

JOÃO PEREIRA MONTEIRO NETO

**Cooperação e dialética processual:
o contraditório no tratamento da litigiosidade repetitiva**

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Associado Dr. Paulo Henrique dos Santos Lucon

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2021

JOÃO PEREIRA MONTEIRO NETO

**Cooperação e dialética processual:
o contraditório no tratamento da litigiosidade repetitiva**

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Processual, sob a orientação do Prof. Associado Dr. Paulo Henrique dos Santos Lucon.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2021

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

Monteiro Neto, João Pereira

Cooperação e dialética processual: o contraditório no tratamento da litigiosidade repetitiva; João Pereira Monteiro Neto; orientador Paulo Henrique dos Santos Lucon – São Paulo, 2021.

421 p.

Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2021.

1. Direito Processual Civil. 2. Contraditório. 3. Cooperação Processual. 4. Dialética Processual. 5. Litigiosidade Repetitiva. I. Lucon, Paulo Henrique dos Santos, orient.
II. Título.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha família por todo o apoio, carinho e incentivo;

A meu Orientador, Professor Paulo Henrique dos Santos Lucon, que me concedeu a honra de ser seu Orientando e transmitiu-me tanto saberes de vida quanto conhecimento jurídico que guardarei por toda a jornada. Minha gratidão, ainda, pela confiança, pelas oportunidades acadêmicas e pelo ideal de excelência docente;

Aos Professores Marcelo José Magalhães Bonizzi e João Eberhardt Francisco pelas preciosas contribuições aportadas durante o exame de qualificação;

A todos os demais Professores do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em especial aos ilustres Professores Cândido Rangel Dinamarco, Carlos Alberto de Salles, Flávio Luiz Yarshell, Giovanni Bonato, Heitor Vitor Mendonça Sica, José Roberto dos Santos Bedaque, José Rogério Cruz e Tucci, Ricardo de Barros Leonel, Susana Henriques da Costa e Walter Piva Rodrigues, cujas disciplinas frequentadas durante o curso enriqueceram o subsídio teórico necessário à elaboração da pesquisa, e aos respectivos monitores Professores Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, Clarisse Frechiani Lara Leite, Daniel Guimarães Zveibil, Fernando Fontoura da Silva Cais, Júlio César Bueno, Luiz Dellore, Marco Antonio Perez de Oliveira, Maria Cecília de Araujo Asperti e Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo;

A todos os amigos e amigas, advogados e advogadas, pelo incondicional apoio durante a realização do curso, em especial, a Ana Maria Vaz de Oliveira, Antônio Torreão Braz Filho, Ana Torreão Braz Lucas de Moraes, Luiza Emrich Torreão Braz, Susana Botár Mendonça, Thiago Linhares de Moraes Bastos e Vitor Candido Soares;

E, enfim, a todos os amigos e amigas da caminhada acadêmica, em especial, a André Orthmann, Daniel Colnago Rodrigues, Felipe Bragantini de Lima, Francisco de Mesquita Laux, Giovani Ravagnani, Juliana Sampaio de Queiroz Bandeira Lins, Luccas Lombardo de Lima, Marco Aurélio Scampini Siqueira Rangel, Mário Vitor Aufiero, Nathália Cristina Mello Vargas, Pedro Augusto de Jesus, Rafael Ribeiro Rodrigues e Raul Longo Zocal.

A minha mãe Solange Pivaro Monteiro,
com amor

RESUMO

João Pereira Monteiro Neto. **Cooperação e dialética processual: o contraditório no tratamento da litigiosidade repetitiva**. 421 p. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

O presente estudo propõe um exame crítico dos instrumentos processuais de tratamento da litigiosidade repetitiva, sob a perspectiva contemporânea do contraditório, cujo arcabouço garantístico é delineado por sua dimensão dialética e pelos pressupostos fundamentais da *comunicação* e da *participação*. O objetivo geral da pesquisa visa a responder à questão componente da hipótese central de trabalho, que consiste na investigação da existência de déficits de contraditório nos instrumentos processuais de tratamento da litigiosidade repetitiva, tanto na estruturação normativa (legal e infralegal) quanto na interpretação dos respectivos institutos, à luz das bases conceituais e epistemológicas apresentadas. Os objetivos específicos visam a elucidar a perspectiva geral da dialética e sua acomodação conceitual no âmbito do direito processual; delimitar as qualidades do contraditório na contemporaneidade sob os marcos da teoria sistêmica luhmanniana e das teorias discursiva e da ação comunicativa habermasianas; situar a atual fase de desenvolvimento do processo civil constitucional brasileiro; analisar criticamente o *status quaestionis* doutrinário da cooperação processual; sintetizar os aspectos complexos da problemática atinente à litigiosidade repetitiva; e, por fim, confirmada a hipótese geral de trabalho, investigar as implicações do contraditório nos expedientes adotados pelo direito vigente para o tratamento em escala dos conflitos, quanto às técnicas do regime de repercussão geral, da sistemática dos recursos repetitivos e dos incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência.

Palavras-chave: Direito Processual Civil; Contraditório; Cooperação Processual; Dialética Processual; Litigiosidade Repetitiva; Repercussão Geral; Recursos Repetitivos; Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas; Incidente de Assunção de Competência.

ABSTRACT

João Pereira Monteiro Neto. **Cooperation and procedural dialectic: the contradictory in the treatment of repeated litigation.** 421 p. Doctorate – Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2021.

This study proposes a critical examination of the procedural instruments for the treatment of repeated litigation, under the contemporary perspective of the contradictory, whose guarantee framework is outlined by its dialectical dimension and by the fundamental assumptions of *communication* and *participation*. The general objective of the research is to answer the question that makes up the general working hypothesis. It consists of investigating the existence of deficits of contradictory in the procedural instruments for the treatment of repeated litigation, both in the normative structure (legal and nonlegal) and in the interpretation of the respective institutes, in light of the conceptual and epistemological bases presented. The specific objectives aim to elucidate the general perspective of dialectic and its conceptual accommodation within the scope of procedural law; delimit the qualities of the contradictory in contemporary times in light of the landmarks of Luhmann's systems theory and Habermas' communicative and discursive action theory; situate the current phase of development of the Brazilian constitutional civil procedure; critically analyze the doctrinal *status quaestionis* of procedural cooperation; synthesize the complex aspects of the problem concerning repeated litigation; and, finally, upon confirmation of the general working hypothesis, investigate the implications of the contradictory in the procedures adopted by the current law for the scale treatment of conflicts, regarding the techniques of the general repercussion regime, the repeated appeals system and repeated claim resolution incidents and assumption of jurisdiction.

Keywords: Civil Procedural Law; Principle of Contradictory; Procedural Cooperation; Procedural Dialectic; Repeated Litigation; Repeated Appeals; General Repercussion; Repeated Claim Resolution Incident; Assumption of Jurisdiction Incident.

RIASSUNTO

João Pereira Monteiro Neto. **Cooperazione e dialettica processuale: il contraddittorio nel trattamento del contenzioso ripetitivo**. 421 p. Dottorato - Facoltà di Giurisprudenza, Università di São Paulo, São Paulo, 2021.

Il presente studio propone un esame critico degli strumenti processuali per il trattamento del contenzioso ripetitivo, dal punto di vista contemporaneo del contraddittorio, il cui quadro di garanzia è delineato dalla sua dimensione dialettica e dai presupposti fondamentali della *comunicazione* e della *partecipazione*. L'obiettivo generale della ricerca è quello di rispondere alla domanda componente dell'ipotesi di lavoro generale, che consiste nell'indagare l'esistenza di deficit del contraddittorio negli strumenti processuali per il trattamento del contenzioso ripetitivo, sia nella strutturazione normativa (legale e infra legale) che nell'interpretazione dei rispettivi istituti, alla luce delle basi concettuali ed epistemologiche presentate. Gli obiettivi specifici intendono chiarire la prospettiva generale della dialettica e la sua sistemazione concettuale nell'ambito del diritto processuale; delimitare le qualità del contraddittorio nella contemporaneità alla luce delle strutture della Teoria dei sistemi di Luhmann e delle teorie discorsive e dell'agire comunicativo di Habermas; situare l'attuale fase di sviluppo del processo civile costituzionale brasiliano; analizzare criticamente lo *status quaestionis* dottrinale della cooperazione processuale; sintetizzare gli aspetti complessi del problema relativo al contenzioso ripetitivo; e, infine, dopo la conferma dell'ipotesi generale di lavoro, indagare le implicazioni del contraddittorio nelle procedure adottate dalla normativa vigente per il trattamento a scala dei conflitti, per quanto riguarda le tecniche del regime di ripercussione generale, la sistematica dei ricorsi ripetitivi e gli incidenti risolutivi delle richieste ripetitive e dell'assunzione di competenza.

Parole chiave: Diritto Processuale Civile; Contraddittorio; Cooperazione Processuale; Dialettica Processuale; Contenzioso Ripetitivo; Ripercussione Generale; Ricorsi Ripetitivi; Incidente Risolutivo delle Richieste Ripetitive; Incidente dell'Assunzione di Competenza.

SUMÁRIO

Primeira Parte

BASES CONCEITUAIS E EPISTEMOLÓGICAS

I INTRODUÇÃO

1 Problemática e delimitação do tema.....	21
2 Justificativa da escolha e originalidade da tese.....	23
3 Metodologia e objetivos do estudo.....	24

II DIALÉTICA

4 Considerações iniciais.....	27
5 Perspectiva histórico-filosófica da dialética.....	28
5.1 Dialética socrática e a primazia da oralidade dialógica.....	32
5.2 Dialética platônica e a problemática da verdade.....	35
5.3 Dialética aristotélica e a lógica do verossímil.....	39
5.4 Transição: dos filósofos cristãos à dialética kantiana.....	41
5.5 Idealismo moderno e sua perspectiva dialética.....	46
5.6 Dialética erística e a relatividade da razão.....	50
6 Concepção dialética do direito: o processo como instrumento dialético.....	53

III CONTRADITÓRIO, PROCEDIMENTO E RAZÃO COMUNICATIVA

7 Considerações iniciais.....	57
8 Legitimação pelo procedimento na teoria sistêmica de LUHMANN.....	58
9 Razão comunicativa em HABERMAS.....	71
10 Princípio do contraditório.....	81
10.1 Breve esboço histórico.....	85
10.2 Perspectiva dialética, processo e atividade jurisdicional.....	95
10.3 Contraditório na contemporaneidade.....	102

IV CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

11 Considerações iniciais.....	107
12 Do praxismo à constitucionalização do direito processual civil brasileiro.....	108

12.1 “Processo-providência” do Código de 1939.....	114
12.2 “Processo-instrumento” do Código de 1973.....	116
12.3 “Processo-tutela” do Código de 2015.....	123
13 Instrumentalidade do processo.....	126
14 Formalismo-valorativo e instrumentalidade metodológica.....	129
15 Contribuição dialética para o processo civil constitucional.....	133

V COOPERAÇÃO PROCESSUAL

16 Considerações iniciais.....	139
17 Ideologia e técnica processual.....	140
18 Modelos de processo.....	149
19 Cooperação processual: <i>status quaestionis</i>	155
20 Cooperação e dialética processual.....	170

VI LITIGIOSIDADE REPETITIVA

21 Considerações iniciais.....	179
22 Litigiosidade repetitiva: causas externas e internas.....	181
23 Tratamento adequado à tipologia dos conflitos.....	185
24 Litigantes habituais e litigantes ocasionais: taxonomia de GALANTER.....	188
25 Isonomia processual, desigualdade entre litigantes e cooperação.....	194
26 Verticalização das decisões e contraditório.....	200

Segunda Parte

IMPLICAÇÕES NO TRATAMENTO DA LITIGIOSIDADE REPETITIVA

VII CONTRADITÓRIO E REPERCURSSÃO GERAL

27 Retrospectiva histórica.....	209
28 Aspectos iniciais do procedimento.....	214
29 Reconhecimento da repercussão geral.....	218
29.1 Afirmção expressa.....	220
29.2 Repercussão presumida.....	224
29.3 Rejeição expressa.....	226
29.4 Deliberação plenária.....	227

29.5 Efeitos imediatos e prospectivos.....	229
30 Negativa de repercussão geral e sua vinculatividade.....	235
31 Julgamento do recurso afetado.....	238
31.1 Participação plurissubjetiva.....	240
31.2 Fixação da tese e parâmetros da motivação.....	247
32 Aplicação da tese de repercussão geral.....	251
32.1 Eficácia instrumental e técnica de modulação temporal.....	255
32.2 Mecanismos de distinção de casos.....	260
33 Superação ou revisão do entendimento.....	266

VIII CONTRADITÓRIO E RECURSOS REPETITIVOS

34 Evolução do instituto no direito brasileiro.....	277
35 Aspectos iniciais do procedimento.....	280
36 Critérios de afetação dos recursos.....	288
36.1 Prevalência da sistemática do recurso especial.....	295
36.2 Repetitividade e arguição de relevância.....	298
37 Gerenciamento de casos no Superior Tribunal de Justiça.....	302
38 Julgamento do recurso representativo da controvérsia.....	306
38.1 Participação plurissubjetiva.....	309
38.2 Fixação da tese e parâmetros da motivação.....	313
39 Aplicação do julgado paradigmático.....	316
39.1 Primazia da aplicação pelos tribunais locais.....	316
39.2 Modulação temporal.....	319
39.3 Distinção de casos.....	322
39.4 Revisão da tese repetitiva.....	324
40 Reclamação constitucional e sua problemática.....	327

IX CONTRADITÓRIO NOS INCIDENTES DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA

41 Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).....	335
41.1 Questões conceituais.....	336
41.2 Primazia do tratamento coletivo.....	339
42 Aspectos procedimentais.....	344

43 Suspensão em IRDR.....	350
44 Julgamento e aplicação da tese.....	352
45 Incidente de assunção de competência (IAC).....	355
45.1 Questões conceituais.....	357
45.2 Perfil profilático.....	359
46 Procedimento.....	360
47 Julgamento e aplicação da tese.....	363

X CONCLUSÃO

48 Considerações finais.....	367
Referências bibliográficas.....	387

Primeira Parte
BASES CONCEITUAIS E EPISTEMOLÓGICAS

I INTRODUÇÃO

1 Problemática e delimitação do tema

Os recentes movimentos de reforma do processo civil brasileiro demonstram uma eminente preocupação com os contextos social e coletivo, conforme esclarece o ideário solidarista abarcado pelo Código de 2015. Nesse cenário, é enunciada a denominada “cooperação” processual (art. 6º).

A importância do conteúdo do debate e da interlocução processual tanto para a sistematização quanto para a interpretação das normas processuais recoloca a *dialeiticidade* no centro da nova postura metodológica aportada pelo Código de Processo Civil. A qualidade da prestação jurisdicional e a suficiência de seus respectivos modelos de aparelhamento dependem da constatação de que as partes ocupam posições e defendem, a princípio, interesses antagônicos, ainda que submetidas a um instrumento de matriz comunicativa. A contraposição dialética entre os sujeitos parciais do processo é fundamental para garantir, aliás, a própria imparcialidade do órgão jurisdicional.

As ideias subjacentes à doutrina da “cooperação processual” realçam aspectos ínsitos à dialeticidade do processo e à própria imbricação do contraditório com o método dialético. O processo jurisdicional constitui instância comunicativa, estimulada por um *diálogo garantido pelo direito*. A articulação da linguagem, evidentemente, somente é possível com a participação dos sujeitos. Nesse contexto, as funções principais do órgão judicante [sob a óptica democrática] não se concentram apenas na “decisão”, mas também na “interlocução”, em razão da dialeticidade inerente a qualquer fenômeno processual.

O contraditório não é “comparticipativo”, nem “colaborativo”, nem “cooperativo”, nem adjetivado por outros “co” já prefixados à luz do termo original (do latim “*contradictio*”; de *contradicere*), que reporta *dizer* “em face”, “com”. Todas essas designações do contraditório, sem prejuízo da dogmática relevante da doutrina (subscrita por renomados autores), redundam em uma ideia tão simples quanto deveras desconsiderada: o contraditório compõe o arcabouço garantístico do devido processo legal justamente em razão de sua dimensão dialética, que pressupõe logicamente *comunicação* e *participação*. Sob a óptica constitucional, seria inconcebível a legitimação de

procedimentos decisórios (não apenas jurídicos) que excluíssem a participação dos sujeitos envolvidos.

As equívocos identificadas na proposta do modelo de “cooperação” processual, conforme ilustram as diversas polêmicas doutrinárias sobre o tema, compõem problemática passível de superação pela simples percepção da dialética como *qualidade essencial do contraditório*, que ordena o exercício da linguagem no processo e informa toda a coerência do sistema processual.

Os marcos teóricos em LUHMANN e HABERMAS, componentes epistemológicos do estudo, permitem inferir que a preservação de padrões participativo-comunicativos proporcionais no processo é fundamental para legitimar o exercício democrático do poder jurisdicional.

A partir dessas premissas, constitui hipótese geral de pesquisa a existência de déficits significativos de contraditório nos instrumentos processuais de tratamento da litigiosidade repetitiva, tanto na estruturação normativa (legal e infralegal) quanto na interpretação dos respectivos institutos. O estudo não se limita, contudo, ao exame do déficit de contraditório nos institutos processuais tendentes à enunciação de decisões essencialmente prospectivas, também adentrando especificamente o problema da participação deficitária no processo civil contemporâneo.

O recorte temático enfoca os institutos disciplinados pelo Código de Processo Civil vigente (regime de repercussão geral, sistemática dos recursos repetitivos, incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência). Não se desconsidera a relevância da investigação de déficit de contraditório também na tutela jurisdicional coletiva, no processo estrutural ou no processo civil de interesse público. Porém, a dialeticidade nessas searas demanda análise acurada em estudo próprio, em razão das peculiaridades que compõem as respectivas problemáticas, cujo exame exorbitaria dos escopos e dos limites traçados para a presente pesquisa.

A análise dos expedientes e técnicas processuais previstos no Código de Processo Civil para o tratamento da litigiosidade repetitiva permitirá a confirmação ou não da hipótese inicial levantada e permitirá a enunciação da tese final, em consonância com o resultado da investigação, como síntese da posição inicial do contraditório (eixo fundamental do processo civil constitucional) e o estado de oposição ou desconformidade (*antithesis*) elaborado como hipótese geral de trabalho, qual seja, a *insuficiência da*

concepção tradicional do contraditório na conformação dos expedientes processuais para o tratamento em escala dos conflitos.

2 Justificativa da escolha e originalidade da tese

A escolha do tema de pesquisa pauta-se, primordialmente, na percepção de que o incremento dos instrumentos vigentes para o tratamento da litigiosidade repetitiva no Brasil tem enfatizado escopos gerenciais, cujos propósitos pragmáticos não poderiam, contudo, implicar déficits de contraditório. Observe-se, por exemplo, conforme será demonstrado na segunda parte do estudo, que as cortes superiores estão efetivamente “inovando” em matéria processual (por óbvio, em inobservância do art. 22, I, da Constituição Federal), mediante técnicas eficientistas e sob a mitigação do contraditório.

A originalidade da tese consiste no enfoque dos aspectos ínsitos ao contraditório para, compreendendo-o em sua dimensão dialética e dissociada de vieses ideológicos, investigar a qualidade da prestação jurisdicional atinente aos expedientes e técnicas de tratamento da litigiosidade repetitiva.

Soluções adotadas como paradigmas decisórios não podem ter uma eficácia vinculativa imoderada, desproporcional ou autoritária, que aviltem o procedimento legitimante do exercício do poder jurisdicional (LUHMANN) ou ignorem a razão comunicativa (HABERMAS) inerente à qualidade dialética do contraditório, como garantia processual democrática.

A opção por um sistema de “precedentes” judiciais não autoriza automatismos nem juízos de conformação desarrazoados, que releguem toda a esfera democrático-argumentativa encerrada nos processos particularmente considerados, cujas respectivas pretensões muitas vezes estão tuteladas há anos, quiçá décadas, por uma resposta jurisdicional específica e procedimentalmente legitimada em contraditório.

Por outro lado, é inegável que a vinculatividade dos padrões decisórios, informada por ideais de segurança jurídica e de isonomia, não pode ser imoderadamente flexibilizada, sob pena de sacrificar os valores visados pelo sistema processual no contexto da litigiosidade de massa. O desafio consiste, pois, na obtenção do termo mediano, iluminado pela garantia do contraditório.

