JOSÉ RENATO NALINI: “O desequilíbrio da balança é evidente quando, de um lado, situa-se empresa provida de infindáveis arsenais para um litígio que lhe convém, muita vez, institucionalizar em vez de pacificar. De outro, o indivíduo isoladamente considerado, carecedor de armas compatíveis para enfrentar a pugna, onde começa já na condição de perdedor” (*O Juiz cit.*, p. 30).

afetação de Recurso Especial ou Agravo em Recurso Especial para julgamento sob o regime dos recursos repetitivos¹⁴².

Ocorre que, dos recursos sobrestados por força do reconhecimento da repercussão geral, 226.040 tratam da mesma questão, que são as “diferenças de correção monetária de depósitos em caderneta de poupança por alegados expurgos inflacionários decorrentes dos planos Bresser e Verão”; 40.987 cuidam das “diferenças de correção monetária de depósitos em caderneta de poupança, não bloqueados pelo BACEN, por alegados expurgos inflacionários decorrentes do plano Collor I” e 37.566 referentes às diferenças de correção monetária de depósitos em caderneta de poupança, não bloqueados pelo BACEN, por alegados expurgos inflacionários decorrentes do Plano Collor II”, conforme gráfico abaixo:

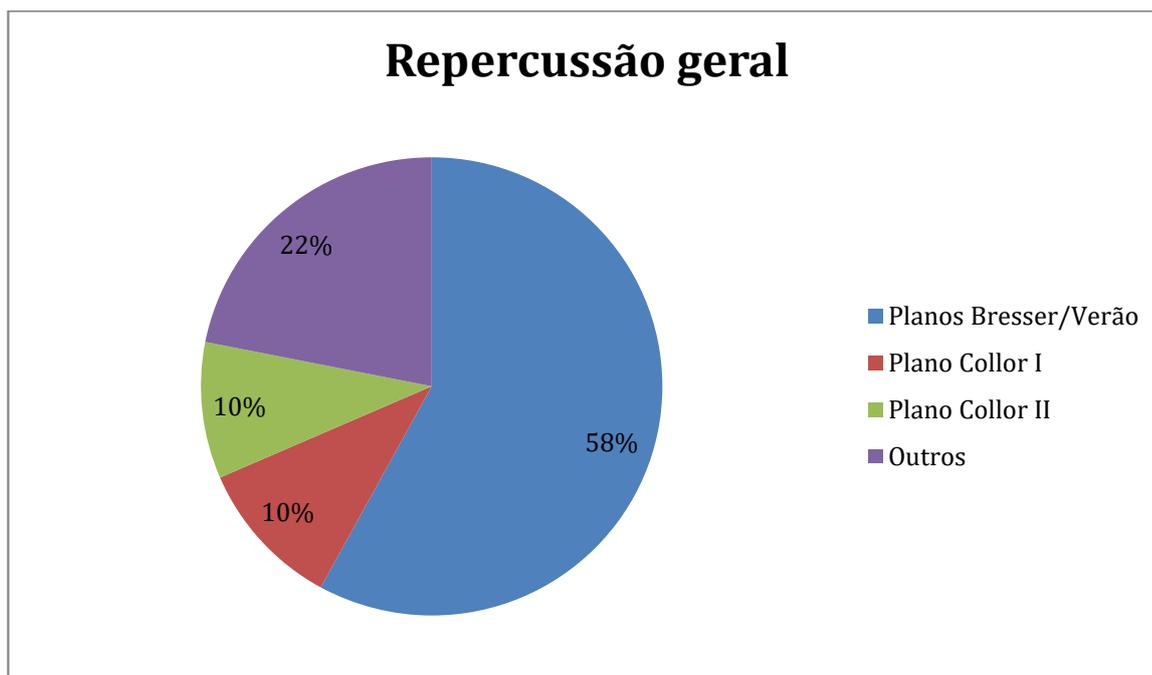


Gráfico 1: distribuição percentual por assunto das demandas sobrestadas por repercussão geral

Mais de 300 mil processos sobrestados aguardam o julgamento do que é essencialmente a mesma questão jurídica: dever de pagamento de

¹⁴²

Disponível em <http://www.tjsp.jus.br/Download/pdf/Nurer/RepercussaoGeral/STFRelatorioTerTrimestre-2016.pdf>, visualizado em 31.12.2017

correção monetária de valores depositados em poupança que deixou de ser efetuado em razão de planos econômicos ocorridos em determinado período histórico de nosso país. Trata-se de número que equivale a 78% do total relativo aos processos que aguardam definição em razão de reconhecimento de repercussão geral.

Sob o regime de recursos repetitivos, encontram-se sobrestados no Tribunal de Justiça de São Paulo: 30.821 em razão de questionamento acerca da “legitimidade da instituição financeira em ações de cobrança de diferenças de correção monetária de valores depositados em Cadernetas de Poupança, decorrentes de Planos Econômicos”; 35.196 em que se discute “a legitimidade ativa de não associado para a liquidação/execução da sentença coletiva”; e 20.073 em que se discute a “aplicabilidade do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/2009, em relação às condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza, para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora”¹⁴³.

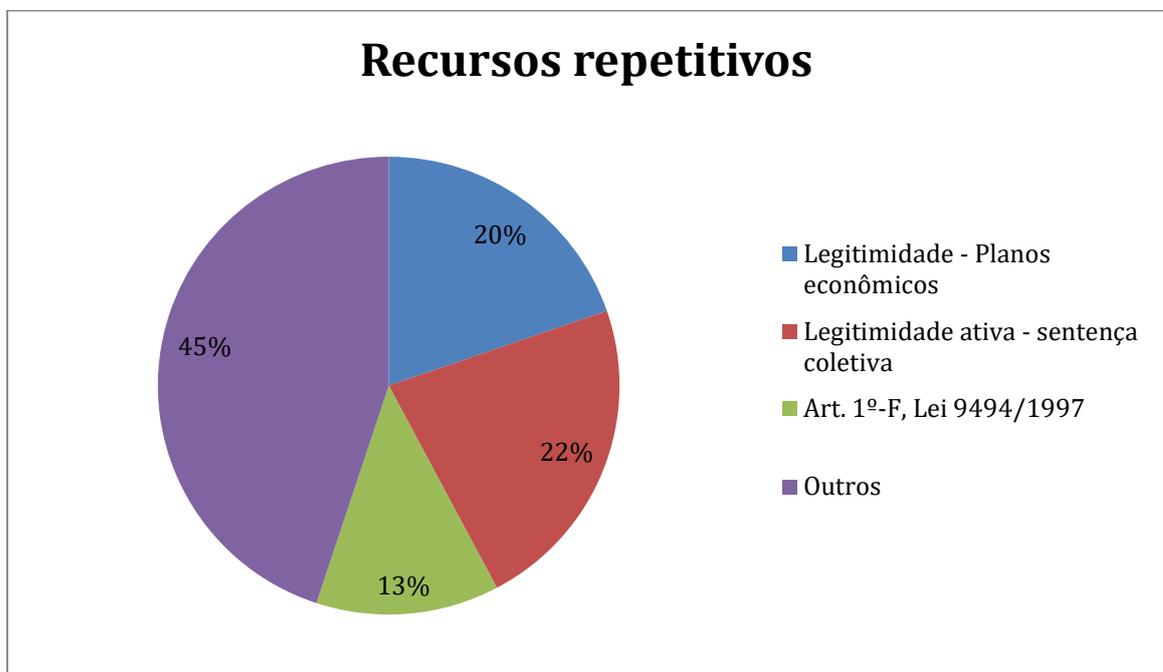


Gráfico 2: distribuição percentual por assunto das demandas sobrestadas para aguardar julgamento de recurso repetitivo

143

Disponível em <http://www.tjsp.jus.br/Download/pdf/Nurer/RecursosRepetitivos/RelatorioTercTrim2016-STJ.pdf>, consultado em 31.12.2017.

Vê-se, portanto, que também em relação aos recursos repetitivos, embora em menor grau (55% do total), há elevada concentração de processos relacionados a questões específicas e em grande parte vinculadas a momento histórico peculiar.

Pode-se questionar, diante desses dados, em que medida a massificação de demandas que legitima retoricamente a introdução de técnicas processuais de julgamento por amostragem é um fenômeno próprio da contemporaneidade ou, ao menos na dimensão atual, o resultado jurídico dos planos econômicos acima referidos.

Afinal, quando forem julgados os recursos representativos de controvérsia sobre o tema (expurgos inflacionários) no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, após a aplicação do paradigma aos casos sobrestados em nível estadual, haverá redução significativa do número de processos pendentes de julgamento.

Conquanto a resposta demande investigação de fatores que fogem ao escopo deste estudo e, até mesmo, de dados que somente estarão disponíveis com o passar dos anos, o questionamento proposto se presta a demonstrar que as afirmações do “excesso de acesso” simplificam, por vezes demasiadamente, um fenômeno complexo.

São diversos os fatores aventados para explicar a concentração de litigiosidade apenas em entes federativos e determinadas empresas, tais como a deficiente prestação e fiscalização dos serviços realizados mediante concessão¹⁴⁴, eventual traço cultural ou sociológico da população, e a

¹⁴⁴ Para BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS: “O protagonismo dos tribunais emerge desta mudança política por duas vias: por um lado, o novo modelo de desenvolvimento assenta nas regras de mercado e nos contratos privados e, para que estes sejam cumpridos e os negócios tenham estabilidade é necessário um judiciário eficaz, rápido e independente; por outro lado, a precarização dos direitos econômicos e sociais passa a ser um motivo de procura do judiciário. Muita da litigação que hoje chega aos tribunais deve-se ao desmantelamento do Estado Social (direito laboral, previdência social, educação, saúde etc.). (...) O que significa que a litigação tem a ver com culturas jurídicas e políticas, mas também com o nível de efetividade da aplicação dos direitos e com a existência de estruturas administrativas que sustentem essa aplicação” (*Para uma revolução cit.*, pp. 13/14). Para uma abordagem mais minudente, relacionando a privatização de serviços públicos, sua consequente expansão, a entrada dos indivíduos hipossuficientes no mercado consumidor, entre outros fatores, e a massificação de demandas, confira-se GUILHERME RIZZO AMARAL, *Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas”*, disponível em [http://www.tex.pro.br/home/artigos/261-artigos-mar-](http://www.tex.pro.br/home/artigos/261-artigos-mar)

legitimidade e responsividade do Poder Judiciário, que não pode se negar nem a receber demandas que preencham os requisitos processuais mínimos nem a respondê-las¹⁴⁵.

Nesse cenário, a expansão da fronteira da justiça se apresenta como mais um dos componentes que contribuem para a existência de um número elevado de processos em trâmite, pois, com a inclusão de novos direitos, surgem novas necessidades jurídicas insatisfeitas¹⁴⁶, e não como a única causa do panorama que hoje se observa.

Além disso, no Brasil, convive-se de um lado com necessidades primárias para as quais o núcleo duro da garantia do acesso à justiça não foi suprido (como assistência jurídica plena por meio de defensoria pública), e, de outro, com necessidades jurídicas próprias da contemporaneidade (v. g., violação de direitos de personalidade nas redes sociais e de direitos homoafetivos).

Importante repetir, essas são possíveis concausas da situação atual e não há como se distinguir precisamente qual a contribuição de cada um desses fatores para o fenômeno aqui tratado neste estudo.

[2014/6432-efetividade-seguranca-massificacao-e-a-proposta-de-um-incidente-de-coletivizacao-1](#), consultado em 26.12.2017.

¹⁴⁵ Cf. ALEXANDRE GUSTAVO MELO FRANCO BAHIA: “... se a Constituição, democrática e popularmente elaborada, proporciona um ‘mundo ideal’ de direitos, a ‘realidade’ político-econômico-institucional brasileira, no entanto, não tem estado à altura daquela. Sobra ao cidadão o único poder que ‘não pode dizer não’ quando instado a decidir: o Judiciário” (Prefácio de *Acesso à Justiça Democrático cit.*, p. VIII).

¹⁴⁶ MARC GALANTER assim se posiciona sobre o tema: “Ainda assim, não nos aproximaremos de um mundo livre de problemas, pois as pessoas são capazes de identificar e inventar novos problemas tão rapidamente quanto os antigos são resolvidos. Essa não é uma observação cínica sobre um apetite insaciável por um “mundo livre de problemas”. Ao contrário, baseia-se na noção de que as mesmas capacidades humanas que criam soluções para problemas existentes – satisfazendo necessidades e anseios existentes – são capazes de descobrir ou criar novas necessidades, anseios e problemas. No decorrer desse processo, quanto mais coisas podem ser realizadas pelas instituições humanas, mais a linha entre o infortúnio inevitável e a injustiça imposta se modifica. O domínio da injustiça é alargado. Por exemplo, se, anteriormente, ter uma doença incurável era um infortúnio inalterável, hoje, uma percepção de insuficiente vigor na busca por uma cura ou na distribuição de medicamentos pode fazer exsurgir uma queixa de injustiça. Como o escopo de intervenções sociais se amplia, mais e mais coisas terríveis se tornam passíveis de intervenção. Então, fome, ou desigualdade social, ou má aparência, não são mais destinos inalteráveis, mas uma ocasião para uma intervenção apropriada. O que era visto como destino pode agora ser visto como o produto de uma política inapropriada. Avanços na capacidade humana e expectativas crescentes resultam na fronteira movediça da injustiça”. (*Acesso cit.*, p. 44).

Do quanto é possível afirmar com base nos dados apresentados e no escopo da tese que se busca sustentar, pode-se concluir que a expansão dos direitos e a massificação das relações jurídicas não são as únicas causas da inflação jurisdicional, mas também reflexo dos fatores aqui apontados, complexamente imbricados.

A resposta estatal ao crescente volume de processos não parece, todavia¹⁴⁷, levar em consideração essa multiplicidade de fatores.

2.2. Mudança de paradigma: da ampliação do acesso à justiça à racionalidade da eficiência

A chamada crise do judiciário não é um fenômeno exclusivamente brasileiro, HÉCTOR FIX-FIERRO já apontava no começo dos anos 2000 que países como Alemanha, Espanha, França, México, Chile, Brasil, Estados Unidos, Itália e Inglaterra, entre outros, identificavam o fenômeno¹⁴⁸.

No Brasil, as consequências da referida crise são bem sintetizadas por GUILHERME RIZZO AMARAL, para quem o excessivo volume de processos é

¹⁴⁷ Essa é também a posição de MARIA CECÍLIA ASPERTI: “Os mecanismos de padronização decisória visam responder à morosidade decorrente do excesso de processos e recursos considerados repetitivos, sem que haja uma reflexão mais aprofundada sobre as causas da litigiosidade repetitiva e sobre o papel exercido pelo Estado na conformação desse quadro” (*Litigiosidade cit.*, p. 8). SÉRGIO CRUZ ARENHART afirma em complemento que: “a solução legislativa para enfrentar o volume excessivo de demandas é inútil. Isso porque a solução geral (a decisão do caso paradigma) somente surgirá quando o volume de casos já está colocado à análise do Poder Judiciário. A solução elimina o problema do excesso de demandas para as Cortes Superiores, mas não o faz para o judiciário como um todo. Os juízes de primeiro grau - quando for editada a súmula vinculante, a súmula impeditiva ou mesmo o julgamento dos recursos repetitivos - já terão examinado inúmeras demandas idênticas e, portanto, terão despendido tempo e recursos judiciários inutilmente, o mesmo se podendo dizer para os Tribunais de 2o grau” (*A tutela coletiva cit.*, p. 51/52).

¹⁴⁸ Nas palavras do autor: “If we were to believe press reports and opinion polls, but also scientific literature and official documents, the administration of justice—ie, the courts—is in a state of ‘crisis’ in many parts of the world. A few years ago, Germany’s courts were said to be ‘on the brink of a heart attack’,¹ while Spain’s civil justice allegedly belonged to ‘another century’. According to an opinion poll conducted in Mexico City in 1996, a vast majority of persons believed that judicial proceedings were extremely slow, very expensive and only moderately fair, while a third or more of respondents regarded judges, including Supreme Court justices, and attorneys, as dishonest or highly dishonest. An official report published in 1991 stated that 60 per cent of the French people and 70 per cent of French judges considered the reform of the justice system a ‘priority matter’. Both citizens and judges agreed that the courts were ‘overwhelmed’. Scientific papers and official reports diagnose the same disease everywhere and warn of its dire consequences: growing caseloads; rising costs, and longer delays; scarce financial and human resources; an inefficient work organisation” (*Courts, Justice and Efficiency cit.*, p. 1).

causa: (i) da morosidade dos trâmites, “decorrente do número limitado de servidores, juízes e recursos financeiros para o atendimento das demandas”; (ii) do formalismo excessivo, “como um meio de reduzir as pilhas de autos que se acumulam nos tribunais”; (iii) da insegurança jurídica, pois “a massificação de litígios tende a tornar os juízes verdadeiras máquinas, incapazes, muitas vezes, de refletir sobre soluções adequadas e moldadas para cada caso”; (iv) da imprevisibilidade dos julgador, vez que “a ausência de um julgamento concentrado das causas torna absolutamente imprevisível a sua solução. Cada juiz, uma sentença”; e por fim (v) dos elevados custos econômicos do serviço judiciário, decorrente “da manutenção de enormes estruturas, internas ou terceirizadas, para administrar a demanda massificada”¹⁴⁹.

Sob essa lógica, e com a implementação de controles de custos e monitoramento estatístico de produtividade (introduzidos com a reforma do Poder Judiciário), a avaliação da atividade judicial para efeitos de enfrentamento tanto do excesso de processos como da demora processual passou a se fazer primordialmente por critérios de produtividade como eficiência¹⁵⁰¹⁵¹.

O programa “Justiça em Números” do Conselho Nacional de Justiça colhe e organiza dados estatísticos quantitativos cuja análise leva ao estabelecimento de metas e direcionamento de investimentos ao Poder Judiciário.

¹⁴⁹ *Efetividade cit.*, pp. 249/250.

¹⁵⁰ Vide a respeito JULIO CESAR MARCELLINO JR., *Análise Econômica do Acesso à Justiça cit.*, p. 127.

¹⁵¹ Nesse sentido, FERNANDO FONTOURA DA SILVA CAIS observa que: “O reflexo do esforço feito para universalizar a jurisdição, contudo, é perverso. Quanto mais são abertas as portas do judiciário, mais se fecham as da justiça, porque não é humana (ou economicamente) possível pretender que um número limitado de juízes seja capaz de conferir uma análise adequada e aprofundada a todas as demandas (com seus recursos e incidentes) que lhe são dirigidas. (...) Para tanto, é necessário repensar o acesso à justiça. A mentalidade reinante sempre foi a de olhar para as técnicas de universalização da tutela jurisdicional sem levar em consideração a necessidade de racionalizar o custo que representa a prestação do serviço jurisdicional para o Estado” (*O paradoxo do acesso à justiça in* J. C. B. PUOLI, M. J. M. BONIZZI, R. B. LEONEL (coords.), *Direito Processual Constitucional*, Gazeta Jurídica, Brasília, 2016, pp.62/63). Em sentido diverso, reconhecendo a limitação de recursos disponíveis para implementação de políticas públicas, mas defendendo a necessidade de redistribuição do acesso à justiça ao invés de sua restrição indistinta, DANIELA MONTEIRO GABBAY, MARIA CECÍLIA ASPERTI E SUSANA HENRIQUES DA COSTA afirmam: “... *access to justice, like all rights that require state policies, depends on limited resources, and must rely upon distributive political choices to guide institutional and normative designs aimed at distributing such right to certain players*” (*Are the haves cit.*, p. 5).

A já referida pesquisa da Associação dos Magistrados Brasileiros apontou que o magistrado brasileiro está entre os que mais produzem no mundo, vale dizer, entre aqueles que mais proferem decisões¹⁵².

Entretanto, tal desempenho não seria suficiente para diminuir a taxa de congestionamento de processos – que no momento da coleta dos dados mencionados, era de 70%, ou seja, para cada 100 processos novos entrados, apenas 30 seriam resolvidos definitivamente, de modo que a cada ano aumenta o “estoque” de processos pendentes¹⁵³.

Essa forma de tratamento do volume de litígios tem entre suas causas recomendações emanadas do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional, que identificavam em seus relatórios a simplificação e a aceleração de procedimentos processuais como forma de aprimoramento da resolução de controvérsias¹⁵⁴.

Merece destaque nesse contexto o estudo intitulado “Courts: The Lex Mundi Project”, levado a cabo por economistas do Banco Mundial e das universidades de Harvard e Yale, em que se buscou relacionar as formas procedimentais adotadas em 109 países e analisar eventual relação entre o formalismo e a qualidade dos sistemas judiciais, quanto a aspectos como a duração do processo e sua capacidade de produzir resultados justos¹⁵⁵.

¹⁵² De acordo com o referido estudo: “Os magistrados brasileiros estão entre os que mais produzem no mundo. O Brasil aparece em 3º lugar em um ranking de produtividade composto por 42 países, cuja relação entre o número de processos e de julgamentos foi reunido no “Estudo Comparado sobre Recursos Humanos, litigiosidade e produtividade: a prestação jurisdicional no contexto internacional”, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2011” (*Uso do litígio cit.*, p. 15).

¹⁵³ *Uso do litígio cit.*, p. 15.

¹⁵⁴ MARIA CECÍLIA ASPERTI identifica uma mudança no eixo das reformas legislativas processuais, que “(...) a partir dos anos 1990 são informadas por novas diretivas do Consenso de Washington, do Fundo Monetário Internacional e do Banco Mundial e que enfatizavam a importância da eficiência do Judiciário para o desenvolvimento econômico. Aos países em desenvolvimento são outorgadas diversas recomendações para promoção de reformas judiciárias capazes de assegurar a credibilidade, eficiência, transparência, independência, previsibilidade e proteção à propriedade privada e aos contratos nas decisões judiciais. É construído a partir daí um discurso político que acusa a insegurança jurídica e a morosidade do Judiciário de obstaculizar os investimentos necessários ao crescimento econômico do país.” (*Litigiosidade cit.*, p. 3 do arquivo eletrônico)

¹⁵⁵ S. DJANKOVIC (*et alli*), *Courts: the Lex Mundi Project*, NBER Working Paper nº 8890, 2002, disponível em http://www.lexmundi.com/images/lexmundi/PDF/courts_nber1.pdf?SnID=2, acesso em 15.11.2017.

Tendo em vista a autoridade institucional do órgão emissor do estudo, das credenciais acadêmicas de seus autores e, mais importante, do seu impacto na conformação das políticas públicas relativas ao Poder Judiciário de diversos países, é interessante destrinchar brevemente sua metodologia.

A coleta de dados se deu com a submissão de questionários a membros de escritórios de advocacia associados¹⁵⁶, relacionados aos procedimentos para a solução de dois tipos de controvérsia em seus respectivos países (despejo por falta de pagamento e cobrança de cheque sem fundos¹⁵⁷), e confrontou as respostas obtidas com um modelo de resolução de controvérsias elaborado pelos autores do estudo, chamado “modelo de disputa entre vizinhos” (“neighbor model”, em tradução livre) de modo a constatar qual seria o grau de formalismo do sistema judicial de cada país.

A premissa do “modelo de disputa entre vizinhos”, adotada pelo estudo mencionado como ponto de partida hipotético, é que, num protótipo teórico de uma corte ideal, uma disputa entre dois vizinhos poderia ser resolvida por um terceiro em bases de equidade (*fairness*), com pouco conhecimento ou uso da lei, sem advogados, sem petições escritas, sem restrições judiciais em relação à apresentação de documentos, testemunhas ou argumentos, e sem recursos¹⁵⁸.

O estudo em referência estabelece relação diretamente proporcional entre a rapidez na resolução da demanda e a qualidade do sistema processual

¹⁵⁶ “The data used in this paper are derived from questionnaires answered by attorneys at Lex Mundi and Lex Africa member firms. Lex Mundi and Lex Africa are international associations of law firms, which include as their members law firms with offices in 115 countries. Of the 115 countries, Lex Mundi members in six did not accept our invitation to join the Project, and these six jurisdictions (Burkina Faso, Cambodia, Nicaragua, Northern Ireland, Scotland, St. Kitts and Nevis) were removed from the sample. We have received and codified data from all the others.” *Courts cit.*, p. 17.

¹⁵⁷ “The 109 cooperating law firms received a questionnaire designed by the authors with the advice of practicing attorneys from Argentina, Belgium, Botswana, Colombia, Mexico, and the United States. The questionnaire covered the step-by-step evolution of an eviction and a check collection procedure before local courts in the country’s largest city. In presenting the cases, we provided the respondent firm with significant detail, including the amount of the claim, the location and main characteristics of the litigants, the presence of city regulations, the nature of the remedy requested by the plaintiff, the merit of the plaintiff’s and the defendant’s claims, and the social implications of the judicial outcomes. Furthermore, to understand how courts work, we specified that there is no settlement.” D. DJANKOVIC (*et alli*), *Courts cit.*, pp. 17/18.

¹⁵⁸ D. DJANKOVIC (*et alli*), *Courts cit.*, p. 4.

civil do país. Conclui-se que o formalismo procedimental é maior em países de *civil law* e naqueles influenciados pelo direito francês e menor nos países com origem no sistema legal inglês (*common law*)¹⁵⁹, e que, de maneira geral, quanto maior o formalismo, menor a qualidade dos julgamentos¹⁶⁰.

Além disso, foram consultadas outras fontes de dados para a referida pesquisa, que não guardavam semelhança com o questionário aplicado (fosse em relação aos casos-modelo adotados, fosse quanto aos países selecionados), e o estudo tampouco se apoiou em critérios semelhantes aos de direito comparado que lhe antecederam¹⁶¹.

Como se vê, tanto o método adotado para colheita das informações quanto os critérios para aferição do grau de formalismo (qualquer regra processual que limitasse possibilidades e direitos foi vista como formalismo¹⁶²) são passíveis de crítica.

¹⁵⁹ “Consistent with the literature on comparative law, we find that judicial formalism is systematically greater in civil law countries, and especially French civil law countries, than in common law countries. We also find lower formalism in the richest countries. The expected duration of dispute resolution is often extraordinarily high, suggesting significant inefficiencies. The expected duration is systematically higher in countries with more formalized proceedings, but is independent of the level of development. Perhaps more surprisingly, formalism is nearly universally associated with lower survey measures of the quality of legal system, including judicial efficiency, access to justice, honesty, consistency, impartiality, fairness, and even human rights.” D. DJANKOVIC (*et alli*), *Courts cit.*, p. 37.

¹⁶⁰ “Although heavy procedural formalism has theoretically plausible reasons for its existence, the reality it brings is extreme costs and delays, unwillingness by potential participants to use the court system, and ultimately injustice. At least some of the burdens of formalism may therefore be unnecessary, and could be relieved through reform, especially for simple disputes. (...) we find no offsetting benefits of formalism, even when looking at a variety of measures of the perception of fairness and justice by the users of the legal system. Moreover, legal origin itself appears to determine judicial quality, other things equal, suggesting that formalism is unlikely to be part of a benevolent design.” D. DJANKOVIC (*et alli*), *Courts cit.*, p. 38.

¹⁶¹ Veja-se nesse sentido a crítica de CHRISTOPH KERN: “Legal scholars and policymakers have since long discussed what determines the quality of adjudication. Diverse standards have been proposed, ranging from the enforcement of individual rights or the substantive law over convenient - including cheap and fast - dispute resolution or litigant satisfaction, to social cohesion or the controlled exercise of the state power, encompassing combinations of these factors. The Study seems to ignore this discussion and to choose its ‘judicial quality measures’ rather eclectically according to the availability of data from other sources. It so happens that this is mostly ‘litigant satisfaction’ data” (*Justice between Simplification and Formalism*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, pp. 79/80).

¹⁶² Para C. KERN: “... the Study uses a very simplistic, and one-dimensional concept of formalism. Under the neighbor model, virtually any mandatory procedural rule or constraint can be seen as formalistic. It does not matter whether there is a good reason for the rule or not. In this respect, the Study’s concept of formalism usually has per se a negative connotation, suggesting that a restriction is not justified by the purpose, if any, it serves” (*Justice cit.*, p. 46).

Porém, acima disso, o objetivo declarado do estudo era investigar a execução forçada (*enforcement*) dos contratos como forma de melhorar o bem-estar do contratante vítima do inadimplemento¹⁶³, pois seria “essencial para o investimento, comércio e em última instância para o crescimento econômico” (tradução livre), a demonstrar que a preocupação com o processo civil em si não prevalecia ou, ao menos, não era puramente acadêmica¹⁶⁴.

Mas, a relevância desse estudo e, conseqüentemente, de sua análise crítica, advém de seu alcance e influência.

É possível identificar desde os anos 1990 a mudança do eixo de reformas processuais¹⁶⁵ – da ampliação do acesso à justiça para a racionalização do processo, visto sob o prisma gerencial¹⁶⁶.

Recomendações dos economistas do Banco Mundial¹⁶⁷, sustentadas em parte pelo referido relatório – desconsiderando suas incongruências e impropriedades –, foram incrementais para a adoção de

¹⁶³ Much of economic analysis – from the theory of the firm, to labor economics, to finance – is based on the idea that individuals and firms can use enforceable contracts to improve their wellbeing. Such key results as the Fundamental Welfare Theorems (Arrow and Hahn 1971) and the Coase Theorem (Coase 1960) show that welfare-improving contracting can achieve perfect efficiency. More recently, economists have recognized the limitations of the contracting process, such as asymmetric information (Stiglitz 2000), free-riding (Olson 1965), and “describability” of various contingencies (Grossman and Hart 1986). Yet even this literature focuses on the problems of negotiating contracts and takes their enforcement as free and perfect. In economic analysis, the institution that enforces contracts both perfectly and freely is the courts. D. DJANKOVIC (*et alli*), *Courts cit.*, p. 3.

¹⁶⁴ Cf. crítica de C. KERN, *Justice cit.*, p. 120.

¹⁶⁵ Vide D. M. GABBAY, M. C. A. ASPERTI, S. H. COSTA, *Are the Haves cit.*

¹⁶⁶ DIERLE NUNES e LUDMILA TEIXEIRA constatam que: “No Brasil, a análise dos documentos legais relacionados à Reforma do Judiciário a partir da década de 1990 deixa visível a infiltração dessa racionalidade no sistema de justiça como forma de torná-lo *eficiente e acessível*. Esta terceira crise coloca esses dois predicados quase como sinônimos, numa aproximação de risco que coloca o Judiciário como co-responsável pelo projeto de desenvolvimento nacional e como agente catalisador das condições de governabilidade” (*Acesso cit.*, p. 5).

¹⁶⁷ Como ressalva C. KERN: “Indeed, it is an open secret that such studies sponsored by the World Bank serve as a basis for recommendations to developing countries or, even more directly, as a basis for specific requirements and conditions on how a country has to reform its legal system. Such recommendations and conditions are most notably set up in connection with a developing country’s application for financial and technical assistance of one of the international development institutions or lenders like the World Bank or the IMF, its affiliates or services” (*Justice cit.*, p. 120).

políticas públicas voltadas a desafogar o Judiciário, sob o fundamento da necessidade de reformas que diminuíssem a demora processual¹⁶⁸.

Primeiramente acolhidas por economistas do Banco Central e do Ministério da Fazenda nacionais¹⁶⁹, as afirmações de que a formalidade e complexidade do processo judicial e do Judiciário em si eram deletérias para a segurança jurídica e, em consequência, para o crescimento econômico tornaram-se lugar-comum e passaram a ser repetidas em justificações de projetos de leis¹⁷⁰ e na exposição de motivos do Código de Processo Civil vigente¹⁷¹ como fundamento para as mudanças implementadas.

¹⁶⁸ Cf. MARIA CECÍLIA ASPERTI: “É construído a partir daí um discurso político que acusa a insegurança jurídica e a morosidade do Judiciário de obstaculizar os investimentos necessários ao crescimento econômico do país. Essa é a mensagem, por exemplo, do relatório da Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda denominado ‘Reformas Microeconômicas e crescimento a longo prazo’, que enfatiza a importância de uma reforma do Judiciário que prime pela celeridade, redução de custos e segurança jurídica no processo de indução do crescimento econômico” (*Litigiosidade cit.*, p. 3 da versão eletrônica).

¹⁶⁹ DANIELA GABBAY, MARIA CECÍLIA ASPERTI e SUSANA HENRIQUES DA COSTA examinam o referido momento histórico: “Unlike in the previous period of reforms, when legal and law and society scholars played a relevant role in the legislative debate, economists were the ones who strongly influenced the Judicial Reform, providing government with studies on the costs and risks of slow and unpredictable courts, with negative impacts in credit, foreign investment, increased bank spreads and higher interest loans, thus jeopardizing the development of economic activity and economic growth. Such arguments were in alignment with international organizations’ guidelines for judicial reforms in developing countries, especially in Latin America: independence, coercion, and managerial efficiency” (*Are the Haves cit.*, p. 13).

¹⁷⁰ Conforme se lê da justificação do Projeto de Lei 117/2007, que tratava do procedimento para julgamento dos recursos repetitivos: “Sob a perspectiva das diretrizes estabelecidas para a reforma da Justiça, faz-se necessária a alteração do sistema processual brasileiro, com o escopo de conferir racionalidade e celeridade ao serviço de prestação jurisdicional, sem, contudo, ferir o direito ao contraditório e à ampla defesa. (...) Somente em 2005, foram remetidos mais de 210.000 processos ao Superior Tribunal de Justiça, grande parte deles fundados em matérias idênticas, com entendimento já pacificado naquela Corte. Já em 2006, esse número subiu para 251.020, o que demonstra preocupante tendência de crescimento.” (disponível em <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3736877&disposition=inline>, consultado em 10.12.2017)

¹⁷¹ Dentre diversos trechos que remetem à efetividade, à celeridade e à segurança jurídica, direta ou indiretamente, merece destaque o seguinte, que demonstra a linha de continuidade com as reformas processuais que precederam a promulgação do Código: “Por outro lado, haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos. Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade. Prestigiu-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado), tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize”. (disponível em

Nesse sentido, MARIA CECÍLIA ASPERTI¹⁷² destaca que, em 2004, a Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda produziu relatório intitulado “Reformas Microeconômicas e Crescimento de Longo Prazo”, no qual se afirma que a execução dos contratos depende da complementação do sistema legal, o que em caso de conflitos se dá por meio do processo jurisdicional. E em sendo o referido processo moroso e custoso, aumenta-se o “custo esperado das transações econômicas”¹⁷³.

Referido documento tem entre suas referências o mencionado estudo do Banco Mundial, bem como nota técnica do Banco Central em que se verifica que a preocupação com os efeitos da demora e incerteza nos julgamentos de processos judiciais havia ocupado lugar de relevância nas discussões econômicas naquele momento¹⁷⁴.

Em 2004 entra em vigor a emenda constitucional 45, sob a racionalidade da superação da falta de transparência, morosidade e ineficiência do Judiciário e de seu impacto negativo no crescimento econômico¹⁷⁵.

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf?sequence=1>, consultado em 10.12.2017).

¹⁷² *Litigiosidade cit.*, p. 3.

¹⁷³ E o relatório complementa: “Esse maior custo é pago pelas empresas e pelos consumidores e se reflete em menor produção e geração de empregos, além de induzir distorções alocativas como, por exemplo, a de gastar elevadas somas na manutenção de um departamento jurídico ao invés de se realizar inversões na atividade produtiva da empresa”. (SECRETARIA DE POLÍTICA ECONÔMICA, Ministério da Fazenda, *Reformas Microeconômicas e Crescimento de Longo Prazo*, disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3687776/mod_folder/content/0/Obrigatorios/Reformas_microeconomicas-2004.pdf?forcedownload=1, consultado em 09.12.2017, p. 71,).

¹⁷⁴ Extrai-se da referida nota técnica: “A morosidade judicial, ao dificultar o recebimento de valores contratados, retrai a atividade de crédito e provoca o aumento dos custos dos financiamentos por meio de dois canais. Primeiro, a insegurança jurídica aumenta as despesas administrativas das instituições financeiras, inflando em especial as áreas de avaliação de risco de crédito e jurídica. Segundo, reduz a certeza de pagamento mesmo numa situação de contratação de garantias, pressionando o prêmio de risco embutido no spread.” (P. FACHADA, L. F. FIGUEIREDO, E. LUNDBERG, *Sistema Judicial e Mercado de Crédito no Brasil*, Nota Técnica 35 do Banco Central, 2003, p. 14).

¹⁷⁵ Da exposição de motivos da emenda constitucional 45: “A timidez com que o governo brasileiro vem atendendo à necessidade de modernização de nosso aparelhamento judiciário tem sido, sem dúvida, a causa da crise avassaladora em que há muitos anos se esbate a nossa Justiça. Quase sempre tardia, deixa que esta se embarce na inabilidade e incompetência das partes, e sofre hoje, mais do que nunca, o impacto arbitrário do Poder, representado por seus órgãos de segurança, que não vacilam em usar de prepotência, negligenciando conscientemente todo o elenco dos direitos humanos. Desprovidos de garantias, são poucos, muito poucos os que não cruzam os braços, à espera de que acabe a avalanche”. E também: “a Justiça brasileira é cara,

Dentre outras alterações, referida emenda instituiu como princípio constitucional a razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII), criou o Conselho Nacional de Justiça - CNJ¹⁷⁶ (art. 92, I-A), estabeleceu que o efeito vinculante de decisões proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade se estende à administração pública direta e indireta, nas esferas municipal, estadual e federal (art. 102, §2º), bem como a necessidade de demonstração de repercussão geral de questão constitucional que se pretenda seja analisada pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102, §3º) e, ainda, criou a súmula vinculante (art. 103-A).¹⁷⁷

Trata-se de reformas voltadas à aceleração dos julgamentos, evitando que questões já decididas pelo Supremo Tribunal Federal fossem novamente enfrentadas (súmulas vinculantes e extensão da eficácia vinculante ao Poder Executivo), e provocando igualmente a submissão do Poder Judiciário a controle externo de sua atividade administrativa e financeira conforme parâmetros de eficiência¹⁷⁸.

morosa e evada de senões que são obstáculos a que os jurisdicionados recebam a prestação que um Estado democrático lhe deve”.

¹⁷⁶ Cf. DANIELA GABBAY, MARIA CECÍLIA ASPERTI e SUSANA HENRIQUES DA COSTA: “Among its attributions, the council ought to supervise administrative and financial administration of all courts, as well as the fulfillment of functional duties by judges, by analyzing complaints against Judiciary officials and agents. Also, it is responsible for designing strategic planning of the judicial system, producing statistics on caseloads and defining (mostly quantitative) goals for courts, expressing once again the efficiency and managerial driven approaches that were prominent in the Judicial Reform.” (*Are the Haves cit.*, pp.12/13).

¹⁷⁷ "Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso."

¹⁷⁸ Art. 103-B, § 4º: “Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura”.

As reformas processuais subsequentes¹⁷⁹ viriam na mesma toada, orientando-se para a centralização da tomada de decisões nas cortes superiores, com a instituição de precedentes de observância obrigatória resultantes de técnicas de julgamento por amostragem, também chamadas de técnicas de julgamento agregado – que, a pretexto de ampliar a eficiência das cortes, funcionam igualmente como formas de filtragem das demandas e pretendem a diminuição do volume de processos pendentes¹⁸⁰.

Apesar disso, e à guisa de conclusão parcial, não se pode relegar o problema da morosidade processual e do asoberbamento dos tribunais tão-somente a uma visão puramente economicista do fenômeno – que, nada obstante, possui mérito na medida em que torna transparentes e públicos os dados estatísticos e se volta para o atendimento do princípio da eficiência, que rege a administração pública, exercida por todos os poderes de Estado (art. 37 da Constituição Federal).

Nesse norte, conclui-se com BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, que ao analisar a questão da litigiosidade repetitiva e da demora processual, adverte que o dilema posto é entre qualidade dos julgamentos e quantidade de processos, sintetizando seu raciocínio com a advertência de que “a celeridade de resposta do sistema judicial à procura que lhe é dirigida é também um componente essencial da sua qualidade”, mas que não basta por si só, pois “uma justiça rápida pode ser uma má justiça”.¹⁸¹

¹⁷⁹ Notadamente a lei nº 11.232, de 2005, que modificou a execução de título extrajudicial e judicial, instituindo o chamado processo sincrético, a lei nº 11.277, de 2006, que instituiu o julgamento preliminar de improcedência, a lei nº 11.417, de 2006, que disciplina a edição, revisão e cancelamento das súmulas vinculantes, a lei no. 11.418, de 2006, que regulamenta a repercussão geral, a lei no. 11.672, de 2008, que institui e regulamenta o julgamento de recursos repetitivos.

¹⁸⁰ Vide nesse sentido DANIELA GABBAY, MARIA CECÍLIA ASPERTI e SUSANA HENRIQUES DA COSTA, *Are the Haves cit.*, p. 15. Igualmente, *Congestionamento viário cit.*, p. 147.¹⁸¹ *Para uma revolução cit.*, p. 27.

¹⁸¹ *Para uma revolução cit.*, p. 27.

3. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

3.1. Considerações Iniciais

A técnica de julgamento agregado de demandas repetitivas prevista no art. 976 e seguintes do Código de Processo Civil se insere no sistema processual sob lógica de organização da atividade jurisdicional, com a reafirmação de solução decretada anteriormente em casos idênticos ou muito semelhantes entre si – evitando-se, assim, a dispersão jurisprudencial e o dispêndio dos recursos materiais e pessoais do Poder Judiciário¹⁸².

Referido mecanismo se soma às técnicas que já haviam sido anteriormente incorporadas ao sistema processual de julgamento por amostragem¹⁸³ (como o julgamento preliminar de improcedência e os recursos repetitivos) – meios de conferir maior eficiência ao processo judicial e, com isso, desafogar o Judiciário do excessivo volume de processos, o que se refletiria em custo elevado e menor qualidade das decisões¹⁸⁴.

¹⁸²Na exposição de motivos do anteprojeto do código de processo civil consta ser objetivo das novas técnicas por ele introduzidas: “vencer o volume de ações e recursos gerado por uma litigiosidade desenfreada, máxime num país cujo ideário da nação abre as portas do judiciário para a cidadania ao dispor-se a analisar toda lesão ou ameaça a direito” (disponível em <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>, consultado em 9.12.2017). Em consonância, ARTUR CÉSAR DE SOUZA entende que: “... um dos fatores da sociedade de massa que mais contribui para a morosidade processual ou para a quebra de isonomia nas situações similares é justamente a existência de milhares de processos ‘clones’, ou seja, repetitivos e iguais, que são derramados mensalmente perante os órgãos jurisdicionais de todo o país, ensejando um desperdício de tempo, dinheiro e de mão de obra qualificada para dar movimentação a essa massa de processos similares” (Resolução de Demandas Repetitivas *cit.*, pp. 99/100).

¹⁸³ Cf. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *Súmula Jurisprudência, Precedente: uma escalada e seus riscos* in *Temas de Direito Processual*, 9ª série, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 305.

¹⁸⁴ Nesse sentido, SOFIA TEMER observa que: “De um lado, o incidente de resolução de demandas repetitivas tem potencial de reduzir o tempo de tramitação dos processos em que há a questão comum, pela adoção da tese fixada, limitando a rediscussão do tema, que muitas vezes ocorre no seio de recursos protelatórios. Tais técnicas permitem que o órgão julgador se dedique de forma mais aprofundada para resolver concentradamente uma questão jurídica, o que possibilita um acréscimo qualitativo da decisão proferida acerca do tema. Evita que o Judiciário analise incontáveis vezes a mesma questão. De outro lado, a resolução concentrada das questões repetitivas possibilita o ‘desafogamento’ do Judiciário e permite que a máquina judiciária seja empregada para resolver outros conflitos. Nesta medida, também concretiza o direito à razoável duração do processo para todos os outros processos ‘não-repetitivos’ “ (Incidente *cit.*, pp. 40/41). No mesmo sentido, ANTONIO DO PASSO CABRAL, *A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos* in F. DIDIER JR., L. C. CUNHA, *Julgamentos Repetitivos*, vol. 10 da Coleção Grandes Temas do Novo CPC, Salvador, Juspodium, 2017, p. 38.

Convém apenas lembrar que, em troca desta eficiência, como já se mencionou, subtrai-se a participação direta dos interessados na formação do convencimento do julgador para a solução da questão jurídica posta que, uma vez decidida, forma a tese jurídica.

Por meio de incidente processual, julga-se questão jurídica (“controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito”), que esteja presente em processos repetidos (“efetiva repetição”), de modo que se preserve a isonomia e a segurança jurídica¹⁸⁵⁻¹⁸⁶, afastando-se decisões conflitantes e a imprevisibilidade do resultado de processo.

Destarte, é a própria norma que define o que sejam demandas repetitivas: são processos que veiculam questão jurídica idêntica e que sejam em número tal que se possa reconhecer que seu julgamento divergente possa gerar insegurança jurídica, ao estabelecer, na prática, regras distintas para solução de casos idênticos.

O incidente pode ser instaurado por requisição das partes, a partir do processo em que controvertem, ou de ofício, por Juiz ou Relator, ou ainda, por fim, a pedido do Ministério Público e da Defensoria Pública, mediante indicação dos processos em que se apresenta a questão jurídica repetitiva e a partir dos quais se possa reconhecer a presença dos requisitos de admissibilidade do incidente (art. 977, I, II, III e parágrafo único).

¹⁸⁵ CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO ensina que: “Toda ordem jurídica tem a missão e responsabilidade de definir situações e gerar clima de confiança e tranquilidade das pessoas e grupos quanto a seus direitos, deveres e obrigações, seja para exercê-los e cumpri-los adequadamente, seja para poderem prever consequências do descumprimento próprio ou alheio” (*Súmulas Vinculantes in Fundamentos do Processo Civil Moderno*, Tomo I, 6ª edição, São Paulo, Malheiros, 2010, p. 237).

¹⁸⁶ SOFIA TEMER entende que: “Os pilares do incidente – que justificam sua existência e, ao mesmo tempo, norteiam sua aplicação – são: a isonomia, que determina o tratamento e solução uniforme às mesmas questões; a segurança jurídica, estampada na previsibilidade e uniformidade das decisões judiciais; e a celeridade, através da prestação jurisdicional em tempo razoável” (Incidente *cit.*, p. 38). Para LUIZ GUILHERME MARINONI: “Na verdade, a isonomia e a segurança jurídica não constituem propriamente requisitos para a instauração do incidente, mas a justificativa do legislador para sua previsão no Código de Processo Civil. É que, havendo centenas ou milhares de demandas que dependem da solução de uma mesma questão de direito, sempre há possibilidade de decisões diferentes para casos iguais” (*Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: decisão de questão idêntica x precedente*, São Paulo, RT, 2016, p. 18).

Enquanto é processado o incidente e até seu julgamento, as chamadas demandas repetitivas – que podem ser distintas e só ter em comum a mesma questão jurídica – terão seu trâmite suspenso (art. 982, I).

A princípio, suspende-se apenas os processos em curso sob o âmbito de competência do órgão judiciário que houver instaurado o incidente, mas, havendo pedido das partes ou do Ministério Público dirigido ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal (a depender da natureza da questão jurídica, se infraconstitucional ou constitucional), os tribunais superiores poderão determinar a suspensão dos feitos em todo território nacional.

A previsão normativa do incidente faz apenas singela referência aos “interessados” quando lhes faculta apresentar manifestação em 15 dias (contados da decisão que acolhe o incidente e determina a suspensão dos processos em que se discuta questão idêntica), bem como requerer juntada de documentos e diligências “necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida” (art. 983).

Admite-se ainda a manifestação de “pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia” (art. 983), além da possibilidade de serem ouvidas “pessoas com experiência e conhecimento na matéria” em audiência pública – o que, diante da complexidade de algumas questões jurídicas e do seu inafastável substrato fático, poderia em tese, sem prejuízo, ser substituído por memoriais escritos.

Contra a decisão do incidente propriamente dito, caberão recurso especial e recurso extraordinário (sujeitos, naturalmente, a exame de outros pressupostos de admissibilidade), prorrogando-se a suspensão até os respectivos julgamentos.

No que interessa ao presente estudo, cumpre investigar primeiramente em que medida se dá a restrição da participação daqueles que serão afetados pela decisão do incidente, mas que não são partes do processo selecionado para julgamento.

Para tanto, inicia-se com a análise da eficácia vinculante da decisão do incidente em questão.

Na sequência, estabelece-se comparação com o sistema de tutela coletiva dos direitos individuais buscando extrair parâmetros para resguardo do acesso à justiça aplicáveis ao incidente, perseguindo-se a máxima efetividade possível do princípio nos limites do já estabelecido pelo legislador.

3.2. Eficácia da decisão do incidente de resolução de demandas repetitivas

A eficácia da decisão¹⁸⁷ do incidente de resolução de demandas repetitivas é sua aptidão para vincular julgadores a decidirem casos posteriores que tratem de questão jurídica idêntica em conformidade com a tese firmada.

Nessa medida, a eficácia limita a rediscussão da questão jurídica para aqueles que não participaram (ou participaram de forma restrita) do processo que resultou na tese decidida.

Ocorre que submeter alguém a suportar os efeitos de decisão proferida em processo do qual não participou é entendido como restrição ao acesso à justiça – embora, como estabelecido, essa limitação possa ser legítima.

Para averiguar essa legitimidade, a eficácia da decisão do incidente é examinada a seguir à luz de dois institutos que, por serem voltados à garantia da segurança jurídica, restringem as possibilidades de rediscussão de questões já decididas, quais sejam, os precedentes e a coisa julgada.

Enquanto os precedentes se voltam à preservação do tratamento isonômico das partes e da coerência do sistema jurídico, a coisa julgada tem

¹⁸⁷ Cf. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA: “... todo ato jurídico é, em tese, suscetível de produzir efeitos no mundo do direito - característica pela qual, justamente, se distinguem os atos jurídicos dos que não o são. Os efeitos podem ser considerados em potência (como passíveis de produzir-se) ou em ato (como realmente produzidos). (...) Considerados em potência, os efeitos são essenciais à configuração do ato jurídico; noutras palavras, a aptidão para produzir os efeitos típicos não pode deixar de existir naquele, sem desnaturá-lo. Considerados em ato, podem os efeitos faltar, no todo ou em parte, definitiva ou temporariamente, sem tal consequência: uma compra e venda nula, por exemplo, não vincula comprador, nem devedor, sem que por isso deixe de enquadrar-se com absoluta exatidão no conceito de compra e venda. Eficácia, enfim, é palavra que se costuma usar, na linguagem jurídica, para designar a qualidade do ato, enquanto gerador de efeitos. Em correspondência com o duplo enfoque dos efeitos, acima exposto, pode-se falar de eficácia como simples aptidão para produzir efeitos (em potência) ou como conjunto de efeitos verdadeiramente produzidos (em ato). (*Conteúdo e efeitos da sentença: Variações sobre o tema*, Revista da AJURIS, 39:1985, pp. 205/206)

como finalidade preservar segurança jurídica, conferindo imutabilidade ao decidido, em relação às partes do processo.

Diante das finalidades distintas, cada um destes institutos resolve de forma também diversa o equilíbrio entre acesso à justiça e segurança jurídica, de modo que sua análise se mostra proveitosa para a investigação de qual o balanceamento desejado entre acesso à justiça e incidente de demandas repetitivas.

3.2.1 Eficácia da decisão do incidente de resolução de demandas repetitivas e precedente

O julgamento do incidente decide tão somente a questão jurídica e deve considerar “todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida” (art. 983, § 2º). A tese deverá ser observada pelos julgadores dos processos individuais e coletivos (art. 927, III) “que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal” e “aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal” (art. 985, I e II).

A eficácia da decisão que define a tese atinge o próprio Tribunal cujo órgão fracionário a proferiu (eficácia horizontal) e as instâncias inferiores (eficácia vertical)¹⁸⁸, podendo projetar-se por todo o judiciário nacional, conseqüentemente, quando for firmada em decisão proferida em Recurso Especial ou Recurso Extraordinário (arts. 982, § 3º e 987, § 2º).

Considerando-se o objeto do julgamento (“questão unicamente de direito”) e sua vinculabilidade, a decisão que declara a tese jurídica em incidente de resolução de demandas repetitivas é definida pelo legislador pátrio como precedente de observância obrigatória¹⁸⁹ – e não meramente persuasivo¹⁹⁰, ainda

¹⁸⁸ Cf. RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, *Incidente cit.*, p. 23.

¹⁸⁹ Para SOFIA TEMER a decisão do IRDR se classifica como precedente na medida em que se pode extrair dela “um padrão decisório para julgamento de outros casos”, de modo que: “Se compreendermos o termo sob essa perspectiva, então será possível enquadrar a decisão do IRDR como precedente” (*Incidente cit.*, p. 208).

¹⁹⁰ Precedente persuasivo, segundo LUCAS BURIL DE MACÊDO, é aquele que: “serve de argumento para a tomada de decisão em determinado sentido, entretanto, não a vincula no sentido apontado.

que com a ressalva de que o conceito de precedente adotado pelo legislador não se identifica com o de sistemas de *common law*¹⁹¹.

No Brasil, a tese jurídica se aplica por subsunção: examina-se as razões afirmadas pelas partes e verifica-se se a hipótese se ajusta ao enunciado da tese, por raciocínio que deve ser exposto na fundamentação da decisão (art. 489, V, CPC)¹⁹².

Como a tese é firmada sobre questão unicamente de direito, peculiaridades fáticas dos casos deverão ser consideradas no momento de sua aplicação, seja para afirmar a solução previamente definida, seja para reconhecer a distinção ou a superação do entendimento (489, VI, CPC)¹⁹³.

Com efeito, o julgador não precisa tomar em conta a norma de precedente persuasivo e não é considerado erro de julgamento quando a corte lhe nega aplicação” (*Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodium, 2017, p. 79).

¹⁹¹ LUIZ GUILHERME MARINONI faz veemente crítica a opção legislativa, nos seguintes termos: “O legislador brasileiro tentou legitimar a não participação no incidente de resolução de demandas mediante uma norma confusa e contraditória, que, ao elencar decisões de diversas espécies como se fossem ‘precedentes’, afirma que ‘os juízes e tribunais observarão’ o acórdão em incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 927, III, do CPC/2015). Obrigar a observar uma decisão proferida em local em que o litigante do caso sob julgamento não participou só tem sentido quando se pensa em sistema de precedentes ou *stare decisis*”, complementando: “Um precedente surge naturalmente do exercício do direito de ação e dos casos que são submetidos à Corte. Suspender o direito de participar para formar um precedente retroativo é, sem qualquer dúvida, não só ignorar que o jurisdicionado tem o direito a um dia perante a Corte, mas também não perceber que o objetivo do sistema de precedentes é regular o modo de ser do direito e não resolver casos de massa. Uma técnica de resolução de casos múltiplos não pode considerar situações jurídicas de massa para privilegiar o encontro de uma decisão sem a participação dos membros do grupo afetado. Isso constituiria uma ilegítima priorização da otimização da prestação jurisdicional sobre o direito fundamental de participar do processo” (*Incidente cit.*, pp. 31/32)

¹⁹² ANTONIO DO PASSO CABRAL reconhece dois modelos de incidentes de coletivização: o primeiro, das “causas-piloto”, em que “uma ou algumas causas que são selecionadas para julgamento, e cuja solução permite que se resolvam rapidamente todas as demais pela multiplicação da decisão. Este formato revela unidade cognitiva (o mesmo órgão que aprecia a questão comum julga o processo originário) seguida da reprodução da tese definida no incidente (a *ratio decidendi* do julgamento da questão comum é replicada para todos os processos em que esta mesma questão esteja sendo objeto do debate”, algo como um ‘julgamento por amostragem’ da causa-piloto”. O segundo modelo seria o de “processos-modelo”, nos quais: “... são apreciadas somente questões comuns a todos os casos similares, deixando a decisão de cada caso concreto para o juízo do processo originário. Ou seja, o que se observa neste segundo formato é cisão cognitiva e decisória (existe uma divisão de competências entre o órgão que julga a questão comum objeto do incidente, e outro órgão que decide o processo originário em todas as questões que lhe são próprias) e incorporação da tese definida no incidente aos processos repetitivos (a decisão do incidente é tomada como questão prévia pelo órgão que julgará o caso, e deverá ser adotada como premissa às considerações sobre as demais questões de cada processo)”. (*A escolha da causa-piloto cit.*, pp. 38/39).

¹⁹³ Por não considerar que a decisão do IRDR constitui precedente, LUIZ GUILHERME MARINONI entende que: “... a técnica da distinção não tem a mesma relevância em se tratando de resolução

Por sua vez, os precedentes na *common law* são aplicados por raciocínios analógico e indutivo, em que se extrai normas gerais a partir da análise de um caso particular – diferente do que se dá na *civil law*, em que se parte da norma (regra geral e abstrata), subsumindo a ela os fatos narrados pelas partes, para alcançar a regra de solução do caso concreto¹⁹⁴.

Significa dizer que a regra de julgamento é extraída de caso antecedente que, ao decidir a controvérsia específica, desenvolveu fundamento (*ratio decidendi*) que serve igualmente à solução do caso posterior¹⁹⁵. Reconstrói-se o raciocínio adotado no julgamento anterior, justificando-se sua correção e aplicabilidade ao caso que se esteja decidindo.

Não há definição de tese, no sentido de uma regra abstrata que se aplica a casos posteriores, mas da solução jurídica que, no mais das vezes, considera as peculiaridades fáticas dos casos concretos. A atividade interpretativa é, portanto, bastante distinta da subsunção de situações concretas à tese abstrata, como se dá no sistema brasileiro.

de demandas repetitivas. Nesses casos, caberá a distinção apenas para demonstrar que determinada questão é diferente daquela que já foi resolvida ou submetida ao incidente”. Entende-se, todavia, que a referida limitação não decorre do texto legal, mas da premissa adotada pelo autor, de que as técnicas de julgamento por amostragem não atendem a requisitos necessários para serem compreendidas como precedentes, em conformidade com a experiência estadunidense analisada por ele.

¹⁹⁴ LUCAS BURIL DE MACÊDO observa que: “Os *common lawyers* não trabalham de forma preponderantemente abstrata, como é tão comum entre os juristas romanistas e nunca se defendeu, nesta tradição, a subsunção ou o raciocínio silogístico como suficiente para a solução dos casos. Ao contrário: a fundamentação das decisões é especialmente discursiva. Não há a preocupação com categorias ou com a natureza jurídica dos institutos jurídicos, a forma de pensar é preponderantemente empírica. O raciocínio é especialmente analógico, comparativo, buscando demonstrar semelhanças e dessemelhanças entre casos passados e o caso em questão (*distinguishing*), sem preocupações propriamente científicas. É também comum ver atribuído aos juristas desta tradição o emprego do raciocínio indutivo e do método casuístico, ou seja, eles seriam caracterizados por sua argumentação partir de um determinado caso específico do qual se extrai uma norma (*ratio decidendi*), aplicável a casos análogos” (*Precedentes Judiciais cit.*, p. 48).

¹⁹⁵ LUCAS BURIL DE MACÊDO esclarece que tratar precedente como sinônimo de *ratio decidendi* é inapropriado, traçando distinção entre norma do precedente, que é a norma jurídica contida na decisão, que se extrai para reafirmá-la em outros casos, e precedente propriamente dito, que é a decisão como um todo. *In verbis*: “É importante perceber que há diferenças entre a decisão, e até mesmo sua fundamentação, e o precedente em sentido estrito, que constitui uma norma compreendida a partir de toda a decisão, por um processo construtivo próprio, e a ela não se limita. Esse seria o conceito estrito de precedente, que se confunde com o de *ratio decidendi* ou norma da decisão” (*Precedentes Judiciais cit.*, p. 72).

Desse modo, embora seja passível de críticas¹⁹⁶, a opção legislativa adotada no Código de Processo Civil atual é a de conferir ao julgador a função de reduzir a generalidade e abstração da norma legislada, produzindo-se norma com maior grau de especificidade e eficácia vinculante¹⁹⁷.

Não se ignora o acerto em parte da crítica à qualificação da decisão do incidente de resolução de demandas repetitivas como precedente, por considerar que sua formação prospectiva, visando casos presentes e futuros, contraria a lógica do *stare decisis* de vincular o julgador as decisões anteriores e assim resguardar a coerência do direito como construção histórica¹⁹⁸.

Contudo, deve-se ressaltar que o *stare decisis* exerceu historicamente e exerce ainda nos sistemas de *common law* hoje papel semelhante ao que se pretende conferir aos precedentes vinculativos no sistema processual brasileira, qual seja, conferir segurança jurídica e tratamento isonômico aos indivíduos¹⁹⁹.

¹⁹⁶ Assim sintetizadas por RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO: “Prossegue o argumento em questão, sustentando que desse modo o que se tem, na prática, são enunciados de caráter normativo, não originários do Parlamento – onde têm assento os representantes da vontade popular – que passam a projetar eficácia similar à da lei, em seus atributos de obrigatoriedade, generalidade, abstração e impessoalidade. Sustenta-se ainda que, por opção jurídico-política estabelecida no texto constitucional, as condutas comissivas e omissivas de pessoas físicas e jurídicas no país só podem ser parametrizadas em termos de certo/errado (juízo de valor) a partir do balizamento contido numa norma legal – art. 5º e inciso II – e, não, com base em produtos judiciais, ainda que otimizados. Um argumento adicional é ainda extraído da súmula vinculante do STF, sustentando-se que, para a positivação desta última, sem que houvesse atrito ao princípio da legalidade, foi necessário recorrer-se a uma emenda constitucional – n. 45/2004 (CF, art. 103-A e parágrafos), por aí se buscando evidenciar que uma inovação dessa magnitude não poderia ser feita via legislação ordinária federal, em que pese a natureza processual da ocorrência – CF, art. 22, I)” (*Incidente cit.*, p. 26).

¹⁹⁷ Interessante observar, com LUCAS BURIL DE MACÊDO, que esta é a função histórica do *stare decisis* nos sistemas de *common law*, a saber: “Tais eventos, especialmente a adoção de precedentes obrigatórios, podem ser compreendidos como o resultado da preocupação muito em voga em garantir segurança jurídica e estabelecer um limite à criação jurisprudencial do direito, com o fito de preservar a liberdade individual. Perceba-se que, no mesmo século XIX, quando se sedimenta a doutrina dos precedentes obrigatórios na Inglaterra, no Continente a tendência era a Escola da Exegese e outras manifestações do positivismo legalista. O nascimento da doutrina do *binding precedent*, portanto, nasce a partir de uma concepção positivista, hierárquica e burocrática. Nesse quadro, era reconhecido certo consenso que o *stare decisis* seria simplesmente o dever dos juízes e tribunais de seguir precedentes e, assim, aderir ao Direito estabelecido” (*Precedentes Judiciais cit.*, p. 54).

¹⁹⁸ Cf. LUIZ GUILHERME MARINONI, *Incidente cit.*, pp. 31 e 32.

¹⁹⁹ Segundo MICHELE TARUFFO: “A uniformidade na interpretação e na aplicação do direito há muito constitui um valor fundamental (pode-se mesmo dizer: um objeto de desejo) presente em quase todos os ordenamentos, que tentam de vários modos – como se verá – realiza-lo de forma mais ampla possível. (...) é possível recordar, antes de tudo, da exigência de se assegurar a certeza do

Ademais, também sob aquele sistema tem se reclamado aos precedentes um viés prospectivo ou consequencialista, em que o julgador ao decidir leve em consideração que a regra de julgamento adotada servirá de parâmetro para futuras decisões²⁰⁰, tal como se dá com o julgamento do incidente.

Negar que a tese jurídica firmada no incidente de resolução de demandas repetitivas constitua precedente, em razão de algumas das características históricas e culturais deste instituto em seus países de origem²⁰¹, ao contrário do que se possa pensar, restringe demasiadamente o acesso à justiça – além do que a aplicação do princípio da proporcionalidade autorizaria, como se passa a demonstrar.

Repita-se, as censuras à opção legislativa e às falhas do sistema adotado são legítimas. Porém, reconhecer natureza intrínseca ao precedente (em razão da experiência dos países da *common law*) e negá-la à tese firmada, quando o legislador brasileiro fez escolha diversa, não condiz com a aplicação do incidente em conformidade com a tutela constitucional do processo.

direito, dado que uma jurisprudência uniforme evita a incerteza na interpretação do direito e a consequente variedade e variabilidade das decisões judiciais. Também se faz referência à garantia de igualdade dos cidadãos perante à lei, de acordo com o princípio do *stare decisis* típico dos ordenamentos anglo-americanos, segundo o qual casos iguais devem ser decididos de modo igual” (*As funções das Cortes Supremas entre uniformidade e justiça in C. ZUFELATO, G. BONATO, H. V. M. SICA, L. C. B. CINTRA (coords.), I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil*, Salvador, Juspodium, 2015, p. 39). No mesmo sentido, para LUCAS BURIL DE MACÊDO: “A prática de seguir precedentes, fundada no ideal de que casos iguais devem ser tratados igualmente (*treat like cases alike*) é comum à tradição jurídica ocidental como um todo, até porque corresponde à exigência de segurança jurídica, igualdade de tratamento e eficiência e está intimamente ligada à forma da organização judiciária e ao prestígio dado aos tribunais superiores. Todavia, o que é peculiar à tradição de *common law* é a doutrina dos precedentes vinculantes (*doctrine of binding precedents*), ou seja, a norma segundo a qual os precedentes judiciais são vinculantes e devem ser seguidos pelos julgadores subsequentes diante de casos semelhantes. Na sua concepção mais rígida, o *stare decisis*, redução do brocardo *stare decisis et non quieta movere*, indica a obrigação do juiz, ao solucionar casos, de não se desviar da solução empregada em precedente ensejado por decisão de um caso análogo, ainda que o próprio juiz do caso precedente considere a solução inadequada ou injusta” (*Precedentes Judiciais cit.*, p. 50).

²⁰⁰ Cf. LUCAS BURIL DE MACÊDO, *Precedentes Judiciais cit.*, p. 74.

²⁰¹ É, novamente, LUCAS BURIL DE MACÊDO que adverte a necessidade de adaptação do instituto jurídico estrangeiro quando introduzido em outro sistema jurídico, nos seguintes termos: “A recepção pressupõe a compreensão do instituto recepcionado e sua alteração parcial, para que assim seja devidamente moldado para que melhor se encaixe e se harmonize ao ordenamento receptor. (...) É importante que se destaque a grande importância da adaptação: o direito como produto de uma cultura não pode simplesmente receber a construção realizada por outra cultura: é indispensável que haja uma adequação do conceito, técnica ou instituto importado às peculiaridades do sistema jurídico receptor” (*Precedentes Judiciais cit.*, p. 57)

Introduzido em nosso sistema o incidente (e a decisão que dele resulte, seja ela propriamente precedente ou espécie de decisão de natureza mista, que apenas empresta do precedente a eficácia vinculante²⁰²), deve-se interpretá-lo e aplicá-lo em conformidade com o escopo social e a máxima efetividade do acesso à justiça.

Esta é a constatação que decorre das premissas adotadas neste estudo.

Acolhendo-as, chega-se à conclusão de que a tutela constitucional do processo determina que a participação seja oportunizada sempre que for possível – o que, no caso do incidente, se dá também no momento da sua aplicação.

Ademais, inexistindo vedação legal, referida participação deverá permitir a rediscussão da tese para averiguar sua adequação ao processo individual, ou, se o caso, também sua revisão diante de argumentos que conduzam forçosamente a conclusão diversa da adotada.

Não se trata, logicamente, de negar a eficácia vinculante da tese jurídica, mesmo porque a decisão que a define atende aos princípios da igualdade e da coerência do direito que lhe é decorrente (situações idênticas ou muito semelhantes devem ser decididas de forma igual), da tempestividade da tutela jurisdicional e da eficiência da administração da justiça²⁰³.

Sendo apresentados pedidos e fundamentos semelhantes aos já considerados na decisão do incidente, não há razão para revolver a questão jurídica já decidida.

²⁰² MICHELE TARUFFO, ao examinar as súmulas vinculantes do sistema jurídico brasileiro, anota que: “Vale a pena observar que a súmula não deriva da decisão de um caso concreto, uma vez que se trata de um enunciado interpretativo formulado em termos gerais. Consequentemente, a súmula não faz qualquer referência aos fatos que fundamentam a questão jurídica enfrentada, e, portanto, não pode ser considerado como um precedente em sentido próprio, mas apenas como uma decisão que exprime a escolha entre duas opções interpretativas relativas a normas gerais e abstratas” (*As funções das Cortes Supremas cit.*, p. 43).

²⁰³ Cf. LUCAS BURIL DE MACÊDO, *Precedentes Judiciais cit.*, p. 70.

Entretanto, se apresentadas alegações relevantes²⁰⁴ não apreciadas naquele julgamento – que, se o tivessem sido, teriam potencial para modificar a tese –, entende-se que a distinção poderia limitar ou ampliar o alcance da tese firmada no incidente²⁰⁵, além, logicamente, de afastar sua aplicação ao caso concreto.

Afinal, se é possível aventar em processo subsequente ao incidente argumentos que não haviam sido considerados, isto implica reconhecer que a questão jurídica não foi adequadamente debatida, seja porque o processo selecionado para julgamento não apresentava aqueles argumentos, seja porque foi limitada a participação dos interessados (que poderia ter contribuído para o aprofundamento do contraditório), seja porque os argumentos foram expostos deficientemente ou, ainda, porque o acórdão deixou de atender ao disposto no art. 984, § 2º (“O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários”).

Tomando-se de empréstimo o raciocínio seguido ao se tratar de representatividade adequada na tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, verificando-se que algumas dessas hipóteses ocorreu, pode-se afirmar não ter havido representação adequada dos interesses em conflito. Via de consequência, sem isso, não houve efetivo acesso à justiça consubstanciado na participação, ainda que mediante representação²⁰⁶.

²⁰⁴ MICHELE TARUFFO adverte nesse tocante que: “... uma vez que as circunstâncias que constituem os fatos do caso são infinitas, e são também infinitas as suas possíveis descrições, se trata de determinar quais os *particulars* que se consideram significativos e relevantes para a interpretação e a aplicação da norma à qual se faz referência. Nesse sentido, não existem soluções simples que possam valer automaticamente para cada decisão. Mesmo a referência à *fattispecie* definida em termos gerais na norma serve apenas – por assim dizer – para iniciar a análise dos fatos, fornecendo um paradigma inicial, que na realidade não é mais que uma hipótese provisória, de relevância jurídica. É, porém, partindo dessa hipóteses, e eventualmente formulando outras que sejam progressivamente mais adequadas às circunstâncias do caso concreto que o juiz, por meio da assim chamada espiral hermenêutica, estabelece quais são as circunstâncias relevantes do caso” (*As funções das Cortes Supremas cit.*, pp. 47/48).

²⁰⁵ Em sentido contrário, LUIZ GUILHERME MARINONI, *Incidente cit.*, p. 33.

²⁰⁶ No sentido do defendido, LUIZ GUILHERME MARINONI observa: “... ainda que se possa distinguir participação de representação para efeito de legitimar a decisão proferida em face de quem não participou, há que se ter em conta que a representação, para poder suprir o direito de participar, deve ser necessariamente adequada. (...) Nesse caso, a participação, indispensável para legitimação do exercício do poder, é indireta, e, por isso mesmo, exige a aferição da qualidade da representação, que certamente não pode ser qualquer uma” (*Incidente cit.*, p. 38).

E, se o acórdão é proferido em desacordo com a tutela constitucional do processo, não pode vincular terceiros que dele não participaram.

Enquanto a nulidade de atos jurisdicionais deva ser reconhecida no processo em que foi produzida e, caso produza prejuízo, determina a repetição do ato, em se tratando do IRDR, o vício processual que resulte na restrição indevida da participação e do correspondente dever de fundamentação da decisão poderá também ser arguido em processo posterior, pelo terceiro afetado pela tese.

Em suma, sem o atendimento do *standard* mínimo de participação, consistente na representação adequada dos interesses, a decisão do incidente pode e deve ser questionada em processos subsequentes, afastando-se sua eficácia vinculante²⁰⁷, ensejando nova instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas para análise dos argumentos não analisados e, se o caso, superação do precedente com fixação de nova tese jurídica²⁰⁸.

Além disso, considerar que a decisão do incidente de resolução de demandas repetitivas é precedente permite, ao menos em teoria, que se trabalhe para aperfeiçoar a técnica processual, recorrendo ao instituto original na busca de técnicas de aplicação e interpretação que ampliem as possibilidades de participação e debate.

Sob essa premissa, ainda, pode-se afirmar que a aplicação da tese firmada aos casos pendentes e posteriores que contenham questão jurídica idêntica deve ser dar com observância dos fundamentos da decisão do incidente de resolução de demandas repetitivas como um todo e não apenas com a parte dispositiva do acórdão, como se daria se a eficácia vinculante decorresse de coisa julgada.

²⁰⁷ Assim, SOFIA TEMER: "... entendemos que nem todas as decisões proferidas no incidente terão automaticamente o *status* de precedente com eficácia vinculativa para as demandas repetitivas. A eficácia prevista nos arts. 927, III, e 985 apenas se justifica caso tenham sido observados os procedimentos e prerrogativas previstas para legitimar a decisão, notadamente as de participação no debate e fundamentação exaustiva" (*Incidente cit.*, p. 210).