3 Metodologia e objetivos do estudo

O tipo de pesquisa desenvolvido classifica-se como *epistemológico*, pois seu objetivo primário consiste na investigação de conceitos e modelos sob um ponto de vista dogmático-epistemológico. O enfoque central porta também relevante caráter instrumental, evidenciado pela análise sistemática das normas existentes e das proposições interpretativas e *de lege ferenda* formuladas pelas reflexões específicas do estudo.

O método de trabalho é *dedutivo*, *qualitativo* e de perfil *sociojurídico*, considerando uma multiplicidade de perspectivas para a elaboração das respostas aos problemas levantados para a pesquisa.

Por outro lado, a viabilização do corpo de pesquisa depende de técnicas bibliográfica e, subsidiariamente, documental.

O objetivo geral do estudo visa a responder à questão componente da hipótese central de trabalho, ou seja, consiste em investigar a existência de déficits de contraditório nos instrumentos processuais de tratamento da litigiosidade repetitiva, na estruturação normativa (legal e infralegal) e na interpretação dos respectivos institutos, à luz das bases conceituais e epistemológicas apresentadas.

Já os objetivos específicos, viabilizando a persecução do objetivo geral, visam a (i) elucidar a perspectiva geral da dialética e sua acomodação conceitual no âmbito do direito processual; (ii) delimitar as qualidades do contraditório na contemporaneidade sob os marcos da teoria sistêmica luhmanniana e das teorias discursiva e da ação comunicativa habermasianas; (iii) situar a atual fase de desenvolvimento do processo civil constitucional brasileiro; (iv) analisar criticamente o *status quaestionis* doutrinário da cooperação processual; (v) sintetizar os aspectos complexos da problemática atinente à litigiosidade repetitiva; (vi) investigar as implicações do contraditório nos expedientes e técnicas adotados pelo direito vigente para o tratamento em escala dos conflitos (regime de repercussão geral, sistemática dos recursos repetitivos, incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência); e, à luz do corpo de pesquisa desenvolvido, (vii) formular a síntese final da tese.

A proposta de trabalho está dividida em duas partes, interpoladas pelo presente capítulo de abertura (I) e pelo capítulo conclusivo (X).

A primeira etapa (Capítulos II a VI) dedica-se ao estudo das bases conceituais e epistemológicas da tese, dividida nas temáticas particulares que interessam aos escopos específicos do trabalho.

A segunda parte (Capítulos VII a IX) dedica-se ao exame crítico dos instrumentos e técnicas processuais adotados pelo Código de Processo Civil brasileiro para o tratamento da litigiosidade repetitiva, com tópicos específicos para o regime de repercussão geral e a sistemática dos recursos repetitivos e tópico conjunto para os incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência, cujas perspectivas tanto *de lege lata* quanto *de lege ferenda* constituem as instâncias provocadoras para compreender criticamente a conformação do contraditório nos expedientes processuais relativos ao tratamento em escala dos conflitos.

II DIALÉTICA

4 Considerações iniciais

A etimologia do vocábulo “dialética” remonta ao termo grego *dialektiké*, formado da conjugação dos prefixos “diá” e “logos”, que, por exemplo, origina o substantivo *dialogê* (“discussão”), o verbo *dialegeyn* (“mesclar razões”, “dialogar”, “discutir”) e o adjetivo *dialektikôs* (“concernente à discussão por meio de diálogo”); por consequência desses aportes semânticos, *dialektiké* é geralmente concebida como a “arte da discussão”,¹ mas, segundo análise etimológica mais detida, verdadeiramente deveria ser lida como a “arte de esclarecer”.²

Assim como a evolução histórica do direito processual aponta a um movimento helicoidal ascendente, de alternância entre maior e menor formalismos em diferentes patamares progressivos,³ como será tratado oportunamente, também a dialética, em movimentos alternantes, obedece a fluxos e contrafluxos na história.

No pensamento socrático, a dialética é concebida como “arte da concatenação de ideias”; em PLATÃO, como categoria convertida em “ciência do Bem”; em ARISTÓTELES, como “lógica do verossímil”. Nos filósofos escolásticos, a dialética foi “elevada”, mediante uma retomada do platonismo; já para os humanistas, constituiu ideia “rebaixada” à “arte do engano”; reergueu-se no pensamento kantiano, mas logo decaiu à luz de sua afirmação como “lógica da aparência” (crítica kantiana à dialética), retomando parcialmente a concepção aristotélica de “lógica do verossímil”. Apenas com sua ressignificação para a filosofia, o que fomentou o arcabouço teórico do idealismo moderno, a dialética tornou a alçar um estatuto privilegiado, com apogeu em HEGEL, embora tenha posteriormente servido como instrumento dúctil na conformação de ideologias (dentre as

¹ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Trads. Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. 6. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 315-22. No latim, com mesma carga semântica, origina os termos *dialectica* e *dialecticus* – HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Elaborado pelo Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 679.

² “O prefixo *diá* indica reciprocidade, troca e, também, ‘através de’, usado em palavras como diáfano, diâmetro, diagonal, diástase etc. É empregado como ‘passagem através de’” – SANTOS, Mário Ferreira dos. *Lógica e dialética: lógica, dialética e decidualética*. São Paulo: Paulus, 2007, p. 103.

³ Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 12.

mais notórias, a que compõe o *materialismo dialético*), o que, paradoxalmente, não representa um pensamento dialético.⁴

No direito processual civil, ramo de uma ciência [jurídica] social aplicada, a revolução comunicativa e tecnológica da contemporaneidade retoma a importância da dialeticidade, percepção que pode ser expressada sob o marco teórico da denominada “cooperação processual” e, principalmente, da revalorização da garantia do “contraditório”.

O objetivo do presente capítulo inicial é expor um panorama do fenômeno dialético em perspectiva histórico-filosófica, tomada em seu “caráter contingente”.⁵ Embora a dialeticidade seja frequentemente enunciada ao longo da doutrina jurídica processual, poucas vezes sua afirmação vem acompanhada das ideias e premissas conceituais de fundo que compõem esse relevante componente do pensamento universal da humanidade, justificando, assim, a licença para uma breve e prévia digressão filosófica sobre o tema.⁶

5 Perspectiva histórico-filosófica da dialética

A construção do conhecimento pela dialética remonta às próprias bases filosóficas da humanidade. Com matizes distintos, tanto o Ocidente quanto o Oriente estabeleceram linhas mestras do pensamento humano sob a premissa da dialeticidade. A justificativa para a universalidade desse fenômeno é, em primeiro lugar, de ordem natural, como ilustram os ciclos da natureza, que se realizam por movimentos complementares e sucessivos.⁷

⁴ “[...] tais exageros nos obrigam a classificar as ‘dialéticas’ [em seus vários âmbitos de representação], a fim de evitar as confusões empregadas por muitos, para subversão do seu verdadeiro sentido, com o intuito de servir os interesses desta ou daquela corrente ideológica; atividade, aliás, pouco dialética” – SANTOS, Mário Ferreira dos. *Lógica e dialética: lógica, dialética e decadialética...* p. 104.

⁵ CIRNE-LIMA, Carlos. *Sobre a contradição*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1993, p. 116.

⁶ Aliás, não despropositadamente, “a filosofia e a democracia não só partilham as mesmas origens históricas como também, de certo modo, dependem uma da outra” – HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. Org. Patrick Savidan. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 69.

⁷ Constatação identificada, por exemplo, desde o pensamento pré-socrático, por intermédio da cosmologia de Anaximandro de Mileto (610–546 a.C.), “sem dúvida, influenciado pela observação das principais mudanças das estações, nas quais o calor e a seca do verão parecem ter como adversários o frio e a chuva do inverno” – KIRK, G. S.; RAVEN, J. E.; SCHOFIELD, M. *Os filósofos pré-socráticos: história crítica com seleção de textos*. Trad. Carlos Alberto Louro Fonseca. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 119. Segundo o mesmo autor, a explicação para a “estabilidade cósmica” estava sintetizada na paráfrase “a fonte da geração das coisas que existem é aquela em que a destruição também se verifica”. É também “em

ANAXIMANDRO, filósofo pré-socrático, chegou a explicar o “intercâmbio entre substâncias contrárias” por intermédio de uma “metáfora legalista derivada da sociedade humana”.⁸

A observação da complementaridade dos opostos (ou dos contrastes), historicamente, tem implicado diversas perspectivas, como a explicação aristotélica para o movimento, segundo duas de suas mais conhecidas categorias filosóficas: “ato/forma” (*energeia*, *entelecheia*) e “potência/matéria” (*dynamis*).⁹ A problemática do movimento, enfrentada desde os filósofos pré-socráticos (em especial, HERÁCLITO e PARMÊNIDES),¹⁰ foi respondida por ARISTÓTELES mediante a compreensão da existência de causas eficientes que ordenam os eventos, convertendo-os de *potência* (potencialidade do ente) a

Anaximandro que claramente se encontra, pela primeira vez [dentro os pré-socráticos], o conceito de substâncias naturais contrárias (conceito que reaparece em Heráclito, Parmênides, Empédocles, Anaxágoras e, certamente, nos Pitagóricos desde Alcmeon)” – Ibidem, p. 119.

⁸ “O constante intercâmbio entre substâncias contrárias é explicado por Anaximandro numa metáfora legalista derivada da sociedade humana: a prevalência de uma substância à custa do seu contrário é ‘injustiça’, e a reação verifica-se através da aplicação do castigo, com a restauração da igualdade – de algo mais que igualdade, porquanto o prevaricador fica, também, privado de parte de uma substância original. Esta é dada à vítima, além daquilo que lhe pertencia, e por sua vez conduz (podemos inferir) ao excesso, por parte da primeira vítima, que passa a cometer uma injustiça contra o antigo agressor” – Ibidem, p. 119.

⁹ Conforme observa Lucas Angioni, “Aristóteles pretende mostrar que o objeto resultante da técnica possui constituição semelhante ao ente natural: é constituído por uma matéria e por uma forma. Embora essa linguagem possa sugerir que forma e matéria sejam elementos constituintes a serem emparelhados lado a lado [...] o termo “matéria” designa o conjunto de todos os elementos constituintes, dotados das propriedades adequadas que os tornam aptos a exercer as atividades pelas quais a coisa se define, ou aptos a receber a mudança última que os habilita a tais atividades [...] e ‘forma’ remete às propriedades últimas que caracterizam a coisa em questão, entendidas como disposições funcionais. É por isso que a matéria é associada à potência ou capacidade (*dynamis*), e a forma é associada à efetividade (*energeia* ou *entelecheia*)” – ARISTÓTELES. *Física I e II*. Prefácio, introdução, tradução e comentários de Lucas Angioni. Campinas: Editora da Unicamp, 2009, p. 215-6. “Aristóteles se dedica à descrição mais detalhada do ‘modo dos estudiosos da natureza’ e busca refutar as teses de Anaxágoras. A análise das pretensões de seus predecessores revela que estes conseguiram, pelo próprio desenvolvimento imanente de suas dificuldades, alcançar um princípio básico da filosofia da natureza: ‘todos fazem os contrários princípios’” – Ibidem, p. 12. Em Física II, Aristóteles apresenta os “seres naturais” mediante um modo de oposição aos “seres artificiais”, cujo movimento ocorreria acidentalmente em razão de algum agente exterior atuando sobre a matéria. Os seres naturais, por outro lado, comportam neles próprios toda a causa de seu movimento e repouso, cujas causas são imanentes, agem diretamente, sem intermediários, segundo um “princípio da produção” que deriva da própria natureza, sendo interno a todo ser vivente – Ibidem, p. 43. Cf. VALLE, Lílian de Aragão Bastos do. *Aristóteles e a práxis: uma filosofia do movimento*. In *Educação*. v. 37, n. 2, p. 263-77. Porto Alegre: PUC-RS, 2014, p. 264-5.

¹⁰ Heráclito (540-470 a.C.) e Parmênides (530-460 a.C.) debateram a problemática do movimento. Para Heráclito, a realidade fenomênica revela que nada é imutável, ilustrando tal compreensão com a famosa metáfora da impossibilidade de se banhar duas vezes nas mesmas águas de um rio (*teoria do devir*). A imutabilidade de todas as coisas esclarece, segundo o autor, que a realidade do mundo é constituída pelo movimento. Para Parmênides, considerado o fundador da *ontologia* na história da filosofia – ao apresentar pela primeira vez a noção de *ser* –, se todas as coisas estivessem em constante mutação, nada existiria, sob a premissa de que *mudar* e *existir* representariam ideias antagônicas, pois algo não poderia *ser* e *não-ser* ao mesmo tempo; conclui, então, que o ser é imóvel e imutável. Cf. BORNHEIM, Gerd A. (Org.). *Os filósofos pré-socráticos*. 14. ed. São Paulo: Cultrix, 2000, p. 35-46 e 53-9; SANTOS, Mário Ferreira dos. *Lógica e dialética: lógica, dialética e decadalética*.... p. 108-10.

ato (realidade presente). A teoria aristotélica abarca a lógica do verossímil como perspectiva dialética para uma possível solução quanto ao paradoxo do movimento.¹¹

A problemática do movimento é, por excelência, dicotômica e as primeiras reflexões sobre o tema, com os filósofos pré-socráticos, revelam o surgimento remoto da dialética como vertente metodológica para a construção do conhecimento. Não é despropositado que HERÁCLITO seja considerado, por muitos estudiosos, o “fundador” da dialética e que a própria sobrevivência do modo de pensar dialético seja atribuída à sua conciliação com a metafísica.¹² Outros autores consideram SóCRATES o pioneiro do sistema dialético de pensamento.¹³ Já ARISTÓTELES, que “reintroduziu princípios dialéticos em explicações dominadas pelo modo de pensar metafísico”,¹⁴ atribuía o título a ZENÃO DE ELEIA; o eleata empregava o método de oposição das teses levantadas em debates públicos para refutar a noção de movimento inerente à *teoria do devir* de HERÁCLITO.¹⁵

¹¹ O paradoxo do movimento se apresenta, na filosofia pré-socrática, nos estudos de Zenão de Eleia (490/85–430 a.C.), discípulo de Parmênides, sob a célebre imagem do herói grego Aquiles em disputa atlética (corrida) com uma tartaruga: a velocidade de Aquiles corresponde ao décuplo da velocidade da tartaruga e, como forma de generosa compensação inicial, o herói concedeu cem unidades de medida à frente; Aquiles atinge o ponto de partida da tartaruga, mas, durante o tempo necessário, o réptil avançou mais dez unidades (da mesma medida); quando Aquiles chega a esse segundo ponto, a tartaruga avançou mais uma unidade; quando Aquiles percorre essa unidade, a tartaruga estará um décimo de distância à frente, e assim sucessiva e infinitamente. Zenão defendia, desse modo, que todo movimento representaria mera ilusão. O paradoxo de Zenão revela que, caso aplicada a noção de contínua divisão (infinita) ao movimento, os corpos [em movimento] tornam-se impossíveis (inexistentes). Logo, visou a retomar as ideias de Parmênides: a existência é incompatível com a mutação. Em outras palavras, a subdivisibilidade incessante do espaço e do tempo torna, sob essa perspectiva lógica, o movimento impossível, tal como a flecha que, disparada, jamais atingirá seu alvo se o espaço a ser percorrido for segmentado em unidades menores. O raciocínio desenvolvido por Aristóteles (384–322 a.C.) refutou que a teoria de Zenão constituísse um paradoxo, pois inadmitia que o movimento pudesse ser analisado por gradações, ou seja, de modo segmentado. Na visão aristotélica, espaço e tempo expressam uma relação. Cf. KIRK, G. S.; RAVEN, J. E.; SCHOFIELD, M. *Os filósofos pré-socráticos...* p. 275-7 e 284-5.

¹² “Embora menos radical do que Heráclito [teoria do devir], Aristóteles foi um pensador de horizontes mais amplos que o seu antecessor; e é a ele que se deve, em boa parte, a sobrevivência da dialética. Aristóteles observou que nós damos o mesmo nome de *movimento* a processos muito diferentes, que vão desde o mero deslocamento mecânico de um corpo no espaço, desde o mero aumento quantitativo de alguma coisa, até a modificação qualitativa de um ser ou o nascimento de um povo. [...] Com seus conceitos de *ato* e *potência*, Aristóteles conseguiu impedir que o movimento fosse considerado apenas uma ilusão desprezível, um aspecto superficial da realidade; graças a ele, os filósofos não abandonaram completamente o estudo do lado dinâmico e mutável do real” – KONDER, Leandro. *O que é dialética?* 21. ed. Brasília: Editora Brasiliense, 1990, p. 10.

¹³ “Numa discussão sobre a função da filosofia (que estava sendo caracterizada como atividade inútil), Sócrates [469–399 a.C.] desafiou os generais Lachés e Nícias a definirem o que era a bravura e o político Caliclés a definir o que era a política e a justiça, para demonstrar a eles que só a filosofia – por meio da dialética – podia lhes proporcionar os instrumentos indispensáveis para entenderem a essência daquilo que faziam, das atividades profissionais a que se dedicavam” – *Ibidem*, p. 8.

¹⁴ *Ibidem*, p. 10.

¹⁵ Cf. ARISTÓTELES. *Tópicos*. Trad. Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa *et al.* Rev. Levi Condinho. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2007, p. 86.

Embora imobilismo e fluidez não constituam necessariamente noções antagônicas, a polêmica pré-socrática demonstra a relevância da dialética na base da formação do pensamento clássico ocidental. A conciliação dos ideais teóricos entre autores dos denominados *mobilismo* e *imobilismo*, ainda antes das respostas oferecidas pela metafísica aristotélica, fora iniciada por PLATÃO – de quem ARISTÓTELES foi discípulo –, que propôs a coexistência dos mundos *sensível* e *inteligível*, em realidades complementares. A percepção do movimento seria inerente à variedade e à multiplicidade do mundo sensível, impedindo predicções dentro dos limites dessa realidade. No mundo inteligível, o problema comunicativo impediria a interação de ideias, justificando apenas a admissão de juízos tautológicos, à guisa da proposta de PARMÊNIDES. Em resguardo da coerência nos discursos, a teoria platônica propôs o método dialógico, como instrumento dialético para instar os interlocutores a saírem do plano meramente sensível em prol do desenvolvimento de ideias; a determinação das formas de existência dos entes sensíveis deveria operar-se nos limites do mundo inteligível.

A dialética clássica, ao longo dos séculos, foi gradativamente absorvida pela lógica matemática. No entanto, foram os ideais primários de HERÁCLITO e PLATÃO – restaurados, por exemplo, no pensamento hegeliano – que permitiram a retomada moderna da dialética. Não obstante o idealismo histórico situe a dialética em sentido diverso daquele atribuído ao conceito original, investigando a realidade por intermédio de uma postura especulativa das contradições,¹⁶ a dialeticidade tem constituído ideia matriz inerente à organização dos processos sociais.

Todo ato ou evento, humano ou social, que se pretenda compreender globalmente pode ser analisado sob perspectiva dialética. O exame da evolução histórico-filosófica da dialética constitui premissa para que, ao longo do estudo, a dialeticidade no âmbito da ciência jurídica processual seja identificada como vetor que, não se atendo ao simples aspecto dialógico do processo, permite compreender os diversos elementos inerentes à denominada “cooperação” e ao modelo de direito processual prospectado para as próximas décadas do século XXI.

¹⁶ Em sua moderna acepção histórico-idealista, a dialética corresponde justamente ao “modo de pensarmos as contradições da realidade, o modo de compreendermos a realidade como essencialmente contraditória e em permanente contradição” – KONDER, Leandro. *O que é dialética?*... p. 8.

5.1 Dialética socrática e a primazia da oralidade dialógica

O pensamento socrático foi difundido, inicialmente, por PLATÃO (discípulo de SÓCRATES) e a exclusiva oralidade da transmissão de suas ideias constitui causa tanto para levantar dúvidas sobre a personalidade do autor quanto para instituir certo “mito de fundação” da filosofia ocidental.¹⁷ A filosofia emergia como domínio de conhecimento humano fundamentalmente caracterizado pela primazia do diálogo, o que lhe permitiu dissociar-se do dogmatismo das antigas religiões, não obstante tenha instaurado uma certa fé na racionalidade ou na capacidade prática de resolver muitos problemas da vida particular ou social.¹⁸

O grande trunfo do socratismo foi sua eficiência para, com base em um jogo de estratégias argumentativas, vincular reciprocamente ideias que *a priori* poderiam ser consideradas conflitantes.¹⁹ Essa característica de construção do pensamento em cadeia ou elos permite associar, inclusive, o método dialógico socrático aos espaços públicos de debate na democracia ateniense, em consonância com o princípio de igualdade do direito à manifestação em assembleia ou eclésia (*ekklesia*), expresso tanto no conceito de *isegoria* (direito à palavra) quanto de *isonomia* (igualdade perante a lei). Não significa, porém, um método que se legitime pela simples participação ou adesão dos interlocutores, pois o debate socrático – adequadamente conduzido – poderia fomentar conclusões contramajoritárias ou questionar a razoabilidade de decisões formalmente democráticas.²⁰

¹⁷ A respeito da dúvida histórica levantada sobre a personalidade de Sócrates, são interessantes os apontamentos de Schopenhauer: “a sabedoria de Sócrates é um artigo de fé filosófico. É claro que o Sócrates platônico é uma figura ideal, portanto uma personagem poética que expressa os pensamentos de Platão. Em contrapartida, no Sócrates de Xenofonte não se encontra exatamente muita sabedoria. [...] Porém, o órgão com o qual se fala à *humanidade* é unicamente a escrita. Oralmente, falamos apenas a um certo número de indivíduos e, por isso, o que assim é dito permanece assunto privado em relação ao gênero humano. [...] Logo, é-me difícil acreditar no espírito verdadeiramente grande daqueles que não escreveram: estou muito mais inclinado a tomá-los principalmente por heróis práticos que atuaram mais pelo seu caráter do que pela sua cabeça” – SCHOPENHAUER, Arthur. *Fragmentos para a história da filosofia*. Trad. Maria Lúcia Cacciola. São Paulo: Iluminuras, 2003, p. 31-2. Como “personagem principal dos diálogos [platônicos], Sócrates suscita sempre várias questões, provoca o debate, mas nunca lhe põe fim e nem conclui. Sua ciência, pelo que ele próprio confessa, consiste unicamente em apresentar objeções” – MONTAIGNE, Michel de. *Ensaio*. Edição integral. Trad. e notas de Sérgio Milliet. São Paulo: Editora 34, 2016, p. 504.

¹⁸ PREVE, Costanzo. *Storia della dialettica*. Pistoia: Editrice Petite Plaisance, 2006, p. 25.

¹⁹ “Il *big bang* del socratismo è allora necessariamente una X, una posta in gioco di strategie discorsive che non possono, programmaticamente, fare riferimento ad un testo, ma che possono invece costituire progressivamente testi diversi in conflitto (o in solidarietà) reciproco” – *Ibidem*, p. 25.

²⁰ “Il *logos sokratikòs*, infatti, non può semplicemente esistere senza metodi e contenuti democratici, anche e *soprattutto* quando critica gli eccessi e l’infondatezza di molte decisioni formalmente democratiche (ad

A descrição aristotélica de SÓCRATES (recorde-se que ARISTÓTELES foi discípulo de Platão) silencia sobre a *ironia* e a *maiêutica*, categorias fundamentais do pensamento socrático,²¹ atendo-se a ressaltar que o autor se ocupara das virtudes éticas, em busca de definições universais, e do método lógico-silogístico.²² Trata-se de constatação explicada pelos contextos históricos distintos, pois, ao tempo de ARISTÓTELES, a ética e a política eram compreendidas separadamente (não por acaso, o autor produziu obras específicas para cada tema).²³ Essa cisão seria impensável à época de SÓCRATES, em que havia um nexos inseparável entre ética e política, erigindo essa conexão a própria noção de virtude (*areté*).²⁴ Gradualmente, a concepção de *virtude* passou a incorporar o atributo de justiça

esempio la messa a morte dei generali delle Arginuse, contro cui Socrate condusse un'aperta battaglia politica che certamente gli procurò molte antipatie destinate ad accrescere la maggioranza dei giudici popolari che lo condannarono a morte)" – Ibidem, p. 27.

²¹ A *ironia* corresponde ao modo socrático de subestimar os adversários no debate. Por exemplo, em discussão acerca da justiça, Sócrates ironiza o sofista Trasímaco (que lucrava com aulas de filosofia e retórica), seu interlocutor, dizendo: “se estivéssemos em busca de ouro, jamais faríamos voluntariamente concessões mútuas se assim agindo eliminássemos nossa chance de descobri-lo” – PLATÃO. *A república (ou Da justiça)*. Trad. Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014, p. 48. Já a *maiêutica*, em Sócrates, designa simplesmente a “arte do parto” (ou “da parteira”), que o filósofo utiliza como analogia para seu método de ensinamento (a parturição do conhecimento), como consta de célebre passagem do diálogo Teeteto: “basta considerar todos os fatos relativos à atividade das parteiras para entender mais facilmente o que quero dizer. Imagino que sabes que nenhuma delas atende outras mulheres enquanto é capaz de conceber e dar à luz. Somente as que se tornam demasiado velhas para gerar que o fazem. [...] Tudo que é verdadeiro acerca da arte do parto delas também o é com relação à minha. A diferença entre uma e outra está em que a minha é praticada em homens, não em mulheres, e no cuidado de suas almas em dores do parto, e não de seus corpos. Mas o que há de mais expressivo na minha arte é sua capacidade de testar, de todas as maneiras possíveis, se o intelecto do jovem está gerando uma mera imagem, uma falsidade, ou uma genuína verdade. Com efeito, partilho do seguinte com as parteiras: sou estéril em matéria de sabedoria. A censura que tem sido dirigida amiúde a mim, isto é, de que interrogo as outras pessoas, mas que eu mesmo não dou resposta alguma a nada porque não possuo nenhuma sabedoria em mim, é uma censura procedente” – PLATÃO. *Diálogos I – Teeteto (ou Do conhecimento); Sofista (ou Do ser); Protágoras (ou Sofistas)*. Trad. Edson Bini. 1. ed. 3. reimp. São Paulo: Edipro, 2017, p. 52-4.

²² “Sócrates ocupou-se das virtudes éticas, e por primeiro tentou dar definições universais delas. [...] buscava a essência das coisas e com razão: de fato, ele tentava seguir o procedimento silogístico, e o princípio dos silogismos é, justamente, a essência. A dialética, naquele tempo, ainda não era forte para proceder ao exame dos contrários independentemente da essência, e estabelecer se a mesma ciência trata dos contrários” – ARISTÓTELES. *Metafísica: ensaio introdutório, texto grego com tradução e comentário de Giovane Reale*. Trad. Marcelo Perine. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 605-7.

²³ Para um estudo pormenorizado do desenvolvimento da ética, em Aristóteles, à luz de “Ética a Eudemo” e “Ética a Nicômaco”, e do “significado político do *ethos* em Aristóteles”, cf. VERGNIÈRES, Solange. *Ética e política em Aristóteles: physis, ethos, nomos*. Trad. Constança Marcondes Cesar. São Paulo: Paulus, 1998, p. 99-101 e 147-61.

²⁴ “Per i greci l’*areté* era priva di qualcosa reitragusto moralistico, e significava soltanto la qualità propria di qualcosa. L’*areté* della buona terra era la sua fertilitàà, quella di una spada il suo taglio, quella dei piedi del corridore la sua velocità. La virtù di qualcosa è ciò che le permette di compiere nel modo migliore possibile la sua funzione” – PREVE, Costanzo. *Storia della dialettica...* p. 30. E segue, no pensamento platônico: “agora está em condição de compreender o que eu perguntei há pouco quando indaguei se a função de cada coisa é aquilo que ela exclusivamente é capaz de fazer ou o que faz melhor do que qualquer outra coisa. [...] existe uma virtude específica de todas as coisas para as quais é atribuída uma função específica? Refaçamos o mesmo caminho: dissemos que os olhos têm uma certa função? Têm. E, portanto, existe também uma virtude ou excelência dos olhos? Existe. E os ouvidos têm uma função? Sim. De modo que há, igualmente,

(*dikaion*), o que, em boa medida, justifica a razão por que Sócrates não cogitou sequer escapar da prisão – não seria possível a justiça ser alheia ao valor comunitário.²⁵

O método socrático não corresponde à atual concepção de diálogo, hoje compreendido como âmbito de exposição de ideias diversas, articuladas por interlocutores com visões contrastantes, que permita a redução do distanciamento [inicial] dos pontos de vista para a obtenção [final] de uma visão consensual ou de uma solução consentida. O diálogo socrático representa algo diverso. Trata-se de técnica específica, dependente de um condutor fixo (interlocutor central), que apresenta sempre dois momentos (a *ironia* e a *maiêutica*) e, às vezes, uma terceira etapa (a *definição*). Quando a implicação de um terceiro momento conclusivo for inviável, o diálogo é considerado *aporético*, pois se limita ao registro da impossibilidade de uma definição consensual.

Esse é o cenário do denominado *logos sokratikòs*, denotado como modelo de filosofia em prol da democracia assemblear ateniense, cuja base fundamental é a primazia da oralidade dialógica, entendido como método necessário à isegoria e à isonomia na participação política dos cidadãos.²⁶

uma virtude dos ouvidos? Há. E com todas as outras coisas ocorre o mesmo? Ocorre” – PLATÃO. *A república (ou Da justiça)*... p. 74. Cf. COMTE-SPONVILLE, André. *Pequeno tratado das grandes virtudes*. Trad. Eduardo Brandão. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016, p. 7-12.

²⁵ Como ocorre no célebre diálogo Críton (ou Do Dever), em que Críton, amigo abastado de Sócrates, financiaria a fuga da prisão, mas o filósofo a rejeita: “a questão a ser colocada é se é justo para mim tentar sair daqui sem a permissão dos atenienses, ou se não é justo. Se parecer justo, tentemo-lo; se não, desistamos disso. [...] Então a conclusão é que não devemos cometer o que é injusto em hipótese alguma. E uma vez que não devemos, em hipótese alguma, ser injustos, não deveremos, como pensa a maioria, sequer ser injustos com quem foi injusto conosco. [...] julgas que possuis esse direito de troco para com tua pátria e as leis, de maneira que se nos dispomos a destruir-te, o considerando justo, te disporás, em troco, a destruir a nós, as leis, e a tua pátria, na medida de tua capacidade, e alegando que assim agindo o fazes segundo a justiça, tu que realmente zelas pela virtude?” – PLATÃO. *Diálogos III – Socráticos: Fedro (ou Do Belo); Eutífron (ou Da Religiosidade); Apologia de Sócrates; Críton (ou Do Dever); Fédon (ou da Alma)*. Trad. Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015, p. 178, 180 e 182.

²⁶ PREVE, Costanzo. *Storia della dialettica*... p. 31. O termo *logos sokratikòs* é empregado por Preve para designar um “gênero literário” patriótico, vertido originariamente da prática social, cuja base é a forma dialógica socrática, que possibilitou aos atenienses a incorporação da práxis filosófica de seu tempo. Cf. *Ibidem*, p. 26-7.

5.2 Dialética platônica e a problemática da verdade

A dialética, em SÓCRATES, coincide com o próprio *logos sokratikòs*, que se impregna diretamente da prática linguística inerente ao espaço dialógico.²⁷ No domínio socrático, enquanto a retórica se qualificava como a “arte de realizar discursos longos sem interrupções”, a dialética constituía a “arte de formular questões e de situar respostas breves que se concatenem de modo a ressaltar imediatamente as contradições lógicas em que incorria o interlocutor”.²⁸

A dialética, em PLATÃO, converteu-se em “ciência do Bem”, por intermédio de um método ascendente (*synagoghé*) e outro descendente (*diairesis*), pautado “em divisões e reuniões como elementos auxiliares do falar e do pensar”.²⁹ A síntese do pensamento dialético platônico resulta da influência do programa pitagórico sobre o método filosófico constitutivo do *logos sokratikòs*; a matemática de PITÁGORAS assumiu um papel fundamental na formação do pensamento platônico.³⁰

Essa fusão entre socratismo e pitagorismo pode ser identificada, por exemplo, no diálogo aporético de *Teeteto*, que perquire a natureza do conhecimento. No texto, SÓCRATES (como interlocutor do pensamento platônico) refuta a resposta de Teeteto, segundo a qual *ciência* e *sensação* constituiriam uma noção unitária, e a relaciona com a

²⁷ Ibidem, p. 34.

²⁸ Ibidem, p. 35.

²⁹ Ilustrativamente, narra-se a resposta de Sócrates a Fedro, acerca do Amor, em que o filósofo se refere à forma dialética de estruturação do pensamento como “aquela por meio da qual dividem-se novamente as coisas por espécie onde se encontram suas junções naturais, tentando não fragmentar nenhuma parte, como o faria o mau trinchador. Assim, nossos dois discursos assumiram há pouco uma espécie comum, nomeadamente ausência de razão. Então – tal como cada corpo singular possui partes que naturalmente se apresentam em partes de nomes idênticos (direito e esquerdo) – nossos dois discursos conceberam a loucura como sendo naturalmente uma única forma dentro de nós, e um discurso, cortando a parte esquerda, prosseguiu nessa divisão até encontrar, entre suas partes, um amor denominável como esquerdo, que é com muita justiça tornado objeto de insulto; o outro discurso, porém, guiando-nos para a parte direita da loucura, descobriu um amor que ostenta o mesmo nome do primeiro, mas que é divino; ele o expôs a nós e o louvou na qualidade de causa de nossos maiores bens. [...] No que tange a mim mesmo, Fedro, sou um amante dessas divisões e reuniões como elementos auxiliares do falar e do pensar, e se julgar que qualquer outro indivíduo é capaz de ver coisas passíveis de serem reunidas em uma e divididas em muitas, a ele seguirei e ‘caminharei sobre suas pegadas como se ele fosse um deus’. Sabe o deus se o nome que atribuo aos capacitados a fazer isso está certo ou errado, mas até agora os tenho chamado de dialéticos” – PLATÃO. *Diálogos III – Socráticos...* p. 92-3.

³⁰ “Platone traduce il progetto pitagórico della conoscenza di ciò che è immutabile nella lingua, o più esattamente nel genere letterario del *logos sokratikòs*. Dal momento che il profilo inimitabile di Platone è proprio dovuto a questa mirabile fusione fra socratismo e pitagorismo, non è facile stabilire quale sia il sostantivo e quale sia invece l’aggettivo qualificativo” – PREVE, Costanzo. *Storia della dialettica...* p. 33.

teoria de PROTÁGORAS, autor da conhecida máxima “o homem é a medida [*metron*]³¹ de todas as coisas”.³² Na hipótese, são apresentadas três objeções [platônicas]: (i) nenhuma sensação é estável e, logo, nenhum conhecimento fundado em sensações seria confiável; (ii) se o homem fosse “a medida de todas as coisas”, seríamos obrigados a conhecer a opinião de todos os homens, o que seria evidentemente impossível; (iii) ainda, se o homem fosse realmente “a medida de todas as coisas”, PROTÁGORAS se contradiria porque essa fórmula não inclui o elemento primeiro, qual seja, a própria medida pessoal de cada homem.³³ Considerando que o *metron* constitui, por definição, medida aritmética e geométrica, a oposição razoável ao *mobilismo* de PROTÁGORAS recorre ao método de PITÁGORAS, razão por que é possível identificar, em caráter propedêutico (*propaideia*),³⁴ um papel fundamental da matemática pitagórica na filosofia de PLATÃO, como ocorre em relação aos movimentos filosóficos positivistas em geral.³⁵ O *logos sokratikòs*, no método dialógico platônico, sintetiza a união entre SÓLON e PITÁGORAS, ao unir “o *metron* político do equilíbrio da comunidade política (*isorropia*) e o *metron* numérico inerente à doutrina protagórica”.³⁶

³¹ O conceito de “medida” (*metron*) era uma base comum e geral de referência para os filósofos gregos. A ressalva é importante porque, ao tempo de Sólon (640–558 a.C.), a noção de *metron* tinha conotação político-econômica – Ibidem, p. 33.

³² Quanto ao ponto, note-se o seguinte excerto do diálogo: “[Sócrates:] Consequentemente, estavas inteiramente certo ao afirmar que o conhecimento não passa de percepção, havendo completa identidade entre a doutrina de Homero, de Heráclito e de todos os seguidores de ambos, ou seja, a de que todas as coisas estão em movimento, tais como rios; a doutrina de Protágoras, o mais sábio, de que o ser humano é a medida de todas as coisas, e a doutrina de Teeteto, de que sendo essas coisas assim, percepção é conhecimento. Ora Teeteto! Diremos que temos diante de nós teu recém-nascido e o resultado de meu trabalho de parteiro? Ou o que diremos, afinal? [Teeteto:] É o que temos de dizer, Sócrates” – PLATÃO. *Diálogos I...* p. 72.

³³ Cf. PLATÃO. *Diálogos I...* p. 75-8, 87-9, 99-101. “[...] indagemos a Protágoras ou a alguém que com ele concorda. ‘Ora, Protágoras, o ser humano é a medida de todas as coisas, como afirma tua escola – do branco, do pesado, do leve e de todas essas coisas sem exceção –, visto que possui dentro de si mesmo o critério pelo qual as avalia, e quando seus pensamentos acerca delas coincidem com suas sensações, o ser humano pensa o que é verdadeiro e que realmente é’. Não é o que dizem?” – Ibidem, p. 99.

³⁴ Cf. PLATÃO. *A república (ou Da justiça)...* p. 312-4.

³⁵ PREVE, Costanzo. *Storia della dialettica...* p. 34. “[...] posso entender que pretendes distinguir o elemento inteligível daquilo que é, o elemento estudado pela dialética, como mais [verdadeiro e] mais exato do que o elemento estudado pelas chamadas ciências, para as quais suas hipóteses são primeiros princípios. E, embora aqueles que estudam os objetos dessas ciências sejam obrigados a fazê-lo por meio de seu entendimento racional e não pela percepção sensorial, ainda assim, pelo fato de não retornarem a um primeiro princípio genuíno, mas partirem de conjecturas, não pensas que eles detêm autêntico entendimento delas, embora as próprias coisas sejam inteligíveis quando captadas em conjunção com um primeiro princípio. E tenho comigo que chamarias a disposição mental dos geômetras de *intelecção*, mas não de entendimento, a *intelecção* sendo intermediária entre a opinião e o entendimento” – PLATÃO. *A república (ou Da justiça)...* p. 287.

³⁶ PREVE, Costanzo. *Storia della dialettica...* p. 34. “Questa posizione di Platone si differenzia quindi sia dallo scetticismo relativistico attribuito a Protagora [...] sia da ogni tipo di concezione scientifica moderna di tipo galileiano, che vede nelle matematiche un modello di scienza (*episteme*) e non una *propaideia*” – Ibidem, p. 34. Cf. PLATÃO. *A república (ou Da justiça)...* p. 303-7. Para os diversos sentidos filosóficos de

A matemática, sendo propedêutica na construção do pensamento platônico, corresponde ao método quantitativo das medidas, ao passo que a dialética abrange o método qualitativo, propondo-se uma definição dupla de ciência das medidas (*episteme metritiké*).³⁷

O marco da problemática da *verdade pura*, em PLATÃO, está situado no diálogo *Crátilo* (ou “Da correção dos nomes”), como demonstra a conclusão de SÓCRATES acerca da impossibilidade de perquirir a natureza das coisas com base nos nomes que possuam, ou seja, as aparências linguísticas (significantes) dissociam-se da essência da matéria significada.³⁸ Se os nomes não constituem a essência das coisas, a busca do conhecimento fundada no *logos* é questionada como método para a verdade.

A dialética platônica, pensada como *ciência do Bem*, visa à apreensão das coisas em sua *verdade*, superando-se suas realidades sensíveis; o Bem constitui um ideal capaz de viabilizar a cognoscibilidade integral do mundo.³⁹ Logo, o método dialético constitui instrumento para o alcance do mundo inteligível, denotado pelo universo das ideais ou essências particulares. Na *República*, PLATÃO compreende o filósofo dialético como aquele capaz de compreender as coisas de modo sinóptico (*sunoptikós*), apreendendo-as

metron, cf. SANTOS, Bento Silva. *A noção de “justa medida” no Político (284a-285c) de Platão*. In *Síntese – Revista de Filosofia*. v. 33, n. 106, p. 273-90. Belo Horizonte: Faculdade Jesuíta de Filosofia e Teologia, 2006, p. 278-80.

³⁷ “[...] Platone osserva che se si dovesse scegliere per la nostra salvezza fra il pari ed il dispari, avremmo bisogno di una seconda scienza della misura diversa da quella che ci permette semplicemente di definire il pari ed il dispari, e dunque di una scienza della misura che ci permetta di definire il pari ed il dispari in *funzione della nostra salvezza*” – PREVE, Costanzo. *Storia della dialettica...* p. 35. Cf. CASTORIADIS, Cornelius. *Sobre “O político” de Platão*. Trad. Luciana Moreira Pudenzi. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 142-6.