²⁰⁸ É o que sustenta ANTONIO DO PASSO CABRAL: "... uma decisão sobre a questão comum em um incidente desta natureza, a ser aplicada como paradigma para casos futuros, mas que seja proferida sem apreciar algumas questões relevantes, não estabelece de maneira completa a *ratio decidendi* a ser seguida, podendo ficar uma questão em aberto e sujeita a ser potencialmente renovada com a apresentação de argumentos ainda não analisados exaustivamente pelo Tribunal julgador" (*A escolha da causa-piloto cit.*, p. 49).

A fundamentação das decisões que aplicam a tese jurídica deve demonstrar compreensão do raciocínio adotado no precedente e que, seguindo-se os passos do julgador do IRDR, chega-se à mesma conclusão no caso que se estiver julgando, de modo que a tese é adequada à solução da controvérsia porque formula a correta interpretação da norma e sua aplicação no caso concreto²⁰⁹, e não *apenas* porque foi exarada por órgão hierarquicamente superior ou, ainda, porque a lei determina que se siga a decisão proferida no incidente.

Na forma como foi concebido o procedimento, não é possível afastar a eficácia vinculante da decisão simplesmente porque se discorda da decisão. A lei determina sua observância. Tampouco faria sentido a repetição dos argumentos afirmados no acórdão do incidente, quando o caso subsequente é exatamente idêntico e não há qualquer adequação a ser feita. Não é disto que se está tratando.

A tese jurídica será precedente ou não a depender das circunstâncias em que for aplicada, por exemplo, se aos casos pendentes ou aos casos futuros²¹⁰. A sua eficácia vinculante, como visto, decorre de lei, mas se legitima com sua aplicação.

Se os casos subsequentes demandam dever de fundamentação aprofundada, que exija demonstrar a adequação da solução adotada na tese ao caso concreto, assim deverá ser feito, por exigência constitucional. Porém, se os casos subsequentes são idênticos àquele julgado no incidente, não é a eficácia

²⁰⁹ Novamente SOFIA TEMER, ao analisar qual o elemento da decisão do IRDR vincula as decisões subsequentes em casos semelhantes, afirma que é a tese jurídica, definindo-a como "... a norma gerada pelo tribunal em relação à interpretação, alcance ou constitucionalidade de uma determinada questão de direito. A tese compreende o raciocínio empreendido pelo tribunal para, diante de uma categoria fática, apreciar e resolver uma questão jurídica problemática, apontando para a melhor conclusão, em termos de racionalidade e universalidade". Complementando em seguida: "... o termo tese deve ser compreendido de uma forma ampla, compreendendo tanto os fundamentos e argumentos sopesados como a própria conclusão sobre a questão de direito (seja em relação a sua interpretação, à sua constitucionalidade, à sua incidência em relação à determinada categoria fática)" (*Incidente cit.*, p. 211/212).

²¹⁰ SOFIA TEMER noticia que: "Parte da doutrina vem entendendo que decorrem da decisão duas eficácias distintas para tais hipóteses, gerando algumas consequências diferenciadas, notadamente na aplicação da tese e da fundamentação a decisão dos casos futuros" (*Incidente cit.*, p. 226).

que se modifica ou a natureza da tese, mas sim o dever de fundamentação que é atenuado.

Por outro lado, a eficácia vinculante não impede que se rediscuta a tese e que sua aplicação seja afastada quando se reconhecer sua inadequação, tampouco afasta o dever de fundamentação – e de justificação que lhe é decorrente – quando ela houver de ser aplicada (art. 489, § 1º, V e VI)²¹¹.

Adotando-se a lógica que permeia a aplicação dos precedentes, haverá acréscimo qualitativo na aplicação da tese, com a fundamentação das decisões de acordo com a solução jurídica.

Por último, reconhecer no dever de fundamentação das decisões o dever de justificar a aplicação da tese, considerando as características do caso concreto, faz com que aquela solução se robusteça: sujeitando-a repetidamente a teste, demonstra-se que ela decorre da interpretação correta do ordenamento e não de um raciocínio particular que não subsiste diante de peculiaridades.

Desse modo, se a decisão está apoiada em fundamentos “corretos”, eles devem ser bastantes para sustentar decisões idênticas ou semelhantes em situações equivalentes.

Em conclusão, define-se a tese jurídica como precedente, nele compreendido tanto o dispositivo do acórdão do IRDR quanto seus fundamentos – não porque esteja em conformidade com o modelo da *common law*, nem porque seja decorrente da sua natureza intrínseca, ou ainda porque o legislador infraconstitucional tenha determinado sua observância obrigatória, mas porque dessa forma, maior é a aderência da técnica à efetividade ótima do acesso à justiça.

²¹¹ Nesse sentido, LUCAS BURIL DE MACÊDO afirma: “É possível, todavia, que no processo no qual tenha sido gerado o precedente poucos argumentos tenham sido deduzidos, ou que exista um argumento relevante em particular que não tenha sido enfrentado. Nesse caso, a parte não pode ser privada de seu direito fundamental à tutela jurisdicional. O novo argumento precisa ser necessariamente analisado, sendo claramente lícita a propositura da demanda e, conseqüentemente, não se deve cogitar a aplicação de penalidades por litigância de má-fé” (*Precedentes Judiciais cit.*, p. 181).

3.2.2. Eficácia da decisão do IRDR e coisa julgada

Bem se vê, desse modo, que as decisões proferidas mediante o uso de técnicas de julgamento agregado têm natureza própria, distinta daquelas proferidas em demandas individuais ou em processos coletivos sobre direitos individuais homogêneos.

Enquanto nesses a aplicação do direito se dá em vistas ao caso concreto, sendo exigível que o julgador considere as peculiaridades da situação que lhe é posta para interpretar e aplicar a norma, naquelas o julgador primeiramente resolve a questão jurídica comum a todos os casos repetitivos. Portanto, necessariamente, a decisão se dá com algum grau de generalidade, e somente num segundo momento a tese jurídica firmada na decisão referida é aplicada aos demais casos por seus respectivos julgadores²¹².

Trata-se de eficácia vinculativa da decisão por expressa determinação legal, que espraia seus efeitos a terceiros, mas não impede sua rediscussão²¹³, como já se explicou. Aliás, mesmo o desencadear desses efeitos exige a complementação da atividade jurisdicional, vez que apenas com a aplicação da decisão do incidente aos casos semelhantes (permitindo-se a distinção sempre que for cabível) é que também as partes dos demais processos estarão obrigadas ao cumprimento da decisão.

Dito de outra forma, a decisão proferida em sede de repetitivos não faz coisa julgada em relação às partes das causas semelhantes²¹⁴, cujo

²¹² Cf. ALUÍSIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES E SOFIA TEMER: “Para nós, com respeito às posições divergentes, que entendem que no incidente há a resolução do conflito subjetivo, não há propriamente julgamento de nenhuma causa (ou demanda), mas apenas a definição jurídica da questão jurídica controvertida, que será posteriormente adotada para o julgamento da(s) causa(s) de onde este se originar, bem como nas demais demandas repetitivas fundadas em igual questão” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, São Paulo, Saraiva, 2017, pp. 201/202). No mesmo sentido, ANDRÉ VASCONCELOS ROQUE, *Ações Coletivas cit.*, p. 29.

²¹³ Embora discorde da definição da tese jurídica como precedente, LUIZ GUILHERME MARINONI observa que: “Bem vistas as coisas, o litigante não tem seus direitos processuais preclusos em virtude de um precedente; esse vincula o juiz” (*Incidente cit.*, p. 34). LUCAS BURIL DE MACÊDO, por sua vez, destaca que: “... a ligação da coisa julgada com a segurança jurídica é bem diferente da do precedente: o *stare decisis* requer a continuidade, mas admite e se preocupa com a mudança, enquanto a coisa julgada é ligada à imutabilidade” (*Precedentes Judiciais cit.*, p. 89).

²¹⁴ Cf. SOFIA TEMER, *Incidente cit.*, p. 233. Em sentido contrário, LUIZ GUILHERME MARINONI, entendendo que a aplicação da tese “... impede que os litigantes destes processos voltem a discutir a questão resolvida...”, conclui que “...na hipótese de decisão tomada em incidente de resolução de demandas repetitivas, há, embora não dito, coisa julgada sobre a questão presente

processamento foi sobrestado, tendo em conta que a coisa julgada material confere estabilidade à decisão em relação a processos futuros em que se pretenda nova apreciação dos mesmos pedidos, sob os mesmos fundamentos e estejam envolvidas as mesmas partes²¹⁵.

A decisão do incidente de resolução de demandas repetitivas tampouco se confunde com a resolução de questão incidental em ação individual (art. 503), seja porque não estão presentes os requisitos de contraditório prévio e efetivo aliado a competência para julgar a questão principal (art. 503, §1º, CPC), seja porque o procedimento do art. 976 e seguintes prevê a necessária complementação da cognição jurisdicional e a possibilidade de rediscussão, ainda que limitada, como se verá a seguir.

Em relação aos requisitos do art. 503, parágrafo 1º, incisos II e III, observa-se que o contraditório no incidente envolve tão somente as partes do processo selecionado para julgamento, e a participação dos demais interessados é bastante reduzida, de modo que não se pode considerar haver contraditório efetivo que desencadeie a coisa julgada²¹⁶.

É a possibilidade de ver a tese aplicada e adequada ao caso concreto, justificadamente, que perfectibiliza a cognição, dá azo ao *standard* mínimo de participação e, aí sim, faz incidir a coisa julgada.

Além disso, o órgão fracionário do Tribunal competente para julgamento do incidente não possui competência originária para julgar a questão

nos vários casos repetitivos. A coisa julgada está a tornar indiscutível uma questão imprescindível para se chegar ao alcance da resolução dos vários casos pendentes” (*Incidente cit.*, pp. 19/20).

²¹⁵ Refere-se à coisa julgada material que, como ensina CAMILO ZUFELATO: “... é a imutabilidade do comando da sentença para fora daquela relação jurídica, extraprocessual portanto, dotando de estabilidade e autoridade a decisão em relação a qualquer processo futuro, impedindo que haja nova apreciação judicial sobre o mesmo objeto do processo, quando houver identidade de ação” (*Coisa Julgada Coletiva cit.*, p. 30).

²¹⁶ EDUARDO TALAMINI dispõe que: “Apenas é constitucionalmente deferível a coisa julgada à decisão proferida em processo desenvolvido em regime de contraditório entre as partes – o qual será efetivo ou potencial, conforme o grau de disponibilidade dos interesses em disputa. Somente pode ser destinatário de comando irreversível aquele a quem antes foi dada oportunidade de participar do processo de formação desse comando. Uma das implicações dessa condicionante constitucional diz respeito aos limites subjetivos da coisa julgada. Estabelecer como imutável uma decisão perante terceiro que não teve oportunidade de participar do processo em que ela foi proferida, afrontaria não apenas a garantia do contraditório, como também o devido processo legal e a inafastabilidade da tutela jurisdicional” (*Coisa julgada e sua revisão*, São Paulo, RT, 2005, p. 53)

jurídica nos demais processos pendentes. Tanto é assim que o parágrafo único do art. 978 traz regra de prevenção de competência para o julgamento do recurso e do processo²¹⁷, devendo a tese ser aplicada pelos juízes de instâncias inferiores e pelos demais órgãos do próprio Tribunal por força da eficácia vertical e horizontal da decisão (art. 927, III, e 985, I e II).

Houvesse coisa julgada, bastaria que terceiros que enfrentassem a mesma questão jurídica pleiteassem a execução – diretamente ou precedida de liquidação, se necessária – da tese para obter tutela jurisdicional, caso não houvesse o cumprimento voluntário.

Contudo, a técnica processual prevista no Código de Processo Civil vigente determina que os processos sobrestados deverão ser julgados em seu mérito, afirmando-se sua subsunção à tese definida no julgamento do incidente.

Casos futuros, se não resolvidos pacificamente com a aderência das partes à tese, deverão ser judicializados para que isso seja feito²¹⁸.

Pode-se concluir, conseqüentemente, que a definição da tese ou solução jurídica para a questão posta não é suficiente para desencadear seus efeitos nos casos referidos nos incisos I e II do artigo 985 do Código de Processo Civil.

Além disso, a aplicação da tese nos casos que veiculem a mesma questão jurídica exige a subsunção da situação concreta exposta na causa de pedir à tese definida, raciocínio lógico-jurídico em que se verifica a adequação daquela solução ao caso concreto²¹⁹.

²¹⁷ Assim, ANDRÉ VASCONCELOS ROQUE: “Nessa perspectiva, o art. 978, parágrafo único do CPC/2015 consiste apenas em regra de prevenção do órgão que apreciou o IRDR para julgamento da causa nos processos dos quais se originou o incidente, sem que se exija a unidade de cognição e julgamento do incidente com a causa a partir do qual foi instaurado” (*Ações Coletivas cit.*, p. 29)

²¹⁸ GUILHERME RIZZO AMARAL afirma que: “... a decisão proferida no incidente, embora vincule todo e qualquer futuro julgamento a ser proferido acerca da matéria em discussão, não tem o condão de evitar o ajuizamento de novas ações. Muito pelo contrário: exige-se a instauração de processo judicial individual para que possa aplicar a tese jurídica” (*Efetividade, segurança, massificação cit.*, p. 261).

²¹⁹ RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO afirma que: “... nada impede e é até previsível que na *práxis* judiciária haverá casos cujo objeto litigioso não envolverá – ou ao menos não exatamente – a tese jurídica fixada ao final do IRDR, caso em que caberá ao magistrado declinar os motivos pelos

Para tanto, faz-se necessária a interpretação respectiva, o que inclui o exame dos seus fundamentos, e, eventualmente, sua distinção e superação. Afinal, nada impede que as partes dos processos sobrestados apresentem argumentos distintos daqueles conhecidos no julgamento do incidente e, uma vez considerados, verifique-se a inconsistência da tese.

Se houvesse coisa julgada, haveria igualmente sua eficácia preclusiva²²⁰ e os argumentos não suscitados no julgamento do incidente não poderiam ser considerados para a distinção e a superação da tese jurídica, o que levaria ao indesejado engessamento das decisões proferidas sob a técnica de julgamento por amostragem.

Admitir-se que a decisão do incidente é sujeita à coisa julgada importaria reconhecer ademais que sua superação consistiria também em sua rescisão, sem, contudo, sujeitar-se ao prazo e aos demais requisitos da ação rescisória.

Por fim, haveria de se considerar nessa hipótese que a coisa julgada atingiria terceiros, sem sua participação direta, como nos processos individuais, e sem a representatividade adequada e o *opt in* do processo coletivo²²¹. A tese

quais deixará de aplica-la ao caso concreto, assim operando o devido *distinguishing*, de uso corrente na experiência do *common law*.” “(...) uma vez demonstradas, cumpridamente, uma ou outra dessas excludentes, é legítimo o afastamento do precedente no julgamento do caso concreto” (*Incidente cit.*, p. 30). No mesmo sentido SOFIA TEMER: “A eficácia vinculativa dos precedentes incide em relação aos motivos ou fundamentos da decisão que sejam determinantes para a conclusão da decisão, porque é deles que se extrai a norma aplicável aos casos análogos” (*Incidente cit.*, p. 232).

²²⁰ Vale-se aqui do conceito de eficácia preclusiva da coisa julgada de BRUNO VASCONCELOS CARRILHO LOPES: “... o impedimento à propositura de demandas incompatíveis com a situação jurídica definida na sentença transitada em julgado, na medida da incompatibilidade”, acrescentando em seguida que, enquanto a coisa julgada impede a rediscussão da causa sob os mesmos argumentos deduzidos pelas partes, a eficácia preclusiva impede o reexame da causa, em demandas propostas pelo réu “... com o objetivo de contornar ou minimizar sua derrota, trazendo alegação que foi ou poderia ter sido deduzida no processo anterior e pedido incompatível com a situação substancia imunizada pela coisa julgada” (*Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*, São Paulo, Saraiva, 2012, pp. 110/111)

²²¹ CAMILO ZUFELATO assim dispõe sobre o tema: “...a nova concepção do contraditório e da ampla defesa foi centrada nas adaptações aos institutos da legitimidade processual e coisa julgada, abolindo o perfil individualista do princípio para admitir um devido processo legal coletivo, no qual a presença pessoal dos interessados seria substituída pela de um representante ideológico do grupo ou *ente esponenziale*, que gozasse de legitimidade ativa, e a decisão final da demanda – e, por consequência, sua imutabilidade – se espraiasse para além do legitimado que tivesse levado o conflito em juízo, atingindo todos os interessados” E mais adiante: “Já nos direitos divisíveis (individuais homogêneos), a imutabilidade da decisão forma-se na esfera coletiva independentemente da suficiência de provas, mas estende-se para a esfera individual dos

(norma jurídica) vincula o julgador como a lei (norma legislada) o faz, e assim como não é adequado afirmar que a lei não poderá ser rediscutida quando for aplicada, também não o é em relação à tese.

3.3. Incidente de resolução de demandas repetitivas e tutela coletiva de direitos individuais homogêneos

Como afirmado anteriormente, o sistema de tutela coletiva processual dispõe soluções para a limitação do acesso à justiça em procedimentos nos quais se discutam interesses de coletividade, grupo ou indivíduos que suportaram violação de direitos idêntica (origem comum).

A principal característica dos referidos procedimentos é admitir que os interesses de terceiros sejam representados pelo autor da demanda, mediante legitimação extraordinária²²², de modo a permitir a tutela jurídica dos direitos que, de outro modo (pela dispersão dos interesses, pela pequena expressão econômica individual ou, ainda, por desconhecimento dos direitos e das formas de tutela), deixariam de ser protegidos.

No entanto, ainda que a representação dos interesses caracterizasse um acréscimo na proteção e efetivação dos direitos, o desenho do sistema processual coletivo preocupou-se com a limitação da participação direta dos interessados e conseqüente restrição do acesso à justiça, concebendo mecanismos de compensação – essencialmente, o controle da representatividade adequada e a extensão da autoridade da coisa julgada, como visto²²³.

interessados de acordo com o resultado: se procedente, beneficia os sujeitos, que poderão executar a sentença coletiva; se improcedente, não os vincula, pois poderão rediscutir a demanda via ação individual. Não há exigência de participação pessoal dos interessados na ação coletiva exatamente porque a decisão nunca lhes trará prejuízo; mas, uma vez que já tenham proposto suas ações indenizatórias individuais, se optaram em participar da ação coletiva, restarão indefectivelmente sujeitos à decisão, no sentido *inter partes* da eficácia do julgado” (*Coisa Julgada Coletiva cit.*, pp. 183 e 189)

²²² Vide a respeito, RICARDO DE BARROS LEONEL, *Manual do Processo Coletivo*, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo, RT, 2011, p. 153.

²²³ Novamente, RICARDO DE BARROS LEONEL estabelece que: “Pela adequação da representação, o autor se apresenta em juízo como portador dos interesses da classe, grupo ou categoria, ostentando efetivamente condições de representa-los de forma aceitável, de sorte a não deixa-los desprovidos de proteção. Assim, não é possível concluir-se pela violação das garantias

Quando se trata de processo para tutela de direitos individuais homogêneos, as semelhanças com o incidente de resolução de demandas repetitivas permitem avaliar as vantagens e desvantagens que cada técnica possui em relação ao tema do acesso à justiça e das restrições necessárias para o enfrentamento da litigiosidade de massa.

Em outras palavras, o processo coletivo serve como paradigma comparativo para averiguar a adequação do incidente de resolução de demandas repetitivas ao princípio do acesso à justiça e de que modo o critério de proporcionalidade pode propiciar a menor redução possível dessa garantia, em equilíbrio com os demais princípios.

Tal como o pronunciamento que soluciona controvérsia em ação coletiva sobre interesses individuais homogêneos, a decisão proferida sob o regime de repetitivos “situa-se entre o abstrato da lei e o concreto da sentença em litígios individuais”²²⁴; porém, se distanciam em relação aos mecanismos de compensação da restrição de acesso à justiça, como se passa a demonstrar.

O primeiro aspecto que ressalta da comparação entre o incidente e a ação coletiva para tutela de direitos individuais é que o requisito da identidade da questão jurídica para a instauração do incidente é mais amplo do que a exigência de origem comum dos direitos individuais homogêneos (art. 81, III, do Código de Defesa do Consumidor) para autorizar sua tutela coletiva, por exemplo: podem ser decididas por meio do incidente questões processuais; e podem ser suspensas ações diferentes que contenham questão jurídica comum²²⁵.

constitucionais do processo na demanda coletiva, se a classe, grupo ou categoria esteve adequadamente representada” (*Manual cit.*, p. 163).

²²⁴ Cf. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Súmulas cit.*, p. 229.

²²⁵ ANDRÉ VASCONCELOS ROQUE entende que: “... os procedimentos de resolução de casos repetitivos podem se referir a questões incidentais, como o prazo de prescrição relativo a determinado pleito dos consumidores ou mesmo matérias estritamente processuais, como a forma de contagem de determinado prazo regulado no CPC ou os requisitos de admissibilidade para determinado recurso disciplinado na legislação processual, entre muitas outras situações possíveis. Vale dizer: tais procedimentos de resolução de casos repetitivos podem muito bem ser instaurados tendo por objeto apenas ‘questões comuns’ ou situações jurídicas homogêneas extraídas de causas que, no mérito, são heterogêneas. O conceito de questões comuns ou situações jurídicas homogêneas, portanto, é significativamente mais amplo que o de direitos individuais homogêneos, suscetível de tratamento por meio de ação coletiva” (*Ações Coletivas cit.*, p. 31).

Mesmo assim, por certo, o âmbito de cabimento das técnicas se sobrepõe, admitindo-se que a repetição da questão jurídica idêntica por vezes pode origem comum (como um fato que gera danos a diversas pessoas ou disposição contratual que se repete em contratos de adesão massificados realizados entre fornecedor de serviços e seus consumidores²²⁶).

Deve-se lembrar, nesse tocante, que o art. 139, X, do Código de Processo Civil, inclui dentre os poderes de direção material do juiz o de oficiar os legitimados para propor ação coletiva quando se “deparar com diversas demandas individuais repetitivas”. Ou seja, diante de situação em que demandas repetitivas sejam propostas afirmando direitos individuais homogêneos²²⁷, o julgador teria a possibilidade de oficiar os legitimados para que proponham ação coletiva ou ele próprio requisitar a instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas.

Nessa hipótese, entende-se que a tutela coletiva é mais adequada à resolução de conflitos de interesses individuais homogêneos, pelas razões já expostas, razão pela qual, somente se não houvesse a propositura da demanda coletiva, poderia o julgador proceder conforme previsto nos arts. 976 e 977 do Código de Processo Civil.

²²⁶ LUIZ GUILHERME MARINONI assim aborda a questão: “Tanto a responsabilidade pelos danos ou pelos inadimplementos, quanto o dever legal em face dos ilícitos, devem constituir uma ‘questão comum’ a todos os danos, inadimplementos ou ilícitos, ou seja, uma ‘mesma questão’ ou uma ‘questão idêntica’ em relação a todas as pretensões individuais. Significa dizer que a questão idêntica, objeto do incidente de resolução de demandas, nada mais é do que a questão prejudicial que dá corpo aos direitos individuais homogêneos, abrindo oportunidade à tutela dos direitos individuais na forma coletiva” (Incidente *cit.*, pp. 48/49). Sob outro ângulo, MARCELO ABELHA RODRIGUES afirma que: “... as discussões relativas a direitos individuais homogêneos travar-se-ão, quase sempre, com instituições de grande porte. Não é outra a razão pela qual seus atos repercutem na esfera de um número indeterminado de pessoas de molde a caracterizar a homogeneidade dos direitos” (*Técnicas individuais de repercussão coletiva x técnicas coletivas de repercussão individual in H. ZANETTI JR, Processo Coletivo*, vol. 8 da Coleção Repercussões do Novo CPC, Salvador, Juspodium, 2016, p. 630).

²²⁷ ARTUR CÉSAR DE SOUZA entende que a notificação apenas seria devida quando se verificasse a possibilidade de tutela de direitos difusos ou coletivos estrito senso, excluídos da previsão normativa os direitos individuais homogêneos, que apenas ensejariam tutela coletiva, mas não seriam coletivos propriamente, assim: “... para que o juiz, no Brasil, promova a notificação prevista no art. 139, inc. X, do atual CPC, deve-se observar se o pedido formulado na demanda individual tem alcance coletivo e indivisível, cuja ofensa afete, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade” (*Resolução de demandas repetitivas cit.*, p. 62). Discorda-se respeitosamente do autor, tendo em vista que a expressão “ação coletiva” deve ser compreendida no seu aspecto processual, não se confundindo com eventual pretensão coletiva ou direito coletivo em que se funda pretensão. Sendo assim, também os direitos individuais homogêneos estarão sujeitos à tutela coletiva e, como se sustenta no presente estudo, estarão melhor resguardados por esse meio.

Todavia, no que interessa ao presente estudo, a aproximação do incidente para julgamento de questão jurídica idêntica com o regime de tutela coletiva de direitos individuais será feita em razão da restrição à participação direta de todos os interessados no processo que resultará em decisão que, não obstante sua ausência, os vinculará.

O procedimento do incidente de resolução de demandas repetitivas está imbuído de garantias próprias que não equivalem: (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.

No regime de causas repetitivas, chega-se à solução do conflito de interesses sem a atuação direta de parcela significativa daqueles que serão afetados pelo resultado do julgamento. Não há, como no processo legislativo, participação mediada por representação, nem a participação direta típica dos processos individuais, vale repetir.

Tampouco o modelo de representação de interesses previsto para as ações coletivas encontra aplicação ao regime de repetitivos²²⁸.

Primeiramente porque, no sistema processual coletivo, a representação dos interesses foi concebida como forma de viabilizar acesso àqueles que não conseguiriam a tutela jurisdicional de seus direitos, seja pela

²²⁸ LUIZ GUILHERME MARINONI dispõe que: "... o legislador partiu da premissa de que o incidente não estaria a resolver questão da titularidade dos litigantes das demandas repetitivas, mas simplesmente a abrir oportunidade à elaboração de precedente obrigatório (art. 927, III, do CPC/2015) sobre a questão de direito – curiosamente do interesse dos litigantes excluídos" (*Incidente cit.*, p. 41). Igualmente, SOFIA TEMER, *Incidente cit.*, p. 161.

natureza dos interesses, seja por hipossuficiência técnica, informacional ou econômica²²⁹.

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.

Havendo a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, por exemplo, com a seleção do caso concreto a partir do qual será decidida a tese, não se pode dizer que as partes daquela demanda representem os interesses dos demais sujeitos processuais em cada um de seus processos individuais sobrestados.

Então, ainda que se considere que não há cisão cognitiva no julgamento da questão jurídica sob a técnica do incidente de resolução de demandas repetitivas (doravante IRDR), e que a fixação da tese se dá em conjunto e simultaneamente com o julgamento da pretensão, haveria de se reconhecer que a atuação das partes do processo selecionado não é apta a suprir a representação adequada dos interessados ausentes²³⁰.

A atuação das partes no incidente se faz em defesa de interesses próprios, que somente se assemelham ou se identificam com aqueles veiculados

²²⁹ Assim entende MARCELO ABELHA RODRIGUES: “Igualmente importante é o fato de que em respeito ao direito constitucional de ação, a tutela individual homogênea por meio de ação civil pública é um *plus* em relação à tutela individual, ou seja, a coisa julgada pro e contra e apenas para beneficiar o titular do direito individual demonstra o respeito do legislador pelo direito que o indivíduo tem de buscar, ele mesmo, a proteção de seu direito. Não é o que se passa nas TIRC, pois a ‘coletivização de uma demanda/causa ou recurso individual’ lhe é imposta e nem mesmo pode ele decidir sobre a suspensão da sua demanda individual” (*Técnicas Individuais cit.*, p. 636). Igualmente, ANDRÉ VASCONCELOS ROQUE, *Ações Coletivas cit.*, p. 30. GUILHERME RIZZO AMARAL ressalva, todavia, que o julgamento concentrado de demandas visando a redução da atividade jurisdicional também seria um objetivo histórico do processo coletivo (*Efetividade, segurança, massificação cit.*, p. 252)

²³⁰ MARCELO ABELHA RODRIGUES constata, ao observar a eficácia vinculante da tese jurídica, que isso ocorre sem que os interessados: “... houvessem tido a menor oportunidade de influir em seu teor e, o que é pior, sem qualquer garantia de que os fundamentos e argumentos trazidos na causa escolhida são realmente bem preparados, completos, adequadamente expostos, ou se aqueles sujeitos que o representam neste incidente podiam fazê-lo, no momento em que foi requerido o incidente, de forma representativa ou adequada” (*Técnicas individuais cit.*, 2016, p. 632).

em outras demandas por outras partes. As partes atuam e se defendem com os recursos financeiros e técnicos que possuem, não havendo previsão de qualquer controle de representatividade adequada dos interesses dos terceiros a cujos processos será aplicada a tese firmada²³¹.

Compensa-se a ausência de participação direta ou indireta por meio de fatores de legitimação, como a atuação de *amicus curiae* (art. 983, caput), a realização de audiência pública (art. 983, §1o) e a possibilidade de qualquer interessado realizar sustentação oral (art. 984, II, b).

A justificativa para essa profunda mitigação da participação daqueles que serão afetados pela decisão produzida sob o referido regime, como já se mencionou, residiria na natureza da questão debatida (a princípio, somente questões de direito estariam sujeitas a esse tratamento - art. 976, I); na necessidade de gerenciar o volume excessivo de demandas idênticas, racionalizando os recursos e o tempo exigidos para a solução dessas controvérsias²³²; e/ou, por fim, pelos próprios mencionados fatores de legitimação que de alguma forma serviriam para suprir a participação limitada.

²³¹ Nesse sentido, GEORGES ABBUD E MARCOS DE ARAÚJO CAVALCANTI observam que: “A exposição de motivos do anteprojeto que deu origem ao projeto de lei do NCPD assume que a ideia de criação do IRDR teve inspiração no direito alemão, onde o instituto é chamado de Musterverfahren. (...) O instituto alemão proporciona maior segurança jurídica na medida em que há uma espécie de controle da representatividade do autor-principal no procedimento-modelo, através de uma eleição/escolha dos representantes. No Brasil, não há qualquer controle (infelizmente essa falta de controle tem sido a regra, estamos nos acostumando a apostar na discricionariedade dos Tribunais Superiores). Para a instauração do IRDR, basta que uma ação esteja pendente no tribunal e que haja uma repetição de processos na primeira instância.” (*Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório*, Revista de Processo 240:2013, p. 4 do arquivo digital). No mesmo sentido, LUIZ GUILHERME MARINONI entende que: “a representação adequada é indispensável em qualquer sistema que tutele direitos sem a participação direta dos seus titulares. Tratando-se de compensação da participação direta e, portanto, de mecanismo destinado a permitir a participação em local em que o poder estatal é exercido, a representação adequada é elemento integrante da estrutura do processo civil democrático” (...) “Portanto, o incidente de resolução de demandas deveria ter previsto, nos moldes da tradição do direito brasileiro, a participação dos legitimados adequados à tutela dos direitos dos litigantes excluídos” (*Incidente cit.*, pp. 40/41).

²³² SOFIA TEMER analisa a questão sob o enfoque da adequação do processo ao direito material, considerando, corretamente, que o processo com vistas à tutela individual não é estruturado para o processamento de conflitos de massa, para concluir que: “...considerando-se o sistema numa perspectiva mais ampla, não é difícil perceber que estrutura judiciária não foi organizada e não está preparada para receber enxurradas de processos repetitivos e dar-lhes adequado tratamento e desfecho. Não há recursos suficientes e bem empregados para resolver o abarrotamento dos fóruns e tribunais em todo país, sendo deficiente a análise e tratamento do fenômeno da litigância de massa também sob a dimensão panprocessual. O cenário tem-se tornado cada vez mais

Retomando-se a noção de que a garantia de acesso à justiça não se satisfaz com a possibilidade de propositura da demanda – sendo necessário prover meios de participação (direito de ser ouvido) e influenciar o resultado da demanda –, resta evidente que limitar essa participação importa em “ressignificação restritiva do acesso à justiça”²³³, ou seja, em restringir o âmbito de proteção deste princípio nas hipóteses do art. 976 do CPC, em favor da prevalência da efetividade (v.g. eficiência da administração da justiça e tutela tempestiva dos direitos).

3.4. A participação como fator de legitimação no IRDR

A premissa estabelecida neste estudo é a de que se reflete no processo o paradigma democrático que demanda a possibilidade de participação e influência como fatores de legitimação da decisão que afetará os jurisdicionados.

Também restou demonstrado que a garantia da oportunidade de participar – ou seja, de trazer ao Judiciário pleito, atuar em favor de interesses próprios, e receber resposta justificada – decorre do próprio acesso à justiça, compreendido como direito fundamental que assegura a efetivação dos direitos.

Estabeleceu-se, por fim, que embora seja possível e mesmo necessário restringir direitos fundamentais, inclusive o próprio acesso à justiça, quando seu âmbito de proteção confrontar com outros princípios que demandam igual proteção ou mesmo que prevaleçam em determinadas situações concretas, isso deve se dar de forma a garantir a maior efetividade possível ao princípio limitado.

Considerando-se o acima exposto em relação ao IRDR, tem-se que a técnica processual - que indiscutivelmente restringe a participação direta de

preocupante, uma vez que a inadequação da tutela processual acarreta déficit de proteção às relações jurídicas e obsta o acesso efetivo à justiça” (*Incidente cit.*, p. 33).

²³³ Conforme MARIA CECÍLIA ASPERTI “... a sistemática de padronização decisória e de julgamento por amostragem pode conduzir a uma ressignificação restritiva da noção de acesso à justiça, à medida que legitima práticas gerenciais de reprodução de julgados e de aplicação de entendimentos consolidados em um caso paradigma sem que os argumentos fáticos do caso afetado sejam analisados e que a estes seja dada uma resposta individualizada” (*Litigiosidade cit.*, p. 6).

todos os interessados na definição da tese jurídica -, deve ser manejada de forma a concretizar a efetividade máxima do acesso à justiça.

Isso significa que as oportunidades de participação direta e por representação ganham elevada importância nas técnicas de julgamento das causas repetitivas e assim devem ser consideradas²³⁴.

Inicia-se essa análise verificando que a própria configuração do incidente como técnica de julgamento mediante cisão cognitiva pode se revelar um entrave ao aprofundamento da participação.

Acolhendo-se essa interpretação, tem-se que tanto o escopo jurídico da técnica processual – tutela de direito em tese para julgamento de questão jurídica que, apenas incidentalmente e no que for indissociável, cuidará de matéria fática –, quanto o escopo social de pacificação de litígios massificados para gerenciamento do volume de processos, atuam na vertente da eficiência do processo.

Assim, embora pareça correto afirmar que o julgamento do IRDR se dá mediante cisão cognitiva e que, portanto, há verdadeiramente fixação de tese e, somente no segundo momento, sua aplicação aos casos (inclusive aqueles selecionados como paradigma para julgamento), esta constatação está dissociada de justificado receio de manejo da técnica sem a devida atenção ao acesso à justiça.

Portanto, possível concluir que o elevado *status* conferido ao acesso à justiça na tutela coletiva de direitos individuais, sucintamente resumido no esquema representatividade adequada-limitação da coisa julgada, não encontra semelhança no procedimento do IRDR.

²³⁴ ADRIANO CAMARGO GOMES anota que: “Devido a essa possibilidade de julgamento comum, destacou-se que os efeitos da decisão ‘transcenderão as partes do processo original’, motivo pelo qual seria fundamental para sua legitimidade uma ampla possibilidade de participação nos debates a respeito dos recursos repetitivos. De modo ainda mais eloquente reconhecendo-se a ‘absoluta relevância da participação’ de ‘pessoas, órgão ou entidades com interesse na controvérsia’, sustentou-se que ‘é evidente, portanto, o caráter coletivo, ainda que não representativo, dos recursos julgados por amostragem’” (*A crise do processo e o julgamento de recursos especiais repetitivos*, in J. R. S. BEDAQUE, L. C. B. CINTRA; E. P. EID (coords.), *Garantismo Processual: Garantias constitucionais aplicadas ao processo*, Brasília, Gazeta Jurídica, 2016, pp. 334/335).

3.4.1. Demandas repetitivas e vantagens potenciais aos litigantes habituais

Conforme visto da análise dos maiores litigantes perante o Judiciário brasileiro, a concentração de processos se dá com a presença de entes públicos, notadamente a Fazenda Pública, e empresas privadas prestadoras de serviços, em sua maioria concessionárias de serviços públicos²³⁵.

Trata-se, portanto, demandas que envolvem pessoas jurídicas que apresentam características que as definem como litigantes habituais, que com frequência atuam em processos judiciais em contraposição àqueles que raramente ou talvez por uma única vez se defrontam com controvérsia resolvida judicialmente – os chamados litigantes eventuais, conforme a clássica tipologia estabelecida por MARC GALANTER²³⁶.

Em artigo publicado em 1974, GALANTER formulou modelo de análise dos sistemas legais que partia das características das partes no processo e da influência das suas diferenças no modo de ser do sistema, invertendo a forma usual de exame que partia dos sistemas normativos e das instituições para observar o efeito das regras sobre as pessoas.

Propôs, nesse sentido, os tipos-ideais dos litigantes habituais e eventuais, imputando a cada um deles características que entendia serem comumente verificadas nas partes do processo, ressaltando que, por serem

²³⁵. Nesse sentido: “As recent studies show, a significant portion of the contingent of claims that causes overloading of the justice system derive not from the proliferation of interpersonal conflicts, but from disputes involving certain public and private players, who resort to the courts or are sued by individuals. These cases often deal with similar questions of fact and/or of law and, given the magnitude and scope of the activities of the company or public entity involved. Therefore, thinking of repeat players as claimants who are engaged in many similar litigations over time¹¹ also means to point out who are some of the key users of the procedural and justice systems. (GABBAY, Daniela Monteiro, SILVA, Paulo Eduardo Alves da Silva, 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*, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2716242, acesso em 10.01.2018).

²³⁶ Segundo o autor: “Because of differences in their size, differences in the state of the law, and differences in their resources, some of the actors in the society have many occasions to utilize the courts (in the broad sense) to make (or defend) claims; others do so only rarely. We might divide our actors into those claimants who have only occasional recourse to the courts (one-shooters or OS) and repeat players (RP) who are engaged in many similar litigations over time” (*Why the “Haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change*, Law and Society Review, 9:1974, disponível em <http://heinonline.org>, acesso em 09.01.2018, p. 97).

modelos, não existiria correspondência daquelas figuras às partes que litigam nos processos reais, e sua concepção serviria à análise pretendida²³⁷.

Assim, afirmou que os litigantes habituais costumam ter maior porte econômico e os riscos que suportam em demandas judiciais são proporcionalmente pequenos, ocorrendo o contrário com os litigantes eventuais, com menor porte econômico e, conseqüentemente, para quem os riscos de perda são proporcionalmente mais difíceis de serem suportados²³⁸.

Além da capacidade para suportar riscos (para eles relativamente pequenos), os litigantes habituais têm experiência prévia com litígios, e capacidade financeira para perseguir objetivos de longo prazo, o que começa a desvelar as suas vantagens no processo.

Os litigantes eventuais, por sua vez, costumam litigar questões que são de valor relativamente alto para serem por eles suportados durante o trâmite do processo ou, no outro extremo, muito baixos, o que não justifica que busquem a tutela respectiva²³⁹.

GALANTER²⁴⁰ identificou uma série de vantagens que seriam atribuíveis aos litigantes habituais em razão das suas características, sendo elas:

(i) informação extraída de litígios anteriores que podem ser registradas e servir ao planejamento de seus negócios futuros – afinal, são eles quem redigem os contratos, por exemplo;

(ii) possibilidade de desenvolver *expertise* e ter acesso a especialistas com custos razoáveis à luz do volume de trabalho, por estarem constantemente discutindo questões semelhantes;

(iii) maiores oportunidades de criar e manter relações informais com as instituições judiciárias²⁴¹;

²³⁷ *Why the "Haves" come out ahead cit.*, pp. 97/98.

²³⁸ *Why the "Haves" come out ahead cit.*, p. 98.

²³⁹ *Why the "Haves" come out ahead cit.*, p. 98

²⁴⁰ *Why the "Haves" come out ahead cit.*, pp. 98/103.

(iv) reputação como litigante combativo, que pode ser vantagem para a obtenção de resultados mais vantajosos quando eventualmente se disponha a transigir;

(v) adoção de estratégias de maximização dos ganhos na massa de processos em que litigam, ainda que essas estratégias causem perdas em alguns casos; o litigante eventual comporta-se de modo a diminuir as chances de perda, de modo que um acordo ruim pode ser melhor do que a chance de ganho que embute riscos de derrota total;

(vi) capacidade e recursos para influenciar a regulação nas áreas em que atuam em razão de especialização técnica e jurídica;

(vii) em um sistema de precedentes, litigantes habituais podem influenciar a formação de teses que lhes sejam favoráveis, fazendo acordos em casos que não desejam serem julgados, ou envidando os maiores esforços – contratando advogados altamente qualificados e experientes, por exemplo – em julgamentos específicos, de forma a aumentar as chances de obter regulação favorável aos seus interesses em casos pendentes e futuros;

(viii) na mesma linha do item anterior, podem concentrar recursos na defesa de teses que sejam realmente relevantes aos seus interesses e admitir eventuais derrotas que não os afetam da mesma forma.

Em suma, litigantes habituais têm a capacidade, ao menos em tese, de auferir e organizar informações a partir dos processos em que atuam, organizar-se estrategicamente, seja para alterar seus contratos e práticas, seja para influenciar a regulação, e, no ponto mais pertinente ao tema desenvolvido neste estudo, para concentrar esforços e recursos para influenciar a fixação de teses jurídicas favoráveis aos seus interesses no julgamento de precedentes.

²⁴¹ DANIELA MONTEIRO GABBAY, PAULO EDUARDO ALVES DA SILVA, MARIA CECÍLIA ASPERTI E SUSANA HENRIQUES DA COSTA observam em relação ao contexto brasileiro que: “Considering the purpose to reduce case dockets, courts team up with repeat players to devise campaigns and projects fight the overload of case dockets and reducing the time between filing and the final ruling (or settlement) of the case (this occurs, for example, when repeat players are involved in the screening cases submitted to mediation in court-connected programs). As Galanter speculated, repeat player enjoy the advantage of the proximity with institutional incumbents and are therefore more able to influence institutional policies and court practices”.

Além disso, a sobrecarga produzida com o ajuizamento de diversas demandas idênticas gera tratamento estereotipado e rotineiro de processos e ainda induz a adoção de regras restritivas que dificultem ou desencorajem a litigância²⁴².

Essas vantagens podem ser potencializadas quando as demandas repetitivas são decididas de forma concentrada, como se dá no incidente de resolução de demandas repetitivas, que permite que o litigante habitual concentre esforços e recursos para influenciar a corte no julgamento da questão jurídica, ao invés de dispersá-los nos diversos julgamentos de cada uma das demandas individuais²⁴³.

Fatores como a maior capacidade técnica dos advogados que, por suas especialidades, concentram sua atuação em favor dos litigantes habituais, ganham maior dimensão.

E isso deve ser considerado pelo julgador do incidente de demanda repetitivas e influenciar as medidas que adotará para garantir acesso equitativo à justiça, notadamente na escolha dos processos-modelo²⁴⁴, no controle da representatividade adequada²⁴⁵ e na aplicação da tese jurídica aos casos pendentes e futuros, como se verá adiante.

²⁴² *Why the "Haves" cit.*, p. 121.

²⁴³ A respeito da técnica de julgamento por amostragem, DANIELA MONTEIRO GABBAY, PAULO EDUARDO ALVES DA SILVA, MARIA CECÍLIA ASPERTI e SUSANA HENRIQUES DA COSTA, sustentam que: "The main problem with this procedural rule is that repeat-players are likely to have considerable advantages over one-shooters, given that the result of all lawsuits is determined by one lawsuit chosen randomly by the court. In this paradigmatic case, a repeat player will be able to use all its resources and expertise against a single one shooter, in a David and Goliath systematic that will most likely benefit the player who is able to influence courts for a favorable ruling that will be reproduced in all repeated cases. As already mentioned, repeat players in Brazil have an easier access to the higher courts and are able to hire very specialized lawyers and jurists to influence the result of the paradigmatic case, especially in a systematic where precedent is established based on a normative analysis." (*Why the "haves" cit.*, p. 17.)

²⁴⁴ ANTONIO DO PASSO CABRAL adverte que: "... quanto diante de litigantes habituais, que podem estrategicamente optar por um de muitos processos como aquele a partir do qual provocarão o incidente, abre-se espaço para um certo direcionamento da cognição no incidente, a favor do interesse que desejam ver prevalecer, e assim, pensarmos em critérios que permitam inadmitir a tramitação ou corrigir a seleção das causas, em razão de inadequada escolha do processo-piloto, parece ser uma preocupação fundamental" (*A escolha da causa-piloto cit.*, p. 44).

²⁴⁵ DONALD SONGER, ASHLEY KUERSTEN e ERIN KAHENY observam que os litigantes habituais podem ser substituídos ou auxiliados por advogados especializados, que atuem junto a grupos de interesses específicos, o que poderia neutralizar as vantagens que o litigante habitual

Aliás, não obstante as lacunas na regulação do procedimento do incidente, observe-se que algumas das medidas previstas se prestam justamente à correção das vantagens acima apontadas.

Destacam-se, por exemplo, a possibilidade de Juiz, Ministério Público e Defensoria Pública requererem a instauração do incidente, o que diminui as possibilidades de escolha dos casos mais favoráveis ao litigante habitual por ele próprio. Sob a mesma lógica, a previsão de que a desistência ou abandono não impede o exame de mérito do incidente (art. 976, § 1º).

Além disso, há previsão normativa de debates ampliados e de compensação da limitação da participação por meio da manifestação de interessados, inclusive em audiência pública quando designada, e pela intervenção de *amicus curiae*.

Bem manejados estes mecanismos, com a adoção de critérios para a seleção dos processos-modelo e controle da representatividade adequada, propostos nos itens seguintes, tem-se potencialmente a garantia do acesso à justiça equitativo, vale dizer, da efetividade máxima do acesso nos limites possíveis do incidente de resolução de demandas repetitivas.

3.4.2. A intervenção de interessados no IRDR

Como já dito, ao menos em princípio, não é possível afirmar que os interesses dos terceiros que serão afetados pelo julgamento da tese estariam sempre representados de forma adequada pelas partes do processo selecionado, que atuam na defesa de suas próprias posições jurídicas.

normalmente possui, dizem eles: "However, when the lawyers who "typically" represent OS litigants are replaced by, or are actively aided by, specialist lawyers from interest groups that are active repeat players in a given area of litigation, the dynamics are very different. Such interest-group lawyers may bring to the OS litigant all or at least most of the advantages usually enjoyed by RP litigants. Thus, the potential exists that the intervention of interest groups on the side of OS litigants may neutralize the normal advantages that RP litigants possess." (*Why the Haves Don't Always Come Ahead: Repeat Players Meet Amici Curiae for the Disadvantaged*, Political Research Quarterly, 53:2000, disponível em <http://www.jstor.org/stable/i218881>, acesso em 10.01.2018, pp. 537-556).

A participação direta, por sua vez, se dá nos estreitos limites acima referidos, por meio de mecanismos de compensação, dentre eles a admissão no incidente da participação de “interessados”.

A natureza da intervenção dos terceiros²⁴⁶ no incidente não é especificada e não cabe ao intérprete buscar sua tipificação, na medida em que qualquer enquadramento da participação daqueles importará na exigência de requisitos não impostos pelo legislador em relação ao IRDR.

Veja-se, por exemplo, a figura da assistência que, a princípio, seria aquela que melhor se enquadraria à intervenção de interessados no IRDR, considerando-se que o art. 119 do Código de Processo Civil exige apenas que o terceiro que deseje intervir na demanda apresente interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma das partes – situação análoga, a princípio, à dos interessados referidos no art. 983 do mesmo diploma.

Não obstante ser evidente que a palavra “interessado” contida na regra escrita deva ser compreendida como “juridicamente interessado” – pois a legitimação para agir no processo só se justifica perante interesse jurídico –, quando se trata de assistência a expressão ganha significado específico, mais reduzido²⁴⁷, excluindo-se dessa categoria interesses meramente econômicos, morais, políticos, afetivos etc²⁴⁸.

²⁴⁶ Aliás, interessante observar que, como ensina HEITOR SICA, os conceitos de partes e de terceiros são analisados em seu contexto processual, de modo que: “...serão partes aqueles que se apresentam como protagonistas da relação jurídica processual, mesmo que não figurem como sujeitos da relação de direito material controvertida, reconhece-se sua ilegitimidade *ad causam*, entretanto, a parte ilegítima ainda assim é parte” (*Notas críticas ao sistema de pluralidade de partes no processo civil brasileiro*, Revista de Processo, 200:2011, p. 2 do arquivo digital). Em sendo assim, surge a dúvida quanto ao papel dos interessados que tem atuação restrita no incidente e, portanto, não são *protagonistas* da relação processual. Para LIA CAROLINA BATISTA CINTRA, a questão se resolve com o reconhecimento de o terceiro “intervindo, em qualquer das modalidades de intervenção de terceiros, mesmo na assistência, ou integrando-se ao processo para compor litisconsórcio necessário, passa ser parte.” (*A intervenção de terceiro por ordem do juiz: a intervenção iussu iudicis no processo civil*, São Paulo, RT, 2017, p. 20).

²⁴⁷ CASSIO SCARPINELLA BUENO esclarece que: “Em relação ao assistente simples, tal interesse deve ser dedutível da probabilidade atual ou iminente de que possa a decisão a ser proferida no processo em que pretende intervir vir a afetar a sua esfera jurídica enquanto fato eficaz. O que importa distinguir é que, na demanda deduzida em juízo entre o assistido e seu adversário, não está em questão nenhum interesse do assistente, e o atingimento dos efeitos naturais da sentença em seu patrimônio jurídico é uma questão de fato” E em relação ao assistente litisconsorcial: “... a existência deste seu interesse manifesta-se de forma mais clara e aguda do que nos casos de assistência simples porque o que está em discussão no processo também lhe pertence individualmente, embora não seja ele quem tenha deduzido ou contra quem tenha sido deduzida a

Essa redução de significado²⁴⁹ faz sentido quando se trata de processo bilateral em que a intervenção de terceiro e a consequente ampliação do contraditório devem se balizar pela economia processual – de forma a maximizar o proveito que dado processo pode conferir, evitando-se o exercício de demandas futuras para se rediscutir questões já decididas e, ademais, com o risco de decisões conflitantes.

Sob essa lógica, o assistente simples tem limites restritos de atuação, pois, embora o art. 121 do Código de Processo Civil disponha que terá os mesmos poderes e ônus que o assistido, afirma igualmente que seu papel é “auxiliar” a parte principal, além de não poder se opor à disposição da demanda pelo assistido (art. 122, exceção feita às hipóteses em que o assistido seja revel ou omissor, quando será substituto processual daquele – art. 121, parágrafo único).

A participação dos assistentes simples, portanto, é bem delineada: privilegia-se a economia processual, relegando-se o pleno exercício dos seus interesses a demanda eventual própria.

Porém, frisa-se: como a coisa julgada não afetará o terceiro que não foi admitido como assistente, a ele sempre restará a via da ação individual para resguardar o direito que entenda possuir.

lide” (*Partes e Terceiros no Processo Civil Brasileiro*, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Saraiva, 2006, pp. 164/165).

²⁴⁸ Cf. LIA CAROLINA BATISTA CINTRA, *Intervenção de terceiros cit.*, p. 136. A dificuldade dessa tarefa é bem exemplificada pela autora com a hipótese de admissão do credor ou do fiador como assistente simples. Acrescente-se que, como é cediço, o direito regula as relações intersubjetivas, que por sua vez são feixes de interesses de diversas naturezas ligados entre si. Portanto, dizer que um interesse específico é “meramente econômico” significaria dizer que é econômico e não está regulado pelo direito, o que afastaria a possibilidade de tutela jurisdicional. O mais correto, nos parece, seria dizer que o interesse que sustenta a pretensão do terceiro interveniente não é suficientemente próxima da causa discutida, e portanto não guarda relação de dependência ou prejudicialidade, que justifique seu exame conjunto.

²⁴⁹ Não se ignora, todavia, como observa LIA CAROLINA BATISTA CINTRA, que se verifique certa: “... tendência intencionalmente ampliativa na caracterização do interesse jurídico autorizador da assistência simples”, referindo julgado do STF em que se admitiu a assistência tendo em vista que: “... o julgamento poderia definir a orientação da jurisprudência sobre o tema, a qual poderia influir no julgamento de uma série de casos envolvendo filiados do Sindicato, que é um legitimado extraordinário” (*A intervenção de terceiro cit.*, p. 136

Situação diversa ocorre no incidente de resolução de demandas repetitivas, em que o terceiro interessado não poderá rediscutir livremente a tese firmada em novo processo caso não admitida sua participação.

Transpor a disciplina da assistência para a atuação de interessados no incidente de resolução de demandas repetitivas importaria em consequências negativas à efetividade do acesso à justiça.

A discussão acerca da natureza do interesse, se jurídico ou “meramente” econômico, social etc., seria ainda mais complexa e, em se tratando de procedimento que pode decidir macrolitígios (que têm inegável aspecto socioeconômico), além de difícil, essa diferenciação é indesejada, afinal, o processo deve seguir seu escopo social.

Prosseguindo-se o raciocínio, dizer que a intervenção dos interessados no IRDR é uma espécie de assistência implica na teórica necessidade de enquadramento a um dos tipos existentes, simples ou litisconsorcial.

Não se pode dizer que os interessados sejam titulares da relação jurídica objetiva a ser julgada no incidente; aliás, a rigor, ninguém é.

Se apenas a tese é decidida, as partes do incidente são escolhidas por sua capacidade argumentativa ou por seu interesse no julgamento, mas não há uma relação jurídica de direito material em apreciação, apenas a questão jurídica abordada, diga-se, a partir de argumentos originados de processos diversos, que veiculam pretensões próprias.

Assim sendo, por exclusão, os interessados atuariam como assistentes simples – caracterização que, além de confinar sua atuação, implicaria em impedi-los de discutir a justiça da decisão²⁵⁰.

Trata-se, contudo, de restrições que não devem ser admitidas (i) por não terem sido estabelecidas pelo legislador no incidente de resolução de

²⁵⁰ A não ser que o Judiciário acolha entendimento doutrinário segundo o qual a justiça da decisão vincula o assistente apenas em relação às “questões de fato efetivamente decididas no processo” (Cf. LIA CAROLINA BATISTA CINTRA, *Intervenção de terceiro cit.*, p. 143), pois, como no IRDR apenas se discute questão jurídica, não haveria vinculação alguma.

demandas repetitivas; (ii) por serem incompatíveis com o sistema de precedentes vinculativos; e, acima de tudo (iii) por contrariarem a efetividade ótima do acesso à justiça.

Afirmar-se que a intervenção dos interessados é assistência e, inobstante, negar aplicação das regras processuais inerentes ao referido instituto é destituído de utilidade e sentido.

Portanto, a interpretação do interesse jurídico envolvido não poderá ser idêntica àquela realizada quando se decide a admissibilidade da assistência em casos individuais²⁵¹ ou, ao menos, deve considerar parâmetros mais alargados, reconhecendo a importância de tutelar o interesse de terceiro que, em maior ou menor grau, será afetado pela decisão do incidente.

De maneira mais concreta, a ampliação de fundamentos deve ser favorecida também como fator de legitimação do processo (incentivando-se a apresentação de multiplicidade de razões a serem consideradas), devendo ser admitidos, igualmente, aqueles que possuem interesses jurídicos institucionais na questão jurídica debatida.

O raciocínio se aplica em alguma medida à intervenção de *amicus curiae*.

Não obstante a intervenção de terceiros institucionalmente interessados na resolução da controvérsia jurídica seja igualmente o papel do *amicus curiae*, o legislador não afirma que os interessados ou as pessoas com experiência e conhecimento na matéria atuem no incidente nessa condição (ainda que o art. 138, § 3º faça expressa referência à atuação de *amicus* no incidente de resolução de demandas repetitivas).

A desvantagem desse tratamento assistemático é a de ser necessário definir especificamente em relação à referida técnica quem são os

²⁵¹ Concorde-se com SOFIA TEMER nesse aspecto, quando afirma que: “Pensamos que é preciso apresentar fundamentos apropriados que justifiquem a intervenção nestes meios processuais diferenciados, cuja natureza é distinta do processo que tutela direitos subjetivos diretamente, justamente por serem diversas as premissas sobre os motivos de se autorizarem as intervenções. Naqueles, a participação é facultada quando há potencialidade de ampliação e aprofundamento do debate; nestes, para a defesa de interesse próprio” (*Incidente cit.*, p. 171).

interessados – se serão apenas aqueles que tiveram seus processos suspensos, por exemplo - e quais são os limites da sua atuação.

Por outro lado, a vantagem é que se pode conceber que os terceiros poderão atuar mais intensamente do que poderia o *amicus curiae*, especialmente no que diz respeito à definição dos seus poderes pelo juiz ou relator que admitir sua intervenção (art. 138, § 2º), que não seria aplicável nessa hipótese.

3.5. Repetitividade das demandas e instauração do incidente

O Código de Processo Civil, ao disciplinar o incidente de resolução de demandas repetitivas, não indica número mínimo de demandas que veiculam idêntica questão jurídica ou outro critério que permita identificar a repetitividade ou, igualmente, o risco à segurança jurídica.

Trata-se de lacuna considerável, pois a finalidade do incidente não pode ser coibir qualquer divergência jurisprudencial – até porque isso seria incompatível com a aplicação proporcional do acesso à justiça: apenas quando houver “efetiva repetição de processos” e simultâneo risco à isonomia e à segurança jurídica é que será instaurado o incidente.

A interpretação mais afeta à economia processual permite entender que, quanto antes definida a tese, mais proveitoso seria o julgamento para que as causas semelhantes ou idênticas sejam decididas no mesmo sentido, com melhor aproveitamento da atividade judicial.

Todavia, entendimento que compreenda o escopo social do processo como a solução pacífica dos conflitos com justiça, conferindo-se máxima efetividade ao acesso à justiça, considerará que um número maior de processos pode propiciar a apresentação proporcional de mais de argumentos relacionados à mesma questão jurídica (ao menos em teoria).

Submetidos a julgamento, esses argumentos serão considerados, acolhidos e refutados pelas respectivas decisões – que, por sua vez, serão novamente sujeitas a crítica das partes em suas razões recursais.

O intenso diálogo em contraditório que se estabelece em causas diversas, com pontos de vista e competências profissionais distintas, contribuiria, nessa concepção, para o amadurecimento e evolução do debate acerca da questão jurídica e para a qualidade do julgamento do incidente, quando ele enfim vier a ser instaurado.

Em contrapartida, pode-se argumentar que o prosseguimento de demandas repetitivas até que se aprofunde sua análise tem custo: demora processual causada pelo excessivo volume de trabalho; juízes, serventuários, advogados, atuando em tarefas repetidas, muitas vezes mecanizadas ou automatizadas, sem garantia de que haja efetivamente o amadurecimento do debate e a melhora na qualidade do processo – e, conseqüentemente, da decisão.

Por isso, melhor equilíbrio entre os valores participação, economia processual e segurança jurídica pode ser obtido se o incidente for instaurado a partir de ação coletiva, quando houver, considerando-se que o autor da demanda será representante adequado (ao menos assim definido em lei, cumprindo ao julgador aferir a adequação no curso do incidente), com presumida competência técnica e, a depender da situação concreta, após a conclusão de inquérito civil (art. 8º, § 1º, da Lei da Ação Civil Pública).

Como o legislador não fixou parâmetros para a seleção da causa a partir da qual será instaurado o incidente, sequer é necessário afirmar que essa proposta se faz de *lege ferenda* ou como critério interpretativo, independentemente da modificação formal da lei.

A interpretação dos arts. 983 (sobre aprofundamento do contraditório), e 984, § 2º (que estabelece especial dever de fundamentação no julgamento do incidente), em consonância com a efetividade ótima do acesso à justiça, determina que se escolha a causa que tiver maior quantidade de argumentos e, presumivelmente melhor qualidade – o que se pode

ordinariamente esperar de ação coletiva ajuizada pelo Ministério Público²⁵², por exemplo, mormente se precedida de farta prova documental²⁵³.

A seguir, será visto como a seleção dos processos e, conseqüentemente, dos argumentos que serão analisados para firmar a tese, e da participação dos interessados, pode ser concebida de forma a expressar o equilíbrio supra referido.

3.5.1. Segue: a seleção dos processos a partir dos quais se instaura o incidente

Como exposto, não há qualquer disposição legal que determine como deva ser a seleção dos processos a serem tomados como paradigma, de modo que não se pode afirmar que o incidente deva necessariamente ser instaurado a partir dos casos apontados pelos requerentes²⁵⁴.

Diante desse silêncio, busca-se na regulação dos recursos repetitivos parâmetros que sirvam a essa tarefa, uma vez que o legislador tratou o incidente de demandas repetitivas e os recursos especial e extraordinário repetitivos como “casos repetitivos” (art. 927, I e II), conferindo-lhes disciplina uniforme em diversas oportunidades (v.g., arts. 12, parágrafo único, II; 311, II; 521, IV; 927, § § 2º, 3º, 4º; 955, II; 966, § 5º; 1022, parágrafo único, I).

²⁵² ANTONO DO PASSO CABRAL defende que: “... processos ajuizados pelo MP e a Defensoria Pública, p. ex., devem ser preferidos àqueles ajuizados pelas associações por se tratar de órgãos independentes e que lutam pela cidadania como função institucional e desinteressada” (*A escolha da causa-piloto cit.*, p. 61).

²⁵³ De forma semelhante ao que se dá na Inglaterra com as *Group Litigation Orders*, como noticia DANIEL DE ANDRADE LÉVY: “Critério muito interessante é relativo à natureza subsidiária da GLO, isto é, só será admitida caso não houver outra solução de resolução coletiva das demandas. Assim, determina o art. 2.3. das PDs que o autor do incidente, antes de propô-lo, deverá verificar se não seria mais apropriada uma consolidação das ações ou a sua substituição processual, pela representação única e homogênea dos interessados. A GLO torna-se, assim, instrumento residual, só podendo ser instaurada quando não cabível outra solução coletiva para o caso” (*O incidente de resolução de demandas repetitivas no anteprojeto do novo Código de Processo Civil*, Revista de Processo, 196:2011, pp. 188/189)

²⁵⁴ ANTONIO DO PASSO CABRAL dispõe que: “... a seleção do processo originário pode e deve ser avaliada pelo Tribunal julgador do incidente, mesmo quando é um dos membros do próprio colegiado quem escolhe, de maneira a inadmitir o incidente instaurado a partir de uma equivocada escolha da causa-piloto, ou pelo menos corrigir esta seleção, evitando problemas de tramitação e déficit nas garantias processuais” (*A escolha da causa-piloto cit.*, p. 42).

O que se aproveita, contudo, do regime dos repetitivos é apenas o disposto no art. 1036, § 6º, que dispõe sejam selecionados recursos que tenham “abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida”.

De todo modo, este parâmetro poderia ser extraído das próprias regras que disciplinam o incidente, uma vez que o relator deverá “requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente” (art. 982, II); ouvir “as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia” (art. 983); e, ainda, que “o conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários” (art. 984, § 2º). Nesse cenário, se poderia concluir que a seleção dos casos tem apenas relativa importância.

Seja como for, como se extrai dos dispositivos transcritos, o incidente deverá ser formado com multiplicidade de argumentos, buscando-os nas diversas causas em que se discuta a questão jurídica idêntica²⁵⁵.

Além da amplitude do contraditório, que de certa forma compensa a ausência de participação direta dos interessados, a consideração do maior número de argumentos pertinentes à questão jurídica atua em favor da eficiência do incidente, como meio de conferir segurança jurídica.

Afinal, se determinado argumento relevante para a definição da tese não foi considerado no julgamento do incidente, nada impede que seja trazido quando se pretender aplicar a tese aos demais casos pendentes (e futuros), afastando sua eficácia vinculante por inadequação da tese ao caso concreto, vale dizer, por haver distinção entre a tese e a causa sob julgamento²⁵⁶.

²⁵⁵ Bem observa ANTONIO DO PASSO CABRAL que: “... muitos debates repetitivos contêm controvérsia sobre uma mesma questão, mas que aparece disputada pelos litigantes com base em várias alegações. Então, por vezes, encontramos processos em que apenas alguns argumentos são postos, e outros onde o mesmo conflito é discutido de maneira mais completa” (*A escolha da causa-piloto cit.*, p. 48).

²⁵⁶ Assim dispõe ANTONIO DO PASSO CABRAL: “E a decisão do incidente pode se revelar menos eficiente, seja porque não vislumbrou uma possibilidade decisória, seja porque ao omitir-se sobre certos argumentos, deixa espaço para novos dissensos, podendo surgir, posteriormente, questionamentos no sentido de evitar a aplicação da decisão do incidente a processos pendentes. Neste caso, o *distinguishing* teria fundamento na omissão do tribunal julgador em considerar certos argumentos que, não debatidos, impediriam que a tese jurídica fosse aplicada porque

No entanto, a seleção dos casos por si só não é desprovida de toda importância – mesmo sob a concepção aqui adotada, de que o julgamento da questão se dá mediante decisão cognitiva –, pois, se as formas previstas para ampliar o debate não funcionarem a contento, a questão jurídica e os argumentos que suportam sua solução em um sentido ou em outro serão baseados principalmente nos casos-piloto.

Não se pode ignorar a potencialidade para que isso incentive a seleção estratégica de causas, buscando-se direcionar a cognição da própria questão e dos argumentos que dão suporte a uma ou outra perspectiva, de modo a caracterizar uma vantagem indesejada a um dos lados, como se verá no item seguinte²⁵⁷.

Visando a mitigar as potencialidades negativas da escolha dos processos a partir dos quais se instaurará o incidente, ANTONIO DO PASSO CABRAL propõe alguns critérios que, em grande medida, se prestam a aplicar o princípio do acesso à justiça na maior medida possível nos limites impostos pelo legislador para o incidente em questão.

Os parâmetros sugeridos são: a completude da discussão, a qualidade da argumentação, a diversidade da argumentação, o contraditório efetivo, a existência de restrições à cognição e à prova²⁵⁸.

No que interessa ao tema aqui desenvolvido, concentra-se a análise nos três primeiros parâmetros, por dizerem respeito à participação direta das partes do processo selecionado e dos terceiros interessados.

A completude e diversidade são parâmetros que se confundem: quanto mais diversos forem os argumentos, mais completo é o debate; todos os aspectos da questão vêm a lume e mais completo e melhor será o material sujeito a julgamento.

aquele caso seria 'diverso', devendo ser apreciado à luz daqueles argumentos não analisados quando do julgamento do incidente" (*A escolha da causa-piloto cit.*, p. 49).

²⁵⁷ Novamente, ANTONIO DO PASSO CABRAL, *A escolha da causa-piloto cit.*, pp. 41/42.

²⁵⁸ *A escolha da causa-piloto cit.*, p. 48.

É o requisito mais evidente a ser observado nos processos selecionados, aquele que se extrai com maior facilidade do texto da norma processual. Sua importância está no papel que a ampliação do contraditório exerce como fator de legitimação da decisão firmada no incidente. Afinal, se os interessados não podem apresentar seus argumentos de forma direta, ao menos podem reconhecer no debate as alegações que fariam, se isso lhes fosse permitido.

A qualidade seria a aptidão de serem bem compreendidos os argumentos e, ao menos em tese, serem capazes de influenciar o convencimento dos julgadores, não se enquadrando nessa definição arrazoados excessivamente complexos ou de enfoque academicista²⁵⁹.

Trata-se do parâmetro mais difícil de ser averiguado pelos julgadores e, conseqüentemente, controlado pelas partes, diante do seu subjetivismo. Some-se a isso a circunstância de que sua constatação exige a análise de peças e eventualmente decisões dos processos selecionados com algum aprofundamento, o que aumentaria demasiadamente a carga de trabalho ainda na fase de instauração do incidente.

Essa atividade certamente esbarraria na dimensão protetiva dos princípios da razoável duração do processo e da economia processual, ao menos se se considerar que será tarefa realizada solitariamente pelos julgadores.

Contudo, envolvendo-se partes, Ministério Público e, eventualmente, Defensoria Pública na seleção dos casos, obtém-se ganhos de produtividade e de legitimidade, vez que a importante atividade de escolha dos casos passa a contar com a participação dos interessados, atendendo-se igualmente ao princípio endoprocessual da cooperação (art. 6º do Código de Processo Civil).

Além disso, não há dúvidas que a decisão que instaura o incidente a partir dos casos selecionados tem carga decisória. Em assim sendo, ainda que a escolha dos processos não esteja vinculada à requisição de instauração do incidente, ou seja, ainda que a referida escolha se faça de ofício, deve o relator

²⁵⁹ *A escolha do caso-piloto cit.*, p. 50.

abrir oportunidade para que as partes se manifestem acerca da escolha dos processos, como determina o art. 10 do Código de Processo Civil.

Após ouvidas as partes, Ministério Público e Defensoria Pública, a escolha será feita de forma fundamentada²⁶⁰, para que se permita o controle da atividade jurisdicional, verificando-se se foram adotados parâmetros legítimos e adequados na seleção dos processos, inclusive em relação à representatividade das partes do incidente junto aos demais interessados.

Abrir oportunidade para manifestação acerca da escolha e decidir fundamentadamente é algo que traz um desdobramento não expressamente previsto no procedimento, embora possa ser extraído da interpretação sistemática das normas do próprio Código.

De todo modo, não se nega que essa interpretação torna o incidente mais demorado e complicado. Surgem questões como, por exemplo, a forma de comunicação do ato processual aos interessados, prazo para manifestação, possibilidade de recurso em face da decisão proferida, entre outras questões que a prática poderá apresentar.

Essas dúvidas podem ser igualmente resolvidas voltando-se à interpretação sistemática, seja em relação ao tratamento uniforme dado pelo Código aos casos repetitivos, seja adotando-se parâmetros do processo individual ou ainda do processo coletivo.

O que importa é que, recorrendo ao critério da proporcionalidade, pode-se reconhecer que esta etapa procedimental não afeta excessivamente a celeridade e a economia processual e, por outro lado, dá azo à efetividade ótima do acesso à justiça.

²⁶⁰ ANTONIO DO PASSO CABRAL sustenta que: “A relevância que a escolha do processo-teste terá para a tramitação do incidente e para a efetividade do julgamento a ser proferido faz com que, em nosso sentir, deva haver motivação específica da decisão de afetação de um processo ou recurso. Isto é, ao selecionar um ou alguns processos e os direcionar para o procedimento do incidente de resolução de processos repetitivos, o juízo (seja ele o juiz de primeira instância, a Corte local/regional, ou o Tribunal Superior) deve indicar as razões que o levaram a escolher aquele(s) processo(s) e não outros” (*A escolha da causa-piloto cit.*, p. 45).

3.5.2. Segue: A seleção de casos para instauração do incidente o controle da representatividade adequada das partes e terceiros atuantes no incidente

Como visto, potencialmente, o incidente de resolução de demandas repetitivas confere meios para que os chamados litigantes habituais auferam vantagens em relação aos chamados litigantes eventuais, o que afeta negativamente o acesso à justiça em seu aspecto equitativo²⁶¹.

Trata-se de questão de absoluta relevância. A possibilidade de as partes resolverem seus conflitos apenas em função das razões jurídicas a ele relacionadas e, portanto, em igualdade, decorre da noção de que acesso à justiça é a possibilidade efetiva de se concretizar direitos mediante intervenção jurisdicional²⁶².

Vale dizer, se os litigantes eventuais têm piores condições de ver seus direitos garantidos, não porque não tenham razão, mas porque não conseguem exercer os direitos, faculdades e ônus que o sistema processual lhes confere, em patamar mínimo de igualdade com os litigantes habituais, não se pode dizer que o acesso à justiça tenha sido garantido.

Essa afirmação não confronta com a premissa estabelecida de que a garantia de acesso possa ser limitada, já que a limitação admitida como legítima é aquela que decorre da afirmação de outros princípios, igualmente merecedores de proteção, e não das vantagens que as características do litigante habitual lhes confirmam.

Portanto, aplicar-se o acesso à justiça em sua efetividade ótima no incidente de resolução de demandas repetitivas importa considerar que, além do

²⁶¹ LUIZ GUILHERME MARINONI, após trazer exemplos em que identifica o descaso do legislador ao omitir qualquer controle da representatividade adequada, afirma: "... o qual pode se tornar ainda mais dramático quando se tem em conta que o processo originário, que deu origem ao incidente, pode ser estrategicamente identificado pelo litigante que é parte em todas as demandas repetitivas para ter a oportunidade de se defrontar perante o tribunal com parte cujo advogado não vem se esforçando na defesa do seu constituinte, ou já apresentou peças processuais com argumentação insuficiente (*Incidente cit.*, p. 42).