³⁸ Assim pode ser apreendido dos excertos finais da resposta de Sócrates a Crátilo: “como há conflitos entre os nomes, alguns deles reivindicando sua semelhança com a verdade, enquanto outros reivindicam o mesmo, como poderemos decidir e qual será o fundamento de nossa decisão? Certamente esse fundamento não será outros nomes distintos desses, já que não há. Está claro que devemos buscar uma outra coisa, não nomes, que venha a nos mostrar qual desses dois grupos de nomes contém os verdadeiros, quer dizer, os que expressam a verdade a respeito das *coisas que são*. [...] certamente nenhuma pessoa sensata destinará a si mesma e sua alma aos nomes, e confiará nos nomes e naqueles que os criaram a ponto de se arvorar conhecedora de alguma coisa” – PLATÃO. *Diálogos VI – Crátilo (ou Da Correção dos Nomes); Cármites (ou Da Moderação); Laques (ou Da Coragem); Ion (ou da Ilíada); Menexeno (ou Oração Fúnebre)*. Trad. Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2016, p. 123 e 126.

³⁹ Platão construiu “o conhecimento postulando que não podemos conhecer senão aquilo para o qual já temos esquemas que nos permitam uma assimilação. [...] O bem de todas as coisas revela que todos os seres aspiram o Bem supremo, de onde se podem deduzir outros conceitos, como o de verdade, belo, justiça etc. Assim, esse conjunto de arquétipos supremos forma o ideal de todas as coisas, a aspiração suprema do existir. E as coisas, no seu existir, aproximam-se mais ou menos desses supremos arquétipos e podem ser, hierarquicamente, valoradas pelos graus dessas aproximações” – SANTOS, Mário Ferreira dos. *Lógica e dialética: lógica, dialética e decadalética...* p. 111.

integralmente à luz da unidade do ideal de Bem;⁴⁰ “todo aquele que é capaz de alcançar uma visão unificada é dialético, ao passo que todo aquele que não é capaz de fazê-lo não é”.⁴¹

A dialética platônica, convertida em ciência do Bem, é pensada dicotomicamente: dialética ascendente (*synagoghé*) e dialética descendente (*diairesis*).⁴² A dialética ascendente é compreendida pela ideia de paulatina ascensão à uma concepção suprema do Bem, que transcende em dignidade e poder a própria essência e, portanto, está acima dela.⁴³ Na dialética descendente, a desarticulação da unidade compreendida pelo Bem supremo é inerente à necessidade de singularizar elementos que possibilitem a expressão humana. Ascendência e descendência na dialética de PLATÃO associam-se às noções de reunificação (*synagogon*) e de divisão (*diaireseon*).⁴⁴

A dialética platônica constitui aspecto da própria ambivalência do homem – em termos histórico-políticos, explica o movimento pendular das sociedades –, que, impossibilitado de alçar uma ascensão [solitária] ao ideal de bem integral (vida interior), está preso às limitações da vida social (exterior), ou seja, à realidade concreta do homem intermédio.⁴⁵

⁴⁰ “Onde o ponto de partida é algo que aquele que raciocina desconhece e onde a conclusão e tudo que a entremeia constituem uma trama de coisas realmente não conhecidas, que possibilidade existe do assentimento em tais casos poder algum dia ser convertido em conhecimento verdadeiro? Nenhuma. Por conseguinte, a dialética é o único processo investigatório que percorre essa estrada, suprimindo hipóteses e procedendo ao próprio primeiro princípio, de sorte a oferecer segurança [e confirmação]. E quando o olho da alma está realmente enterrado numa espécie de pântano bárbaro, a dialética o exuma e faz ascender o seu olhar, empregando as matérias de estudo que descrevemos para que auxiliem e cooperem com ele na conversão da alma” – PLATÃO. *A república (ou Da justiça)*... p. 315.

⁴¹ *Ibidem*, p. 321.

⁴² Cf. PLATÃO. *Diálogos III – Socráticos*... p. 92-3.

⁴³ “[...] não apenas os objetos do conhecimento devem *ser conhecidos* ao bem, como, inclusive, o seu próprio *ser*, ainda que o bem em si seja distinto do *ser* e a esse transcenda em dignidade e poder” – PLATÃO. *A república (ou Da justiça)*... p. 284.

⁴⁴ PREVE, Costanzo. *Storia della dialettica*... p. 36.

⁴⁵ “La perfezione non è di questo mondo, e quindi non esistono filosofi ‘perfetti’. La dialettica ci insegna questa semplice verità, in quanto l’uomo è un essere intermedio, partecipa della divinità e della bestia, ed anche Platone partecipa della divinità e della bestia” – PREVE, Costanzo. *Storia della dialettica*... p. 39. “Per fortuna la divinità, o il caso, o tutti e due, mi hanno dato il tempo per capire che uno dei principali insegnamenti della dialettica sta nel non identificare la filosofia e la pratica con l’ideologia e le sue tentazioni semplificatrici” – *Ibidem*, p. 40.

5.3 Dialética aristotélica e a lógica do verossímil

O marco para a compreensão da dialética, em ARISTÓTELES, além da afeição do filósofo às potencialidades da linguagem e ao que denominava de a “arte do diálogo”,⁴⁶ parte primordialmente da distinção do conceito de lógica pura ou matemática. A lógica pura trabalha no campo da certeza, ao passo que a dialética aristotélica atua no campo do incerto e do provável (lógica do verossímil). O autor apresenta um plano tríplice para categorizar linhas de pensamento: *lógica* (premissas são certas), *dialética* (premissas prováveis e verossímeis) e *erística* (premissas incertas e inconsistentes). A proposta é inovadora, pois ARISTÓTELES não adotou o idealismo platônico. Na verdade, embora tenha sido discípulo de PLATÃO, as ideias de ARISTÓTELES sobre a dialética aproximam-no mais de ZENÃO – a quem, aliás, atribuía o título de fundador do método dialético – e de PROTÁGORAS.

O conceito aristotélico de ciência (*episteme*)⁴⁷ pode ser compreendido, didaticamente, pelo reflexo de “três personagens que caminham a pé sobre terrenos progressivamente menos seguros e mais instáveis”.⁴⁸ A segurança consiste na certeza das premissas do raciocínio dedutivo, sendo conhecida, a esse respeito, a observação de BACON: “ARISTÓTELES teria preferido *tout court* a dedução, segura mas estéril, à indução, insegura mas fecunda”.⁴⁹ Porém, ARISTÓTELES sabe que o início de toda atividade dedutiva depende de elementos que devam ser induzidos, esclarecendo a impossibilidade de delimitar concepções estanques entre lógica e dialética. A dialética aristotélica, desse

⁴⁶ O quinto volume (“Tópicos”) dos tratados lógicos (*Organon*) de Aristóteles é considerado, a propósito, “um manual para guiar aqueles que tomam parte em competições públicas de dialética ou de discussão” – KNEALE, William; KNEALE, Martha. *O desenvolvimento da lógica*. Trad. M. S. Lourenço. Lisboa: Fundação C. Gulbenkian, 1972, p. 34-5.

⁴⁷ Etimologicamente, *episteme* deriva de “epistamai”, que significa “estou de pé em um terreno seguro” – PREVE, Costanzo. *Storia della dialettica...* p. 43.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 44.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 44. Bacon, marco da metodologia científica moderna, considerava que Aristóteles havia “arruinado a filosofia natural com sua dialética. Ele [Aristóteles] construiu o mundo das categorias, atribuiu à alma humana a mais nobre substância, um gênero baseado em conceitos secundários; transformou a interação entre *denso e rarefeito* – pela qual os corpos ocupam dimensões maiores e menores, ou espaços – em uma inútil distinção entre ato e potência; ele insistiu que cada corpo individual tem um movimento único e específico, afirmando que, se participassem de algum outro movimento, esse movimento seria devido a uma razão diferente; e ele, por capricho próprio, impôs inúmeras outras coisas à natureza” – BACON, Francis. *Novo órgão [Instauratio Magna]*. Trad. Daniel M. Miranda. São Paulo: Edipro, 2014, p. 63-4. Apesar da crítica, Bacon afirmava que “a honra dos autores da antiguidade permanece intacta, juntamente com a honra de cada um de nós; não estamos introduzindo uma comparação de mentes ou talentos, mas uma comparação de modos; não estamos fazendo o papel de um juiz, mas o de um guia” – *Ibidem*, p. 52-3.

modo, revela-se mais próxima às ideias de ZENÃO, como já mencionado, do que à concepção dialética de seu mestre (PLATÃO). O plano seguro sobre o qual se funda a ciência (*episteme*) resulta sempre, em última instância, no âmbito comunitário, com base no consenso social acerca da exatidão de certos modos intuitivos.⁵⁰

As ideias de ARISTÓTELES, reintroduzindo “princípios dialéticos em explicações dominadas pelo modo de pensar metafísico”,⁵¹ aproximam-se também da teoria de PROTÁGORAS, quanto à compreensão da “convivência política”, que a relaciona a uma ciência acerca da própria natureza humana, sendo o homem “a medida de todas as coisas”, conforme a definição protagórica. O caráter comunitário e racional da natureza humana – ponto de vista de ambos os filósofos, mas criticado por SÓCRATES e negado expressamente por PLATÃO – é sempre depreendido por uma premissa *verossímil* e *provável*, ao passo que a natureza do *politikòn* (o político, o social e o comunitário) e do *logikòn* (o racional e o linguístico) constituem noções acessíveis apenas indutiva e intuitivamente.⁵²

A definição aristotélica da dialética como conhecimento do provável e do verossímil, afastando-se da concepção platônica vinculada à “ciência do bem social”, esclarece que a defesa do método dialético, em ARISTÓTELES, está mais próxima do ideal protagórico. Por outro lado, os pensamentos de PLATÃO e de ARISTÓTELES convergem quanto à escolha de um marco principiológico – respectivamente relacionado aos ideais do

⁵⁰ PREVE, Costanzo. *Storia della dialettica...* p. 44. “Se ad esempio io propongo come definizione di uomo i due termini di animale politico-sociale e comunitario (*politikòn zoon*) e di animale dotato di ragione, linguaggio e capacità di calcolo matematico (*zoon logon echon*), e non invece di animale accidentalmente biondo o bruno, sano o malato, alto o basso, di lingua greca o persiana, eccetera, ciò avviene per una ragione anch'essa pienamente sociale e comunitaria, in quanto *ai tempi di Aristotele* era ancora diffuso un senso comunitario e razionale che portava all'assenso maggioritario verso queste due definizioni. La ‘definizione’ in Aristotele è dunque sempre derivante da un accordo comunitario. [...] L'allontanamento di Aristotele dal modello matematico di conoscenza, allontanamento che sarebbe poi durato in occidente molto a lungo e cioè fino alla rinascita platonica cinquecentesca (Copernico) ed alla nascita della moderna scienza matematica della natura di Galileo e Newton (entrambi platonici), è stato ‘danno collaterale’ della sua eccessiva polemica contro il platonismo, che ha finito con il coinvolgere oltre alle idee ‘etiche’ anche le idee matematiche. [...] Aristotele vive pur sempre ancora in un clima culturale comunitario legato alla *polis*, e per questa ragione non è tentato dalle due soluzioni apparentemente opposte ed in realtà convergenti [...]. In lui vive sempre l'ideale del metron, e cioè della misura sociale che possa impedire la dissoluzione della comunità, anche se è ormai tramontata l'utopia della *isonomia*” – Ibidem, p. 44-5.

⁵¹ KONDER, Leandro. *O que é dialética?*... p. 10.

⁵² PREVE, Costanzo. *Storia della dialettica...* p. 47. “Induttivamente, perché risulta da osservazioni ripetute, comparate e sistematizzate sui comportamenti umani in situazioni storiche e geografiche diverse. Intuitivamente, perché in fondo alla catena delle induzioni c'è pur sempre un momento di scelta e di decisione che giunge tutto d'un colpo” – Ibidem, p. 47.

Bem e da Natureza Humana – que os concilia em uma mesma corrente filosófica contraposta aos sofistas e niilistas antigos.⁵³

5.4 Transição: dos filósofos cristãos à dialética kantiana

O processo de legitimação filosófica do cristianismo pode ser atribuído, em boa medida, ao resgate da dialética platônica, fenômeno associado à equação tríplice (Uno = Bem = Deus) formulada por PLOTINO, filósofo que trabalhou com a escala “sagrada” que, muito tempo antes, PLATÃO já começara a conceber.⁵⁴ Não é despropositado que esse mesmo “código” neoplatônico tenha sido utilizado, durante aproximadamente trezentos anos, por pensadores que pretendiam restaurar o paganismo em Roma, a exemplo da tentativa tardia do imperador JULIANO (“o Apóstata”)⁵⁵ de retomada da religião politeísta sob o primado do valor da justiça.⁵⁶ O êxito da transposição do politeísmo romano para o monoteísmo cristão, alicerçado na doutrina trinitária, pode ser consideravelmente atribuído à atuação da filosofia platônica (compreendidos os filósofos neoplatônicos, a exemplo de seu maior expoente, PLOTINO), posteriormente contrastada com o resgate da metafísica aristotélica pelos pensadores cristãos da Baixa Idade Média, como TOMÁS DE AQUINO.

A hipótese apresentada é defendida por PREVE. Segundo o autor, a legitimação filosófica do cristianismo, por intermédio do ideário neoplatônico consubstanciado na fórmula tríplice (Uno = Bem = Deus),⁵⁷ quando analisada sob perspectiva dialética de tipo

⁵³ Ibidem, p. 49.

⁵⁴ Plotino (204-270 d.C.), nascido em Alexandria, é considerado o principal expoente do denominado neoplatonismo, cuja filosofia “gira em torno da essência do ‘uno’, também conhecido como ‘bem’, que subjaz a toda realidade e, no entanto, tem de permanecer incognoscível”, oferecendo um “caminho místico” como possibilidade para ultrapassar “a cisão sujeito-objeto e, com isso, o âmbito do pensamento científico: ‘pois a ciência é conceito, mas o conceito é um múltiplo; assim escapa-lhe o ser uno, visto que a ciência fica no número e na multiplicidade. Portanto, a alma tem de precipitar-se para além da ciência’” – HELFERICH, Christoph. *História da filosofia*. Trads. Luiz Sérgio Repa *et al.* São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 66-8.

⁵⁵ Conhecido como “o Apóstata” por não professar a fé cristã, já aceita e incentivada em Roma desde a conversão de Constantino I, *Flavius Claudius Iulianus* foi o último imperador pagão romano. Sobre referências à biografia de Juliano, cf. CARVALHO, Margarida Maria de. *História da imagem do imperador Juliano: iluministas em ação*. In *Phoênix*. n. 9, p. 226-46. Rio de Janeiro: Laboratório de História Antiga do Instituto de História – LHIA/IH/UFRJ, 2003.

⁵⁶ PREVE, Costanzo. *Storia della dialettica...* p. 53. “La dialettica platonica si è rivelata lo strumento quasi perfetto, o comunque a mio avviso insuperabile, per questa formulazione filosofica della religione” – Ibidem, p. 57.

⁵⁷ “[...] il dogma trinitario niceno dell’incarnazione divina del Padre nel Figlio mi sembra corrispondere meglio all’intuizione neoplatonica [...] per cui l’uomo, essere intermedio fra Dio e le bestie, è parte integrante

aristotélico – segundo a lógica do *verossímil* e do *provável* (em vez das categorias ascendente e descendente platônicas) –, demonstra que a ascensão e a permanência do cristianismo deve-se justamente à construção de uma *episteme*, mais alicerçada no universalismo de PAULO DE TARSO (doutrina da salvação universal) do que na teologia mística de TERTULIANO.⁵⁸ A assertiva pode ser comprovada pela própria construção histórica da dogmática cristã e pela valorização eletiva dos textos e pensadores que a consagraram.⁵⁹

A premissa sociológica das religiões é avessa a ideários que não possam ser ambientados em um contexto dialógico. Nesse cenário, o papel das religiões é administrar a “vida cotidiana” do elemento *sagrado*, contraposto *dialeticamente* ao elemento *profano* (*dialético* no sentido de *unidade de opostos situados mediante uma correlação essencial*). As correntes religiosas prevaletentes são justamente aquelas que, não se atendo a dado messianismo ou “apocalipsismo” de fundação, conseguem converter a função primária da necessidade religiosa em um modo de reprodução comunitário duradouro, constituído por regras éticas apreensíveis cotidianamente.⁶⁰

A busca da correlação essencial inerente à atividade dialética permite, em um salto histórico necessário,⁶¹ conectar o contributo neoplatônico, para a legitimação filosófica do cristianismo, à interpretação do *direito natural* e do *contrato social* proposta por ROUSSEAU, para uma compreensão dialética da contraposição político-social dos posteriormente denominados movimentos de *direita* e de *esquerda*.⁶² ROUSSEAU pode ser

però di un'unica scala divino-umana in cui si dà un'unica dialettica ontologicamente unitaria discendente-ascendente, e vice-versa. Fu naturalmente una iattura [...] che su questa sobria e razionale concezione neoplatonica si innestasse la sciagurata antropomorfizzazione della divinità di origine ebraica” – Ibidem, p. 62.

⁵⁸ Ibidem, p. 57-8.

⁵⁹ Por exemplo, a doutrina filosófica de Tomás de Aquino tem matriz aristotélica, pois parte da teoria sobre a natureza humana proposta por Aristóteles.

⁶⁰ Quanto à respectiva premissa conceitual, cf. WEBER, Max. *A ética protestante e o “espírito” do capitalismo*. Trad. José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 34-7. “Para Max Weber, a religião, na medida em que produz a perda da consciência de que o mundo humano é um mundo socialmente criado e mantido, constitui-se no agente privilegiado da falsa consciência e da alienação. Embora use estes últimos termos, sua análise nada tem de marxista, pois o que se oculta não é a dominação de classe, mas o caráter social da construção da sociedade” – STIGAR, Robson. *A concepção de religião para Max Weber: um olhar a partir da ciência da religião*. In *Revista Kerygma*. v. 11, n. 2, p. 167-74. São Paulo: UNASP, 2015, p. 168.

⁶¹ Ante a impossibilidade de adentrar minúcias históricas do pensamento filosófico intermediário, entende-se que a obra de Rousseau constitui o marco teórico mais importante para a correlação proposta. Para o aprofundamento sobre o tema, cf. PREVE, Costanzo. *Storia della dialettica...* p. 65-7.

⁶² “Sulla base della sua acuta ed intelligente interpretazione del Diritto Naturale e del Contratto Sociale, egli [Rousseau] esercita una critica radicale al precedente Patto Iniquo e propone di sostituire questo patto iniquo

considerado o “fundador simbólico da interminável disputa [logomaquia] entre a *Direita*, que atribui a culpa (ou o mérito) das desigualdades à natureza das coisas, e a *Esquerda*, que atribui essa responsabilidade à sociedade”, e, sendo impossível uma atividade dialética sobre tais padrões rígidos de pensamento ideológico, sua teoria contribuiu para a percepção da necessidade de “desenrijar essa oposição e de redefini-la à base do próprio movimento dialético e de suas implicações”.⁶³

Não é despropositado, assim, que ENGELS tenha atribuído a ROUSSEAU a inspiração remota do esquema dialético marxista: “(i) *Tese*: comunismo primitivo igualitário; (ii) *Antítese*: alienação da sociedade diante das falsas necessidades de consumo e das desigualdades; (iii) *Síntese*: o comunismo como restabelecimento da igualdade originária alienada”.⁶⁴

Outro autor fundamental para compreender a importância da dialética no desenvolvimento da filosofia moderna é KANT. A princípio, a dialética kantiana (*rectius*, a crítica kantiana à dialética) aparentemente retoma a antiga concepção de ARISTÓTELES, que distinguia *lógica* e *dialética*. Para KANT, a dialética constitui a lógica da aparência, ao passo que no pensamento aristotélico seria a lógica do verossímil. No entanto, a correlação entre os dois modos de concepção da dialeticidade é apenas apriorística.

che consacra la disegualianza con un nuovo Patto Equo che permetta di superarla. Così come il codice neoplatonico (*Uno = Bene = Dio*) è alla base di ogni teologia monoteistica successiva, nello stesso modo il codice russoviano (la sostituzione di un nuovo patto sociale equo al precedente patto sociale iniquo) è alla base di ogni progetto rivoluzionario” – PREVE, Costanzo. *Storia della dialettica...* p. 71. “Encontrar uma forma de associação, que defenda e proteja com toda força comum a pessoa e os bens de cada associado e pela qual cada um se uniria a todos, obedecendo, entretanto só a si mesmo e permanecendo tão livre quanto antes. Tal é o problema fundamental ao qual o contrato social fornece a solução” – ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social: princípios do direito político*. Trad. e comentários de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 39-40. “Se acompanharmos o progresso da desigualdade nessas diferentes revoluções, veremos que o estabelecimento da lei e do direito de propriedade foi seu primeiro termo; a instituição da magistratura, o segundo; que o terceiro e último foi a transformação do poder legítimo em poder arbitrário” – Idem, *A origem da desigualdade entre os homens*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Companhia das Letras, 2017, p. 98.

⁶³ “[...] Rousseau è di fatto il fondatore simbolico della interminabile logomachia fra la Destra, che pensa che la colpa (o il merito) della Disegualianza è della natura, e la Sinistra, che pensa invece che la colpa (o il demerito) della Disegualianza è della Società. Su questa base, è bene dirlo subito, ogni dialettica è impossibile. La dialettica, infatti, interviene solo quando i due opposti, che sono poi sempre e solo due contrari in correlazione essenziale, vengono ‘sciolti’ nella loro rigidità opposizionale e ridefiniti all’interno del movimento dialettico stesso e delle sue necessarie determinazioni” – PREVE, Costanzo. *Storia della dialettica...* p. 70.

⁶⁴ Ibidem, p. 72. Preve, contudo, prefere a observação de Hegel, àquela de Engels, acerca da filosofia política de Rousseau, resumida à ânsia do desaparecimento, ou seja, ao açodamento do avanço [de Rousseau] a uma nova concepção de modelo social, em prejuízo de toda a agregação comunitária precedente, da família aos grupos profissionais – Ibidem, p. 72.

A filosofia kantiana situa-se, historicamente, em um momento de crise das formas de legitimação metafísica da ordem social. KANT contribuiu para incutir, no pensamento filosófico da época, a necessidade de realizar uma distinção teórica quanto aos universos *fenomênico* (realidade ou *ser* sensorial) e *numênico* (realidade ou *ente* racional),⁶⁵ que culminou na célebre concepção bipartida da natureza humana: o homem como ser *sensível* (“eu fenomênico” – objeto) e também *numênico* (“eu racional” – sujeito). Por situar-se primariamente nos domínios da experiência, é inegável a natureza empírica da realidade humana, como o seu condicionamento involuntário ou não-libertário a leis biológicas (“leis naturais”), mas, graças ao intelecto (realidade numênica), é possível conformar a ação humana a “leis da razão pura”, pautada em conceitos universais que conduzam o homem à harmonia social, à autodeterminação e à dignidade.⁶⁶

Não significa que se possa atribuir a KANT o título de precursor da concepção positivista da ciência (a ciência concebida como forma de saber única e autossuficiente) – a despeito do entendimento de muitos estudiosos –, pois o autor foi um inequívoco entusiasta da metafísica e “considerava inerente à condição humana a exigência de totalização metafísica dos mundos natural e social”.⁶⁷ Para confrontar categorias metafísicas clássicas fundamentais (como *Alma*, *Mundo* e *Deus*), KANT utiliza o método de oposição de teses, técnica já adotada por ZENÃO DE ELEIA (recorde-se, considerado por ARISTÓTELES o fundador da dialética). KANT não pretende, contudo, “derrotar” a metafísica – em defesa de um suposto positivismo filosófico puro –, mas atualizá-la em prol da *ética*, na elaboração de uma nova metafísica, “identificada com uma ética social autossuficiente (‘autônoma’,

⁶⁵ O termo *númeno* “foi introduzido por Kant para indicar o objeto do conhecimento intelectual puro, que é a *coisa em si*. [...] ‘o objeto da sensibilidade é o sensível; o que nada contém que não possa ser conhecido pela inteligência é o inteligível. O primeiro era chamado de *fenômeno* pelas escolas dos antigos; o segundo, de *N.*’. Na realidade, a palavra *N.* às vezes é usada pelos filósofos gregos, não em contraposição a fenômeno, mas a *sensível*, como em Platão [...] algumas vezes é usada em contraposição ao objeto diretamente apreensível, como nos estoicos” – ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia...* p. 838.

⁶⁶ Para Kant, os homens são considerados fins em si mesmos, e não meios: “consideradas pela razão, as coisas na natureza só podem ser vistas como meios para fins, mas apenas o ser humano pode ser visto como um fim mesmo. [...] O ser humano é, assim, um fim em si mesmo, e só pode ter, portanto, um valor interno, i.e. uma dignidade, em cujo lugar não pode ser posto nenhum equivalente. Outras coisas têm um valor externo, i.e. um preço contra o qual alguma coisa que sirva para o mesmo fim possa ser posta como equivalente. O valor interno do ser humano baseia-se em sua liberdade, no fato de que ele tem uma vontade própria. Já que ele deve ser o fim último; então, sua vontade não tem de depender de mais nada” – KANT, Immanuel. *Direito Natural Feyerabend (Curso de direito natural [1784], segundo as anotações do aluno Gottfried Feyerabend*. Trad. Fernando Costa Mattos. In *Cadernos de Filosofia Alemã: crítica e modernidade*. n. 15 (jun. 2010), p. 99-113. São Paulo: Departamento de Filosofia – FFLCH/USP, 2010, p. 99-100.

⁶⁷ PREVE, Costanzo. *Storia della dialettica...* p. 75.

não ‘heterônoma’, conforme a terminologia kantiana), sobre os fundamentos de uma moral das intenções formais dos atores sociais”.⁶⁸

A problemática implicada pela concepção kantiana, porém, refere-se à impossibilidade de construção prática de uma ética social erigida sobre bases individuais. Assim como não é factível o novo pacto social justo e equo idealizado por ROUSSEAU, também em KANT parece irrealizável a construção de uma “nova metafísica” associada a uma ética social autossuficiente, baseada em intenções éticas comuns. Na realidade, essa perspectiva coincide com a própria constatação de que, no âmbito de princípios formais absolutos, é impossível não considerar a existência de exceções capazes de romper o fechamento absoluto do respectivo sistema ético. No ponto, assiste razão a ARISTÓTELES, ao defender que “o juízo ético não deve possuir nenhum *a priori*, pois é sempre fruto de deliberação concreta sobre dado resultado de uma sabedoria prática (*sophrosyne, prudentia*) que não suporta vínculos formais abstratos, como os imperativos categóricos kantianos”.⁶⁹

De todo modo, o papel da teoria kantiana na elaboração do idealismo moderno é inegável, como reconhecem os próprios filósofos filiados a essa corrente, dentre os quais se destaca HEGEL, que atribuiu a KANT o mérito pela restauração da dialética, redirecionando à dialeticidade a função de desvelar a indissociabilidade da contradição na conformação do pensamento humano.⁷⁰

⁶⁸ Ibidem, p. 77. Trata-se, aliás, de uma lógica próxima ao ideário econômico-liberal clássico – sob máxima do tipo “faça o que deve, realize o que pode”. No ponto, aproxima-se exatamente do pensamento econômico de Adam Smith, à luz da constatação de que a “mão invisível do mercado” trata de ajustar o produto-consumo à medida de seus produtores-consumidores. “A mão invisível é mais do que um operador técnico, ela é um operador social e a ideia de mercado de Adam Smith se constitui numa teoria da sociedade [*A riqueza das nações*], numa explicação da lógica dos fenômenos coletivos. Ela é, em última análise, a própria explicação da emergência da ordem social liberal. [...] compartilho da ideia de que Adam Smith utilizou-a como metáfora, como recurso para fornecer inteligibilidade à regularidade do fenômeno econômico” – GANEM, Ângela. *Adam Smith e a explicação do mercado como ordem social: uma abordagem histórico-filosófica*. In Revista de Economia Contemporânea. v. 4, n. 2, p. 9-36. Rio de Janeiro: Instituto de Economia – IE/UFRJ, 2000, p. 31.

⁶⁹ PREVE, Costanzo. *Storia della dialettica...* p. 78. Preve atribui o sucesso histórico da moral kantiana, justificado por sua maciça adesão teórica (v.g., por professores universitários de filosofia, religiosos etc.), justamente à sua integral inaplicabilidade. Acrescenta que “una morale parzialmente applicabile dà infatti luogo ad inevitabile controversie applicative (morale utilitaristica, morale eudemonistica, morale religiosa rivelata, morale del sentimento, morale consuetudinaria, eccetera). Una morale totalmente inapplicabile, invece, come è quella kantiana, è a suo modo perfetta, perché instaura una tale schizofrenica separazione fra mondo della forma e mondo del contenuto da saldare così tutti e due” – Ibidem, p. 78.

⁷⁰ Não obstante, segundo observa Preve, embora a teoria kantiana contribua para a constatação da compatibilidade entre pensamento e contradição, “Kant avrebbe però sfortunatamente tirato l’errata conclusione che la ragione è incapace di superare la contraddizione, laddove sono invece queste stesse determinazioni a presentarsi come costituzionalmente contraddittorie, perchè ha attribuito la contraddittorietà

5.5 Idealismo moderno e sua perspectiva dialética

A construção do idealismo moderno está pautada na ressignificação da dialética para a filosofia, especialmente a partir da crítica kantiana. A transição entre KANT e o idealismo alemão, em termos de relevância para a filosofia ocidental, é comparável à passagem de PLATÃO para ARISTÓTELES e, em ambos os casos, a dialética assumiu um papel fundamental.⁷¹

A transição de KANT a HEGEL é intermediada pela filosofia de FICHTE, cujas bases, ao lado de autores como SCHELLING, compõem uma linha de pensamento “pós-kantiana”, que posteriormente culminou no denominado idealismo alemão. A problemática legada corresponde, basicamente, ao desafio de conciliação de dualismos traçados na obra de KANT (v.g., razão teórica/conhecimento e razão prática/moral, sujeito e objeto), com o propósito de reunificar as categorias fundamentais da filosofia da época, marcada por intensas mudanças políticas e socioeconômicas.

A “doutrina da ciência” (1794), de FICHTE, que pode ser considerado um “restaurador [moderno] do significado platônico da dialética”,⁷² tem seu marco metodológico na separação entre “lógica formal” e “doutrina da ciência”.⁷³ Na visão do autor, a lógica formal constitui “ciência” do uso adequado das categorias do pensamento, baseada na distinção entre *forma* e *conteúdo*. Já a doutrina da ciência, correspondendo a uma “autêntica ciência filosófica”, pressupõe uma relação orgânica (unidade lógica) entre um *sujeito* que projeta, age, transforma e modifica o mundo e um *objeto* natural e/ou social

al solo pensiero e non anche alla realtà. Il principio per cui la contraddizione fa invece parte della realtà è il fondamento dell'idealismo. La terminologia è in proposito ingannatoria, perché la teoria filosofica per cui la contraddizione dialettica fa parte della realtà dovrebbe essere denominata realismo, se i termini potessero riacquistare un senso oggettivo” – PREVE, Costanzo. *Storia della dialettica...* p. 79.

⁷¹ “I due principali passaggi d'epoca della storia della filosofia occidentale sono stati probabilmente quelli che hanno portato prima da Platone ad Aristotele, e poi da Kant alla filosofia dell'idealismo tedesco. In entrambi i casi la questione della dialettica ha giocato un ruolo centrale. [...] Nel primo caso (passaggio da Platone ad Aristotele) c'è stato un declassamento della dialettica, che da logica del *vero* in Platone diventa logica del *verosimile* in Aristotele [...]. Nel secondo caso (passaggio da Kant a Fichte e poi più in generale all'idealismo tedesco posteriore) c'è stato invece un innalzamento della dialettica, una sua ‘promozione’ alla classe superiore, per cui da logica dell'apparenza che finisce inevitabilmente con l'invischiarsi in paralogismi, antinomie e dimostrazioni inadeguate, essa diventa invece la logica propria sia alla logica vera e propria, sia soprattutto alla logica di sviluppo dell'agire umano nel mondo, e cioè dell'agire storico” – Ibidem, p. 81.

⁷² Ibidem, p. 83.

⁷³ Sobre o desenvolvimento do conceito de “doutrina da ciência”, cf. FICHTE, Johann Gottlieb. *A doutrina da ciência de 1794 e outros escritos*. Trad. e notas de Rubens Rodrigues Torres Filho. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 15-9.

respectivamente afetado, transformado ou modificado.⁷⁴ FICHTE “define a realidade em termos de desenvolvimento dialético entre dois opostos em correlação essencial dos princípios do *Eu* e do *Não-Eu*, sendo a própria dialética definida como a unificação sintética dessa oposição”.⁷⁵ Essa unidade entre sujeito e objeto, vindicada pela ciência filosófica da primeira corrente idealista moderna, constitui a base da lógica dialética que, na Europa do século XIX, nortearia o socialismo utópico.⁷⁶

A segunda forma de idealismo moderno é atribuída a HEGEL. O pensamento hegeliano constrói uma filosofia da imanência, em contraste com o idealismo platônico, caracterizado por uma filosofia da transcendência (mediada dialeticamente pela imitação e pela participação, *mimesis* e *metexis*).⁷⁷

⁷⁴ PREVE, Costanzo. *Storia della dialettica...* p. 83. “Cada proposição da doutrina da ciência tem seu lugar determinado por uma outra proposição, e determina por sua vez o lugar de uma determinada terceira. A doutrina da ciência, por conseguinte, determina, por si mesma, a forma de seu todo. Essa forma da doutrina da ciência tem validade necessária para seu conteúdo” – FICHTE, Johann Gottlieb. *A doutrina da ciência de 1794...* p. 17.

⁷⁵ PREVE, Costanzo. *Storia della dialettica...* p. 83. O termo *eu*, utilizado por Fichte, constitui metáfora de um conceito unitário de humanidade, concebida como titular de uma atividade autossuficiente que apenas pode determinar-se em relação a um *não-Eu*, afetado por ela própria e que, por sua vez, constitui metáfora da resistência natural e social que se contrapõe a todos os projetos emancipatórios ou de renovação. Segundo, Rubens Rodrigues Torres Filho, “o *eu* fichtiano constitui uma unidade daquilo que Kant separou como duas razões, a pura e a prática. Toda a obra puramente filosófica de Fichte procura demonstrar essa unidade radical. Tal tarefa foi considerada por ele como a forma através da qual se poderia elevar a filosofia à condição de ciência evidente, ‘saber do saber’, conhecimento da razão pela razão. Por isso Fichte empregou a expressão ‘doutrina da ciência’ para designar sua análise do eu. A doutrina da ciência aborda o ‘eu’ mediante uma intuição intelectual, que apreende sua estrutura e descobre seus princípios. [...] O terceiro princípio do ‘eu’ é obtido também pela análise da dualidade dos juízos inclusivo e exclusivo. Se afirmação e negação são facetas de uma mesma experiência, sua oposição não pode ser definitiva; sendo aspectos da mesma realidade, não podem, por isso mesmo, estar em absoluta contradição. [...] no ‘eu’ ao ‘eu’ divisível opõe-se um não-eu divisível. A oposição é, assim, interpretada por Fichte como oposição no *interior* da consciência e não *contra* a consciência. Isso significa que o ‘eu’ possui duas atividades que constituem sua estrutura íntima: uma centrífuga (ativa), outra centrípeta “passiva”. Em outras palavras, dir-se-ia: a atividade do ‘eu’, ao exteriorizar-se, recebe um *choque* e, por conseguinte, o ‘eu’ volta-se sobre si mesmo. No primeiro caso, a atividade é produção; no segundo, reflexão. [...] Para resolver a contradição existente entre a determinação do ‘não-eu’ pelo ‘eu’ com a posição infinita do ‘eu’, Fichte afirma que o ‘eu’ determina o ‘não-eu’ através de esforço permanente e constante. Se esse esforço levasse à consecução plena de seu objetivo, desapareceria toda a consciência, todo o sentimento e toda a vida. Na doutrina da ciência está implicada, portanto, uma filosofia prática, que se desenvolve de maneira semelhante à filosofia teórica e visa a determinar as condições da liberdade moral. Em outros termos, a análise do eu enquanto estrutura cognitiva desvenda também sua natureza moral” – FICHTE, Johann Gottlieb. *A doutrina da ciência de 1794 e outros escritos...* p. 9-11 [do Prefácio do Tradutor].

⁷⁶ “[...] la filosofia di Fichte contiene compiutamente in sé sia una filosofia dell’ateismo umanistico sia una filosofia della prassi politica attiva” – PREVE, Costanzo. *Storia della dialettica...* p. 86.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 90. “[...] l’idealismo di Hegel non è bimondano come quello di Platone, ma è integralmente monomondano, in quanto il suo modello epistemologico implicito non è la matematica, ma la storia. Naturalmente, questo non sarebbe stato possibile se (come sostiene correttamente lo studioso tedesco Koselleck) nella seconda metà del Settecento la storia universale umana non fosse diventata un ‘concetto trascendentale riflessivo’, e cioè il supporto di una unificazione temporale sensata della vicenda complessiva del Genere Umano pensata come una totalità (pressupposto che anima ovviamente anche il concetto di *Io* in

Em sentido oposto à filosofia que o precedeu, HEGEL considera a contradição como *regra do verdadeiro*, sendo o próprio pressuposto necessário para o conhecimento da verdade;⁷⁸ distancia-se, assim, de FICHTE e de KANT, os quais associa a uma “filosofia da reflexão”, que já alcançara a descoberta do idealismo (identidade entre sujeito e objeto), mas não o expressava de modo coerente, impedidos pelo recurso à lógica racionalista moderna (cartesiana). O pensamento dialético de HEGEL expressa, justamente, uma nova lógica [necessária] alicerçada na “razão”, constituída e pressuposta pela “contradição”, em antagonismo à insuficiência da “proposição” da lógica racional.⁷⁹

A *razão*, na teoria hegeliana, representa “o pensamento que não subtrai, que considera os objetos na sua concretude, na sua inteireza, nas suas relações recíprocas e com o todo; portanto, também nas suas diferenças e nas suas oposições”.⁸⁰ Como exemplo de proposição contraditória, HEGEL utiliza a noção de *substância*, presente nos axiomas iniciais formulados por SPINOZA em sua *Ética*: “de uma causa dada e determinada segue-se necessariamente um efeito; e, inversamente, se não existe nenhuma causa determinada, é impossível que se siga um efeito; o conhecimento do efeito depende do conhecimento da

Fichte)” – Ibidem, p. 90. Segundo Henrique Cláudio de Lima Vaz, a filosofia da imanência, na obra mais célebre de Hegel, trata de “desenrolar o fio dialético da experiência que mostra na ‘duplicação’ da consciência-de-si em si mesma – ou no seu situar-se em face de outra consciência-de-si – o resultado dialético e, portanto, o fundamento da consciência do objeto. Essa referência essencial do mundo à história ou essa historicização do conhecimento do mundo é um decisivo ‘ponto de inflexão’ na descrição das experiências que assinalam o caminho do homem ocidental para o lugar e o tempo históricos de uma sociedade que vê inscrito o seu destino na face enigmática do saber científico. Por conseguinte, não é o problema do reconhecimento como relação jurídica que Hegel tem presente aqui, mas a figura dialético-histórica da luta pelo reconhecimento, como estágio no caminho pelo qual a consciência-de-si alcança a sua universalidade efetiva e pode pensar-se a si mesma como portadora do desígnio de uma história sob o signo da Razão, vem a ser, de uma sociedade do consenso universal” – HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Fenomenologia do espírito – parte I*. Trad. Paulo Meneses. Apresentação de Henrique Cláudio de Lima Vaz. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 18-9.

⁷⁸ “[...] a consciência-de-si não é toda a realidade somente para si, mas também em si: porque se torna essa realidade, ou antes, porque se demonstra como tal. Assim se demonstra através do caminho, no curso do qual o ser-outro, como em si, desvanece para a consciência: primeiro, no movimento dialético do ‘visar’, do perceber e do entendimento” – Ibidem, p. 153.