²⁶² M. CAPPELLETTI, B. GARTH, *Acesso à Justiça cit.*, p. 15. E CAPPELLETTI novamente em *Acesso à justiça como programa cit.*, p. 384.

direito de ser ouvido, vale dizer, de participar diretamente no julgamento do incidente e de apresentar razões legítimas e adequadas que possam afastar a aplicação do precedente ao seu caso, os indivíduos têm direito de ver os argumentos pertinentes à questão jurídica serem sustentados por quem possua representatividade adequada.

Como proposto por ANTONIO DO PASSO CABRAL a escolha dos processos a partir dos quais se instaura o incidente deve observar dois critérios gerais: a amplitude do contraditório e a pluralidade e representatividade dos sujeitos do processo originário²⁶³.

A amplitude do contraditório, mediante participação de terceiros interessados, e a seleção dos processos que contenham argumentos e discussão “abrangente” sobre a questão a ser decidida, dizem respeito à amplitude do contraditório e foram objeto de análise de itens anteriores, de modo que se passará a examinar a questão da representatividade.

Quando examinada a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, viu-se que a defesa em juízo de interesses daqueles que não participam diretamente do processo deve ser feita de forma adequada, de modo que, mesmo sem participação direta, os interessados possam se reconhecer representados no debate processual.

No incidente de resolução de demandas repetitivas há situação semelhante em que a definição de questão jurídica afetará indivíduos que não atuam direta e plenamente no processo em que é discutida.

A seleção de causa em que as partes sejam capazes de sustentar seus argumentos, com capacidade técnica, suportar os custos do processo, e

²⁶³ Segundo o autor: “Queremos propor dois vetores básicos para guiar a escolha da causa-piloto. O primeiro é a amplitude do contraditório. Sempre que houver restrições ao contraditório, seja no procedimento do processo originário, seja quando a escolha da causa puder limitar o contraditório no próprio incidente, deve-se rever ou corrigir a seleção do processo-teste. O segundo vetor de interpretação para a escolha da causa-piloto é a pluralidade e representatividade dos sujeitos do processo originário. Isso porque, de acordo com o desenho estrutural dos procedimentos, muitas vezes o papel das partes do processo originário é maior no âmbito do incidente. Assim, o próprio contraditório no incidente pode ser impactado se dele participar litigante mal preparado ou inexperiente, por exemplo” (*A escolha da causa-piloto cit.*, p. 47)

exercer os ônus e deveres processuais a contento, inclusive com a interposição de recursos aos Tribunais Superiores, quando cabíveis, supre parcialmente essa

Para atingir esse objetivo, ANTONIO DO PASSO CABRAL propõe que os processos selecionados sejam aqueles que apresentem maior número de sujeitos, entendendo que o processo originário em que haja litisconsórcio, intervenção de terceiros, *amicus curiae*, são aqueles em que potencialmente houve maior número de argumentos e de abordagens²⁶⁴.

Acrescenta que, ademais disso, como as partes do processo original a princípio tem função destacada na condução do incidente, quanto mais partes puderem participar diretamente, mais plural seria a repartição de poderes, deveres e ônus, evitando-se “uma concentração de faculdades processuais nas mãos de poucos”²⁶⁵.

Especificamente em relação à representatividade, o referido autor sugere que se escolha demanda coletiva, preferencialmente ajuizada pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, como processo-modelo para, a partir dela, ser instaurado o incidente²⁶⁶.

²⁶⁴ *A escolha da causa-piloto cit.*, p. 58.

²⁶⁵ *A escolha da causa-piloto cit.*, p. 58. Conclui o autor, em seguida, que “... se o pluralismo e o estímulo à participação são a tônica dos incidentes de coletivização, ao buscar escolher uma causa-piloto onde esta participação tenha sido tão mais plural já nas instâncias inferiores, reduz-se o problema do déficit de participação no curso do próprio incidente”.

²⁶⁶ Essa também é a posição de LUIZ GUILHERME MARINONI, para quem: “... a Defensoria Pública deve ter grande espaço para atuar em favor dos litigantes que não podem ser ouvidos, desconsiderando-se se estes *economicamente* necessitam ou não da tutela de um Defensor Público. Por identidade de razões, na falta de participação de associação legitimada ou da Defensoria Pública, o Ministério Público *necessariamente* deve assumir a posição de parte, ou seja, de defensor dos direitos individuais dos litigantes que não podem falar perante a Corte, de nada importando se os direitos têm natureza tributária etc.” (*Incidente cit.*, p. 49). SUSANA HENRIQUES DA COSTA e JOÃO EBERHARDT FRANCISCO sustentam, em situação análoga àquela sob exame, raciocínio aplicável à questão aqui posta: “Embora atuando como fiscal do ordenamento jurídico, caberá ao Ministério Público o papel de representante adequado da coletividade passiva, máxime nos casos em que essa coletividade não apresente condições fáticas de articulação e defesa judicial suficiente (...) Em outros termos: como não é possível trazer à relação jurídica processual todos os membros da coletividade passiva interessada, é necessário escolher um representante. Esse representante, que litigará em nome do grupo, tem que ser adequado. Eis, portanto, a necessidade de se garantir nas demandas coletivas passivas criadas pelo novo CPC, um porta-voz para a coletividade ré. Esse representante, como o próprio CPC indica, será o Ministério Público e, em casos envolvendo hipossuficientes econômicos, a Defensoria Pública” (*Uma hipótese de defendant class action cit.*, pp. 308/309).

As razões para tanto são as mesmas já exploradas neste estudo. A participação no incidente de ator com legitimidade extraordinária para representação de interesses individuais homogêneos na tutela coletiva satisfaz o critério de representatividade adequada necessário à compensação da restrição de participação direta.

Não é necessário para tanto, bem dimensionadas as coisas, reconhecer que exista algum aspecto da crise de direito material que exija tutela coletiva, menos ainda sustentar que o tratamento coletivo por si só fizesse surgir interesse difuso da sociedade na solução daquela controvérsia – afinal, esse é atributo da própria jurisdição -, bastando que se reconheça que existe direito individual de acesso à justiça e que sua limitação deve ser proporcional.

O critério de proporcionalidade, por sua vez, importa na menor restrição possível aos direitos fundamentais, o que significa dizer que, sendo adequado restringir a participação direta para atingir a finalidade visada (julgamento concentrado de demandas massificadas), o meio menos gravoso de conseguir esse objetivo é propiciar que a participação direta no incidente seja conferida a quem atue de acordo com os parâmetros da representatividade adequada.

Em suma, entende-se que a representatividade adequada decorre da efetividade ótima do acesso à justiça em processos em que as partes não possam se fazer ouvir diretamente, não sendo relevante para essa constatação se se trata de macro lide ou de reconhecer algum aspecto de natureza coletiva aos direitos em disputa.

Contudo, o que foi observado no item acima, em relação ao critério de amplitude do contraditório, se aplica ao critério da representatividade, vale dizer, para que se proceda a escolha dos casos tendo em conta os critérios sugeridos, incorre-se em atividade laboriosa, praticamente difícil de ser realizada e, que por sua denotada importância para a legitimidade do incidente, não pode ser realizada isoladamente pelo relator.

A instauração do incidente deverá ter a “mais ampla e específica divulgação e publicidade” (arts. 979) inclusive para que as partes possam se

manifestar acerca da escolha dos processos também em relação à representatividade das partes, facultando-se que apresentem razões que demonstrem que aquelas não atendem ao *standard* estabelecido para tanto e que, se o caso, indiquem os processos e as partes que melhor sustentariam os interesses em disputa²⁶⁷.

Essa solução incorre em problema evidente, não se ignora, que é o do controle da representatividade adequada, comuns ao processo coletivo. Se transporiam ao incidente questões como a averiguação da conduta de associação que, não obstante formalmente constituída, atua em detrimento dos interesses de seus associados ou dos interesses que afirma defender.

Não obstante, parece que o problema é inafastável e controlar a atuação das partes e, inclusive, dos interessados no incidente é a única forma de permitir a amplitude do contraditório, a representatividade dos sujeitos do incidente, sem restringir demasiadamente o acesso à justiça.

O contrário também é verdadeiro. Admitir-se sem qualquer filtro a atuação de quem se diga interessado ou escolher processos em que as partes não sejam capazes de atuar diligentemente em defesa dos seus interesses, afeta a eficiência do procedimento, permitindo rediscussões acerca da tese jurídica pleiteando-se o *distinguishing* ou o *overruling* com base em argumentos não apresentados ou tão debilmente sustentados que se possa dizer que equivale a sua não afirmação.

Além disso, a ausência de controle da representatividade adequada pode cominar na leniência com atuação deficiente dos advogados das partes, lembrando-se que o controle se estende também a eles²⁶⁸. Um incidente em que

²⁶⁷ No sentido do aqui defendido, LUIZ GUILHERME MARINONI sustenta que: "... se o representante é automeado, os membros da classe têm que ter oportunidade para impugnar a adequação da representação. É por isso que se faz a notificação dos membros, comunicando-lhes o que está para ocorrer perante o juiz e a respeito das qualidades do representante. Desta forma, abre-se oportunidade para a impugnação da representação e à Corte melhor espaço para o cumprimento do seu dever de zelar pelo devido processo legal, analisando rigorosamente a capacidade do representante para encabeçar a ação e defender os direitos da classe. A notificação pretende assegurar que o automeado representante seja um defensor efetivo e vigoroso para todos os membros do grupo." (*Incidente cit.*, p. 39).

²⁶⁸ LUIZ GUILHERME MARINONI assim dispõe: "A representação é adequada não só quando o representante tem motivo e razão para tutelar os direitos dos membros do grupo, mas também

os argumentos não são apresentados, eventuais provas sobre o substrato fático da questão não são realizadas, recursos cabíveis e adequados não são interpostos, evidentemente gerará déficit de contraditório e conseqüente perda de sua legitimidade.

Por fim, o controle da representatividade e da amplitude do contraditório servem à redução das vantagens do litigante habitual, sabendo-se que é justamente esse um dos papéis do advogado tecnicamente competente, por ser ele próprio um *repeat player*, se munido de argumentos e recursos suficientes, pode ser capaz, em tese, de alcançar algum equilíbrio nas condições de atuação dos litigantes eventuais, ou seja, de se garantir acesso à justiça equitativo.

3.6. Conclusão parcial: a efetividade no IRDR e o acesso à justiça

A ênfase na necessidade em conferir efetividade aos processos, com a otimização dos recursos materiais e pessoais do Judiciário, embora louvável, parece repousar em algum grau de otimismo que a alteração da técnica processual possa desencadear um ciclo virtuoso de eficiência²⁶⁹.

Imaginar que a decisão judicial proferida no regime de demandas repetitivas possa desencadear a efetivação de direitos por cumprimento voluntário das obrigações decorrentes da relação jurídica de direito material, uma vez solucionada a crise de certeza, exige que se veja de forma promissora o comportamento das partes na condução de seus negócios.

Em menor grau de confiança na promessa da técnica, se pode considerar que ao menos a massa de processos idênticos ou com questões

quando o seu advogado e assistentes técnicos têm capacidade para exercer a defesa dos direitos" (*Incidente cit.*, p. 39).

²⁶⁹ ANDRÉ VASCONCELOS ROQUE observa que: "As técnicas de resolução de casos repetitivos tem ganhado muito mais prestígio nas últimas reformas processuais que as ações coletivas por razões pragmáticas. Existe a esperança de que tais institutos possam ajudar a conter a massa de processos que assola o Judiciário, ao passo que semelhante papel, por razões não muito bem definidas, não costuma ser atribuído às ações coletivas. E, em um sistema judiciário já trabalhando muito além da sua capacidade máxima, com significativas conseqüências na qualidade das decisões judiciais, lamentavelmente, preocupações em torno do acesso à justiça não entram na pauta do dia" (*Ações Coletivas cit.*, p. 30)

idênticas será resolvida e isso propiciará melhor gestão de recursos pessoais e materiais (tempo incluído) pelo Judiciário.

Mas uma visão mais pessimista, igual ou mais condizente com a realidade, poderá prever que as decisões judiciais no regime de repetitivos não afetarão o comportamento daqueles que extraem proveitos com o desequilíbrio das partes em controvérsias judiciais, inclusive do desconhecimento de direitos que impede ou inibe a busca pela solução de uma ameaça ou lesão que, talvez, sequer seja vista como tal.

E, por fim, há de se considerar que mesmo o reconhecimento da existência do direito tal como definido na decisão pode ter consequências indesejáveis se não houver o cumprimento espontâneo das obrigações no plano material.

A decisão favorável se torna um fator de incentivo à propositura de novas demandas que visem o reconhecimento de que a decisão-modelo se aplica ao seu caso e, conseqüentemente, determine à parte contrária o cumprimento do que ela, mesmo sabedora da definição da controvérsia, se recusa a atender²⁷⁰.

Reformas do direito processual que visam permitir o julgamento de grande volume de causas, sem ampliação significativa de estrutura do sistema judicial ou disposição de mecanismos efetivos de solução extrajudicial de conflitos, e sem alteração nos mecanismos geradores de demandas (v.g., atuação eficiente das agências regulatórias na fiscalização dos entes regulados), têm como finalidade precípua permitir gerenciamento dos processos e diminuir ou racionalizar custos, eventual efeito positivo que impacte o acesso à justiça pelo cidadão, nesse contexto, é secundário²⁷¹.

²⁷⁰ HEITOR SICA adverte que: “Se por um lado a fixação do entendimento sobre o descabimento de uma determinada pretensão individual repetitiva desestimulará novos litigantes a se aventurar em juízo para pedir a mesma tutela, por outro lado a cristalização do entendimento favorável a uma massa de sujeitos retroalimentará a enxurrada de demandas individuais. Esses instrumentos de gerenciamento de processos repetitivos estão mais preocupados em resolver o problema do Poder Judiciário, assoberbado com um elevado número de processos similares do que com a solução do macro-litígio” (*Congestionamento viário cit.*, p. 149).

²⁷¹ Válido o questionamento de KIM ECONOMIDES nesse sentido: “As tendências atuais em direção a serviços jurídicos alternativos, justiça informal, resolução alternativa de conflitos (*alternative dispute resolution* — ADR) e acertos condicionais de honorários devem ser vistas como tentativas de desviar, reduzir ou distribuir os custos de casos legais onerosos, através da experimentação de

Não se está dizendo que, potencialmente, os mecanismos de julgamento agregado de causas repetitivas não reduzirão o volume de trabalho dos Magistrados e que, em consequência, se possa esperar melhoras qualitativas nos julgamentos²⁷²; todavia, isso é algo que a doutrina especializada não foi capaz de verificar em relação aos mecanismos anteriormente existentes, como os recursos repetitivos²⁷³, a repercussão geral dos recursos extraordinários²⁷⁴ e as súmulas vinculantes²⁷⁵, por exemplo.

novos meios de processamento, administração e financiamento de disputas. Qualquer melhoria subsequente do acesso dos cidadãos (ou de legitimidade política/profissional) é um efeito colateral, positivo, mas secundário. Se o objetivo primordial das reformas de acesso for, verdadeiramente, reduzir o ônus financeiro do Estado, será que estas reformas estão, no final, condenadas ao fracasso ou são irrelevantes para a busca de concepções mais profundas (ou mesmo mais pragmáticas) de justiça?" (*Lendo as ondas do "Movimento de Acesso à Justiça": epistemologia versus metodologia?*, disponível em <http://gajop.org.br/justicacitada/wp-content/uploads/Lendo-as-Ondas-do-Movimento-de-Acesso-aa-Justica.pdf>, acessado em 7.1.2018, p. 70).

²⁷² Vale aqui a advertência de T. DOMEJ.: "Moreover, although one should not be too optimistic about what can be achieved by procedural rules, it would also be wrong to assume that such rules do not have any impact on efficiency at all" (*Efficiency in the Relationship Between the Judge and the Parties: A Perspective on the Future Swiss Code of Civil Procedure* in A. UZELAC, C.H. VAN RHEE (eds.), *Access to Justice and the Judiciary. Towards New European Standards of Affordability, Quality and Efficiency of Civil Adjudication*, Intersentia Antwerp, Oxford, 2009, p. 78).

²⁷³ Pode-se dizer, aliás, que se trata de uma esperança que de tempos em tempos se renova, como se conclui da observação de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA a respeito das Súmulas da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, criadas em 1963, nos seguintes termos: "É pena que não se haja tomado a iniciativa de colher dados e elaborar estatísticas, a cuja luz se pudesse medir objetivamente o impacto produzido pela instituição da *Súmula* na quantidade de processos e na respectiva duração: como sói acontecer entre nós, e sem embargo do juízo favorável que predominou nos meios judiciais, ficamos imersos na penumbra do impressionismo - ignorantes, v.g., do número de recursos extraordinários arquivados por decisão do relator, porque contrária à Súmula a tese do recorrente, ou da diminuição do tempo empregado pelo Supremo Tribunal Federal para julgar os recursos que remanesca" (*Súmula, Jurisprudência, Precedente cit.*, p. 301).

²⁷⁴ Nesse sentido, SUSANA HENRIQUES DA COSTA E LARA LAGO NORONHA observaram em pesquisa empírica que: "...originariamente, quando da edição da Emenda Constitucional 45/04, a repercussão geral chegou a funcionar como filtro redutor da quantidade de recursos extraordinários levados à apreciação pelo STF. Em menos de um ano e meio do início de sua vigência, o instituto já havia reduzido de forma significativa o número de processos em curso na Suprema Corte, que recebeu 40,6% menos processo em 2008 que o total distribuído em 200734. Contudo, ao confrontar os dados de janeiro de 2011 a fevereiro de 2015, nota-se, curiosamente, que menos de 2% dos temas apresentados não tiveram o reconhecimento da repercussão geral, o que permite concluir que o instituto perdeu sua função de filtro constitucional de demandas. Atualmente, o reconhecimento da repercussão geral, que deveria ser exceção, passou a ser a regra." (*Litigância Repetitiva e Repercussão Geral* in B. M. GALINDO, M. KOLBACH (coords.), *Recursos no CPC/2015: perspectivas, críticas e desafios*, Salvador, Juspodium, 2017, pp. 439).

²⁷⁵ Conforme notícia veiculada no portal jurídico *Jota*, a repercussão geral tem sido pouco utilizada pelo STF: "Com a prioridade conferida aos recursos com repercussão geral reconhecida pela atual presidente do STF, ficaram totalmente em segundo plano as súmulas vinculantes – aqueles verbetes editados pela Corte, com base em "reiteradas decisões sobre matéria constitucional", que passam a ter efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Judiciário e à administração pública direta e indireta, nos níveis federal, estadual e municipal. Tais súmulas foram instituídas

Como visto no capítulo anterior, os dados fornecidos pelo relatório Justiça em Números, produzido pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, dão conta que o número de processos em estoque, entrados e não baixados, cresce exponencialmente, ano após ano, não sendo perceptível o efeito que as técnicas processuais introduzidas em reformas passadas possam ter produzido.

Mas, ainda que a experiência no seu manejo confirme se tratar de mecanismo eficiente para o julgamento de demandas repetitivas, restaria a questão da restrição à participação dos interessados na definição da tese jurídica.

Acolher-se como vantajosa a técnica em razão do seu potencial não significa ignorar que há uma importante perda (ou troca) em relação ao processo individual - que confere participação direta ao interessado -, bem como em relação ao processo coletivo - que confere meios de representação adequados e válvulas de escape, como a limitação da extensão subjetiva da coisa julgada em caso de improcedência na ação coletiva que veicula direitos individuais homogêneos.

E essa alteração paradigmática dos mecanismos de participação dos jurisdicionados não é singela, mas afeta o *standard* que, ao menos em nível teórico, se convencionou estabelecer para o acesso à justiça, entendido não apenas como facilitação da apresentação das demandas em Juízo, mas também como garantia de participação no processo e influência no seu resultado (dimensão procedimental do acesso à justiça).

A ressignificação do conceito de acesso à justiça para restringir seu âmbito de proteção no incidente de resolução de demandas repetitivas e demais técnicas de julgamento por amostragem apenas se legitima na medida em que seja justificada, adequada aos fins buscados e realizada de forma proporcional.

pela EC 45/2004 (Reforma do Judiciário), e a primeira delas foi editada em 2007. A última súmula vinculante apresentada ao plenário do STF, a SV 56, foi aprovada em junho de 2016, e tem o seguinte teor: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nesta hipótese, os parâmetros fixados no Recurso Extraordinário (RE) 641.320”. Portanto, há um ano e meio não é editada pelo STF uma única súmula vinculante.” (LUIZ ORLANDO CARNEIRO, *Em 2017, STF priorizou repercussão geral e não aprovou súmula vinculante*, disponível em <https://www.jota.info/justica/fim-de-ano-em-2017-stf-priorizou-repercussao-geral-e-nao-aprovou-sumula-vinculante-26122017>, consultado em 26.12.2017).

Na forma como concebido o procedimento do incidente, há amplas possibilidades de interpretação da norma processual para se dar efetividade ao acesso à justiça, sem que sequer se faça necessário sugerir alterações da lei para atingir esse desiderato.

Retomando-se a noção de que os princípios constitucionais possuem plena eficácia, aliás, determina que a aplicação das disposições normativas que regulam o incidente se deem em conformidade com a efetividade máxima do acesso à justiça.

Trata-se, portanto, de método de interpretação e aplicação das normas condizente com a tutela constitucional do processo que, além disso, se reflete diretamente na prática judiciária, na solução dos conflitos. Como se vem de demonstrar, conceber as disposições dos arts. 976 e seguintes do Código de Processo Civil em conformidade com a efetividade ótima do acesso à justiça resulta em uma série de regras não expressas, mas que não obstante podem ser extraídas da sua interpretação sistemática sem maior esforço hermenêutico, que devem ser atendidas pelos julgadores.

Aspectos do incidente como: a escolha do processo-modelo, a admissão de interessados e *amicus curiae* e a fundamentação qualificada da decisão, propiciariam atendimento satisfatório da garantia ao acesso, permitindo-se equilíbrio entre participação direta e indireta e efetividade do método.

Além disso, argumenta-se que havendo demanda coletiva esta deverá ser selecionada para a instauração do incidente, que o representante do Ministério Público deverá assumir a condição de representante adequado dos interessados ausentes, que a tese jurídica firmada no incidente deve ser compreendida como precedente obrigatório e sua aplicação exige a interpretação da *ratio decidendi*.

Estas proposições sustentadas ao longo desse estudo, todas apoiadas na aplicação das regras processuais de acordo com a efetividade máxima do acesso à justiça e permitem confirmar a hipótese de pesquisa, ou seja, que a previsão legal dos mecanismos de compensação da ausência de

participação direta são eficazes, desde que sejam interpretados conforme a máxima extensão do referido princípio constitucional.

Confirmada, portanto, a hipótese em sede teórica, resta investigar se sua viabilidade se confirma na realidade, passando-se a análise dos incidentes em curso junto ao Tribunal de Justiça de São Paulo, de modo a testar a hipótese em relação à aplicação prática da norma processual.

4. Estudo de casos: a efetivação do acesso à justiça nos incidentes de resolução de demandas repetitivas no Tribunal de Justiça de São Paulo

Fixadas as premissas do presente estudo e estabelecidos os parâmetros segundo os quais se entende garantido o acesso à justiça no incidente de resolução de demandas repetitivas, ao menos potencialmente, serão examinados neste capítulo os incidentes instaurados perante o Tribunal de Justiça de São Paulo.

O Tribunal paulista foi escolhido em razão da sua relevância no cenário jurídico nacional e do número de incidentes instaurados, dos quais decorre diversidade de situações e, conseqüentemente, de posicionamentos da Corte, o que permite averiguar aspectos jurídicos e pragmáticos variados do manejo da técnica.

O método escolhido para sua análise é o de estudo de casos, em que serão examinadas as peças processuais disponíveis, elegendo-se como parâmetros de aferição: (i) a seleção dos processos-modelo; (ii) a admissão de interessados ausentes e terceiros; (iii) a realização de audiências públicas e; (iv) medidas que possam ser compreendidas como controle de representatividade adequada.

Estes são os pontos-chave adotados para examinar a efetividade do acesso à justiça na prática. Observar como o Tribunal compreende estas questões, de que forma realiza estas atividades ou deixa de realizá-las, permite compreender qual a extensão do âmbito de proteção conferido ao acesso nos casos concretos.

A análise permite, ainda, testar a aderência dos argumentos desenvolvidos no curso da tese à realidade, de modo a verificar se o acesso equitativo está em alguma medida no foco das preocupações dos julgadores, e se critérios de proporcionalidade são atendidos, ainda que de forma pragmática, no exercício da técnica processual.

Ainda nessa linha, será observado se a atuação do Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública, de alguma forma busca equilibrar as posições de litigantes habituais e eventuais no incidente.

Passa-se a seguir à descrição dos casos, com breves anotações sobre aspectos que se destacam em relação aos parâmetros acima apontados e, ao final, faz-se o exame proposto, a título de conclusão parcial.

Pois bem, até a data do depósito da presente tese, em janeiro/2018, haviam sido admitidos catorze incidentes de resolução de demandas repetitivas no Tribunal de Justiça de São Paulo. Destes, seis haviam sido decididos, com a fixação de tese (temas 1, 2, 3, 4, 5 e 7), enquanto os demais oito aguardavam julgamento (temas 6 e 8 a 14), conforme tabela e gráfico abaixo:

Tema (nº)	Data da admissão*	Data do julgamento**	Tempo de tramitação
1	23.6.2016	28.3.2017	9m 5ds
2	1.9.2016	30.6.2017	9m 29d
3	1.9.2016	1.6.2017	9 m
4	29.9.2016	31.8.2017	11m 2d
5	30.11.2016	30.6.2017	7 m
6	14.3.2017	não ocorreu	n/a
7	14.3.2017	10.11.2017	7m 26d
8	10.8.2017	não ocorreu	n/a
9	15.8.2017	não ocorreu	n/a
10	24.8.2017	não ocorreu	n/a
11	8.11.2017	não ocorreu	n/a
12	8.11.2017	não ocorreu	n/a
13	16.11.2017	não ocorreu	n/a
14	14.12.2017	não ocorreu	n/a

Tabela 1: tempo de tramitação dos IRDRs no Tribunal de Justiça de São Paulo

* Considerou-se a data da publicação da decisão de admissão do incidente de resolução de demandas repetitivas, a partir da qual se conta o prazo de suspensão (art. 982, I, CPC).

** Considerou-se a data da sessão em que se realizou o julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas, e não a data da publicação do acórdão.

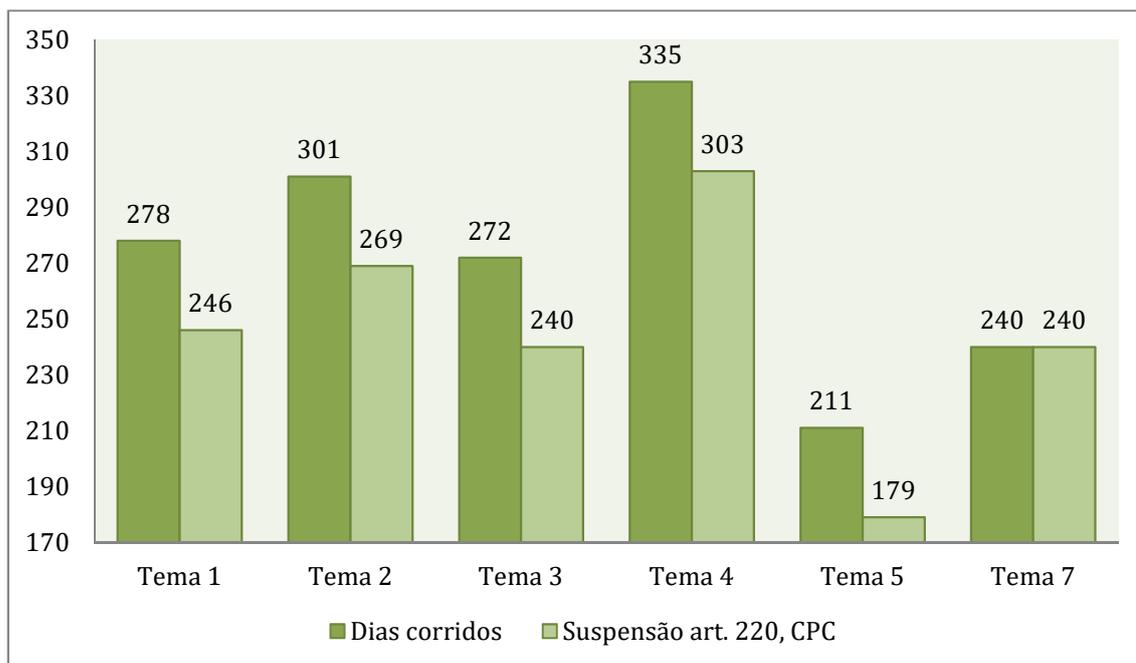


Gráfico 1: tempo para julgamento de IRDR em dias

4.1. Metodologia

Para todos os casos, identifica-se o tema pelo número sequencial relativo aos incidentes de resolução de demandas repetitivas do Tribunal de Justiça de São Paulo e o paradigma pelo número único de processo. Informa-se o número de processos sobrestados em razão da admissão do incidente (quando este dado está disponível em relatório oficial do Tribunal de Justiça), resumo da controvérsia, a questão submetida a julgamento; se houve, quantas e quais foram as manifestações de interessados. Na sequência, tece-se observações relacionando os achados com as considerações da parte teórica do trabalho.

Dividiu-se os casos em duas frentes, iniciando-se pelo exame dos incidentes de resolução de demandas repetitivas que já foram julgados, em

relação aos quais constam informações adicionais atinentes à tese firmada, e se o julgamento foi unânime ou por maioria (indicando-se o número de divergências).

Quanto aos incidentes de resolução de demandas repetitivas já instaurados mas ainda não julgados, a análise se limitou aos respectivos aspectos procedimentais, mediante consulta dos respectivos autos eletrônicos, acórdãos de admissão e da página específica no *site* do Tribunal de Justiça de São Paulo a respeito (<http://www.tjsp.jus.br/Nurer/Nurer/IRDR>).

Todas as informações foram extraídas do *site* do Tribunal de Justiça de São Paulo, onde se obteve dados a respeito dos incidentes em si e também a íntegra dos acórdãos e os relatórios a que se faz menção na discussão dos casos.

4.2. Primeira parte: Incidentes de resolução de demandas repetitivas já julgados

Tema 1

Paradigma: IRDR nº 2059683-75.2016.8.26.0000

Número de processos sobrestados em razão da admissão do incidente: 2²⁷⁶.

Resumo da controvérsia: “Dizem os autores, em síntese, que possuíam aplicações financeiras junto ao Banco BVA, representadas por LCIs Letras de Crédito Imobiliário e CDBs Certificados de Depósito Bancário. Decretada a intervenção no referido banco pelo Bacen, em 19.10.12, e, posteriormente, a

²⁷⁶ Conforme relatório trimestral de quantitativo de processos sobrestados, baixados ou enviados para retratação correspondentes a cada tema, com ou sem repercussão geral, nos termos dos artigos 1029 e seguintes do CPC, relativo ao terceiro trimestre de 2016, do Tribunal de Justiça de São Paulo, disponível em <http://www.tjsp.jus.br/Download/pdf/Nurer/RepercussaoGeral/STFRelatorioTerTrimestre-2016.pdf>, consultado em 7.1.2018, p. 41. O dado, porém, aparentemente está incorreto, pois no acórdão que julgou o incidente se relata a existência de outros processos que superariam o número informado, autos nº 1082875.16.2014.8.266.0100, 1003718-33.2015.8.26.0011 e 1001635-10.2016.8.26.0011. (TJSP; Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 2059683-75.2016.8.26.0000; Relator (a): Ricardo Pessoa de Mello Belli; Órgão Julgador: Turma Especial - Privado 2; Foro Central Cível - 37ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/03/2017; Data de Registro: 15/08/2017, pp. 12/13.)

respectiva liquidação extrajudicial, em 19.6.13, os autores solicitaram o resgate dos valores investidos por meio da garantia do FGC e apenas receberam a importância de R\$ 70.000,00, cada, com o argumento de que esse era o limite de resgate, segundo os estatutos do fundo à época da intervenção. Sustentam os autores, porém, que fazem jus ao limite de resgate instituído por alteração estatutária aprovada pela Resolução Bacen (CMN) 4.222, de 23.5.13, já vigente à época da liquidação, majorando o valor da garantia ordinária para R\$ 250.000,00. Donde a demanda, objetivando a condenação do réu ao pagamento da diferença entre o que os autores receberam e o que entendem fazer jus, conforme a disciplina da Resolução 4.222/2013."²⁷⁷

Questão submetida a julgamento: "Majoração do limite máximo da garantia no período verificado entre a decretação da intervenção e a decretação da liquidação extrajudicial de instituição financeira associada ao fundo - Depositantes e investidores que receberam as garantias após o ato de majoração do limite, mas com base no teto pretérito - Discussão sobre o direito desses personagens a que o resgate se faça tendo como referência o novo valor máximo da garantia - Litígio travado em inúmeras ações em tramitação no Estado de São Paulo - Tema de ordem exclusivamente jurídica e alvo de acentuada dissensão na jurisprudência desta corte - Requisitos do art. 976 do CPC atendidos - Incidente admitido, também para efeito de suspensão dos processos em tramitação em todos os juízos vinculados a este tribunal e que versem sobre o assunto."²⁷⁸

Manifestações de interessados:

- 3 (três) pelo acolhimento da tese dos suscitantes, de particulares em situação idêntica à deles, em processos semelhantes, com acréscimo de argumentos²⁷⁹.
- 1 (um) pelo acolhimento da tese dos suscitados, do Banco Central do Brasil, instado a se manifestar na qualidade de autarquia responsável pela fiscalização da aplicação do precedente²⁸⁰.

²⁷⁷ Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 2059683-75.2016.8.26.0000 *cit.*, pp. 3/4.

²⁷⁸ Disponível em <http://www.tjsp.jus.br/Nurer/Nurer/IRDR>, consultado em 7.1.2018.

²⁷⁹ Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 2059683-75.2016.8.26.0000 *cit.*, pp. 12/13 do acórdão.

- Ministério Público: parecer pelo acolhimento da tese dos suscitantes²⁸¹.

Tese firmada: "Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). 1. Suscitante que, na qualidade de depositante do Banco BVA S/A, recebeu do Fundo Garantidor de Crédito (FGC) importância calculada com base no limite estatutário aprovado pela Resolução Bacen (CMN) 4.087/12. 2. Pretensão a que se reconheça o direito do suscitante à majoração do limite da garantia, oriunda dos estatutos aprovados pela Resolução Bacen (CMN) 4.222/13, editada posteriormente ao decreto de intervenção da instituição financeira e antes dos pagamentos feitos aos beneficiários da garantia. 3. Inadmissibilidade. Fundo suscitado apresentando a natureza jurídica de seguro de depósito. Regra estatutária em discussão, chancelada pela autoridade monetária, clara ao estabelecer que o direito à cobertura surge no instante da decretação da intervenção, salvo a excepcional situação de decretação direta da liquidação, em sintonia com o que dispõe art. 6º, letra "c", da Lei 6.024/74. Hipótese impondo aplicação dos princípios da segurança jurídica e do "tempus regit actum", expressos no art. 5º, XXXVI, da CF e no art. 6º da LINDB. Consideração, ademais, de que a utilização do novo limite para situações pretéritas romperia o equilíbrio econômico-financeiro do fundo. Existência de inúmeros precedentes nesse sentido dos tribunais superiores, firmados em hipóteses análogas, notadamente versando sobre relações de natureza securitária. 4. Vínculo jurídico entre as partes que, embora não alheio à disciplina do CDC, subordina-se, antes de tudo, à norma constitucional. 5. Inexistência, de toda sorte, de infração ao sistema consumerista, quer na regra estatutária, quer na conduta com base nela adotada pelo fundo suscitado. 6. Consequente prevalência da tese jurídica sustentada pelo suscitado. Conclusão respaldada em recente julgado do STJ, proferido no REsp. 1591226/SP."²⁸²

²⁸⁰ "Instado por este juízo, por aplicação analógica da regra do art. 985, §2º, do CPC, o Banco Central do Brasil compareceu aos autos e apresentou a manifestação de fls. 236/256" (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 2059683-75.2016.8.26.0000 *cit.*, pp. 14/15 do acórdão).

²⁸¹ Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 2059683-75.2016.8.26.0000 *cit.*, pp. 16/17 do acórdão.

²⁸² Disponível em <http://www.tjsp.jus.br/Nurer/Nurer/IRDR>, consultado em 7.1.2018, sem destaque no original.

Julgamento por maioria, favorável à instituição bancária, com 3 divergências de um total de 16 julgadores.