⁷⁹ “Pode-se dizer que a nova lógica, inaugurada por Hegel e que consiste em afirmar a necessidade da contradição, se funda inteiramente nessa crítica à forma lógica da proposição. A proposição, enquanto composta de sujeito e de predicado, por um lado, coloca, segundo Hegel, dois conceitos ‘abstratos’, isto é, totalmente separados, ‘desiguais’, como é hábito do intelecto, que é justamente o pensar abstrato, que isola os conceitos um do outro, os fixa, os mobiliza; por outro lado, afirma, mediante a cópula ‘e’, a identidade, ou a igualdade, daqueles dois conceitos, excluindo qualquer diferença entre eles. Como tal, a proposição é ao mesmo tempo analítica e sintética, isto é, uma ‘contradição’, ou, como também afirma Hegel, uma ‘antinomia’” – BERTI, Enrico. *Contradição e dialética nos antigos e nos modernos*. Trad. José Bortolini. São Paulo: Paulus, 2013, p. 268-9.

⁸⁰ Ibidem, p. 271.

causa e envolve este último”.⁸¹ A denominada *lógica dialética*, apresentada por HEGEL,⁸² funda-se exatamente no fato de a proposição, sendo contraditória (simultaneamente analítica e sintética), constituir uma verdadeira antinomia.⁸³

Pela relevância para a compreensão das bases epistemológicas da dialética moderna, a contribuição hegeliana, especialmente quanto a seu caráter operativo relacionado a “dinamismo e processo”, constitui eixo fundamental das perspectivas dialéticas que informam o idealismo alemão.

A terceira e última perspectiva dialética que compõe o idealismo moderno está consubstanciada na teoria marxista. Enquanto HEGEL concebeu a dialética para expressar sua insatisfação quanto ao arcabouço conceitual kantiano, insuficiente ante as transformações políticas e socioeconômicas dos albores do século XIX, MARX “aplicou a dialética à economia porque estava insatisfeito com a organização conceitual da ciência econômica burguesa”.⁸⁴

A crítica marxista fundamental, que posteriormente culminou no denominado *materialismo dialético*, acusa a teoria hegeliana de inversão das relações de predicação, destituindo a importância do *sujeito* (realidade social, material e concreta) em prol do *predicado* (realidade ideal e abstrata).⁸⁵

No entanto, é inegável que o materialismo dialético incorpora o método hegeliano em um modo invertido, como expressamente assumiu MARX, reconhecendo que, em essência, embora “mística”, a dialética de HEGEL é também revolucionária.⁸⁶ Esse

⁸¹ SPINOZA, Benedictus de. *Ética*. Trad. Tomaz Tadeu. 3. ed. 2. reimp. Belo Horizonte: Autêntica, 2016, p. 15.

⁸² Para alguns autores, o pensamento de Hegel é, antes de *dialético, especulativo* (do latim *speculum*): “la filosofia di Hegel a rigore non è un pensiero dialettico, ma un pensiero speculativo. L’oggetto del pensiero di Hegel è la ‘fatica del concetto’ (*Anstrengen des Begriffes*), ed un pensiero che si affaticasse solo fino al punto di comprendere la natura dialettica del movimento delle cose avrebbe sprecato invano la sua fatica” – PREVE, Costanzo. *Storia della dialettica...* p. 92.

⁸³ “O fato de a razão desenvolver sua própria antitética, que para Hegel é governada pela força da negação e da contradição, e dever ser estendida não apenas à cosmologia, mas a todas as ideias, a todos os conceitos e a todos os objetos, significa que a razão conhece o infinito, o Absoluto, a totalidade, já que esta última só pode ser expressa mediante a contradição” – VOLPI, Franco. *Schopenhauer e a dialética...* p. 113.

⁸⁴ BERTI, Enrico. *Contradição e dialética nos antigos e nos modernos...* p. 425.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 360-1. Para uma abordagem do socialismo utópico (em especial de Owen e Fourier), cuja crítica inspirou o materialismo marxista, cf. DALTON, George. *Sistemas econômicos e sociedade: capitalismo, comunismo e terceiro mundo*. Trad. Álvaro de Figueiredo. Lisboa: Editora Ulisseia, 1974, p. 77-85.

⁸⁶ Como destaca o célebre Posfácio à segunda edição alemã (1873) de “O Capital”, Marx adverte: “o meu método dialético é, pela base, não apenas diverso do de Hegel, mas o seu direto oposto. Para Hegel, o processo do pensamento – que ele transforma mesmo num sujeito autônomo sob o nome de Ideia – é o demiurgo do real, que forma apenas o seu fenômeno exterior. Para mim, inversamente, o ideal [*das Ideelle*]

fenômeno pode ser definido como “guinada materialista” da dialética hegeliana, redimensionada não como estrutura em si, mas em razão do conteúdo dos movimentos que lhe são próprios (*ideal*, em vez de *material*; *abstrato*, não *concreto*).⁸⁷

Esse breve panorama sobre alguns aspectos do idealismo moderno permite inferir que, na realidade, a predileção geral pela dialética como método para a estruturação do pensamento filosófico revela sua neutralidade ideológica (“dialética sem dogma”), pois, da concepção hegeliana à filosofia emancipatória marxista, prevalece sua função básica de lógica de estruturação em cadeia, ou seja, de lógica polivalente.⁸⁸

5.6 Dialética erística e a relatividade da razão

A amplitude do sentido moderno da *dialética* é perceptível em inúmeras matrizes teóricas. Conforme será demonstrado oportunamente, também a ciência processual se apodera da ideia de dialeticidade para erigir suas próprias teorias. Superada a exposição introdutória do caráter histórico multifacetário da dialética, a abordagem do pensamento de SCHOPENHAUER justifica-se em razão de um aspecto relevante que será desenvolvido ao longo do estudo: a dialeticidade constitui qualidade ínsita ao princípio do contraditório.

não é senão o material transposto e traduzido na cabeça do homem. Critiquei o lado mistificador da dialética de Hegel há já quase 30 anos, numa altura em que ela ainda estava em moda. [...] Confessei-me abertamente discípulo daquele grande pensador e coquetei mesmo aqui e ali no capítulo sobre a teoria do valor com o modo de expressão que lhe é peculiar. A mistificação que a dialética sofre às mãos de Hegel de modo nenhum impede que tenha sido ele a expor, pela primeira vez, de um modo abrangente e consciente as suas formas de movimento universais. Nele, está de cabeça para baixo. Há que virá-la para descobrir o núcleo racional do invólucro místico. [...] porque ela apreende cada forma devinda no fluir do movimento, portanto, também pelo seu lado transitório; porque não deixa que nada se lhe imponha; porque, pela sua essência, é crítica e revolucionária” – MARX, Karl. *O Capital: crítica da economia política. Livro I – O processo de produção do capital*. Trad. Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 20.

⁸⁷ “Várias são as interpretações que ainda circulam a respeito do significado autêntico da dialética em Marx e sobre sua relação com a dialética hegeliana. A mais confiável me parece ser aquela segundo a qual Marx não teria simplesmente assumido a dialética de Hegel como ‘método’, rejeitando o idealismo como ‘sistema’, mas teria transformado a própria dialética por dentro; todavia, essa transformação não consistiria numa mudança das leis da dialética, isto é, da sua estrutura, mas simplesmente numa mudança do seu conteúdo, que, de ‘ideal’ ou ‘abstrato’, teria sido transformado por Marx em ‘real’ ou ‘concreto’” – BERTI, Enrico. *Contradição e dialética nos antigos e nos modernos...* p. 360-1.

⁸⁸ Destaca-se, assim, que, sob o “ponto de vista da dialética, a forma e o conteúdo constituem uma unidade *contraditória*. Forma e conteúdo não constituem uma unidade harmônica. Isso significa que, de forma alguma, um determinado conteúdo tenha sempre que ter uma determinada forma. O mesmo conteúdo pode estar em várias formas e, por sua vez, vários conteúdos podem estar em uma só forma” – HAVEMANN, Robert. *Dialética sem dogma*. Trad. Fausto Guimarães. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p. 204.

A filosofia da imanência hegeliana concebe a dialética como lógica que conduz à totalidade, permitindo o desenvolvimento do espírito humano e sua elevação até o *Absoluto*. Já SCHOPENHAUER, embora contemporâneo a HEGEL, propõe uma noção de dialética bastante distinta, associada ao “instrumento indispensável para enfrentar as discussões com sucesso e, assim, poder satisfazer a natural prepotência humana, em suma, a vontade de obter a razão, independentemente do fato de tê-la”.⁸⁹ Em um pequeno tratado (“Dialética erística”), SCHOPENHAUER apresentou o conceito que, posteriormente, nortearia “A arte de ter razão: exposta em 38 estratégias”,⁹⁰ obra de publicação póstuma que enumera técnicas argumentativas para se lograr êxito em controvérsias, independentemente do compromisso com a verdade ou com a razão. Ou melhor, terá “razão” o interlocutor que for capaz de superar o adversário no debate.

O propósito de SCHOPENHAUER foi fundir duas categorias que, na filosofia aristotélica, remetem a modos distintos de estruturação do pensamento, conforme estejam alicerçados em premissas prováveis/verossímeis (*dialética*) ou em premissas incertas e inconsistentes (*erística*). A denominada *dialética erística* constitui, simplesmente, técnica-formal, reduzida a “mero instrumento argumentativo, a serviço tanto do ‘verdadeiro’ como do ‘falso’, a uma arma para prevalecer sobre o interlocutor, independentemente da razão ou da falta dela”.⁹¹

SCHOPENHAUER defende que ARISTÓTELES, em seus tratados lógicos – especificamente nos “Elencos sofisticos” (sexto e último tratado)⁹² –, empenhou-se em distinguir a *dialética* da *sofística* e da *erística* com um critério de forma e conteúdo.⁹³

⁸⁹ VOLPI, Franco. *Schopenhauer e a dialética...* p. 71.

⁹⁰ SCHOPENHAUER, Arthur. *A arte de ter razão: exposta em 38 estratégias*. 4. ed. Org. Franco Volpi. Trad. Eduardo Brandão. Rev. Karina Jannini. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017.

⁹¹ VOLPI, Franco. *Schopenhauer e a dialética...* p. 94-5.

⁹² ARISTÓTELES. *Órganon*. v. VI. *Elencos sofisticos*. Trad. Pinharanda Gomes. Lisboa: Guimarães Editores, 1986. A obra *Órganon* constitui um conjunto de seis tratados lógicos relativos à propedêutica do que Aristóteles denominada de “a arte de filosofar”. No sexto e último tratado (“Elencos sofisticos”), Aristóteles dedica-se, em geral, a expor os argumentos pelos quais os sofistas articulam seu pensamento; declaradamente, o autor ensina os incautos a responder a argumentos sofisticos: “a sofística é uma sabedoria aparente e não real, e o sofista é o que negocia uma sabedoria aparente e não real, assim é evidente que se lhes torna mais necessário parecer que fazem obra de sabedoria, do que fazer obra de sabedoria sem parecer” – *Ibidem*, p. 11.

⁹³ SCHOPENHAUER, Arthur. *A arte de ter razão...* p. 6-13. Cf. ARISTÓTELES. *Órganon*. v. VI. *Elencos sofisticos...* p. 47-53. Aristóteles enumera quatro espécies de argumentos sujeitos a um debate: *didascálicos* (demonstrativos), *dialéticos*, *críticos* e *erísticos*. No volume de seus tratados lógicos (*Órganon*) dedicado aos argumentos erísticos, o autor esclarece que “são erísticos os argumentos que concluem, ou parecem concluir, a partir de premissas prováveis na aparência, mas na verdade improváveis”, e que os sofistas se pautam, basicamente, em cinco propósitos para encerrar uma polêmica: “a redarguição, a falsidade, o paradoxo, o

Todavia, SCHOPENHAUER entende que os silogismos dialéticos e os silogismos erísticos ou sofísticos deveriam distinguir-se “meramente pelo objetivo, que nos primeiros (erística) constitui o ato de se ter razão e, nos últimos (sofística), a obtenção do prestígio por meio desses silogismos”.⁹⁴ Para contrapor-se à concepção aristotélica, SCHOPENHAUER justifica que “é sempre muito incerto saber se as proposições são verdadeiras segundo seu conteúdo para que disso se tire o critério de diferenciação” e, portanto, na dialética de ARISTÓTELES, é necessária a inclusão da sofística, da erística, “e defini-la como a *arte de ficar com a razão ao disputar*”.⁹⁵

Portanto, SCHOPENHAUER limita a dialética à “obtenção da razão”, em um núcleo homogêneo com a erística, para que a “verdade objetiva” se situe nos domínios da lógica, rompendo com a tradição filosófica de associar a dialeticidade a uma “*lógica dialética*”.⁹⁶ A necessidade de ruptura da dialética com a “lógica da verdade” está bem sintetizada nos excertos iniciais da obra schopenhaueriana dedicada ao tema; “é possível ter razão objetiva na questão em si e, no entanto, aos olhos dos presentes, por vezes mesmo aos próprios olhos, não ter razão”; “portanto, a verdade objetiva de uma proposição e sua validade na aprovação dos litigantes e ouvintes são duas coisas distintas (à segunda está direcionada a dialética)”.⁹⁷ Em outra passagem, o autor adverte: “é fácil dizer que ao litigar não se deve ter outro objetivo que não seja o de trazer a verdade à luz: o problema é que ainda não sabemos onde ela está”.⁹⁸

Desse modo, o conceito schopenhaueriano é inequivocamente crítico da concepção aristotélica, ao assumir a inviabilidade prática – ínsita à condição egóica do homem (sua

solecismo e, em quinto lugar, compelir o interlocutor à redundância, quer dizer, obrigá-lo à vã repetição da mesma palavra; ou, em cada um destes casos, indagar, não o real, mas o aparente. O que os sofistas preferem é, com efeito, parecer que refutam a outra parte; a seguir, mostrar que o opositor comete um erro qualquer; em terceiro lugar, induzi-lo ao paradoxo; em quarto lugar, reduzi-lo ao solecismo, quer dizer, obrigar o opositor, em virtude de seu próprio argumento, a usar de expressões incorretas; e, mas só por fim, levá-lo a repetir a mesma palavra uma e outra vez” – Ibidem, p. 12-4.

⁹⁴ SCHOPENHAUER, Arthur. *A arte de ter razão...* p. 63.

⁹⁵ Ibidem, p. 63-4.

⁹⁶ “O meu ponto de vista, portanto, é que a *dialética* deve ser separada da *lógica* de uma maneira mais nítida do que a realizada por Aristóteles, deixando a verdade objetiva, na medida em que ela é formal, aos cuidados da lógica, e limitando a dialética à obtenção da razão; em contrapartida, porém, não se deve separar a sofística e a erística da dialética, como procede Aristóteles, uma vez que esta diferença repousa sobre a verdade material objetiva, sobre a qual não podemos de antemão ter certeza absoluta, mas devemos dizer, com Pôncio Pilatos: ‘O que é a verdade?’, pois *veritas est in puteo* [a verdade está no fundo], segundo a sentença de Demócrito (Diógenes Laércio, IX, 72)” – Ibidem, p. 64.

⁹⁷ Ibidem, p. 3.

⁹⁸ Ibidem, p. 64.

“dialética natural”)⁹⁹ – de a dialética erigir-se com base na substância das proposições (critério de forma e conteúdo) e das interações discursivas (entre interlocutores que pretendem afirmar e “comprovar” suas próprias razões). Com o reconhecimento dessa impossibilidade, SCHOPENHAUER entende que a dialética – distanciando-se da lógica – é fundamentalmente persuasiva e argumentativa, devendo considerar circunstâncias alheias à problemática enfrentada no discurso (dialético), como os aspectos psicológicos que informam toda espécie de debate humano; compara-a, pois, à “arte de ter razão”, ante a inexistência de condições ideais para o estabelecimento de um esquema dialético de tipo aristotélico, em que a própria neutralidade prévia dos interlocutores deva ser exigida (fidelidade em prol da “verdade objetiva”).

Considerando que a razão não constitui uma verdade objetiva, que possa ser investigada à luz de dada condição dialógica ideal, SCHOPENHAUER propõe a noção de “dialética erística”, condizente com os fenômenos sociais (incluam-se, evidentemente, os jurídicos) caracterizados pelo antagonismo de interesses.¹⁰⁰

6 Concepção dialética do direito: o processo como instrumento dialético

A síntese histórica da dialética demonstra que, em termos gerais, sua concepção tem sensibilizado os esquemas lógicos do conhecimento, sobretudo, modernamente, após as contribuições kantiana e hegeliana, cujo mérito pela restauração da dialética é fundamental no redirecionamento da função de apontar a indissociabilidade da contradição na conformação do pensamento humano.

⁹⁹ Condição humana “egóica” que culmina naquilo que Schopenhauer intitula de *dialética natural*. “Em geral, cada um tentará, portanto, impor sua própria asserção, mesmo quando naquele instante ela lhe parecer falsa ou duvidosa. Os meios para se ter êxito são, em certa medida, oferecidos a cada um pela sua própria esperteza e maldade: é o que ensina a experiência diária no ato de disputar. Cada indivíduo tem, portanto, sua *dialética natural*, bem como sua *lógica natural*” – Ibidem, p. 5.

¹⁰⁰ “[...] o comportamento das partes no processo reproduz, guardadas as devidas proporções, a dialética erística de Schopenhauer, ou seja, a arte de disputar de maneira tal que se fique com a razão, independentemente da verdade objetiva” – BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Instrumentalidade e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?* In *Garantismo processual: garantias processuais aplicadas ao processo*. p. 1-39. Coords. José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 32.

A realidade do direito espelha a própria realidade da ação humana, não apenas “direito de necessidade lógica, mas de postulado ético. Daí, em cada caso, a atividade integradora do juiz” e a revelação da ética como pressuposto de toda técnica jurídica.¹⁰¹

A forte impregnação principiológica do direito pós-moderno reclama a retomada da dialética em seu sentido positivo. A finalidade última da dialética não é servir a ideologias, embora paradoxalmente tenha servido no curso da história, como demonstram os influxos ideológicos da polarização socioeconômica do último século.

O direito constitui ciência social aplicada, que, como tal, está sempre em contínua transformação. Na sociedade de consumo, “a ideia do direito é dominada pela de certeza do direito, pela garantia dos efeitos jurídicos dos negócios jurídicos”,¹⁰² sendo o direito processual civil ostensivamente instado a zelar pela centralidade da *segurança jurídica*¹⁰³ e da garantia do *devido processo legal*. O processo civil contemporâneo deve conceber instrumentos adequados e seguros para a *efetiva realização do direito* material. *Processo justo* é aquele que, em prol da solução dos conflitos e em conformidade com determinados “modos de ser” constitucionalmente prestigiados, realiza os valores celebrados pela sociedade em dada realidade histórica, sob as premissas indeclináveis da dignidade humana e dos direitos de liberdade.¹⁰⁴

¹⁰¹ “Assim, a própria realidade do Direito é a realidade da ação humana. Direito de necessidade lógica, mas de postulado ético. Daí, em cada caso, a atividade integradora do juiz. E também, porque o Direito é sempre uma relação, como o admite Carlos Cossio [*Teoría de la verdad jurídica*, de 1964], entre a limitação e a garantia de liberdade. Liberdade e responsabilidade são, assim, elementos integrantes do conceito de Direito. Fundamentar as estruturas jurídicas-gnosiológicas sem omitir, em seus aspectos filosófico e político de interpretação, a importância ética, que deve ter sempre prioridade sobre a técnica, eis um dos aspectos da nova *Teoria Geral do Direito*. A realidade jurídica, sua dialética e técnica, não poderá nem deverá jamais omitir a justiça, fiel da balança para a necessidade social que inspira a norma” – LITRENTO, Oliveiros. *Dialética e técnica na teoria geral do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 17-8.

¹⁰² GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Filosofia do direito*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 73.

¹⁰³ A “conotação protetiva da segurança jurídica, embora não necessariamente individualista, dá-se pela forma e pelo conteúdo dos seus fundamentos: *pela forma*, visto que os fundamentos consubstanciam direitos e garantias individuais, com significado defensivo, princípios administrativos, com sentido restritivo do exercício arbitrário do poder, e princípios estruturantes, como conotação igualmente limitativa do poder e protetiva dos direitos individuais; *pelo conteúdo*, já que os fundamentos, como previsão de comportamentos ou de ideais, implicam ou pressupõem a segurança em favor dos direitos de liberdade e de dignidade dos cidadãos” – ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 694-5.