Considerações:

O Banco Central intervém no incidente na qualidade de agência reguladora, portanto, como autoridade técnica e institucional, pois é o órgão incumbido para projetar políticas públicas relacionadas à questão debatida e também o ente com competência técnica para assim proceder. Considerando-se, com GALANTER, as possibilidades que o litigante habitual tem para influenciar sua própria regulação, pode-se enxergar a intervenção do Banco Central como favorável aos interesses do litigante habitual.

Não obstante, extrai-se do acórdão ter havido atenção ao dever de fundamentação específica que decorre da necessidade de ampliação do contraditório, tendo-se apreciado "... um a um, os argumentos de todos os personagens que se manifestaram neste incidente, o que faço em atenção à exigência do art. 984, §2º, do CPC."²⁸³.

A participação de interessados foi acolhida, mas se deu em número reduzido (três interessados), não houve audiência pública, tampouco foi ouvido *amicus curiae*. Não há informações acerca da publicidade dada à instauração do incidente, tampouco se afirmou quais critérios adotados para a seleção dos processos-modelo.

A conclusão do incidente faz referência expressa a acórdão de recurso especial (não vinculante)²⁸⁴, que reflete entendimento que vem se consolidando no STJ²⁸⁵.

²⁸³ Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 2059683-75.2016.8.26.0000 *cit.*, p. 29 do acórdão.

²⁸⁴ CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO CPC/73. FUNDO GARANTIDOR DE CRÉDITO. VALOR DO TETO DE GARANTIA PARA CLIENTES BANCÁRIOS. OBSERVÂNCIA DA RESOLUÇÃO DO CMN VIGENTE À ÉPOCA DA INTERVENÇÃO NA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA PELO BANCO CENTRAL. DATA DA EFETIVA PRIVAÇÃO DO ATIVO FINANCEIRO. PRETENSÃO DE RECEBIMENTO DA DIFERENÇA EM RAZÃO DE NOVA RESOLUÇÃO VIGENTE À ÉPOCA DA LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

Admitindo-se que havia acentuada dissensão jurisprudencial na Corte, como afirmado no relatório do acórdão, e igualmente que o Superior Tribunal de Justiça já havia se manifestado sobre a questão, tem-se que o incidente foi instaurado em razão da sua eficácia vinculante, para que as decisões proferidas em casos sob a competência do Tribunal de Justiça de São Paulo passassem a ser obrigatoriamente no sentido traçado pelo STJ.

Isto se extrai da constatação de que a solução jurídica da questão já havia sido firmada, por órgão hierarquicamente superior, inclusive com competência constitucional para uniformizar a interpretação das normas infraconstitucionais. Portanto, bastaria a eficácia persuasiva do precedente para a solução dos processos com questões idênticas.

Tema 2

Paradigma: IRDR nº 0038758-92.2016.8.26.0000

Número de processos sobrestados em razão da admissão do incidente:

19²⁸⁶, com a ressalva constante do voto declarado pelo relator sorteado, de que a

1. Inaplicabilidade do NCPC neste julgamento ante os termos do Enunciado Administrativo nº 2 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

2. Não cabe analisar, em recurso especial, os princípios contidos no art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, porque trazem carga eminentemente constitucional.

3. Ausência de relação de consumo a justificar a incidência do CDC.

4. A condição de fato para a incidência da norma que determina a indenização pelo Fundo Garantidor de Crédito é a indisponibilidade das aplicações, o que se verifica tanto com a liquidação quanto com a intervenção na instituição financeira, o que ocorrer primeiro.

5. Necessidade de proteção da higidez do sistema bancário e de garantia do princípio constitucional da igualdade entre os depositantes do Banco BVA.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e provido. (REsp 1591226/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 07/11/2016)

²⁸⁵ Veja-se REsp 1639092/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 03/10/2017, EDcl no AgRg no REsp 1499302/RS, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 29/09/2016, entre outros.

²⁸⁶ Conforme relatório trimestral de quantitativo de processos sobrestados, baixados ou enviados para retratação correspondentes a cada tema, com ou sem repercussão geral, nos termos dos artigos 1029 e seguintes do CPC, relativo ao terceiro trimestre de 2016, do Tribunal de Justiça de São Paulo, disponível em <http://www.tjsp.jus.br/Download/pdf/Nurer/RepercussaoGeral/STFRelatorioTerTrimestre-2016.pdf>, consultado em 7.1.2018, p. 41.

instauração do incidente se justificaria “pelo elevado número de processos a este respeito em trâmite pela Justiça Paulista (fato facilmente constatável à vista do volume de decisões registradas na jurisprudência desta Corte, sem necessidade de rastreamento estatístico formal)”²⁸⁷

Resumo da controvérsia: possibilidade de “extensão dos direitos remuneratórios e previdenciários do Soldado PM Temporário, contratado para o Serviço Auxiliar Voluntário da Polícia Militar, na forma da Lei Estadual nº 11.064/02”²⁸⁸

Questão submetida a julgamento: “ADMISSIBILIDADE EM INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. Serviço Auxiliar Voluntário da Polícia Militar. Soldado Temporário. Pedido de direitos remuneratórios e previdenciários do contratado. Constatação de decisões conflitantes nesta Corte, proferidas em expressivo número de ações de idêntico conteúdo. Reconhecimento do risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Incidente admitido.” Controvérsia relativa ao reconhecimento do vínculo empregatício público entre o Estado e o policial militar em caráter temporário, equiparando-o, ou não, (a) ao ocupante de cargo de provimento efetivo ou (b) somente o vínculo temporário (precário) ou (c) ainda a invalidade do contrato temporário, para fins de concessão das verbas remuneratórias e previdenciárias, nos termos do art. 39, § 3º, da CR e Lei Estadual nº 11.064/2002.²⁸⁹

Manifestações de interessados: não houve, a despeito de intimação²⁹⁰. Apenas parecer da Procuradoria de Justiça pelo acolhimento da posição defendida pela autora da demanda individual, com o reconhecimento do “direito da autora ao recebimento das verbas trabalhistas, consistentes nas férias, mais terço constitucional, 13º salário e contagem de tempo para fins previdenciários, recolhendo-se as contribuições do período junto ao INPS (sic), mais juros e correção monetária, coma unificação da jurisprudência, reconhecendo-se e

²⁸⁷ TJSP; Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 0038758-92.2016.8.26.0000; Relator (a): Vicente de Abreu Amadei; Órgão Julgador: Turma Especial - Público; Foro de Bauru - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 30/06/2017; Data de Registro: 30/08/2017, p. 18 do acórdão.

²⁸⁸ Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 0038758-92.2016.8.26.0000 *cit.*, p. 4 do acórdão.

²⁸⁹ Conforme <http://www.tjsp.jus.br/Nurer/Nurer/IRDR>, consultado em 8.1.2018.

²⁹⁰ Cf. p. 271 dos autos do processo nº 0038758-92.2016.8.26.0000.

estendendo os direitos acima mencionados a todos os casos pendentes de julgamento, bem como aos que vierem ser julgados por este Egrégio Tribunal”²⁹¹

Tese firmada: “Aos Soldados PM Temporários contratados nos termos da Lei Estadual nº 11.064, de 2002, no âmbito remuneratório, são devidos, além do salário pelos dias trabalhados, apenas o décimo terceiro salário e as férias, com o respectivo acréscimo do terço constitucional; e, para fins previdenciários, admite-se a averbação do tempo de serviço prestado, no regime geral de previdência social, mediante contribuição proporcional do contratante e dos contratados”.²⁹²

Julgamento por maioria, com 2 divergências totais e 3 parciais, de um total de 19 julgadores.

Considerações:

Interessante medida foi adotada no caso, buscando a ampliação do contraditório em seu aspecto objetivo, vale dizer, para analisar argumentos variados sobre a questão. Foi solicitada ao Centro de Apoio do Direito Público (CADIP) a elaboração de pesquisa qualitativa, indicativa das teses adotadas em cada uma das Câmaras da Seção de Direito Público do Tribunal competentes para conhecimento da matéria, com identificação dos precedentes, origem, relatoria e respectivas ementas²⁹³.

A pesquisa identificou 4 orientações jurisprudenciais²⁹⁴, passíveis de integração em dois grupos: “Um primeiro, dominante na C. 4ª Câmara e minoritário na C. 7ª Câmara, aplica na sua literalidade a Lei Estadual nº 11.064, de 2002, retora, no âmbito deste Estado, do Serviço Auxiliar Voluntário instituído na Polícia Militar do Estado. Sete são os relatores que a adotam. Foi a tese adotada pela maioria formada no julgamento da apelação indicada no relatório. Um segundo sufraga a orientação adotada pelo C. Órgão Especial ao ensejo do julgamento do Incidente de Inconstitucionalidade nº 175.199-0/0, extraído da

²⁹¹ Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 0038758-92.2016.8.26.0000 *cit.*, p. 15 do acórdão.

²⁹² Conforme <http://www.tjsp.jus.br/Nurer/Nurer/IRDR>, consultado em 8.1.2018.

²⁹³ Autos nº 0038758-92.2016.8.26.0000, p. 271.

²⁹⁴ Autos nº 0038758-92.2016.8.26.0000, pp. 275/277.

Apelação nº 822.481-5/6, renumerada 0148393-86.2008.8.26.00003, acolhido pela unanimidade daquele elevado colegiado²⁹⁵. “Neste grupo, uma primeira orientação reconhece aos policiais militares temporários direito à gratificação natalina (13º salário), férias e terço constitucional. Adotam-na quinze desembargadores. Já trinta e um perfilam a orientação adotada no voto dissidente proferido em sobredita apelação, com agregação de contagem do tempo de serviço. Indo mais além, vinte e cinco – eu, inclusive – reconhecem a tal categoria de servidores direito aos adicionais de insalubridade e de local de exercício, assim os equiparando, grosso modo, aos policiais militares efetivos”²⁹⁶.

No entanto, a decisão não se deu com o exame aprofundado dos argumentos, sob os diferentes enfoques procedidos, nem no voto do relator sorteado nem no do designado para elaboração do acórdão, prevalecendo a posição que contava com o maior número de adeptos (31 desembargadores).

Ressalve-se que o acórdão não está fundamentado nesse critério numérico, ou seja, não diga que adotou a posição que era acolhida pelo maior número de julgadores, apenas se diz que a tese correta a ser acolhida no incidente é aquela, em razão dos fundamentos adotados nas decisões que assim decidiam, sem refutar as demais posições da própria Corte.

Observa-se, portanto, critério estritamente pragmático e prevalência de critérios de eficiência no julgamento. Os parâmetros elegidos para aferição do acesso à justiça, como critérios de seleção dos processos, ampliação do contraditório e controle de representatividade adequada foram desconsiderados neste julgamento.

Tema 3

Paradigma: IRDR nº 2121567-08.2016.8.26.0000

²⁹⁵ Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 0038758-92.2016.8.26.0000 *cit.*, p. 21 do acórdão.

²⁹⁶ Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 0038758-92.2016.8.26.0000 *cit.*, p. 22 do acórdão.

Número de processos sobrestados em razão da admissão do incidente:

11²⁹⁷

Resumo da controvérsia: “Trata-se de incidente de resolução de demandas repetitivas suscitado por Banco Santander Brasil S.A., pretendendo seja uniformizada a jurisprudência desta Corte acerca da possibilidade ou não, de ajuizamento de ação de prestação de contas por correntista ‘sem o indicativo dos lançamentos reputados indevidos e/ou duvidosos, apurando-se se tal fato implicaria generalidade e indeterminação do objeto da ação e, por conseguinte, a extinção do feito sem resolução do mérito por falta de interesse de agir, nos termos do art. 485, inciso VI, do CPC”²⁹⁸

Questão submetida a julgamento: "IRDR - Pretensão de uniformização de jurisprudência desta corte acerca da possibilidade ou não, de ajuizamento de ação de prestação de contas por correntista 'sem o indicativo dos lançamentos reputados indevidos e/ou duvidosos, isto é, pedido genérico de prestação de contas Tema de ordem exclusivamente jurídica e alvo de acentuada divergência na jurisprudência desta Corte - Requisitos de admissibilidade do incidente preenchidos na hipótese presente Determinação de retorno dos autos digitais à Relatora, para as providências do art. 982, do CPC - Incidente admitido, a tanto afetada a apelação registrada sob nº 1025498-87.2014.8.26.0100.”²⁹⁹

Manifestações de interessados:

- 4 (quatro) pelo acolhimento da tese do suscitante, sendo o próprio suscitante (Banco Santander), Banco do Brasil (assistente simples), FEBRABAN (Federação Brasileira de Bancos) e Banco Central do Brasil;
- 1 pelo acolhimento da tese da suscitada, pela própria suscitada;

²⁹⁷ Conforme relatório trimestral de quantitativo de processos sobrestados, baixados ou enviados para retratação correspondentes a cada tema, com ou sem repercussão geral, nos termos dos artigos 1029 e seguintes do CPC, relativo ao terceiro trimestre de 2016, do Tribunal de Justiça de São Paulo, disponível em <http://www.tjsp.jus.br/Download/pdf/Nurer/RepercussaoGeral/STFRelatorioTerTrimestre-2016.pdf>, consultado em 7.1.2018, p. 41.

²⁹⁸ TJSP; Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 2121567-08.2016.8.26.0000; Relator (a): Lígia Araújo Bisogni; Órgão Julgador: Turma Especial - Privado 2; Foro Central Cível - 16ª Vara Cível; Data do Julgamento: 09/08/2016; Data de Registro: 17/08/2016, p. 2 do acórdão.

²⁹⁹ Conforme <http://www.tjsp.jus.br/Nurer/Nurer/IRDR>, consultado em 8.1.2018.

- Procuradoria de Justiça opinou pelo não acolhimento do incidente.

Tese firmada: “Impossibilidade de ajuizamento de ação de exigir contas por correntista de forma vaga e genérica. Necessidade de se apontar na inicial o indicativo dos lançamentos reputados indevidos e/ou duvidosos e o período exato em que ocorreram, com exposição de motivos consistentes que justifiquem a provocação do Poder Judiciário.”³⁰⁰

Julgamento unânime.

Considerações:

Destaca-se, de início, que o incidente foi instaurado a requerimento do litigante habitual, que profere o recorte da questão da forma que lhe é mais favorável (exigência de contas de forma genérica), excluindo do julgamento as hipóteses em que poderia vir a ser vencida (exigência de contas justificada e identificada).

Do acórdão se extrai fundamento que demonstra o estado de espírito dos julgadores e, embora justificado, sua aderência aos interesses dos litigantes habituais. Extrai-se do voto:

“... o que se viu no Judiciário, nos últimos tempos, foi uma excessiva judicialização dessas causas, idênticas e padronizadas, sem qualquer especificação de período e sobre quais movimentações que se pretendem esclarecimentos, muito embora esta Relatora até tivesse o entendimento de que o dever de prestar contas por instituições financeiras decorria somente em razão da relação jurídica mantida com o correntista, sendo desnecessária a especificação dos lançamentos que se reputavam passíveis de dúvida do correntista. Mas, o que passei a notar é que pedidos genérico sem ação de prestação de contas acabam até mesmo a comprometer o contraditório e ampla defesa da parte *ex adversa*, exatamente por não especificar qual (ais) o(s) lançamento(s) que o correntista reputa passível (eis) de ter (em) sido(s)equivocado(s) ou duvidoso(s), comprometendo até mesmo a finalidade precípua da ação que é a efetiva prestação de contas de forma contábil (2ª fase), para posterior análise e julgamento pelo Poder Judiciário.”³⁰¹

³⁰⁰ Conforme <http://www.tjsp.jus.br/Nurer/Nurer/IRDR>, consultado em 8.1.2018.

³⁰¹ Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 2121567-08.2016.8.26.0000 cit., p. 11 do acórdão.

Em verdade, como se observa, a decisão se fundamenta a tutela jurisdicional da pretensão (ter direito à prestação de contas) com base na impossibilidade de a entidade bancária exercer o contraditório e ampla defesa.

A relatora afirma ainda sua mudança de posição acerca desse tipo de controvérsia, em razão da inadequação do procedimento de prestação de contas (referindo a sua fase contábil), mas, em *obiter dicta*, afirma a “excessiva judicialização dessas causas, idênticas e padronizadas”.

Sem que seja necessário proceder à análise do julgado, para tentar compreender a confusa relação entre negar direito de prestação de contas e possibilidade de exercício do contraditório e inadequação do procedimento, pode-se constatar que a afirmação extraída do voto exemplifica a vantagem reconhecida por GALANTER em favor do litigante habitual quando o judiciário se depara com volume excessivo de processos.

Ademais, a decisão do incidente procede distinção (*distinguishing*) em relação à súmula 259 do STJ, afirmando que: “que não se chegou a enfrentar, pelo menos nos precedentes que deram origem à referida súmula, a questão de iniciais genéricas, sem especificação dos lançamentos duvidosos ou do período em que ocorreram os débitos acerca dos quais se buscam esclarecimentos”³⁰².

Verifica-se, além disso, que os interesses dos litigantes habituais estiveram representados nas manifestações de quatro instituições bancárias, enquanto os interesses dos correntistas foram representados apenas pela suscitada, e o Ministério Público manifestou-se pelo não acolhimento do incidente.

Não há informações que permitam constatar se a escolha do processo foi antecedida de análise dos critérios de amplitude do contraditório e representatividade dos interesses, mas, considere-se que foi instaurado a requerimento da instituição bancária.

³⁰² Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 2121567-08.2016.8.26.0000 cit., pp. 15/16 do acórdão.

Não há, tampouco, informações a respeito da publicidade da instauração do incidente, de audiência pública, ou de controle de representatividade adequada.

Tema 4

Paradigma: IRDR nº 0023203-35.2016.8.26.0000

Número de processos sobrestados em razão da admissão do incidente:
dado não disponível

Resumo da controvérsia: Trata-se de incidente de resolução de demandas repetitivas suscitado pelo juiz Mauro Antonini, da 5ª Vara Cível de Piracicaba, que afirmou existirem em curso “diversas ações que envolvem as mesmas questões unicamente de direito, ajuizadas por compromissários compradores de unidades autônomas na planta, deduzindo diversos pedidos condenatórios em face da promitente vendedora”, tendo adotado como paradigma processo em que “o autor alega ter celebrado compromisso de venda e compra para aquisição de unidade autônoma no empreendimento Piazza Navona, com previsão de entregadas chaves em abril de 2013, mas só recebeu o apartamento em outubro de 2014”³⁰³.

Questão submetida a julgamento: “Incidente de resolução de demandas repetitivas. Nove temas relacionados aos requisitos e efeitos do atraso de entrega de unidades autônomas em construção aos consumidores. Preenchimento dos requisitos do artigo 976 do NCPD. Efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre o mesmo tema. Risco de ofensa à isonomia e segurança jurídica. Admissibilidade de processamento do incidente. Temas abordados:

I. Alegação de nulidade da cláusula de tolerância de 180 dias para além do termo final previsto no contrato;

II. Alegação de nulidade de previsão de prazo alternativo de tolerância para a entrega de determinado número de meses (em regra 24 meses) após a assinatura do contrato de financiamento;

³⁰³ Autos nº 0023203-35.2016.8.26.0000, pp. 1/2.

III. Alegação de que a multa contratual, prevista em desfavor do promissário comprador, deve ser aplicada por reciprocidade e isonomia, à hipótese de inadimplemento da promitente vendedora;

IV. Indenização por danos morais em virtude do atraso da entrega das unidades autônomas aos promitentes compradores;

V. Indenização por perdas e danos, representada pelo valor locativo que o comprador poderia ter auferido durante o período de atraso;

VI. Ilícitude da taxa de evolução de obra;

VII. Restituição dos valores pagos em excesso de forma simples ou em dobro;

VIII. Congelamento do saldo devedor enquanto a unidade autônoma não for entregue aos adquirentes; e

IX. Aplicação da multa do art. 35, parágrafo 5º, da L. 4.591/64 ao incorporador inadimplente.”

Manifestações de interessados (as entidades de classe e demais intervenientes foram admitidos como *amici curiae*³⁰⁴):

- Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias ABRAINC;
- Câmara Brasileira da Indústria da Construção CBIC;
- MVR Engenharia e Participações S/A e Parque Piazza Navona incorporações STE Ltda.;
- Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor do governo do Estado de São Paulo Procon/SP;
- Ordem dos Advogados do Brasil Seção de São Paulo Comissão de Direito Urbanístico;

³⁰⁴ TJSP; Incidente de resolução de demandas repetitivas 0023203-35.2016.8.26.0000; Relator (a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: Turma Especial - Privado 1; Foro de Piracicaba - 5ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 26/10/2017; Data de Registro: 01/11/2017, pp. 7/8 do acórdão.

- Sindicato das Empresas de Compra e Venda, Locação e Administração de Imóveis Residenciais e Comerciais de São Paulo – SECOVI;
- Sindicato da Indústria da construção Civil de Grandes Estruturas do Estado de São Paulo - SINDUSCON-SP.

Teses firmadas:

“Tese jurídica aprovada relativa ao tema 01: É válido o prazo de tolerância, não superior a cento e oitenta dias corridos estabelecido no compromisso de venda e compra para entrega de imóvel em construção, desde que previsto em cláusula contratual expressa, clara e inteligível.

Tese jurídica aprovada referente ao tema 02: Na aquisição de unidades autônomas futuras, financiadas na forma associativa, o contrato deverá estabelecer de forma expressa, clara e inteligível o prazo certo para formação do grupo de adquirentes e para entrega do imóvel.

Tese jurídica aprovada referente ao tema 05: O atraso da prestação de entrega de imóvel objeto de compromisso de compra e venda gera obrigação da alienante indenizar o adquirente pela privação injusta do uso do bem. O uso será obtido economicamente pela medida de um aluguel, que pode ser calculado em percentual sobre o valor atualizado do contrato, correspondente ao que deixou de receber, ou teve de pagar para fazer uso de imóvel semelhante, com termo final na data da disponibilização da posse direta ao adquirente da unidade autônoma já regularizada.

Tese jurídica aprovada referente ao tema 06: É ilícito o repasse dos "juros de obra", ou "juros de evolução de obra", ou taxa de evolução da obra", ou outros encargos equivalentes após o prazo ajustado no contrato para entrega das chaves da unidade autônoma, incluído período de tolerância.

Tese jurídica aprovada referente ao tema 07: A restituição de valores pagos em excesso pelo promissário comprador em contratos de compromisso de compra e venda far-se-á de modo simples, salvo má-fé do promitente vendedor.

Tese jurídica aprovada referente ao tema 08: O descumprimento do prazo de entrega de imóvel objeto de compromisso de venda e compra, computado o período de tolerância, não faz cessar a incidência de correção monetária, mas tão somente dos juros e multa contratual sobre o saldo devedor. Devem ser substituídos indexadores setoriais, que refletem a variação do custo da construção civil por outros indexadores gerais, salvo quando estes últimos forem mais gravosos ao consumidor.

Tese jurídica aprovada referente ao tema 09: Não se aplica a multa prevista no artigo 35, parágrafo 5º, da Lei n. 4.591/64 para os casos de atraso de entrega das unidades autônomas aos promissários compradores.

Em relação ao tema 03, deram por prejudicado em razão da afetação do tema pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp 1614721/DF e 1631485/DF, Tema 971), nos termos do disposto no art. 976, parágrafo 4º, do CPC.

Em relação ao tema 04, rejeitaram o estabelecimento de qualquer tese em razão do tema envolver necessariamente matéria fática ao exame de cada caso concreto.”³⁰⁵

Julgamento unânime.

Considerações:

Neste caso se verificou a instauração do incidente a requerimento do juiz de primeiro grau.

O julgamento o incidente se deu mediante fixação da tese jurídica, reconhecendo-se a divergência doutrinária e, muito embora se tenha proposto uma conciliação entre elas, claramente se optou pelo método de cisão cognitiva ³⁰⁶, inclusive com o prosseguimento do incidente a despeito da extinção do

³⁰⁵ Conforme <http://www.tjsp.jus.br/Nurer/Nurer/IRDR>, consultado em 8.1.2018. Extrai-se do voto: “A proposta que se faz à Turma Julgadora é a conciliação das duas correntes doutrinárias “causa piloto” e decisão abstrata de tese jurídica - mediante cisão cognitiva do incidente. Far-se-á o julgamento segundo as teses jurídicas do caso-piloto concreto. As teses firmadas servirão ao MM. Juiz de Direito para julgar a demanda, sem o risco de supressão de instância. Diga-se que essa cisão cognitiva é ínsita ao IRDR.”

³⁰⁶ Incidente de resolução de demandas repetitivas 0023203-35.2016.8.26.0000, pp. 12/13 do acórdão.

processo paradigma em razão de transação celebrada pelas partes originais, com a juntada aos autos do incidente de processo idêntico, relativo ao mesmo empreendimento imobiliário³⁰⁷.

Muito embora se tenha observado participação ampla de interessados, cinco deles eram entidades de classe que representavam os interesses dos litigantes habituais, enquanto do lado dos litigantes eventuais havia apenas o Procon e a OAB.

Como em outros casos, o incidente foi decidido conforme entendimento já consolidado (súmulas editadas cerca de um ano e meio antes³⁰⁸), conforme tabela abaixo:

Nº do Tema no IRDR – ementa	Súmula do TJSP
01: “É válido o prazo de tolerância, não superior a cento e oitenta dias corridos estabelecido no compromisso de venda e compra para entrega de imóvel em construção, desde que previsto em cláusula contratual expressa, clara e inteligível”.	Súmula 164: É válido o prazo de tolerância não superior a cento e oitenta dias, para entrega de imóvel em construção, estabelecido no compromisso de venda e compra, desde que previsto em cláusula contratual expressa, clara e inteligível.
05: “O atraso da prestação de entrega de imóvel objeto de compromisso de compra e venda gera obrigação da alienante indenizar o adquirente pela privação injusta do uso do bem. O uso será obtido economicamente pela medida de um aluguel, que pode ser calculado em percentual sobre o valor atualizado do contrato, correspondente	Súmula 162: Descumprido o prazo para a entrega do imóvel objeto do compromisso de venda e compra, é cabível a condenação da vendedora por lucros cessantes, havendo a presunção de prejuízo do adquirente, independentemente da finalidade do negócio.

³⁰⁷ Incidente de resolução de demandas repetitivas 0023203-35.2016.8.26.0000, p. 8 do acórdão.

³⁰⁸ Súmulas 162 a 164 foram aprovadas pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, nos termos do artigo 191, § 3º, do Regimento Interno, relativas à Turma Especial da Seção de Direito Privado – Subseção I, e publicadas no Diário da Justiça Eletrônico em 1.2.2016, pp. 5/10.

<p>ao que deixou de receber, ou teve de pagar para fazer uso de imóvel semelhante, com termo final na data da disponibilização da posse direta ao adquirente da unidade autônoma já regularizada”.</p>	
<p>08: “O descumprimento do prazo de entrega de imóvel objeto de compromisso de venda e compra, computado o período de tolerância, não faz cessar a incidência de correção monetária, mas tão somente dos juros e multa contratual sobre o saldo devedor. Devem ser substituídos indexadores setoriais, que refletem a variação do custo da construção civil, por outros indexadores gerais, salvo quando estes últimos forem mais gravosos ao consumidor”</p>	<p>Súmula 163: O descumprimento do prazo de entrega do imóvel objeto do compromisso de venda e compra não cessa a incidência de correção monetária, mas tão somente dos encargos contratuais sobre o saldo devedor.</p>

Tabela 2: comparação entre teses firmadas em julgamento de IRDR e súmulas editadas pelo TJSP cerca de um ano e meio antes

Se, por um lado, observa-se novamente o uso do incidente como forma de conferir eficácia vinculante a precedentes persuasivos, prevalecendo o seu aspecto pragmático e relacionado à eficácia da administração da justiça, por outro lado, o procedimento do incidente admite maior participação e o caso concreto se deu mediante escolha justificada do processo-modelo e participação de interessados, além de ter resultado em decisão favorável aos interesses dos litigantes eventuais, de modo que, se pode reconhecer que em certa medida, foi garantido o acesso à justiça.

Tema 5

Paradigma: IRDR Nº 2151535-83.2016.8.26.0000

Número de processos sobrestados em razão da admissão do incidente:
dado não disponível

Resumo da controvérsia: “O caso sob exame discute o cabimento da pretensão de incorporação integral (100%) do Adicional Local de Exercício ao salário-base (padrão).”³⁰⁹ E também: “A FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO ingressou com o presente INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS, tendo como ação originária os autos do processo nº 1051232-50.2015.8.26.0053, ajuizado por HILDEBRANDO DOS SANTOS JÚNIOR E OUTROS, onde postulam o recálculo de seus vencimentos, sob o fundamento de que o Adicional de Local de Exercício ALE, a que fazem jus, foi incorretamente incorporado, nos termos da LC nº 1.197/2013, em apenas 50%, motivo pelo qual, requerem a incorporação do mencionado adicional no patamar de 100% sobre o salário base.”³¹⁰

Questão submetida a julgamento: “INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - ALE - Incorporação de 100% sobre o salário base - LC nº 1.197/2013 - Efetiva repetição de processos - Questão unicamente de direito - Risco de Ofensa à isonomia e à segurança jurídica - Presença dos requisitos do art. 976, do Código de Processo Civil - Incidente Admitido.” Controvérsia relativa à pretensão de incorporação integral do Adicional de Local de Exercício ALE, no percentual de 100% (cem por cento), ao salário base, na forma da Lei Complementar nº 1.197/2013.³¹¹

Manifestações de interessados: não houve³¹². Ministério Público opinou pelo acolhimento da “tese sustentada pela suscitante e que seja julgada improcedente a Apelação nº.1051232-50.2015.8.26.0053”³¹³.

³⁰⁹ TJSP; Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 2151535-83.2016.8.26.0000; Relator (a): Moreira de Carvalho; Órgão Julgador: Turma Especial - Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 5ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 30/06/2017; Data de Registro: 04/07/2017, p. 5 do acórdão.

³¹⁰ Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 2151535-83.2016.8.26.0000 *cit.*, p. 3 do acórdão.

³¹¹ Conforme <http://www.tjsp.jus.br/Nurer/Nurer/IRDR>, consultado em 9.1.2018.

³¹² “Por despacho proferido às fls.459 foi determinada a abertura de prazo para que as partes se manifestassem. Decorreu o prazo legal sem manifestação (fls. 474).” (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 2151535-83.2016.8.26.0000 *cit.*, p. 4 do acórdão.)

³¹³ Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 2151535-83.2016.8.26.0000 *cit.*, p. 4 do acórdão.

Tese firmada: "Da incorporação de 50% do valor Adicional de local de exercício (ALE) ao valor do salário – base do servidor, posto que os outros 50% foram absorvidos pelo Regime Especial de Trabalho Policial (RETP), com fundamento na Lei Complementar nº 1.197, de 12 de abril de 1973."³¹⁴

Julgamento unânime.

Considerações:

Também nesse caso houve instauração do incidente mediante requisição do litigante habitual, no caso, a Fazenda Pública.

O julgamento do IRDR foi unânime, mas houve voto divergente pela inadmissibilidade do incidente, ao fundamento de que “pesquisa realizada através do site deste E. Tribunal permite concluir tratar-se de matéria praticamente pacificada, limitada a divergência, ou controvérsia, a casos pontuais, os quais não chegam, nem mesmo, a constituir unanimidade em uma das Colendas Câmaras desta Seção de Direito Público.” E prossegue: “De fato, constata-se entendimento a destoar da maciça jurisprudência desta Seção unicamente dentro da C. 13ª Câmara de Direito Público, a qual conta com nobres cinco Desembargadores e dois Juízes Substitutos em Segundo Grau, dentre os quais cinco adotam posicionamento contrário àquele adotado por todas as demais Câmaras.”³¹⁵

Veja-se, então, que o requisito do risco à isonomia existia, embora reduzido, já que aqueles que porventura tivessem seus recursos julgados pela 13ª Câmara de Direito Público teriam resultado divergente em relação a todos os demais casos decididos pelo Tribunal de Justiça, situação anômala que contraria o princípio da igualdade e da segurança jurídica.

Todavia, parece prevalecer também nesse caso o aspecto pragmático relacionado à força vinculante da tese jurídica. Admitindo-se que, enquanto houvesse uma das Câmaras do Tribunal favorável à tese dos litigantes

³¹⁴ Conforme <http://www.tjsp.jus.br/Nurer/Nurer/IRDR>, consultado em 9.1.2018.

³¹⁵ TJSP; Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 2151535-83.2016.8.26.0000; Relator (a): Moreira de Carvalho; Órgão Julgador: Turma Especial - Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 5ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 11/11/2016; Data de Registro: 18/11/2016, pp. 12/13 do acórdão.

eventuais, continuariam a ser interpostos recursos, visando obter a pequena chance de serem analisados por aquele órgão julgador.

Além disso, sem a decisão do incidente, não estão disponíveis diversos dos meios de aceleração de julgamentos associados ao sistema de precedentes, como o julgamento liminar de improcedência, por exemplo.

Como visto, não houve participação de interessados, tampouco se verificou terem havido meios de ampliação do debate e de compensação da ausência de participação direta, estando praticamente pacificada a questão, o procedimento se deu de forma a sepultar a divergência por ele próprio identificada.

Tema 7

Paradigma: IRDR nº 0056229-24.2016.8.26.0000

Número de processos sobrestados em razão da admissão do incidente:
dado não disponível

Resumo da controvérsia: “Trata-se de INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS suscitado pela EXMA. SRA. DES. RELATORA, TERESA RAMOS MARQUES, DA 10ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DESTA E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA, tendo como ação originária os autos do processo nº 0002387-21.2013.8.26.0361, ajuizado por GRACINHA MORAES MARCONDES em face da FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, postulando a inclusão do Prêmio de Incentivo à Qualidade PIQ no cálculo do 13º salário, 1/3 de férias, quinquênios, sexta parte e outras gratificações.”³¹⁶

Questão submetida a julgamento: "INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - Prêmio de Incentivo - Inclusão no cálculo do 13º salário, férias, terço constitucional de férias, quinquênio e sexta parte - Leis Estaduais nº 8.975/94, 9.185/95 e 9.463/96 e Decreto nº 41.794/07 - Efetiva

³¹⁶ TJSP; Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 0056229-24.2016.8.26.0000; Relator (a): Moreira de Carvalho; Órgão Julgador: Turma Especial - Público; Foro de Mogi das Cruzes - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 10/11/2017; Data de Registro: 14/11/2017, p. 2 do acórdão.

repetição de processos - Questão unicamente de direito - Risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica - Presença dos requisitos do art. 976, do Código de Processo Civil Incidente admitido."³¹⁷

Manifestações de interessados: houve, mas não é possível saber quem se manifestou ou qual o teor respectivo, pois essa informação não consta do acórdão que julgou o incidente, quer no relatório ou na fundamentação (consta apenas que “Manifestaram-se a Procuradoria Geral de Justiça (fls. 74/76 e 151) e interessados no feito (fls. 79/93 e 95/105)”³¹⁸). As informações tampouco estão disponíveis nos autos eletrônicos, que, por falha do sistema de automação da justiça (SAJ/TJSP) disponibilizava na data da consulta apenas parte dos documentos que integram o incidente³¹⁹.

Tese firmada: “Inclusão de 50% do valor do prêmio de incentivo no cálculo do 13º salário, férias, terço constitucional de férias, quinquênio e sexta parte.”

Julgamento por maioria³²⁰.

Considerações:

A análise deste caso ficou em parte prejudicada pela ausência de dados confiáveis. De todo modo, o acórdão não relatou adequadamente nem enfrentou especificamente as alegações dos interessados, o que demonstra pouca preocupação com a amplitude do contraditório, com a compensação da ausência de participação direta e com o dever de fundamentação específica.

³¹⁷ Conforme <http://www.tjsp.jus.br/Nurer/Nurer/IRDR>, consultado em 9.1.2018.

³¹⁸ Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 0056229-24.2016.8.26.0000 cit., p. 3 do acórdão.

³¹⁹ Registra-se que, em 9.1.2018, requisitou-se assistência técnica à secretaria de tecnologia da informação do Tribunal de Justiça, que informou que a correção do defeito apresentado nos autos eletrônicos demandaria a abertura de chamado com prazo de 30 dias para resposta, de modo que os dados não estavam disponíveis para análise até a data de depósito da tese.

³²⁰ Embora se extraia do acórdão que "Por maioria de votos, FIXARAM A TESE JURÍDICA DA INCIDÊNCIA DE 50% DO VALOR PAGO DO PRÊMIO DE INCENTIVO - PARTE FIXA - SOBRE OS ADICIONAIS TEMPORAIS, TERÇO DE FÉRIAS E DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO e aplicando esse entendimento ao caso concreto, verifica-se que a sentença de Primeiro Grau deve ser parcialmente reformada, razão pela qual, desta vez por unanimidade, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO REEXAME NECESSÁRIO E AO RECURSO DE APELAÇÃO.", não há informação de quais foram as divergências, se totais ou parciais, e tampouco há declaração de voto anexada ao acórdão.