¹⁰⁴ “Em relação ao justo, a justiça é o *prius*, conseqüentemente, o justo, *consecutivum*. O justo é histórico, supõe a relação entre o ideal de justiça e o fato, problema, portanto, de conformidade de modos de ser, enquanto a justiça vale por si, sendo condição de todos os ideais de justo. O justo é o momento de concretização do valor (justiça) no fato, relação de fato e valor” – GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Filosofia do direito...* p. 75-6.

Conforme mencionado introdutoriamente, a etimologia do vocábulo “dialética” remonta ao termo grego *dialektiké*, cujo significado mais detido aponta à “arte de esclarecer”.¹⁰⁵

A propósito, SCHOPENHAUER “vinculou a dialética não a uma filosofia, mas à própria condição do homem como animal dotado de linguagem”.¹⁰⁶ Aliás, o pensamento dialético, sob perspectiva gnoseológica, permite a construção de “sínteses”, que literalmente constituem a “composição” (*synthesis*) de um *esclarecimento* formado do contraste entre “posição” (*thesis*) e “oposição” (*antithesis*), sendo, como “arte de esclarecer”, método de “pôr e opor opiniões para observar os resultados do choque das ideias opostas, contrárias, contraditórias ou distintas”.¹⁰⁷

A verdade, para os gregos antigos (*aletheia*), correspondia a “iluminar o que está obscuro”, “recordar o que estava esquecido”,¹⁰⁸ e, sendo a *ideia que clareia*, a “verdade” apenas poderia ser alcançada por intermédio de um processo dinâmico e participativo dos sujeitos envolvidos, ou seja, por intermédio do método dialógico, apto à construção de uma síntese reveladora.

Na *atividade de esclarecimento* que se desenvolve por intermédio do processo – assim compreendido como objeto de estudo da ciência processual –, a solução do conflito é revelada como “verdade [possível]” que se manifesta pelo exercício da linguagem pelas partes e pelo juiz, mediado por técnicas específicas estipuladas para cada tipo de situação. O processo, nesse sentido, manifesta-se como ordenação do canal comunicativo, dialógico.

No direito processual civil, ramo de uma ciência [jurídica] social aplicada, a revolução comunicativa e tecnológica da contemporaneidade retoma a importância da dialeticidade, percepção que tem sido expressada sob o marco teórico da denominada “cooperação processual”. Os fundamentos desse “modelo”, sob a óptica endoprocessual, são ínsitos à dialeticidade do processo e à própria imbricação do contraditório com o

¹⁰⁵ SANTOS, Mário Ferreira dos. *Lógica e dialética...* p. 103.

¹⁰⁶ VOLPI, Franco. *Schopenhauer e a dialética...* p. 114.

¹⁰⁷ SANTOS, Mário Ferreira dos. *Lógica e dialética: lógica, dialética e decadialética....* p. 104.

¹⁰⁸ “Aletheia (do alfa privativo *a*, e de *lethes*, esquecimento). Literalmente é o desesquecido, o que foi lembrado. Ao nos clarear, a verdade surge como algo que tínhamos esquecido e tornamos a lembrar. Há, nesse sentido, a proclamação de uma vivência (afetiva, portanto), pois ante um clareamento temos a sensação de que nos retorna algo que havíamos esquecido. [...] Revelar a verdade era vê-la, penetrar por entre suas sombras e ver com os olhos do espírito a beleza real das coisas. Esta era a verdade para os gregos e, como o espírito – *nous* – tem a razão – *logos* –, era através desta (*diá*) que a luz poderia surgir dissipando as trevas e revelando a *aletheia* que todas as coisas guardam em seu âmago” – Ibidem, p. 103.

método dialético. Por outro lado, há também um *caráter estruturante* da contribuição dialética para o modelo processual contemporâneo, que se externa pela vertente da *instrumentalidade metodológica* ou *constitucional* do processo, linha nuclear de um novo programa de direito processual civil.¹⁰⁹

Nesse cenário, as garantias constitucionais do processo manifestam-se pela compreensão da *dialeiticidade* e da denominada *cooperação* processual como fenômenos indissociáveis,¹¹⁰ inexistindo, propriamente, um “novo” modelo de processo civil, o que apenas se justificaria sob perspectiva ideológica. O que há, isto sim, é uma crescente compreensão dialética da processualidade contemporânea, tanto para os vetores de estruturação interna do processo (aspectos da técnica processual) quanto para os valores estruturantes da nova ordem de conformação do acesso à justiça; afinal, “a justiça é *obra coletiva*”.¹¹¹

Toda racionalidade de novos paradigmas não deve ser lida como renovação de um “paradigma racionalista”. Tal como utilizada por KUHN,¹¹² a racionalidade deve ser compreendida no sentido de demonstrar que a denominada cooperação não pode ser vista como “novo” modelo, mas como compreensão da [ínsita] natureza dialética da atividade processual, que consiste em projetá-la com um olhar hermenêutico e de abertura à linguagem, em consonância com as exigências do século XXI.

O novo processo civil – não um “novo modelo”, mas “o processo civil de um novo paradigma” – aponta à “abertura” do canal jurídico à sociedade, sendo de suma importância, para a colocação metodológica da ciência processual deste século, a ação/participação comunicativa dos diversos atores afetados pela atividade jurisdicional. Essas questões serão retomadas em momentos apropriados do estudo.

¹⁰⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 33-4.

¹¹⁰ Cooperação e dialeticidade no processo são fenômenos indissociáveis, tal como a própria garantia do contraditório, que corresponde justamente a “contraposição dialética paritária” e a “forma organizada de cooperação no processo” – GRINOVER, Ada Pellegrini. *Defesa, contraditório, igualdade e ‘par condicio’ na ótica do processo de estrutura cooperatária*. In *Novas tendências do direito processual*. p. 1-16. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 7.

¹¹¹ Cf. WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 109-13.

¹¹² Cf. KUHN, Thomas. *A função do dogma na investigação científica*. Curitiba: UFPR-SCHLA, 2012, p. 29.

III CONTRADITÓRIO, PROCEDIMENTO E RAZÃO COMUNICATIVA

7 Considerações iniciais

Os aportes teóricos oferecidos pelos referenciais luhmanniano e habermasiano, embora sejam contrastantes sob o ponto de vista da concepção do *direito* e do *consenso* na comunidade jurídica, são conciliáveis sob a óptica da importância da comunicação na legitimação dos procedimentos jurídicos. A relevância do contraditório para os processos judiciais estaria resguardada pelo arcabouço teórico de ambos os autores em qualquer análise processualística propriamente dita;¹ assim, a *razão comunicativa* de HABERMAS associada à *significação sistêmica do procedimento* em LUHMANN constituem ideias centrais, que dependem de uma propedêutica conceitual, exposta nos dois primeiros tópicos do capítulo.

A legitimação pelo procedimento juridicamente organizado é obtida por mecanismos de interação estruturados, mediante a comunicação (LUHMANN). Por outro lado, as garantias de modos comunicativos coerentes e justificados (razão comunicativa), segundo padrões participativos nos procedimentos, são indispensáveis para legitimar o exercício decisório das instâncias de poder democráticas (HABERMAS).

Nesse contexto, a garantia processual constitucional do contraditório manifesta-se como qualidade intrínseca dos procedimentos democráticos. Um dos *slogans* adotados para destacar a revalorização contemporânea do contraditório recebe a roupagem da denominada “cooperação” processual, que traduz um aporte ideológico aceito por

¹ Afinal, o contraditório constitui tema relacionado “ao próprio respeito à dignidade humana e aos valores intrínsecos da democracia, adquirindo sua melhor expressão e referencial, no âmbito processual, no princípio do contraditório, compreendido de maneira renovada, e cuja efetividade não significa apenas debate das questões entre as partes, mas concreto exercício do direito de defesa para fins de formação do convencimento do juiz” – OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Garantia do contraditório*. In *Garantias constitucionais do processo civil*. p. 132-50. Coord. José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 139-40. “Hodiernamente, o contraditório representa verdadeira meta política de legitimação do provimento jurisdicional ou administrativo mediante a outorga, pelo ordenamento jurídico, de garantias de participação igualitária das partes no processo” – LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Garantia do tratamento paritário das partes*. In *Garantias constitucionais do processo civil*. p. 91-131. Coord. José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 102. O contraditório “é inerente ao próprio entendimento do que seja processo democrático, pois está implícita a participação do indivíduo na preparação do ato de poder” – PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 160-1.

substancial parcela da doutrina. Como qualquer subsistema social, também o direito [processual] atualiza-se periodicamente à luz da enunciação de novos lemas.

A perspectiva de que o resultado da atividade jurisdicional deva resultar da participação (ou “cooperação”) dos sujeitos é inerente ao fenômeno dialético que se manifesta no processo. Todo contraponto argumentativo realizado em cadeia, apresentado em um contexto previamente estruturado, constitui um *modo de ser dialético*, que, no direito processual constitucional, é garantido pelo contraditório.

O contraditório, abordado especificamente no último tópico do capítulo (em três subitens que traçam um panorama do princípio), representa um dos principais postulados do sistema do direito, responsável pela legitimação da atividade jurisdicional, que, por sua qualidade dialética, viabiliza a instância comunicativa necessária à interlocução processual. Justificam-se, assim, as premissas conceituais e epistemológicas apresentadas no presente capítulo.

8 Legitimação pelo procedimento na teoria sistêmica de LUHMANN

A teoria luhmanniana concebe o direito como um subsistema do sistema da sociedade, integrante dos sistemas sociais, que se distinguem, no plano da *teoria geral dos sistemas*,² dos sistemas psíquicos, dos organismos e das máquinas. Os sistemas sociais, por sua vez, são tripartites e podem ser examinados sob o viés das “interações”, das “organizações” e das “sociedades”.³ Os sistemas sociais são autorreferenciais, ou seja, funcionam conforme suas operações constituintes, circunstância que, a despeito de

² O marco fundamental da *teoria geral dos sistemas* é o trabalho iniciado por Ludwig von Bertalanffy, biólogo alemão, que, em meados do século passado, propôs um modelo de explicação científica para o modo de interação e adaptabilidade dos organismos vivos, resultando em uma teoria interdisciplinar adotada como referência em diversas áreas do conhecimento. Fundamentalmente, os pressupostos da teoria podem ser sintetizados nos aspectos de *interpenetração* (há sistemas dentro de sistemas), de *abertura* ou *interação* (os sistemas não são estanques e interagem com fatores ambientais) e de *estruturação funcional* (as funções de um sistema são condicionadas por sua estrutura). Por exemplo, o sistema circulatório e o sistema respiratório são partes (subsistemas) que interagem tanto entre si quanto com o organismo (sistema maior) que os compreende, e assim sucessivamente. Em termos gerais, os sistemas correspondem a conjuntos de unidades em inter-relação mútua. Cf. BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria geral dos sistemas: fundamentos, desenvolvimento e aplicações*. 8. ed. Trad. Francisco M. Guimarães. Petrópolis: Vozes, 2015.

³ Na formulação de sua teoria dos sistemas sociais, o autor considera a possibilidade de três níveis de análise no plano da teoria geral dos sistemas: (i) sistemas sociais, (ii) sistemas psíquicos, (iii) organismos, (iv) máquinas; (i) sistemas sociais: (i.i) interações, (i.ii) organizações e (i.iii) sociedades – LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. Trad. Antonio C. Luz Costa *et al.* São Paulo: Vozes, 2016, p. 17.

diferenciar *sistema* e *entorno*, possibilita a própria abertura do sistema ao ambiente, responsivo à causalidade externa por intermédio de operações internas. Esse fechamento operativo não impede, portanto, a interação dos sistemas sociais; ao contrário, viabiliza-os e engendra os diversos mecanismos de diferenciação.⁴

A sociedade não é simplesmente o ambiente do sistema jurídico; o sistema do direito é um subsistema do sistema da sociedade, e *nela* se diferencia.⁵ O modo de operação produzido e reproduzido pelo sistema da sociedade é a “comunicação provida de sentido”, permitindo-se afirmar que “o sistema jurídico, à medida que é um sistema-parte da sociedade, utilizado como modo de operação da comunicação, não pode fazer nada que não seja – como meio do sentido mediante a comunicação – compor formas (sentenças)”.⁶ O sistema jurídico “opera na forma da comunicação mediante a proteção de limites erigidos pela sociedade”⁷ e, para tanto, funciona com o mesmo fechamento operativo que caracteriza o sistema da sociedade como sistema de comunicação operativamente fechado.⁸

O fechamento operativo do direito, a exemplo da linguagem própria de outros sistemas sociais, abrange um código específico (binário) que provê um valor positivo (lícito/jurídico) e um valor negativo (ilícito/antijurídico); a par da função do direito (*orientação pela função* ante um conflito), essa circunstância confere tanto identidade própria ao sistema jurídico quanto permite a interação ambiental com os demais subsistemas sociais, definindo-o como sistema autopoietico, ou seja, capaz de transformar-se mediante autorreferência.⁹

⁴ Cf. Idem, *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Editorial Herder, 2006, p. 471-90.

⁵ “O sistema jurídico compreende a sociedade, uma vez que ele se diferencia nela. Em outras palavras, com suas próprias operações (que ao mesmo tempo são operações da sociedade), ele dispõe um corte na própria sociedade, e só por meio desse corte surge nessa sociedade um ambiente de direito interno a ela, e em consequência disso pode-se perguntar de que modo a influência desse ambiente se exerce sobre o direito sem que isso concorra para que direito e sociedade não mais se diferenciem. A problemática que reside aí, atrelada à relação ambivalente entre direito e sociedade, torna-se clara quando se parte de uma abordagem estritamente operacional” – Idem, *O direito da sociedade*. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 45-6.

⁶ Ibidem, p. 46.

⁷ Ibidem, p. 47

⁸ “No sistema jurídico, isso funciona como garantia de que, por exemplo, nem papel, nem tinta, nem pessoas, nem outros organismos, nem em tribunais, nem em seus espaços, nem aparelhos telefônicos, nem computador, que ali são utilizados, façam parte do sistema. Esse limite externo é constituído já pela própria sociedade” – Ibidem, p. 46.

⁹ “O que não puder ser apreendido com esse esquema de controle legal/ilegal [Direito/Não-Direito] não pertencerá ao sistema do direito, mas a seu ambiente interno ou externo à sociedade. Quando essas exigências são satisfeitas, o sistema do direito se estabelece como sistema autopoietico. Ele constitui e reproduz

A resposta aos produtos ou reproduções autopoieticos dos sistemas sociais está centrada, justamente, na comunicação: “sistema social é comunicação. É por meio da comunicação que os sistemas se diferenciam do entorno, que se complexificam, criam estruturas próprias, constroem autorreferência e heterorreferência, enfim, a comunicação é o *unit act* dos sistemas sociais”.¹⁰ Contudo, a comunicação não compreende um círculo de sentidos completos e consensuais, à guisa de uma consciência coletiva integral. Em razão da impossibilidade gerada pela complexidade subjetiva, que impede o estabelecimento de um consenso completo, a comunicação funciona circunstancialmente,¹¹ em um constante processo de atualização, que envolve um grande número de indivíduos, sem se restringir à consciência de uma única pessoa ou à integralidade da consciência coletiva.

A complexidade estrutural e a organização de seu caráter autopoietico depende da própria qualidade do modo de comunicação internalizado pelo sistema social¹² – sempre tomados em consideração os caracteres da autorreferência e do fechamento operacional –,

unidades emergentes (incluindo ele próprio) que não existiriam sem o fechamento operativo. Desse modo, o sistema consegue uma *redução de complexidade independente*, uma operação seletiva diante de uma miríade de possibilidades que – ignoradas ou rechaçadas – mantêm-se intocadas, *sem que assim a autopoiese do sistema seja interrompida*” – Ibidem, p. 82-3.

¹⁰ “Comunicação [na teoria de Luhmann] é uma síntese de três seleções: (1) emissão, ato de comunicar (alguém “diz”), (2) informação (“deseja alguma coisa”), e (3) compreensão. Assim, existe comunicação se ego entende que *alter* tem emitido uma informação. A simples emissão de uma informação não é uma comunicação, esta só se realiza quando se chega ao entendimento da diferença entre emissão e informação. A compreensão exclui uma série de outras possibilidades de comunicação e torna possível uma *cadeia comunicativa restrita às seleções processadas*. Compreender é selecionar e comunicação é ‘seletividade coordenada’. Deste modo, a compreensão se apresenta como o *limite de um sistema de comunicação*. Com isso, a unidade de análise é concretizada na comunicação sistêmica, e seu limite se nos apresenta como *limites comunicativos estruturados pelo sentido*. No entanto, e o que pode parecer mais absurdo, não é o ser humano quem comunica, mas o sistema social. A atribuição da comunicação a pessoas particulares é uma ilusão e um obstáculo epistemológico ao rigor sociológico. [...] Por esse motivo, deve-se pensar a comunicação como *um processo de atualização constante* que envolve um grande número de pessoas, sem poder ser resumida à consciência de uma única” – RODRIGUES, Léo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. *A sociologia de Niklas Luhmann*. Petrópolis: Vozes, 2017, p. 119-20.

¹¹ Afinal, “a capacidade humana não dá conta de apreensão da complexidade, considerando todos os possíveis acontecimentos e todas as circunstâncias no mundo. Ela é, constantemente, exigida demais. Assim, entre a extrema complexidade do mundo e a consciência humana existe uma lacuna. E é neste ponto que os sistemas sociais assumem a sua função. Eles assumem a tarefa de redução de complexidade. Sistemas sociais, para Luhmann, intervêm entre a extrema complexidade do mundo e a limitada capacidade do homem em trabalhar a complexidade” – NEVES, Clarissa Eckert Baeta; NEVES, Fabrício Monteiro. *O que há de complexo no mundo complexo? Niklas Luhmann e a Teoria dos Sistemas Sociais*. In *Sociologias*. n. 15, p. 182-207. Porto Alegre: UFRGS, 2006, p. 191.

¹² “Como sistema de comunicación, la sociedad se distingue de su entorno, pero éste es un límite externo y no interno. Para todos los sistemas parciales de la sociedad los límites de la comunicación (a diferencia de la no-comunicación) son los límites externos de la sociedad. En esto y sólo en esto coinciden. Toda diferenciación interna debe y puede relacionarse con este límite externo ya que ella crea para cada uno de los sistemas parciales distintos códigos y programas. En la medida en que comunican todos los sistemas parciales participan de la sociedad; en la medida en que comunican de modo distinto, se distinguen entre sí” – LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad...* p. 112.

que se associa à aptidão desse sistema na construção de *sentidos*, condição indispensável para todos os sistemas sociais operativamente fechados. Na teoria luhmanniana, “o sentido é a forma dos sistemas sociais”,¹³ definindo o que seja efetivamente “real” e “possível” dentro das condições estruturais sistêmicas.

O sentido pode ser explicado, ademais, como mecanismo que impede a arbitrariedade das reproduções autopoieticas, tanto organizando a seletividade quanto particularizando o sistema social, ou seja, definindo os seus próprios limites e possibilidades; o que não tem “sentido” para determinado sistema social é por ele descartado ou desconsiderado. Já a comunicação constitui o “amalgama criador de vínculo entre todas as operações que pertencem a sistemas sociais específicos” e é o meio capaz de atualizar os “sentidos” internalizados na prática social de determinado sistema; “o sentido é o limite de todas as atualizações possíveis, determinando o horizonte de possibilidades de atuação sistêmica em relação ao entorno”.¹⁴

Alguns meios de comunicação, incluídas as respectivas implicações de linguagem, são simbolicamente generalizados (v.g., a “liberdade”, o “poder”, a “verdade”)¹⁵ e

¹³ RODRIGUES, Léo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. *A sociologia de Niklas Luhmann...* p. 120.

¹⁴ “As operações e observações sistêmicas operam assim vinculadas à ordem do sentido; tudo o que é real e possível para os sistemas sociais e psíquicos tem sentido. Deve-se ter em conta que o sentido, ao ser atualizado na comunicação (sistema social) e pensamento (sistema psíquico), deixa de fora da atualização uma série de outras possibilidades também disponíveis [...]. Assim, o sentido opera por meio de seleções, gerando a forma, seletivamente estruturada, que o sistema social alcançará no momento da atualização. Com isso, o sentido é o limite de todas as atualizações possíveis, determinando o horizonte de possibilidade de atuação sistêmica em relação ao entorno. Tanto autorreferência quanto heterorreferência são construções sistêmicas dotadas de sentido” – Ibidem, p. 121.