4.3. Segunda parte: Incidentes de resolução de demandas repetitivas admitidos mas não julgados

Tema 6

Paradigma: IRDR nº 0055880-21.2016.8.26.0000

Número de processos sobrestados em razão da admissão do incidente:
dado não disponível

Resumo da controvérsia: “Joelma Cordeiro do Amaral, servidora pública municipal, propôs ação dirigida ao Município de Cubatão, como intuito de alcançar reenquadramento na carreira, de 20 a 40 níveis acima de seu nível atual, com pagamento das diferenças advindas e seus respectivos reflexos, nos termos da Lei nº 1.986/91 e Decreto nº 6.594/92, ambos do Município de Cubatão; de forma subsidiária, pediu a tutela antecipada, para determinar-se a realização de avaliação de desempenho pelo demandado, de forma a possibilitar a condenação final à progressão na carreira.”³²¹

Questão submetida a julgamento: "INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - Controvérsia das Câmaras de Direito Público quanto à existência, ou não, do dever da Administração Municipal de Cubatão em realizar a avaliação periódica de seus servidores, nos termos da legislação municipal - Lei Municipal nº 1.986/1991 e Decreto Municipal nº 6.594/1992 - Possibilidade de acolhimento do incidente - Inteligência dos arts. 976 e seguintes, do CPC/2015 - Requisitos legais que se fazem presentes - Insegurança jurídica e risco de julgamentos não isonômicos que se fazem presentes - Incidente acolhido."³²²

Manifestações de interessados: até o momento não houve.

Considerações:

³²¹ TJSP; Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 0055880-21.2016.8.26.0000; Relator (a): Luis Ganzerla; Órgão Julgador: Turma Especial - Publico; Foro de Cubatão - 1ª Vara; Data do Julgamento: 02/12/2016; Data de Registro: 31/01/2017, p. 2 do acórdão de admissão.

³²² Conforme <http://www.tjsp.jus.br/Nurer/Nurer/IRDR>, consultado em 9.1.2018.

O caso sob análise é especialmente interessante por expressar claramente a compreensão do incidente pelos julgadores como mecanismo de aceleração de julgamentos e gerenciamento de processos. Veja-se.

O relator sorteado Luis Ganzerla votou pela inadmissão do incidente, consignando que “pesquisa realizada através do site deste E. Tribunal permite concluir tratar-se de matéria praticamente pacificada, limitada a divergência, ou controvérsia, a casos pontuais, os quais não chegam, nem mesmo, a ultrapassar uma dezena de magistrados (einentes Desembargadores Ricardo Feitosa (4ª Câmara), Luis Fernando Camargo de Barros Vidal (4ª Câmara), Ana Liarte (4ªCâmara), Paulo Barcellos Gatti (4ª Câmara), Carlos Violante (2ªCâmara), Cláudio Augusto Pedrassi (2ª Câmara), Vera Angrisani (2ªCâmara), Paulo Galizia (10ª Câmara), Torres de Carvalho (10ª Câmara)e Souza Meirelles (13ª Câmara)”³²³.

Não obstante, o incidente foi instaurado, ponderando-se que “a vinculação de entendimento imposta pelo instituto conduz a outra conclusão, de suma importância ao desfecho do caso *sub examine*: se o maior ganho obtido pelo incidente é justamente a celeridade de julgamento conferida a casos repetitivos e a pacificação da jurisprudência antes controvertida, com a consequente salvaguarda da isonomia e segurança jurídica, inútil será a imposição de tese já adotada pela quase totalidade dos membros desta C. Seção; se prestará o instituto, nesses termos, a vincular o entendimento de alguns poucos ilustres magistrados deste E. Tribunal, fato este que, sempre com a devida permissão, não se afigura razoável.”³²⁴

Fica claro, portanto, que os dissensos jurisprudenciais passam a ser admitidos até certo momento, quando a tendência da Corte se demonstrar em determinado sentido, suprime-se a divergência. Considerando-se, todavia, que os dispositivos legais em discussão datam de 1991 e 1992, necessária a ressalva de que talvez o debate já tenha há muito se consolidado, e a divergência que se

³²³ Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 0055880-21.2016.8.26.0000 *cit.*, pp. 7/8 do acórdão de admissão.

³²⁴ Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 0055880-21.2016.8.26.0000 *cit.*, p. 42 do acórdão de admissão.

busca afastar seja de fato indesejável, por não contribuir com o amadurecimento da análise jurisdicional.

Tema 8

Paradigma: IRDR nº 2210494-47.2016.8.26.0000

Número de processos sobrestados em razão da admissão do incidente:
dado não disponível

Resumo da controvérsia: “MARCO AURÉLIO DE OLIVEIRA RADDI, qualificado nos autos de ação de execução fiscal (proc. n. 1000038-90.2016.8.26.0565, da Comarca de São Caetano do Sul), que lhe é movida pela PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO CAETANODO SUL, suscita o presente INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR), alegando, em síntese, que o referido incidente diz respeito à questão da ilegalidade/inconstitucionalidade da Taxa de Coleta, Remoção e Destinação do Lixo, cobrada no Município de São Caetano do Sul com o advento da Lei Municipal n. 2.454/77 (Código Tributário Municipal).”³²⁵

Questão submetida a julgamento: "INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR) - Alegação de ilegalidade e inconstitucionalidade da Taxa de Coleta, Remoção e Destinação do Lixo da Comarca de São Caetano do Sul - Matéria das Câmaras Especializadas em tributos municipais (14^a, 15^a e 18^a) desta Corte - Argumentação no sentido da existência dos requisitos legais do incidente, constantes do art. 976 e incisos do novo Código de Processo Civil - Cabimento - Matéria exclusivamente de direito, que vem recebendo tratamento desigual por parte de alguns dos membros de uma das Câmaras especializadas em tributos municipais - Entendimento de parte dos julgadores no sentido do cabimento dessa taxa, enquanto outros a reputam ilegal - Risco de violação à isonomia que se apresenta como palpável - Multiplicidade de processos em andamento neste Tribunal que está comprovada -

³²⁵ TJSP; Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 2210494-47.2016.8.26.0000; Relator (a): Evaristo dos Santos; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de São Caetano do Sul - 3^a. Vara Cível; Data do Julgamento: 22/03/2017; Data de Registro: 24/03/2017, p. 2 do acórdão de admissão.

Requisitos legais efetivamente presentes - Incidente admitido, com determinação."³²⁶

Manifestações de interessados: não houve.

Considerações:

O incidente foi suscitado por indivíduo em ação que move em face de Prefeitura Municipal, caracterizado, portanto, o litígio entre litigantes eventual e habitual.

Sobre a ausência de manifestação dos interessados: consta dos autos eletrônicos decisão da qual se lê que:

“Tendo-se em vista que não foram apresentadas outras manifestações, conforme certificado, malgrado tenha sido dado regular cumprimento à decisão de fls. 128/129, determino, outrossim, com base no art. 983, caput, do Novo CPC, que se abra nova vista ao digno representante do Ministério Público; contudo, desta feita, para o fim de pronunciamento sobre o mérito da matéria discutida.”³²⁷

A decisão de fls. 128/129 conhece o incidente e determina a intimação da Prefeitura Municipal e do Ministério Público, bem como o apensamento de outros quatro pedidos de instauração do incidente.

Não há, portanto, escolha dos processos feita com base nos critérios propostos no decorrer deste estudo. Ao que se percebe, todos os pedidos para instauração do incidente foram acolhidos e reunidos.

Tema 9

Paradigma: IRDR nº 2246948-26.2016.8.26.0000

Número de processos sobrestados em razão da admissão do incidente: dado não disponível

Resumo da controvérsia: “Trata-se de incidente de resolução de demandas repetitivas suscitado pelo ESTADO DE SÃO PAULO nos autos da ação de rito

³²⁶ Conforme <http://www.tjsp.jus.br/Nurer/Nurer/IRDR>, consultado em 9.1.2018.

³²⁷ Autos nº 221494-47.2016.8.26.0000, p. 150.

ordinário proposta pelo CONDOMÍNIO CONJUNTO NACIONAL objetivando uniformizar a jurisprudência estadual relativamente à possibilidade da inclusão da tarifa de uso do sistema de distribuição (TUSD) e da tarifa de uso do sistema de transmissão (TUST) na base de cálculo do ICMS incidente sobre fatura de energia elétrica. Argumenta o suscitante que a repetição de processos sobre a legalidade da cobrança de TUST e TUSD nas contas de energia elétrica vem apresentando risco crescente de ofensa à isonomia e segurança jurídicas, com crescente judicialização da controvérsia.”³²⁸

Questão submetida a julgamento: "Incidente de resolução de demandas repetitivas - Fase de Admissibilidade. Inclusão da tarifa de uso do sistema de distribuição (TUSD) e da tarifa de uso do sistema de transmissão (TUST) na base de cálculo do ICMS incidente sobre fatura de energia elétrica. Presentes os requisitos para admissão do incidente - Repetição de processos envolvendo a mesma controvérsia de direito - Risco evidenciado de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Ausente afetação de recurso para definição de tese sobre a questão nos Tribunais Superiores - Recurso especial representativo da controvérsia em tramitação no C. Superior Tribunal de Justiça, sendo incerta a afetação da matéria no âmbito daquela Corte - Requisito negativo estabelecido no § 4º do artigo 976 do Código de Processo Civil de 2015, não configurado. Incidente admitido, com determinação de suspensão dos processos, individuais ou coletivos, que tramitam em todo o Estado de São Paulo, nos termos do artigo 982, I, do Código de Processo Civil.”³²⁹

Manifestações de interessados:

Pleitearam admissão como *amicus curiae* ou interessado, pendente de apreciação³³⁰:

³²⁸ TJSP; Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 2246948-26.2016.8.26.0000; Relator (a): Luciana Bresciani; Órgão Julgador: Turma Especial - Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 8ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 04/08/2017; Data de Registro: 10/08/2017, pp. 2/3 do acórdão de admissão.

³²⁹ Conforme <http://www.tjsp.jus.br/Nurer/Nurer/IRDR>, consultado em 9.1.2018.

³³⁰ À exceção do SINDNAPI, cujo pedido deferido antes mesmo da sessão de julgamento que admitiu o IRDR – autos eletrônicos nº 2246948-26.2016.8.26.0000 ps. 740/741.

- Sindicato Nacional dos Aposentados, Pensionistas e Idosos da Força Sindical – SINDNAPI;
- Escritórios de advocacia (3)³³¹, advogados (15 manifestações)³³² e estagiário de direito (1)³³³ que atuam em casos semelhantes ao paradigma defendendo particulares;
- Particulares (6) que ajuizaram ações semelhantes ao paradigma³³⁴;
- Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – FIESP e Centro das Indústrias do Estado de São Paulo – CIESP³³⁵;

Considerações:

O presente caso se destaca dos demais em razão do número de interessados que pleiteiam admissão no incidente e pela natureza do seu interesse, vez que, além de particulares que seriam atingidos pela eficácia vinculante da tese, também se apresentaram escritórios de advocacia, advogados e particulares.

Tema 10

Paradigma: IRDR nº 0034345-02.2017.8.26.0000

³³¹ “(...) o escritório peticionante, empenhado no estudo e auxílio aos consumidores, logra êxito em demonstrar sua legitimidade para contribuir na resolução da presente demanda. Isso porque patrocina diversas causas em que se pleiteia pela declaração da inexigibilidade do TUSD e TUST sobre a base de cálculo nas faturas de energia elétrica (...). O resultado do presente incidente afetará diretamente as demandas que o Escritório peticionante patrocina, uma vez que, se admitido e, ainda, caso haja decisão acerca da matéria, tal fato trará efeitos diretos no mérito das ações”. (Autos nº 2246948-26.2016.8.26.0000, ps. 754/755. No mesmo sentido, outros escritórios: ps. 1706/1745; 1875/1876.)

³³² Exemplificativamente, veja-se: “A signatária atua como advogada constituída em várias ações envolvendo a matéria objeto do presente Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, ajuizadas em face do Governo do Estado de São Paulo. Referidas ações foram suspensas pelo período de 1 ano, até o julgamento do presente incidente, restando clara a legitimidade para a presente intervenção como interessada no julgamento do feito”. (Autos eletrônicos nº 2246948-26.2016.8.26.0000, p. 2965). No mesmo sentido, também: ps. 1864/1872, 1885/1908, 1910/1914, 2347/2351, 2495/2523, 2524/2526, 2527/2535, 2564/2568, 2570/2571, 2579/2589, 2604/2621, 3072/3074, 3084/3092, 3094/3105.

³³³ Autos eletrônicos nº 2246948-26.2016.8.26.0000, pp. 1290/1295.

³³⁴ Autos eletrônicos nº 2246948-26.2016.8.26.0000, pp. 829/868, 1916/1941, 2375/2401, 2536/2540, 2591/2593, 2921/2923.

³³⁵ Autos eletrônicos nº 2246948-26.2016.8.26.0000, pp. 2978/2984.

Número de processos sobrestados em razão da admissão do incidente:
dado não disponível

Resumo da controvérsia: “Os autores são servidores públicos estaduais aposentados, antigos integrantes das classes de suporte pedagógico do Quadro do Magistério da Secretaria de Educação Estadual, e, segundo alegam, a Administração Estadual não estaria realizando o pagamento de seus proventos de maneira correta, uma vez que não lhes teria sido concedido o acréscimo patrimonial relativo à Gratificação de Gestão Educacional (GGE), instituída pela Lei Complementar Estadual nº 1.256/2015.”³³⁶

Questão submetida a julgamento: "INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - Controvérsia das Câmaras de Direito Público quanto à natureza, características e extensão da Gratificação de Gestão Educacional, instituída pela Lei Complementar Estadual nº 1.256/2015, notadamente acerca da possibilidade, ou não, da extensão de seu pagamento aos servidores inativos - Possibilidade de acolhimento do incidente - Inteligência dos arts. 976 e seguintes, do CPC/2015 - Requisitos legais preenchidos - Insegurança jurídica e risco de julgamentos não isonômicos que se fazem presentes - Incidente acolhido.”³³⁷

Manifestações de interessados:

Pleitearam admissão como *amicus curiae* ou interessado, pendente de apreciação:

- UDEMO – Sindicato de Especialistas de Educação do Magistério Oficial do Estado de São Paulo³³⁸;
- Escritório de advocacia que patrocina demandas semelhantes ao paradigma³³⁹;

³³⁶ TJSP; Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 0034345-02.2017.8.26.0000; Relator (a): Paulo Barcellos Gatti; Órgão Julgador: Turma Especial - Publico; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 4ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 04/08/2017; Data de Registro: 09/08/2017, p. 3 do acórdão de admissão.

³³⁷ Conforme <http://www.tjsp.jus.br/Nurer/Nurer/IRDR>, consultado em 9.1.2018.

³³⁸ Autos eletrônicos nº 0034345-02.2017.8.26.0000, pp. 338/339,

- Particular que ajuizou demanda semelhante ao paradigma³⁴⁰.

Considerações:

Situação semelhante ao caso anterior ocorre neste, com pedido de admissão de escritório de advocacia.

Tema 11

Paradigma: IRDR nº 0043940-25-2017.8.26.0000

Número de processos sobrestados em razão da admissão do incidente:
dado não disponível

Resumo da controvérsia: “Trata-se de pedido de instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas, formulado por este Relator, com afetação das apelações interpostas no Processo Eletrônico nº 1122514-70.2016.8.26.0100, com o fim de fixar tese aplicável a tema objeto de acesa controvérsia na jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça, relativo à validade, à luz da Lei nº 9.656/1998, do CDC e do Estatuto do Idoso, da cláusula de contrato coletivo de plano de saúde (empresarial ou por adesão), celebrado a partir de 01.01.2004 ou adaptado à Resolução nº 63/2003, da ANS, que prevê reajuste por mudança de faixa etária aos 59 (cinquenta e nove) anos de idade.”³⁴¹

Questão submetida a julgamento: "Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) - Questões de direito relacionadas a reajuste por mudança de faixa etária aos 59 anos, no âmbito de contratos coletivos de plano de saúde empresariais e por adesão) celebrados a partir de 01.01.2004 ou adaptados à Resolução n. 63/03, da ANS - Tese fixada pelo C. STJ no REsp n. 1.568.244/RJ, sob a sistemática dos recursos repetitivos, que não vincula os processos que versem sobre planos coletivos - Divergência jurisprudencial persistente sobre o tema suscitado no âmbito deste E. Tribunal de Justiça - Efetiva repetição de

³³⁹ Autos eletrônicos nº 0034345-02.2017.8.26.0000, pp. 485/499

³⁴⁰ Autos eletrônicos nº 0034345-02.2017.8.26.0000, pp. 525/537

³⁴¹ TJSP; Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 0043940-25.2017.8.26.0000; Relator (a): Grava Brazil; Órgão Julgador: Turma Especial - Privado 1; Foro Central Cível - 45ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/10/2017; Data de Registro: 06/11/2017, pp. 3/4 do acórdão de admissão.

processos - Risco patente de ofensa à isonomia e à segurança jurídica - Requisitos do art. 976, do CPC/15, preenchidos - IRDR admitido, com o seguinte tema: 'Validade, à luz da Lei nº 9.656/1998, do CDC e do Estatuto do Idoso, da cláusula de contrato coletivo de plano de saúde (empresarial ou por adesão), celebrado a partir de 01.01.2004 ou adaptado à Resolução nº 63/2003, da ANS, que prevê reajuste por mudança de faixa etária aos 59 (cinquenta e nove) anos de idade.'"³⁴²

Manifestações de interessados:

Em resposta a ofício, manifestaram-se

- Comissão Especial de Direito à Saúde da Ordem dos Advogados do Brasil – São Paulo³⁴³;
- Agência Nacional de Saúde Suplementar³⁴⁴

Considerações:

Este incidente trata de questão correlata a outra já definida pelo Superior Tribunal de Justiça sob o regime de recursos repetitivos. A decisão do STJ se referiu aos contratos de planos de saúde individuais e familiares e o incidente decide a mesma questão em relação aos contratos coletivos. A distinção ocorre em razão do regramento legal distinto para as modalidades de planos de saúde.

A controvérsia se dá entre litigantes habituais e eventuais e tem potencial para alterar a regulação do setor, de modo que, em tese, se verificam as vantagens do litigante habitual derivadas do julgamento concentrado de questões. Nesse sentido, observe-se que a Agência Nacional de Saúde Suplementar já respondeu ao ofício exarado pela Corte.

Tema 12

³⁴² Conforme <http://www.tjsp.jus.br/Nurer/Nurer/IRDR>, consultado em 9.1.2018.

³⁴³ Autos eletrônicos nº 0043940-25.2017.8.26.0000, pp. 650/660

³⁴⁴ Autos eletrônicos nº 0043940-25.2017.8.26.0000, pp. 680/683.

Paradigma: IRDR nº 0025690-41.2017.8.26.0000

Número de processos sobrestados em razão da admissão do incidente:
dado não disponível

Resumo da controvérsia: “Trata-se de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) suscitado nos termos do art. 976 e art. 977, I, ambos do Código de Processo Civil de 2015, pelo Excelentíssimo Desembargador Torres de Carvalho, integrante da 10ª Câmara de Direito Público, relator da apelação nº 3002785-35.2013.8.26.0451, para que seja definida a natureza, características e extensão do abono desempenho, instituído pela Lei Municipal nº 3.925/1995, e da gratificação de pronto socorro, instituída pela Lei Municipal nº 3.454/1992, alterada pela Lei Municipal nº 3.915/1995, ambos relativos ao Município de Piracicaba.”³⁴⁵

Questão submetida a julgamento: "INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. FASE DE ADMISSIBILIDADE. Tema centrado na natureza, características e extensão do abono desempenho dos funcionários da saúde, instituído pela Lei Municipal nº 3.925/1995, e da gratificação de pronto socorro, instituída pela Lei Municipal nº 3.454/1992, alterada pela Lei Municipal nº 3.915/1995, relativos ao Município de Piracicaba. Maioria da turma julgadora entende presentes os requisitos para admissão do incidente, apenas no que se refere ao abono desempenho, pois quanto a este tema há risco evidenciado de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. A inconstância da jurisprudência das diversas Câmaras, a repercussão da questão (que envolve todos os servidores das Unidades de Saúde do Município de Piracicaba), a diversidade de solução dada pelas turmas e Câmaras e a necessidade de dar interpretação uniforme, definindo o direito da administração e dos administrados demonstram o risco de ofensa à isonomia dos servidores de Piracicaba e à segurança jurídica da Municipalidade e de seus serventuários (elemento qualitativo do IRDR), além de evidenciada a efetiva repetição da controvérsia em centenas de processos (elemento quantitativo do IRDR) Ausência de afetação de recurso para definição

³⁴⁵ TJSP; Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 0025690-41.2017.8.26.0000; Relator (a): Flora Maria Nesi Tossi Silva; Órgão Julgador: Turma Especial - Público; Foro de Piracicaba - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 15/09/2017; Data de Registro: 06/10/2017, p. 3 do acórdão de admissão.

de teses sobre a questão nos Tribunais Superiores. A matéria relativa à gratificação de pronto socorro, relativa ao Município de Piracicaba será analisada nos autos da apelação, considerando que compõe um dos pedidos formulados na inicial, mas não se encontram presentes os requisitos para admissão de IRDR quanto a este tema. INCIDENTE ADMITIDO, apenas no que se refere ao abono desempenho dos funcionários da saúde do Município de Piracicaba (Lei Municipal 3.925/1995), com determinação de suspensão dos processos, individuais ou coletivos, que tramitam em todo o Estado de São Paulo, nos termos do art. 982, I, do Código de Processo Civil de 2015, ressalvados os casos de pedidos de tutela de urgência que serão analisados nos termos do art. 982, parágrafo 2º., do mesmo diploma legal.”³⁴⁶

Manifestações de interessados: informação não disponível nos autos eletrônicos, que, por falha do sistema de automação da justiça (SAJ/TJSP) disponibilizava na data da consulta apenas parte dos documentos que integram o incidente³⁴⁷.

Considerações:

Análise em parte prejudicada pela ausência de dados confiáveis. Pode-se constatar, tão somente, que se trata de demanda pseudoindividual, sob o formato litigante eventual *versus* litigante habitual, em que o réu é ente federativo (Município), relacionado a pagamento de verbas salariais (abono desempenho e gratificação de pronto socorro).

Tema 13

Paradigma: IRDR nº 2187472-23.2017.8.26.0000

Número de processos sobrestados em razão da admissão do incidente:
dado não disponível

³⁴⁶ Conforme <http://www.tjsp.jus.br/Nurer/Nurer/IRDR>, consultado em 9.1.2018.

³⁴⁷ Registra-se que, em 9.1.2018, requisitou-se assistência técnica à secretaria de tecnologia da informação do Tribunal de Justiça, que informou que a correção do defeito apresentado nos autos eletrônicos demandaria a abertura de chamado com prazo de 30 dias para resposta, de modo que os dados não estavam disponíveis para análise até a data de depósito da tese.

Resumo da controvérsia: “Trata-se de incidente de resolução de demandas repetitivas suscitado por FL. LOGÍSTICA BRASIL LTDA. em face do MUNICÍPIO DE SÃO PAULO objetivando a procedência do presente incidente para o fim de observar o devido processo legal, mediante envio da dupla notificação para toda e qualquer penalidade advinda do Código de Trânsito Brasileiro, sobretudo nas multas acessórias aplicadas às pessoas jurídicas por ausência de indicação do condutor infrator na multa originária”³⁴⁸

Questão submetida a julgamento: “Incidente de resolução de demandas repetitivas - Fase de Admissibilidade. Necessidade ou não de se renovar a notificação da autuação por falta de indicação de condutor, quando o autuado é pessoa jurídica. Presentes os requisitos para admissão do incidente - Repetição de processos envolvendo a mesma controvérsia de direito - Risco evidenciado de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Ausente afetação de recurso para definição de tese sobre a questão nos Tribunais Superiores - Requisito negativo estabelecido no § 4º do artigo 976 do Código de Processo Civil de 2015, não configurado. Admitido o incidente, com determinação de suspensão dos processos, individuais ou coletivos, que tramitam em todo o Estado de São Paulo, nos termos do artigo 982, I, do Código de Processo Civil.”³⁴⁹

Manifestações de interessados (até o momento do depósito da tese):

- 4 pela tese do suscitado, da Empresa Municipal de Desenvolvimento de Campinas S/A – EMDEC³⁵⁰, da Empresa Municipal de Desenvolvimento Urbano e Rural de Bauru - EMDURB³⁵¹, da Companhia de Engenharia de Tráfego de Santos CET-SANTOS³⁵² e da Transerp Empresa de Trânsito e Transporte Urbano de Ribeirão Preto S/A³⁵³

³⁴⁸ TJSP; Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 2187472-23.2017.8.26.0000; Relator (a): Luciana Bresciani; Órgão Julgador: Turma Especial - Publico; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 16ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 10/11/2017; Data de Registro: 13/11/2017, p. 2 do acórdão de admissão.

³⁴⁹ Conforme <http://www.tjsp.jus.br/Nurer/Nurer/IRDR>, consultado em 9.1.2018.

³⁵⁰ Autos eletrônicos nº 2187472-23.2017.8.26.0000, pp. 148/160.

³⁵¹ Autos eletrônicos nº 2187472-23.2017.8.26.0000, pp. 272/275.

³⁵² Autos eletrônicos nº 2187472-23.2017.8.26.0000, pp. 299/309.

³⁵³ Autos eletrônicos nº 2187472-23.2017.8.26.0000, pp. 440/447.

- Advogados que patrocinam particulares em ações semelhantes ao paradigma requereram sua admissão como interessados³⁵⁴, pendente de apreciação.

Considerações:

Neste caso não está clara a relação entre litigantes eventuais e habituais. Aqueles que suscitaram o incidente são pessoas jurídicas com atividade empresarial e, ainda que não se identifique a habitualidade com a atuação em processos, possuem maiores capacidades organizacionais, o que reflete, em tese, na possibilidade de estarem assessorados por advogados mais bem preparados tecnicamente, de terem planejado estrategicamente o litígio, serem capazes de suportar os custos do processo, inclusive aqueles relacionados a sua demora, entre outras vantagens associadas ao litigante habitual.

Não obstante, os interessados admitidos até o momento são todos em favor da tese do suscitado, tendo-se em favor dos suscitantes mais uma vez advogados que patrocinam causas semelhantes.

O incidente foi instaurado a partir do processo em que foi suscitado, requerido pela sua parte autora, não se tendo informação a respeito de outros pedidos.

Tema 14

Paradigma: IRDR nº 0054174-66.2017.8.26.0000

Número de processos sobrestados em razão da admissão do incidente:
dado não disponível

Resumo da controvérsia: “Trata-se de pedido de instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas, formulado por este Relator, com afetação da apelação interposta no Processo Eletrônico nº 1010627-24.2016.8.26.0604, com o fim de fixar tese aplicável a tema objeto de controvérsia na jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça, relativo à existência, ou não, de direito do ex-empregado

³⁵⁴ Autos eletrônicos nº 2187472-23.2017.8.26.0000, pp. 243/254, 343/363.

de manter-se como beneficiário do plano de saúde coletivo mantido pela ex-empregadora, juntamente com seus dependentes, após o encerramento da relação empregatícia, com fulcro nos arts. 30 e 31, da Lei n. 9.656/98, nos casos em que o plano de saúde, durante a relação de emprego, tenha sido custeado integralmente pela empregadora, como usem o pagamento de coparticipação pelo empregado quando da efetiva utilização dos serviços.”³⁵⁵

Questão submetida a julgamento: "Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) - Questão de direito relacionada ao preenchimento do requisito da "contribuição" para que ex-empregado faça jus a manter-se como beneficiário do plano de saúde coletivo mantido pela ex-empregadora, após o encerramento da relação de trabalho, com fulcro nos arts. 30 e 31, da Lei n. 9.656/98 - Divergência jurisprudencial sobre o tema no âmbito deste E. Tribunal de Justiça, e, ainda, entre grande parte dos julgados prolatados por este E. Tribunal de Justiça e a jurisprudência consolidada do C. STJ na matéria - Efetiva repetição de processos - Risco patente de ofensa à isonomia e à segurança jurídica - Requisitos do art. 976, do CPC/15, preenchidos -IRDR admitido, com o seguinte tema: 'Existência, ou não, de direito do ex-empregado de manter-se como beneficiário do plano de saúde coletivo mantido pela ex-empregadora, juntamente com seus dependentes, após o encerramento da relação empregatícia, com fulcro nos arts. 30 e 31, da Lei n. 9.656/98, nos casos em que o plano de saúde, durante a relação de emprego, tenha sido custeado integralmente pela empregadora, com ou sem o pagamento de coparticipação pelo empregado quando da efetiva utilização do benefício'.”³⁵⁶

Manifestações de interessados: até o momento não houve.

Considerações:

³⁵⁵ TJSP; Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 0054174-66.2017.8.26.0000; Relator (a): Grava Brazil; Órgão Julgador: Turma Especial - Privado 1; Foro de Sumaré - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 07/12/2017; Data de Registro: 11/12/2017, p. 4 do acórdão de admissão.

³⁵⁶ Conforme <http://www.tjsp.jus.br/Nurer/Nurer/IRDR>, consultado em 9.1.2018.

O incidente trata de questão que o Superior Tribunal de Justiça já pacificou³⁵⁷ no sentido de excluir a cobertura, mas o Tribunal de Justiça de São Paulo prossegue divergindo daquela Corte. Se trata, portanto, de hipótese em que se instaura o incidente para atribuir eficácia vinculante à tese, de modo a contingenciar o volume de processos.

Tema (nº)	Caso piloto	Audiência pública	Amicus curiae (#)
1	Individual ³⁵⁸	Não	Intervenção BB
2	Individual	Não	Não
3	Individual	Não	Assistência BB
4	Individual	Não	Sim
5	Individual ³⁵⁹	Não	Não
6	Individual	-	-
7	Individual	Não	Informação indisponível
8	Individual	-	Não

³⁵⁷ EDcl no AgRg no REsp nº 1.517.566/RS, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. em 28/03/2017; REsp 1592581/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 16/03/2017; AgInt no REsp 1.603.757/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 21/02/2017; AgInt no AgInt no REsp 1.615.164/SP, Rel. Min. Raul Araújo, j. 21/02/2017; AgInt no AgInt no REsp 1.614.149/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellize, j. 02/02/2017; e REsp 1.608.346/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 18/10/2016.

³⁵⁸ Processo individual em litisconsórcio facultativo: “A demanda em cujo processo foi suscitado este incidente é proposta por doze pessoas, entre as quais o suscitante”. (TJSP; Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 2059683-75.2016.8.26.0000; Relator (a): Ricardo Pessoa de Mello Belli; Órgão Julgador: Turma Especial - Privado 2; Foro Central Cível - 37ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/03/2017; Data de Registro: 15/08/2017, p. 3.)

³⁵⁹ Demanda individual em litisconsórcio facultativo de 30 autores: Wagner Barros Mendonça, Andre Portela Rossler, Claudio Marcelo Colletti, Claudio Roberto Gasparotto, Edson Fernandes Ribeiro, Cristian Borges De Carvalho, Carlos Eduardo Soares Barbosa, Edson Ribeiro Da Silva, Rosangela Silva Souza, Vilmar Silvano Filho, Meires Aparecida Querino De Moraes, Abner Celso Moreira, Jose Carlos Tavares, Sergio Ferragem Da Silva, Edson Jose Pereira Magalhaes Junior, Carlos André De Camargo, Rosana dos Santos Lopes, Hildebrando dos Santos Junior, Lenyson Lima Silva, Willian André da Silva Santos, Patrícia Regina Biasini, Denivaldo Francisco Januário, Renato Rodrigues Buso, Sandra Regina Justra, Pedro dos Reis, Tales Justino da Silva, Rui Franco, Katia Loraini Barbosa, Maria Eliana da Silva Galvão e Mirian Resende Santos.

9	Individual	-	Aguarda apreciação
10	Individual	-	Aguarda apreciação
11	Individual	-	Manifestações em resposta a ofício
12	Individual	-	Informação indisponível
13	Individual	-	Aguarda apreciação
14	Individual	-	-

4.4. Análise dos resultados

De todos os incidentes analisados, apenas um não foi instaurado a partir de processo em que atuavam litigantes habitual e eventual, o que demonstra que a litigiosidade repetitiva se dá em razão em relações jurídicas massificadas, sejam elas realizadas entre indivíduos e empresas, seja entre cidadãos e Estado.

Nove dos catorze processos tinham o Estado no pólo passivo do processo-modelo, sendo que em sete dos incidentes se discutem verbas remuneratórias, como abonos, salários, gratificações etc. Nos dois processos restantes, se discutem questões tributárias.

Os cinco incidentes que envolvem pessoas jurídicas são divididos entre dois relativos à contratos bancários, dois relativos à planos de saúde e um relacionado à compra de imóveis (aptos em construção).

Embora se possa identificar as vantagens apontadas por MARC GALANTER aos litigantes eventuais, o que ficou evidente em ao menos um dos julgamentos, não foram todos os casos julgados de forma favoráveis aos seus

interesses, o que, de todo modo, já era alertado pelo autor, quando advertia que as vantagens existiriam independentemente de serem auferidas.

Em alguns casos não se constatou a participação de qualquer interessado, ressalvando-se todavia que a depender do andamento do incidente isso ainda poderia vir a acontecer.

Em três dos incidentes se constatou pedidos de admissão no incidente de advogados, escritórios de advocacia, e até mesmo de um estagiário, como interessados.

Esta situação se relaciona com questão tratada no curso deste estudo, quando se abordou a natureza do interesse daqueles que poderiam participar do incidente, tendo-se sustentado que, embora se exija interesse jurídico, esse não deveria corresponder àquele exigido do assistente, seja ele simples ou litisconsorcial, admitindo-se igualmente o interesse institucional na definição da tese.

O interesse institucional, como visto, decorre da necessária ampliação do contraditório no seu aspecto objetivo, mas igualmente sob o aspecto subjetivo, para o qual se exige a demonstração de que será defendido por quem atenda aos parâmetros de representante adequado.

O presente caso exemplifica o que se defendeu anteriormente, a admissão indistinta de advogados e estagiários que pleiteiem participação no incidente, *a priori*, não é adequada.

Como visto, a representatividade adequada deve ser tanto da parte quanto de seus advogados e, nesse sentido, um escritório que patrocina demandas semelhantes ao paradigma pode contribuir para o debate e ter interesse que o autorize a defender aquela posição em juízo.

Conquanto seja necessária a ampliação do contraditório, a admissão dos interessados deve ser feita mediante controle de representatividade. Sem a demonstração de que possuem interesse jurídico ou institucional na resolução do incidente e que possuem capacidade para proceder a defesa vigorosa dos

interesses dos ausentes, sua participação pode se revelar mais prejudicial do que benéfica.

Melhor seria que os escritórios e advogados interessados formulassem pedidos de instauração do incidente em seus respectivos processos e que o julgador os acolhesse como processos modelo sob o incidente já instaurado.

Desse modo, ter-se-ia delineados os argumentos das partes, eventuais decisões já proferidas nos casos, e se alcançaria pluralidade de sujeitos processuais no incidente, lembrando-se que autor e réu dos processos-modelo têm maiores possibilidades de atuação do que os interessados intervenientes.

Não se constatou qualquer preocupação específica com a amplitude do contraditório e com a representatividade adequada, ressalvando-se, apenas, que em um dos casos houve fundamentação adequada, analisando-se todos os argumentos suscitados no incidente e, em outro caso, embora tenham sido levantados todos os posicionamentos da Corte sobre a questão controvertida, a análise foi superficial, apenas aderindo ao entendimento que era sufragado pela maioria.

As decisões não fizeram referência a critérios de escolha dos processos-modelo, tampouco houve ampla participação de interessados na maior parte dos casos. Quando admitidos interessados em papel análogo ao do *amicus curiae*, se verificou que representavam os interesses do litigante habitual, constatando-se em apenas um dos casos a presença da OAB e do Procon.

O traço mais evidente dos incidentes examinados é seu manejo em situações em que o entendimento do Tribunal ou do Superior Tribunal de Justiça está consolidado, do que se extrai que o incidente é instaurado para conferir eficácia vinculante à tese e, assim, suprimir a divergência e permitir o gerenciamento do volume de processos, com os mecanismos previstos no Código de Processo Civil, tais como o julgamento liminar de improcedência (art. 332, III).

Observe-se, nesse sentido, que um dos incidentes foi decidido no mesmo sentido de teses sumuladas pelo próprio Tribunal, o que permite antever

que o dissenso jurisprudencial não terá o mesmo espaço para se desenvolver e, porventura, propiciar o amadurecimento do debate e a consolidação do entendimento das Cortes mediante sua contínua reiteração.

Os parâmetros eleitos para aferição do acesso à justiça no incidente, como a realização de audiência pública, publicidade da instauração do incidente, escolha dos casos mediante decisão fundamentada, não foram averiguados. As decisões e documentos disponíveis no sistema eletrônico do *site* do Tribunal de Justiça de São Paulo não faziam referência a sua efetivação nos casos examinados.

Em alguns dos casos se faz mera anotação de que o incidente foi notificado e em outros poucos houve expedição de ofício para que o agente regulador se manifestasse.

A atuação do Ministério Público tampouco se destacou, resumindo-se ao papel de fiscal da ordem jurídica, o que significou por vezes se manifestar contrariamente aos interesses dos litigantes eventuais. Independentemente da correção da atuação do representante do MP ao assim proceder, no que interessa ao presente estudo pode-se afirmar que não há compensação da ausência de participação direta dos interessados com sua atuação como representante adequado.

Nesse sentido, observe-se ainda que em nenhum dos casos examinados o incidente se instaurou a partir de ação coletiva, muito embora se possa reconhecer em quase todas as características de demandas pseudoindividuais.

Enfim, o exame dos incidentes permite concluir que os parâmetros de efetividade ótima do acesso à justiça propostos em relação ao incidente de demandas repetitivas não são atendidos, nem sequer de forma aproximada.

Fica evidente da análise o aspecto pragmático da adoção da técnica processual. Presta-se a conferir eficácia vinculante a situações em que não há relevante divergência sobre a questão, resultantes muitas vezes de falhas da administração pública na regulação da sua própria atividade, com o

estabelecimento de regras obscuras acerca da remuneração dos servidores, de modo que o Judiciário é chamado a resolver essas controvérsias, assumindo o papel de regulador efetivo, ao disciplinar a regra aplicável nestas situações.

Eventual benefício que o incidente possa produzir em relação à isonomia, à segurança jurídica, e ao acesso à justiça, decorrentes da diminuição do volume de processos, como já se observou, embora não desprezível, é meramente secundário.

Em assim sendo, verifica-se que a efetivação do acesso à justiça, em sua máxima extensão, na prática, não se confirma.

Ainda que se entenda possível, em tese, dar azo ao referido princípio, tendo-se demonstrado formas de interpretação e aplicação das normas processuais que seriam condizentes com a efetividade ótima do acesso, não se constatou a adoção de referidas medidas nos casos estudados.

Desatendido o direito fundamental, incorre-se nas situações descritas no curso deste estudo. No plano teórico, pode-se reconhecer déficit de legitimidade das decisões dos incidentes.

No plano prático, pode-se pensar em menor eficácia vinculativa das decisões, permitindo a rediscussão das questões em causas futuras, sob a justificativa de que argumentos não considerados no julgamento do incidente determinam o *distinguishing*, além da possível arguição de vícios relacionados à própria validade dos atos processuais, decorrente do descumprimento do determinado nos artigos que regem o incidente, tais como aqueles que impõem ampla publicidade ao incidente e fundamentação qualificada da sua decisão.

Portanto, ainda que possível manejar os mecanismos de compensação da ausência de participação direta do incidente de resolução de demandas repetitivas em conformidade com o acesso à justiça, resta concluir que sua aplicação, neste momento, em casos concretos, não atinge o *standard* mínimo constitucional.

Conclusão

Foi visto neste trabalho que o conceito de acesso à justiça tem passado por reformulações que vão desde a sua concepção como conceito *guarda-chuva* que abriga aspectos sócio-econômicos e culturais necessários para o exercício de direitos, até concepções restritivas, que não enxergam o direito individual de participação nos processos decisórios como inerentes à garantia fundamental.

Buscou-se, desta forma, alcançar o sentido contemporâneo do acesso à justiça, sem pretensão de purismo conceitual, mas visando identificar seu núcleo duro, para, a partir dele, trabalhar o conceito de âmbito de proteção e de efetividade ótima.

O âmbito de proteção do acesso à justiça, como aliás de todos os direitos fundamentais, deve ser compreendido na sua maior extensão possível, o que resulta na colisão ou tensão desses princípios quando considerados pelo legislador ao elaborar norma positiva e pelo julgador ao aplica-las ao caso concreto.

Se as dimensões dos princípios são de tal forma amplas que se encontram, cabe ao legislador e ao juiz, cada qual no seu papel, afirmar a prevalência dos valores que se deva resguardar de acordo com a finalidade perseguida. Essa prevalência, contudo, não pode restringir demasiadamente o âmbito de proteção de um dos princípios e, ainda menos, excluir sua incidência.

Em assim sendo, a medida da prevalência de cada princípio deve ser considerada de acordo com critérios de proporcionalidade, de modo que mesmo sendo restringido o amplo âmbito de proteção do direito fundamental, deve-se resguardar sua efetividade em grau ótimo, ou seja, o máximo dentro das possibilidades.

Portanto, se acesso à justiça e razoável duração do processo e ainda eficiência da administração pública estão em tensão, elegendo-se como prioritários os valores da tempestividade e da eficiência, ainda assim, deve-se

conferir meios adequados de participação, ainda que indireta, por exemplo, para conferir efetividade ótima do acesso à justiça.

Entendendo-se, destarte, que a restrição ao acesso à justiça é possível, dentro da lógica acima, desde que seja proporcional, viu-se que o sistema processual coletivo resguarda possibilidades de participação direta e de representação, mediante controle da sua qualidade, que bem representam a aplicação proporcional que aqui se trata.

Aliás, a possibilidade de serem tutelados interesses sem que seus titulares participem diretamente da relação jurídica processual é o ponto comum entre processo coletivo e as técnicas de julgamento por amostragem.

Partindo-se dessa constatação, foram analisadas as soluções concebidas pelo legislador para a restrição proporcional do acesso à justiça em ambos sistemas, confrontando-se com as possibilidades inerentes ao desenho normativo, interpretando-se as normas processuais sob o enfoque da maximização do acesso à justiça.

Com isso, sem que fosse necessário propor soluções de *lege ferenda*, foi possível conceber o manuseio da técnica processual em conformidade com o princípio.

Observou-se que reconhecer a tese jurídica no incidente como precedente era o primeiro passo para adequar o procedimento à efetividade do acesso à justiça.

Não obstante se reconheça que o sistema de casos repetitivos previstos no Código de Processo Civil partam de concepção de vinculação dos juízes aos julgados diversa daquela adotada na *common law*, prevalecendo a autoridade do precedente decorrente da previsão legislativa e não por construção histórica e reiteração dos julgados, como se dá sob a disciplina do *stare decisis*, a eficácia vinculante da tese definida no incidente decorre de lei e se volta à finalidade semelhante aquela perseguida nos sistemas anglo-americanos, qual seja, a estabilização da ordem jurídica, com tratamento isonômico das partes e segurança jurídica.

Compreender a tese como precedente abre um leque de possibilidades na aplicação da decisão aos casos sobrestados e futuros que é mais condizente com o acesso à justiça, permitindo-se que as partes discutam a *ratio decidendi* do julgado (e não apenas seu dispositivo), apresentem argumentos relevantes que não tenham sido apreciados no incidente e, assim, afastem a incidência do precedente em seus casos, mediante constatação de *distinguishing* ou *overruling*.

Em seguida, o estudo se debruçou sobre a participação indireta, mediante representação, como forma de compensação da restrição ao acesso à justiça.

Tendo a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos como parâmetro comparativo, concluiu-se que o ponto central do sistema de representação de interesses ausentes na relação processual é o controle da representatividade.

Somente quando há representatividade adequada dos interessados, que não podem participar diretamente do processo, se pode concordar que houve resultado legítimo. Afinal, a participação dos sujeitos no processo decisório que os vinculará é corolário do Estado Democrático de Direito.

O controle de representatividade no incidente de demandas repetitivas foi proposto em duas formas principais, a primeira seria a seleção de ação coletiva proposta pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública como processo-modelo a partir do qual se instauraria o incidente.

Além do reconhecimento da sua legitimidade extraordinária em situações semelhantes, se teria material de julgamento mais qualificado, tendo em vista a possível realização de inquérito civil, e a capacidade técnica e organizacional dos membros destas instituições.

A segunda forma seria entender que a publicidade determinada em lei para a instauração do incidente tem dentre suas finalidades permitir a impugnação do processo-modelo escolhido, ou, ao menos, oportunizar pedidos

de inclusão de outros processos-modelo para a instauração do incidente, o que implicaria na pluralidade de partes no incidente.

A seleção dos processos-modelo também foi analisada sob outros aspectos, considerando-se sempre a necessidade de ampliar os debates, de modo a ver representados os argumentos que as partes trazem em seus processos individuais no incidente e, também, sob o aspecto subjetivo, de verem os argumentos serem afirmados com capacidade técnica, por quem defenda com vigor os interesses representados, inclusive, com recursos materiais suficientes para esgotar os meios processuais disponíveis.

Foi considerado também como as características das partes poderiam influenciar a distribuição do acesso à justiça no incidente, tendo-se em conta que o excessivo volume de processos e seu julgamento de forma concentrada propicia maiores vantagens ao chamado litigante habitual.

Este extrai informações dos seus casos anteriores e se planeja estrategicamente, tem maior facilidade no acesso a especialistas e maiores recursos para exercer sua defesa e suportar a demora do processo, entre outros fatores.

Portanto, propôs-se que a adequação do procedimento do incidente ao acesso à justiça também deveria considerar seu aspecto equitativo, as partes deveriam estar em condições minimamente equivalentes no exercício da relação processual, pois a restrição legítima do acesso à justiça é aquela que se dá em razão da incidência de outros direitos fundamentais, e não por força de vantagens que são decorrentes de características do litigante habitual.

Concluiu-se, então, que se adotadas as medidas propostas, conforme elas se demonstrarem adequadas e viáveis nos casos concretos, se conferiria efetividade ótima ao acesso à justiça.

Confirmou-se assim a hipótese no plano teórico, entendendo-se que os meios de compensação da participação direta dos interessados ausentes no processamento do incidente de resolução de demandas repetitivas são suficientes para que a restrição ao acesso individual seja considerada proporcional.

Restava, então, conferir se as medidas propostas eram adotadas pelo Judiciário, e se o acesso à justiça era efetivamente garantido no plano prático.

Para tanto, examinaram-se todos os incidentes julgados e em curso no Tribunal de Justiça de São Paulo, a partir dos dados disponíveis no seu *site*, para aferir quais medidas, se alguma, eram adotadas.

A conclusão foi que a participação direta e indireta nos casos analisados, com exceções, era bastante reduzida. A seleção dos casos não era justificada, de modo que não se conhece quais critérios determinaram sua escolha, não se pôde reconhecer ampla publicidade a sua instauração e tampouco houve atuação do Ministério Público ou da Defensoria Pública que se possa reconhecer como de representante adequado.

Em diversos casos, o incidente foi instaurado quando já havia posicionamento jurisprudencial consolidado, inclusive mediante súmula, ou quase consolidado, com divergência de apenas uma Câmara do Tribunal de Justiça, por exemplo, inferindo-se que a técnica processual serviu tão-somente para conferir eficácia vinculante ao decidido e suprimir definitivamente a divergência.

Sendo assim, tem-se que, no plano prático, a hipótese de trabalho não se confirmou, não sendo possível afirmar que os meios previstos pelo legislador para legitimar o resultado do incidente tenham sido suficientes para garantir o acesso à justiça dos interessados.

Buscou-se, com esse duplo teste da tese, modestamente, sistematizar o tema e propor soluções, dentro do direito positivo, para que as demandas repetitivas sejam julgadas de forma efetiva, econômica, mas sobretudo justas.

Se no plano teórico essa possibilidade se confirmou, no plano prático, resta aguardar a influência da doutrina e da experiência sobre o julgamento dos incidentes, de modo que se perceba a importância do atendimento ao modelo constitucional e, destacadamente, do acesso à justiça.

Bibliografia

ABBUD, GEORGES (em coautoria), CAVALCANTI, MARCOS DE ARAÚJO, *Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório*, Revista de Processo 240:2013.

ALEXY, ROBERT, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2ª edição, São Paulo, Malheiros, 2011.

ALON, HAREL (em coautoria), EYLON, YUVAL, *The right to judicial review*, Virginia Law Review, 92:2006.

AMARAL, GUILHERME RIZZO, *Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas”*, disponível em <http://www.tex.pro.br/home/artigos/261-artigos-mar-2014/6432-efetividade-seguranca-massificacao-e-a-proposta-de-um-incidente-de-coletivizacao-1>, consultado em 26.12.2017.

ARENHART, SERGIO CRUZ, *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.

ASPERTI, MARIA CECILIA (em coautoria), COSTA, SUSANA HENRIQUES DA, GABBAY, DANIELA, *Are the Haves Getting Even More Ahead Than Ever? Reflections on the Political Choices Concerning Access to Justice in Brazil in the Search of a New Agenda*, FGV Direito SP Research Paper Series, 158:2017, disponível em <https://ssrn.com/abstract=2998779>, consultado em 10.10.2017.

_____, *Litigiosidade repetitiva e a padronização decisória: entre o acesso à justiça e a eficiência do Judiciário*, Revista de Processo, 263:2017.

_____ (em coautoria), SILVA, PAULO EDUARDO ALVES DA SILVA (EM COAUTORIA), GABBAY, DANIELA MONTEIRO, 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*, disponível em

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2716242, acesso em 10.01.2018.

ÁVILA, HUMBERTO, *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 12ª edição, São Paulo, Malheiros, 2011.

BARBOSA MOREIRA, JOSÉ CARLOS, *Conteúdo e efeitos da sentença: Variações sobre o tema*, Revista da AJURIS, 39:1985.

_____, *Súmula, Jurisprudência, Precedente: uma escalada e seus riscos* in *Temas de Direito Processual*, 9ª série, São Paulo, Saraiva, 2007.

_____, *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos* in WAMBIER, LUIZ RODRIGUES, WAMBIER, TERESA ARRUDA ALVIM (orgs.), *Doutrinas Essenciais: Processo Civil*, vol. II, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

BASTOS, CELSO RIBEIRO, *Curso de Direito Constitucional*, 22ª edição revista e atualizada, Malheiros, São Paulo, 2010.

BEDAQUE, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS, *Direito e Processo – Influência do Direito Material sobre o Processo*, 5ª edição, São Paulo, Malheiros, 2009.

_____, *Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?* in BEDAQUE, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS, CINTRA, LIA CAROLINA BATISTA, EID, ELIE PIERRE (coords.), *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*, Brasília, Gazeta Jurídica, 2016.

BUENO, CASSIO SCARPINELLA, *Partes e Terceiros no Processo Civil Brasileiro*, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Saraiva, 2006.

CABRAL, ANTONIO DO PASSO, *A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos* in DIDIER JR., FREDIE, CUNHA, LEONARDO CARNEIRO, *Julgamentos Repetitivos*, vol. 10 da Coleção Grandes Temas do Novo CPC, Salvador, Juspodium, 2017.

CARNEIRO, LUIZ ORLANDO, *Em 2017, STF priorizou repercussão geral e não aprovou súmula vinculante*, disponível em <https://www.jota.info/justica/fim-de-ano->

[em-2017-stf-priorizou-repercussao-geral-e-nao-aprovou-sumula-vinculante-26122017](#), consultado em 26.12.2017.

CAIS, FERNANDO FONTOURA DA SILVA, *O paradoxo do acesso à justiça in* PUOLI, JOSÉ CARLOS BAPTISTA, BONIZZI, MARCELO JOSÉ MAGALHÃES, LEONEL, RICARDO DE BARROS (coords.), *Direito Processual Constitucional*, Gazeta Jurídica, Brasília, 2016.

CAMBI, EDUARDO, *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo - Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário*, 2ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

CAPPELLETTI, MAURO (em coautoria), GARTH, BRYANT, *Acesso à justiça*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2002.

_____, *Acesso à Justiça como programa de reforma e como método de pensamento in Processo, Ideologias e Sociedade, vol. I, trad. e notas de Elício de Cresci Sobrinho*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2008.

CAVALCANTI, MARCOS DE ARAÚJO (em coautoria), ABBUD, GEORGES, *Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório*, Revista de Processo 240:2013.

CHAYES, ABRAM, *The role of the judge in public law litigation*, Harvard Law Review, 89:1976.

CIANCI, MIRNA, *O Acesso à Justiça e as Reformas do CPC*, São Paulo, Saraiva, 2009.

CINTRA, LIA CAROLINA BATISTA, *A intervenção de terceiro por ordem do juiz: a intervenção iussu iudicis no processo civil*, São Paulo, RT, 2017.

COSTA, SUSANA HENRIQUES DA, *A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo in* COSTA, SUSANA HENRIQUES DA, GRINOVER, ADA PELLEGRINI, WATANABE, KAZUO (coords.), *O*

processo para solução de conflitos de interesse público, Salvador, Juspodium, 2017.

_____, *Acesso à Justiça: Promessa ou Realidade? uma Análise do Litígio Sobre Creche e Pré-Escola no Município de São Paulo* in COSTA, SUSANA HENRIQUES DA, GRINOVER, ADA PELLEGRINI, WATANABE, KAZUO (coords.), *O processo para solução de conflitos de interesse público*, Salvador, Juspodium, 2017.

_____ (em coautoria), ASPERTI, MARIA CECÍLIA, GABBAY, DANIELA, *Are the Haves Getting Even More Ahead Than Ever? Reflections on the Political Choices Concerning Access to Justice in Brazil in the Search of a New Agenda*, FGV Direito SP Research Paper Series, 158:2017, disponível em <https://ssrn.com/abstract=2998779>, consultado em 10.10.2017.

_____, *Condições da Ação*, São Paulo, Quartier Latin, 2005.

_____ (em coautoria), NORONHA, LARA LAGO, *Litigância Repetitiva e Repercussão Geral* in GALINDO, BEATRIZ MAGALHÃES, KOLBACH, MARCELA (coords.), *Recursos no CPC/2015: perspectivas, críticas e desafios*, Salvador, Juspodium, 2017.

_____, *O Controle Judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro* in SALLES, CARLOS ALBERTO DE (coord.), *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe*, São Paulo, Quartier Latin, 2009.

_____, *O Processo Coletivo na Tutela do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa*, São Paulo, Quartier Latin, 2009.

_____ (em coautoria), *Uma hipótese de defendant class action no CPC? O papel do Ministério Público* in COSTA, SUSANA HENRIQUES DA, e GODINHO, ROBSON RENAULT, *Ministério Público*, vol. 6 da Coleção Repercussões do Novo CPC, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodium, 2017.

_____ (em coautoria), SILVA, PAULO EDUARDO ALVES DA SILVA (EM COAUTORIA), GABBAY, DANIELA MONTEIRO, *Why the 'Haves' Come Out Ahead in Brazil? Revisiting Speculations Concerning Repeat Players and One-Shooters in the*

Brazilian Litigation Setting, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2716242, acesso em 10.01.2018.

COUTURE, EDUARDO J., *Las Garantías Constitucionales del Proceso Civil* in *Estudios de Derecho Procesal Civil*, t. 1, 4ª edição, Buenos Aires, Depalma/Lexis Nexis, 2003.

CRUZ E TUCCI, JOSÉ ROGÉRIO, *Eficácia da sentença e coisa julgada nas ações coletivas* in WAMBIER, LUIZ RODRIGUES, WAMBIER, TERESA ARRUDA ALVIM (orgs.), *Doutrinas Essenciais: Processo Civil*, vol. IX, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

CUNHA, LUCIANA GROSS (em coautoria), GABBAY, DANIELA MONTEIRO, *Mudanças no sistema de justiça brasileiro. Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no judiciário: uma análise empírica*, 1ª edição, São Paulo, Saraiva, 2012.

DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL, *A Instrumentalidade do Processo*, 14ª edição, São Paulo, Malheiros, 2009.

_____, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 1, 8ª edição revista e atualizada segundo o Novo Código de Processo Civil, São Paulo, Malheiros, 2016.

_____, *Súmulas Vinculantes* in *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, Tomo I, 6ª edição, São Paulo, Malheiros, 2010.

_____ (em coautoria), LOPES, BRUNO VASCONCELOS CARRILHO, *Teoria Geral do Novo Processo Civil: de acordo com a Lei 13.256 de 4.2.2016*, 1ª edição, São Paulo, Malheiros, 2016.

DJANKOV, SIMEON (em coautoria), LA PORTA, RAFAEL, LOPEZ-DE-SILANES, FLORENCIO, SHLEIFER, ANDREI, *Courts: the Lex Mundi Project*, NBER Working Paper n° 8890, 2002, disponível em http://www.lexmundi.com/images/lexmundi/PDF/courts_nber1.pdf?SnID=2, acesso em 15.11.2017.

DOMEJ, T., *Efficiency in the Relationship Between the Judge and the Parties: A Perspective on the Future Swiss Code of Civil Procedure in* UZELAC, A., VAN RHEE, C. H. (eds.), *Access to Justice and the Judiciary. Towards New European Standards of Affordability, Quality and Efficiency of Civil Adjudication*, Intersentia Antwerp, Oxford, 2009.

ECONOMIDES, KIM, *Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia versus metodologia?*, disponível em <http://gajop.org.br/justicacidade/wp-content/uploads/Lendo-as-Ondas-do-Movimento-de-Acesso-aa-Justica.pdf>, acessado em 7.1.2018.

ECONOMIDES, KIM, *Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia versus metodologia?*, disponível em <http://gajop.org.br/justicacidade/wp-content/uploads/Lendo-as-Ondas-do-Movimento-de-Acesso-aa-Justica.pdf>, acessado em 7.1.2018.

EYLON, YUVAL (em coautoria), HAREL, ALON, *The right to judicial review*, Virginia Law Review, 92:2006.

FIX FIERRO, HECTOR, *Courts, Justice and Efficiency: A Socio-Legal Study of Economic Rationality in Adjudication*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2003.

FRANCISCO, JOÃO EBERHARDT (em coautoria), COSTA SUSANA HENRIQUES DA, *Uma hipótese de defendant class action no CPC? O papel do Ministério Público in* COSTA, SUSANA HENRIQUES DA, e GODINHO, ROBSON RENAULT, *Ministério Público*, vol. 6 da Coleção Repercussões do Novo CPC, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodium, 2017.

GABBAY, DANIELA MONTEIRO (em coautoria), ASPERTI, MARIA CECILIA, COSTA, SUSANA HENRIQUES DA, *Are the Haves Getting Even More Ahead Than Ever? Reflections on the Political Choices Concerning Access to Justice in Brazil in the Search of a New Agenda*, FGV Direito SP Research Paper Series, 158:2017, disponível em <https://ssrn.com/abstract=2998779>, consultado em 10.10.2017.

_____ (em coautoria), CUNHA, LUCIANA GROSS, *Mudanças no sistema de justiça brasileiro. Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no judiciário: uma análise empírica*, 1ª edição, São Paulo, Saraiva, 2012.

_____ (em coautoria), SILVA, PAULO EDUARDO ALVES DA SILVA, 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*, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2716242, acesso em 10.01.2018.

GALANTER, MARC, *Acesso à Justiça em um mundo de capacidade social em expansão*, Revista Brasileira de Sociologia do Direito, 1:2015.

_____, *Why the "Haves" come out ahead: speculations on the limits of legal change*, Law and Society Review, 9:1974, disponível em <http://heinonline.org>, acesso em 09.01.2018.

GIDI, ANTONIO, *A "Class Action" como instrumento de tutela coletiva de direitos: As ações coletivas em uma perspectiva comparada*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 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, EID, ELIE PIERRE (coords.), *Garantismo Processual: Garantias constitucionais aplicadas ao processo*, Brasília, Gazeta Jurídica, 2016.

GRINOVER, ADA PELLEGRINI, *Direito Processual Coletivo in GRINOVER, ADA PELLEGRINI, MENDES, ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO, WATANABE, KAZUO (COORDS.), Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

_____, *O direito de ação in WAMBIER, LUIZ RODRIGUES, WAMBIER, TERESA ARRUDA ALVIM (orgs.), Doutrinas Essenciais: Processo Civil*, vol. II, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

_____, *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*, São Paulo, Bushatsky, 1975.

_____. *Novas tendências em matéria de legitimação e coisa julgada nas ações coletivas* in GRINOVER, ADA PELLEGRINI, WATANABE, KAZUO, MULLENIX, LINDA, *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*, 2ª edição, revista e atualizada, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

HESSE, KONRAD, *A Força Normativa da Constituição*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1991.

JUNQUEIRA, ELIANE BOTELHO, *Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo*, Revista de Estudos Históricos, 8:1996.

KAHENY, ERIN (em coautoria), KUERSTEN, ASHLEY, SONGER, DONALD, *Why the Haves Don't Always Come Ahead: Repeat Players Meet Amici Curiae for the Disadvantaged*, Political Research Quarterly, 53:2000, disponível em <http://www.jstor.org/stable/i218881>, acesso em 10.01.2018.

KERN, CHRISTOPH, *Justice between Simplification and Formalism*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007.

KUERSTEN, ASHLEY (em coautoria), SONGER, DONALD, KAHENY, ERIN, *Why the Haves Don't Always Come Ahead: Repeat Players Meet Amici Curiae for the Disadvantaged*, Political Research Quarterly, 53:2000, disponível em <http://www.jstor.org/stable/i218881>, acesso em 10.01.2018.

LA PORTA, RAFAEL (em coautoria), DJANKOVIC, SIMEON, LOPEZ-DE-SILANES, FLORENCIO, SHLEIFER, ANDREI, *Courts: the Lex Mundi Project*, NBER Working Paper n° 8890, 2002, disponível em http://www.lexmundi.com/images/lexmundi/PDF/courts_nber1.pdf?SnID=2, acesso em 15.11.2017.

LEONEL, RICARDO DE BARROS, *Considerações introdutórias sobre o direito processual constitucional* in PUOLI, JOSÉ CARLOS BAPTISTA; BONÍCIO, MARCELO JOSÉ

MAGALHÃES; LEONEL, RICARDO DE BARROS (coords.), *Direito Processual Constitucional*, Brasília, Gazeta Jurídica, 2016.

_____, *Manual do Processo Coletivo*, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo, RT, 2011.

LÉVY, DANIEL DE ANDRADE, *O incidente de resolução de demandas repetitivas no anteprojeto do novo Código de Processo Civil*, Revista de Processo, 196:2011.

LIEBMAN, ENRICO TULLIO, *Diritto Costituzionale e Processo Civile in Problemi del Proceso Civile*, Milão, Morano, 1962.

LOPES, BRUNO VASCONCELOS CARRILHO, *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*, São Paulo, Saraiva, 2012.

_____, (em coautoria), DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL, *Teoria Geral do Novo Processo Civil: de acordo com a Lei 13.256 de 4.2.2016*, 1ª edição, São Paulo, Malheiros, 2016.

LOPEZ-DE-SILANES, FLORENCIO (em coautoria), LA PORTA, RAFAEL, DJANKOVIC, SIMEON, SHLEIFER, ANDREI, *Courts: the Lex Mundi Project*, NBER Working Paper nº 8890, 2002, disponível em http://www.lexmundi.com/images/lexmundi/PDF/courts_nber1.pdf?SnID=2, acesso em 15.11.2017.

MACEDO, LUCAS BURIL DE, *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Salvador, Juspodium, 2017.

MANCUSO, RODOLFO DE CAMARGO, *Acesso à Justiça: Condicionantes Legítimas e Ilegítimas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

MARCELLINO JR., JULIO CESAR, *Análise Econômica do Acesso à Justiça*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2016.

MARINONI, LUIZ GUILHERME, *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: decisão de questão idêntica x precedente*, São Paulo, RT, 2016.

_____, *O direito de ação como direito fundamental in* WAMBIER, LUIZ RODRIGUES, WAMBIER, TERESA ARRUDA ALVIM (orgs.), *Doutrinas Essenciais: Processo Civil*, vol. II, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

MARSHALL, T. H., *Cidadania, classe social e status*, Rio de Janeiro, Zahar, 1967.

MENDES, ALUÍSIO GONÇALVES DE CASTRO (em coautoria), TEMER, SOFIA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, São Paulo, Saraiva, 2017.

MENDES, CONRADO HÜBNER, *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*, São Paulo, Saraiva, 2011.

NALINI, JOSÉ RENATO, *O Juiz e o acesso à justiça*, 2ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

NETTO, MENELICK DE CARVALHO (em coautoria), SCOTTI, GUILHERME, *Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito: A produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*, Belo Horizonte, Fórum, 2012.

NORONHA, LARA LAGO (em coautoria), COSTA, SUSANA HENRIQUES DA, *Litigância Repetitiva e Repercussão Geral in* GALINDO, BEATRIZ MAGALHÃES, KOLBACH, MARCELA (coords.), *Recursos no CPC/2015: perspectivas, críticas e desafios*, Salvador, Juspodium, 2017.

NUNES, DIERLE (em coautoria), TEIXEIRA, LUDMILA, *Acesso à Justiça Democrático*, Brasília, Gazeta Jurídica, 2013.

OSNA, GUSTAVO, *Processo Civil, Cultura e Proporcionalidade: Análise Crítica da Teoria Processual*, São Paulo, RT, 2017.

PORTANOVA, RUI, *Princípios do Processo Civil*, 7ª edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.

PUOLI, JOSÉ CARLOS BATISTA, *Processo e Constituição: alcance amplo, mas não ilimitado dos princípios constitucionais do processo in* PUOLI, JOSÉ CARLOS

BAPTISTA, BONIZZI, MARCELO JOSÉ MAGALHÃES, LEONEL, RICARDO DE BARROS (COORDS.), *Direito Processual Constitucional*, Gazeta Jurídica, Brasília, 2016.

RODRIGUES, MARCELO ABELHA, *Técnicas individuais de repercussão coletiva x técnicas coletivas de repercussão individual* in ZANETTI JR., HERMES, *Processo Coletivo*, vol. 8 da Coleção Repercussões do Novo CPC, Salvador, Juspodium, 2016.

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*, vol. 10 da Coleção Grandes Temas do Novo CPC, Salvador, Juspodium, 2017.

SADEK, MARIA TEREZA, *Judiciário e Arena Pública: Um olhar a partir da ciência política* in GRINOVER, ADA PELLEGRINI; WATANABE, KAZUO (coords.), *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, 2ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 2013.

SALLES, CARLOS ALBERTO DE, *Processo civil de interesse público* in SALLES, CARLOS ALBERTO DE (org.), *Processo civil e interesse público – o processo como instrumento de defesa social*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Para uma revolução democrática da Justiça*, 3ª edição, São Paulo, Cortez, 2011.

SCOTTI, GUILHERME (em coautoria), NETTO, MENELICK DE CARVALHO, *Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito: A produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*, Belo Horizonte, Fórum, 2012.

SHLEIFER, ANDREI (em coautoria), LOPEZ-DE-SILANES, FLORENCIO, LA PORTA, RAFAEL, DJANKOVIC, SIMEON, *Courts: the Lex Mundi Project*, NBER Working Paper nº 8890, 2002, disponível em http://www.lexmundi.com/images/lexmundi/PDF/courts_nber1.pdf?SnID=2, acesso em 15.11.2017.

SICA, HEITOR VITOR MENDONÇA, *Congestionamento viário e congestionamento judiciário: reflexões sobre a garantia de acesso individual ao Poder Judiciário in* BEDAQUE, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS, CINTRA, LIA CAROLINA BATISTA, EID, ELIE PIERRE (coords.), *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*, Brasília, Gazeta Jurídica, 2016.

_____, *Notas críticas ao sistema de pluralidade de partes no processo civil brasileiro*, Revista de Processo, 200:2011.

SILVA, JOSÉ AFONSO DA, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 8ª edição, 2ª tiragem, São Paulo, Malheiros, 2015.

SILVA, PAULO EDUARDO ALVES DA SILVA (EM COAUTORIA), GABBAY, DANIELA MONTEIRO, 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*, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2716242, acesso em 10.01.2018.

SILVA, VIRGILIO AFONSO DA, *Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico in* SILVA, VIRGÍLIO AFONSO DA (org.), *Interpretação Constitucional*, 1ª edição, 3ª tiragem, Malheiros, São Paulo, 2010.

_____, *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, Revista de Direito do Estado 4:2006, disponível em https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf, consultado em 12.12.2017.

SONGER, DONALD (em coautoria), KUERSTEN, ASHLEY, KAHENY, ERIN, *Why the Haves Don't Always Come Ahead: Repeat Players Meet Amici Curiae for the Disadvantaged*, Political Research Quarterly, 53:2000, disponível em <http://www.jstor.org/stable/i218881>, acesso em 10.01.2018.

SOUZA, ARTUR CÉSAR, *Resolução de Demandas Repetitivas*, São Paulo, Almedina, 2015.

____, *Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil in* YARSHELL, FLÁVIO LUIZ, ZUFELATO, CAMILO (orgs.), *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*, São Paulo, Malheiros, 2013.

TALAMINI, EDUARDO, *Coisa julgada e sua revisão*, São Paulo, RT, 2005.

TARUFFO, MICHELE, *As funções das Cortes Supremas entre uniformidade e justiça in* ZUFELATO, CAMILO, BONATO, GIOVANNI, SICA, HEITOR VITOR MENDONÇA, CINTRA, LIA CAROLINA BATISTA (coords.), *I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil*, Salvador, Juspodium, 2015.

TEIXEIRA, LUDMILA (em coautoria), NUNES, DIERLE, *Acesso à Justiça Democrático*, Brasília, Gazeta Jurídica, 2013.

TEMER, SOFIA (em coautoria), *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, São Paulo, Saraiva, 2017.

_____, *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*, Salvador, Jus Podivm, 2016.

TROCKER, NICOLÒ, *Processo Civile e Costituzione: Problemi di Diritto Tedesco e Italiano*, Milano, Giuffrè, 1974.

VENTURI, ELTON, *Processo Civil Coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos*, São Paulo, Malheiros, 2007.

WATANABE, KAZUO, *Acesso à Justiça e Sociedade Moderna in* GRINOVER, ADA PELLEGRINI, DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL, WATANABE, KAZUO (coords.), *Participação e Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998.

_____, *Relação entre demanda coletiva e demandas individuais in* GRINOVER, ADA PELLEGRINI, MENDES, ALUÍSIO GONÇALVES DE CASTRO, WATANABE, KAZUO (coords.), *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

_____, *Tutela Antecipatória e Tutela Específica* in WAMBIER, LUIZ RODRIGUES, WAMBIER, TERESA ARRUDA ALVIM, *Doutrinas Essenciais: Processo Civil*, vol. V, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

_____, *Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos* in WAMBIER, LUIZ RODRIGUES, WAMBIER, TERESA ARRUDA ALVIM, *Doutrinas Essenciais: Processo Civil*, vol. IX, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

YARSHELL, FLAVIO LUIZ, *Tutela Jurisdicional*, 2ª edição, São Paulo, DPJ Editora, 2006.

ZAVASCKI, TEORI ALBINO, *Reforma do Processo Coletivo: Indispensabilidade da disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais* in GRINOVER, ADA PELLEGRINI, MENDES, ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO, WATANABE, KAZUO (COORDS.), *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

ZUFELATO, CAMILO, *Coisa Julgada Coletiva*, São Paulo, Saraiva, 2011.

Índice de fontes

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS - AMB, *O uso da justiça e o litígio no Brasil*, coord. cient. Maria Tereza Sadek, disponível em <http://www.amb.com.br/amb.com.br/wp-content/uploads/2015/08/Pesquisa-AMB.pdf>, consultada em 05.12.2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, *Justiça em Números 2017: ano-base 2016* - Brasília: CNJ, 2017., disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/11/100d387b0339d6d8544a29e30a3b2150.pdf>, consultado em 05.12.2017.

SECRETARIA DE POLÍTICA ECONÔMICA, MINISTÉRIO DA FAZENDA, *Reformas Microeconômicas e Crescimento de Longo Prazo*, disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3687776/mod_folder/content/0/Obrigatorio/Reformas_microeconomicas-2004.pdf?forcedownload=1, consultado em 9.12.2017.

SENADO FEDERAL, Projeto de Lei 117/2007, disponível em <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3736877&disposition=inline>, consultado em 10.12.2017.

Senado Federal, Exposição de motivos do Anteprojeto de Código de Processo Civil, disponível em <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>, consultado em 9.12.2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, Relatório trimestral de quantitativo de processos sobrestados, baixados ou enviados para retratação correspondentes a cada tema, com ou sem repercussão geral, nos termos dos artigos 1029 e seguintes do CPC, 2016, disponível em <http://www.tjsp.jus.br/Download/pdf/Nurer/RecursosRepetitivos/RelatorioTercTrim2016-STJ.pdf>, consultado em 31.12.2017.