¹⁵ “La función de la comunicación simbólicamente generalizada es la de condicionar las selecciones de tal manera que las comunicaciones se acepten aun cuando una pretensión así sea algo improbable. En relación con el éxito efectivo de la motivación, entonces, un médium simbólico puede ser demasiado o demasiado poco usado” – LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad...* p. 299 e 245-310. Trata-se de ideia erigida do conceito de Talcott Parsons (meios de intercâmbio), sociólogo estadunidense que propôs uma “teoria institucional” pautada pelos conjuntos de três sistemas simbólicos – sistemas de ideias (crenças cognitivas), sistemas de pautas (símbolos expressivos) e sistemas de pautas integrativas (critério de orientação de valor) – cuja estabilidade permitiria uma relação recíproca necessária para o funcionamento das instituições. Segundo o autor, os subsistemas sociais mantêm, entre si, contínuas relações de intercâmbio (*exchange of inputs* e *exchange of outputs*), sob interdependência funcional indispensável para a conformação e os modos de reprodução dos caracteres próprios das sociedades – PARSONS, Talcott. *El sistema social*. Trad. J. Jiménez Blanco e J. Cazorla. Madrid: Alianza Editorial, 1982, p. 497. “A sociedade está em comunicação perfeita e com os três sistemas que constituem seu ambiente imediato: a economia, o político e as instituições de socialização. [...] Cada sistema recebe de cada um dos três outros, elementos que são essenciais a seu funcionamento (*input*); oferece-lhe em troca ‘produtos’ de sua atividade (*output*). [...] Não é possível construir tal sistema sem a existência de símbolos pelos quais a comunicação e a troca se realizem” – ROCHER, Guy. *Talcott Parsons e a sociologia americana*. Trad. Olga Lopes da Cruz. Rio de Janeiro: Francisco Alves Editora, 1976, p. 71. Quanto à ação social reportada pela teoria de Parsons, há quatro elementos fundamentais: “1) *um sujeito-ator* que pode ser indivíduo, grupo ou coletividade; 2) *uma situação* que compreende objetos físicos e sociais com os quais o ator estabelece relação; 3) *símbolos* por intermédio dos quais o ator estabelece relação com os diferentes elementos da situação e lhes atribui um significado; 4)

asseguram *expectativas*,¹⁶ assim compreendidas como elementos necessários para a afirmação da própria *identidade sistêmica* diante de contingências seletivas, que sejam capazes de consensualizar determinadas práticas [sociais] à luz da impossibilidade de os sistemas cognitivos diferenciarem “entre condições de existência de objetos reais e condições de seu conhecimento”.¹⁷ A própria subsistência da sociedade (e, entenda-se, dos subsistemas sociais) depende de um contínuo estado de escolhas seletivas, engendradas estruturalmente pelo agir social dentro de práticas autorreferenciais, e não por individualidades humanas ou por um conjunto delas.

A generalidade de determinados modos comunicativos, dentro da sociedade, permite, assim, uma “certa estabilidade dinâmica, que garante, ao mesmo tempo, plasticidade e rigidez”, sendo que “cada sistema social cria uma dinâmica interna cujos elementos estão dispostos a superar a contingência das possibilidades de seleção, sempre estruturadas [binariamente] na formação da aceitação ou negação”.¹⁸

regras, normas e valores que guiam a orientação da ação, isto é, as relações do ator com os objetos sociais e não sociais do seu meio”; deste plano da ação trata o direito, que, sob a perspectiva processual, tem função integradora quanto ao tratamento dos conflitos – Ibidem, p. 39.

¹⁶ Para o autor, as próprias “normas jurídicas constituem um arcabouço de expectativas *simbolicamente* generalizadas. Desse modo, não só se produzem indicações generalizadas e independentes das circunstâncias, mas os símbolos referem-se sempre a algo que se dá como invisível e que não pode se tornar visível. [...] A referência temporal do direito não se encontra, pois, nem na vigência das normas, que se dividem em variáveis e invariáveis, nem na historicidade imanente ao direito. Tampouco residirá na ‘matéria’ do direito, que é a conduta humana, dada no espaço e no tempo. A referência temporal do direito encontra-se na função normativa no intento de se preparar, ao menos no nível das expectativas, para um futuro desconhecido, genuinamente incerto. Por isso, com as normas, varia também a medida com que a sociedade produz um futuro incerto” – LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade...* p. 172-3.

¹⁷ LUHMANN, Niklas. *A realidade dos meios de comunicação*. Trad. Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005, p. 22. Sobre um dos meios de comunicação simbolicamente generalizados mais evidentes – a “verdade” –, são notáveis as seguintes considerações do autor: “aquilo que a verdade realiza no convívio social é a transmissão de reduzida complexidade. Para toda a gente o mundo é excessivamente complexo, cheio de possibilidades imprevisíveis e, como tal, desconcertante. Cada indivíduo precisa, portanto, de uma orientação significativa e de uma direção de vida para poder adotar obras de seleção de outros, quer dizer, que possa tratar o sentido que os outros escolheram, como tal e não como se fosse diferente. Essa transmissão pode ser realizada por meio de mecanismos sociais diversificados, que nas sociedades mais primitivas não se diferenciam, atuam em conjunto e trazem, portanto, uma ‘reconstrução da realidade’ de complexidade diminuta. Só no decurso do desenvolvimento civilizacional em ordem a uma complexidade mais elevada das sociedades e da visão do mundo se diferenciam e especificam estes mecanismos e só com o início da idade moderna é que esta diferenciação se tornou assunto de rigorosa reflexão teórica. A verdade só constitui transmissão de ideias com rigor da aceitação de ideias por motivo de simpatia pessoal ou de filiação ou de substituição ao poder. Assim muitas ideias, sobretudo objetivos e valores, perdem a sua capacidade de verdade e com isso se agrava simultaneamente a problemática de outros mecanismos. A questão da personalidade nas relações sociais e a questão da legitimidade no poder adquirem um radicalismo até então desconhecido” – Idem, *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 25.

¹⁸ Por exemplo, “o sistema econômico torna mais provável a aceitação de comunicações nas quais as expectativas de ganho estão disponíveis, assim como, no sistema científico, as comunicações circulam em torno de paradigmas ‘verdadeiros’” – RODRIGUES, Léo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. *A sociologia*

No sistema do direito, a estruturação binária proposta por LUHMANN – sob o esquema Direito/Não Direito,¹⁹ em vez da dicotomia “legal/ilegal” citada em tradução recorrente²⁰ – também se caracteriza como *codificação secundária* do poder, que se define como estrutura particular de tecnização ou abstração instrumental dos códigos principais (o “poder”, pelo “direito”; a “propriedade”, pelo “dinheiro” etc.).²¹ O sistema do direito corresponde, na atualidade, a um dos mais sofisticados mecanismos de exploração do poder, o que se explica em boa medida pela quebra de confiança social nas instituições políticas.²²

Em síntese, os sistemas constituem reduções seletivas de possibilidades observadas do entorno (mundo circundante), cujas contingencialidades permitem uma interação (sistema/entorno) conforme a estrutura dos sistemas sociais e sua capacidade de identidade

de Niklas Luhmann... p. 122. No sistema do direito, “caso um jurista queira reconhecer se uma comunicação pertence ou não ao sistema do direito, ele terá sempre de provar se a referida comunicação se ordena em conformidade ou discrepância com o direito e, por conseguinte, se entra no domínio do código do direito. Só mesmo essas duas aquisições, função e código, tomadas em conjunto, atuam de modo a fazer que as operações específicas do direito se diferenciem claramente de outras comunicações e, nessa medida, com margens de erro apenas marginais, possam se reproduzir a partir de si mesmas” – LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade...* p. 81.

¹⁹ Sobre a opção terminológica, em tradução às expressões originárias alemãs adotadas por Luhmann (*Recht/Unrecht*), cf. WEBBER, Suelen da Silva. *Decisão judicial e estabilização social: legitimação pelo procedimento na sociedade complexa*. Curitiba: Juruá, 2017, p. 207-8.

²⁰ LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade...* p. 82-3.

²¹ O autor traça um paralelo *v.g.* com a codificação secundária da propriedade por intermédio do dinheiro: “hay otros métodos que logran un grado particular de tecnización a través de una estructura a la que llamaremos codificación secundaria. Los casos más notables son la codificación secundaria de la propiedad a través del dinero, y la codificación secundaria del poder a través del derecho. En ambos casos, el valor positivo se vuelve a duplicar: se puede usar la propiedad del dinero para efectuar los pagos o para no efectuarlos, y se puede usar el poder de manera conforme a derecho o de manera disconforme, aunque, evidentemente, ninguno de los dos está disponible si no se tiene alguna propiedad y si no se tiene algún poder. La codificación secundaria está relacionada con esfuerzos de abstracción. Una vez monetarizada la propiedad, a la economía ya sólo le interesa la diferencia abstracta de propiedad y no-propiedad con relación a ciertas cosas o ciertos reclamos. Esta diferencia mantiene en marcha a la economía, pues hasta el más rico es un no-propietario respecto a la mayor parte de las cosas. El problema de la diferencia de ricos y pobres – cuando ya no sirve para motivar el trabajo– se endosa a la política” – LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad...* p. 286-7.

²² “Embora outros sistemas também sejam detentores de poder, atualmente as observações indicam que o Direito é o que faz a melhor exploração do poder. Isso também se deve ao fato de que o Direito é o sistema que decide sobre estas questões de quebra de confiança na Política, outro sistema que ‘respira’ poder. As corrupções políticas quebram a confiança social e geram instabilidade. Quando o Direito passa a internalizar estes casos e decidi-los, aplicando ou não uma sanção, ele passa a demonstrar ainda mais poder nesta Sociedade. Ou melhor, cria no imaginário social uma imagem de que tem mais poder do que qualquer outro sistema ou organização. O Poder Judiciário realmente é visto como poder. Isso não acontece porque o Sistema do Direito quer tomar um papel de protagonista, mas porque ele é socialmente o sistema estruturado para a tomada de decisão. O código Direito/Não-Direito é o que conduz as ações sociais. Ele não impede que atos ilegais sejam praticados, mas ele diz que aquela atitude, vista sob a ótica da legislação (Política), é inadequada socialmente. É importante ressaltar que o Direito não diz o que é certo ou errado, bom ou mau, moral ou imoral. Direito/Não-Direito não se refere a isso” – WEBBER, Suelen da Silva. *Decisão judicial e estabilização social...* p. 208.

e diferenciação; ou seja, a estrutura do sistema é fundamental para a seletividade diante da complexidade ambiental. O papel do direito, enquanto subsistema do sistema da sociedade, é de estabilidade sistêmica e garantia diante das contingências do entorno, incluída a asseguarção da “continuidade e durabilidade de expectativas variadas”.²³

Os conflitos, na concepção luhmanniana, constituem manifestações espontâneas tanto de “comunicações contraditadas” quanto de “contradições comunicadas”, sendo a “autonomização operativa de uma contradição por meio da comunicação”.²⁴ LUHMANN define o conflito, aliás, como um sistema social *per se* e muito particular, com característica marginal (“parasitária”) necessária ao próprio incremento do “sistema imunológico” das sociedades e ao estabelecimento do padrão civilizatório almejado por intermédio do direito.²⁵ Aliás, há uma “relação entre a estrutura da situação [comunicativa]

²³ “O Direito, em uma definição luhmanniana, é uma estrutura de expectativas de generalizações congruentes, e a sua diferenciação funcional lhe obriga a tomar decisões quando provocado. Estas decisões são comunicadas aos demais sistemas e causam irritações, inclusive em sistemas não sociais, como o Sistema Psíquico. Observando por este ângulo, o Sistema do Direito é um meio de garantia de estrutura de expectativas de generalizações congruentes. Isto quer dizer uma forma de garantir a continuidade e durabilidade de expectativas variadas que guardam alguma coerência entre si. O problema que o Direito enfrenta é conseguir comunicar decisões funcionalmente e operacionalmente estruturadas, principalmente quando recebem influxos que não demandariam uma resposta jurídica para terem seus litígios solucionados. É um problema que vai além das improbabilidades da comunicação, justamente porque o Sistema do Direito só pode dar respostas jurídicas, mesmo para estes casos, quando está ciente de que não vai atender às expectativas expostas, e nem mesmo solucionar a situação fática” – Ibidem, 211-2.

²⁴ “A comunicação é o processo autopoietico de sistemas sociais, processo esse que prossegue além de todos os episódios cooperativos ou antagônicos, enquanto ele prosseguir. Conflitos servem, portanto, precisamente para dar continuidade à comunicação por meio da utilização de uma das possibilidades que a comunicação mantém aberta: por meio da utilização do *não*” – LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*... p. 441-2.

²⁵ Segundo o autor, “o conceito de conflito é claramente distinto de todas as oposições meramente supostas, meramente observadas. Uma situação geral de contradição, uma oposição de interesses, um dano recíproco (um carro arranha um outro) ainda não se mostram como nenhum conflito. Apesar disso, nosso conceito é inserido entre os conceitos fundamentais da Teoria Sociológica: trata-se de uma realização particular (a qualquer momento possível) de uma *dupla contingência*; trata-se de *comunicação*; trata-se depois de tudo isso de um *sistema social de um tipo particular*. Por conseguinte, conflitos são sistemas sociais, e, em verdade, sistemas sociais que se formam a partir de ocasiões dadas em outros sistemas, mas que não assumem um *status* de sistemas parciais, mas que existem de maneira parasitária. O motivo de seu desencadeamento e o catalisador de sua própria ordem é uma versão negativa de uma dupla contingência: eu não faço aquilo que você gostaria que eu fizesse, se você não fizer o que eu gostaria que você fizesse. A dupla negação tem dois lados: por um lado, ela deixa enquanto negação completamente em aberto o que positivamente acontece; por outro lado, ela conquista por meio da duplicação a possibilidade da autorreferência e, com isso, uma precisão peculiar: ego considera (de início, no interior de certos limites, e, então, de maneira geral) aquilo que causa um dano ao outro exatamente por isso como sua própria utilidade. Algo correspondente é válido para alter. Nos *dois* lados, portanto, contingência. O padrão de interpretação entra apressadamente junto às expectativas em ligação ao alter ego: ego supõe que alter (como alter ego) já pratica o padrão de conflito (como quer que isso venha a acontecer, de maneira cautelosa, encoberta ou limitada) e retira daí para si as consequências. Por isso, um conflito pode surgir de maneira objetiva praticamente sem ensejo. Basta que se reaja a uma suposta hipótese de expectativa, por mais vaga que essa seja, com um não que pode ser o mais cauteloso possível. Um tal acontecimento induz a reagir ao não como não – e quanto mais claramente ele for formulado, mais impositivo ele será –, seja com tentativas de

e o modo do conflito”, que, na proporção das complexidades envolvidas, influencia o próprio papel do “terceiro comunicador” representado pelo ente com poder decisório (órgão jurisdicional).²⁶

Os conflitos pressupõem expectativas parciais em estado de desequilíbrio (v.g., a ameaça, a insatisfação etc.), cujas soluções não se operam sobre as condutas ou ações correlatas, mas, sim, sobre as expectativas que se pretendam estabilizar – e formar – socialmente, sendo as estruturas sociais propriamente “estruturas de expectativas” visadas enquanto “formas de sentido” para o sistema da sociedade.²⁷ A asseguuração das expectativas relaciona-se com a identidade dos sistemas – diferenciando-os –, equalizada temporalmente pelas estruturas jurídico-normativas.²⁸

Segundo a visão luhmanniana, o núcleo do papel decisório das instituições jurídicas não está centrado estrita e exclusivamente em escolhas preferenciais, mas na *dotação de sentido* a expectativas – tanto *cognitivas* quanto *normativas*²⁹ – concorrentes, pois elas

desmotivação, seja finalmente com puras sanções segundo o esquema: o que é útil para mim é o que causa danos a você. Conflitos são ao mesmo tempo sistemas sociais trabalhados exatamente segundo o padrão da dupla contingência; e eles são sistemas sociais extremamente integrados porque existe a tendência para colocar todo agir no contexto de uma hostilidade sob esse ponto de vista da hostilidade. Caso venhamos a entrar um dia em conflito, então não há mais quase barreiras para a sucção da integração desse sistema – a não ser a barreira do ambiente, do comportamento civilizatório, do direito. De maneira diversa da que comumente se pressupõe (mas que é muito mais suposto do que fundamentado), a adversariedade é, portanto, um fator de integração de primeiro nível e precisamente por meio daí um fator problemático. Ele reúne em termos de conteúdo ações por demais heterogêneas sob o ponto de vista da dupla contingência negativa e as insere no sistema: *cada um* pode atualizar *todas* as possibilidades que prejudicam os outros, e quanto mais isso acontece, tanto mais isso se torna plausível. [...] Uma sociedade precisa oferecer um número suficientemente grande de chances de conflito ainda livres, caso ela queira reproduzir um sistema imunológico, e, uma vez que o sistema precisa ser móvel e motivável *ad hoc*, isso não pode acontecer por meio da prescrição dos inícios do conflito, mas justamente por meio do condicionamento das perspectivas de reprodução para conflitos que tenham começado por uma ocasião qualquer. A sistematização das ocorrências imunológicas não pode ser explicada, por isso, no plano dos sistemas de conflitos interativos particulares. Ela só é possível como *agregação social* de muito conflitos” – Ibidem, p. 442-4 e 449.

²⁶ “Toda questão conflitiva pressupõe uma situação comunicativa estruturada, isto é, dotada de certas regras. Segue-se que há uma relação entre a estrutura da situação e o modo do conflito. Numa situação pouco diferenciada, em que a solução de conflitos se funda na capacidade individual das partes, o papel do terceiro comunicador é bastante limitado e quase não se diferencia em relação às partes. É o que ocorre, por exemplo, com o comportamento da autodefesa, em sociedades pouco complexas. O aumento da complexidade estrutural da situação comunicativa implica, porém, uma diferenciação crescente do terceiro comunicador e uma complexidade do próprio discurso. Essa diferenciação faz com que o *dubium* conflitivo passe a referir-se também ao procedimento decisório e, pois, à participação do terceiro comunicador, atribuindo-se-lhe um comportamento peculiar, no que se refere à capacidade de decidir conflitos. Essa peculiaridade, em oposição a outros meios de solução de conflitos (sociais, políticos, religiosos etc.), revela-se na sua capacidade de *terminá-los* e não apenas de *solucioná-los*” – FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 89.

²⁷ Ibidem, p. 328-32.

²⁸ LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade...* p. 172-3.

²⁹ Ibidem, p. 174.

próprias criam a alternância entre “conformidade” ou “divergência” que reclama, enfim, a atividade decisória; a “decisão atualiza, portanto, a autorreferência do agir que transcorre sobre o plano de expectativas”.³⁰

Como todo sistema social, o sistema do direito tem um programa próprio de atuação, peculiar e informado por normas, práticas e postulados jurídicos,³¹ que constituem, em síntese, “semânticas adicionais ao código [binário], suplementando seu valor negativo ou o valor positivo”.³² Os ajustes sociais do direito operam no âmbito dessa estrutura, sendo os respectivos programas (repertórios) responsáveis por regular e coordenar os “valores lícito e ilícito, a fim de manter a vinculação do tempo e a capacidade de consenso/dissenso em zona de compatibilidade recíproca”.³³

Uma das principais dificuldades decisórias, no sistema do direito, situa-se não apenas no pressuposto de equilíbrio de expectativas, mas na própria instabilidade das comunicações – circunstância que, a par de não solucionar, pode potencializar tensões³⁴ –,

³⁰ “Sempre se deve falar de *decisão*, quando e até o ponto em que a *dotação de sentido de uma ação reage a uma expectativa dirigida para ela mesma*. O fato de uma ação, por sua vez, sempre transcorrer orientada pela expectativa é algo que se compreende por si mesmo. Situações de decisão só vêm à tona, quando a expectativa é redirecionada para a ação ou para o seu campo de permanência, quando ela mesma é esperada. Neste caso, a expectativa cria a alternativa entre conformidade ou divergência, e, então, tem-se de decidir. Nós abdicamos, com isso, da suposição usual de que a unidade de uma decisão poderia ser concebida como expressão da unidade de uma preferência (como quer que ela venha a ser agregada, incluindo aí os seus custos). [...] No lugar da diferença entre melhor e pior com vistas às preferências, cuja fixação permanece entregue ao sistema, estabelecemos ao mesmo tempo a diferença entre conforme à expectativa ou divergente como constitutiva para a necessidade de decidir. Isso inclui o caso do decidir orientado pelas preferências e, do mesmo modo, o caso especial do decidir otimizador; pois é possível conceber preferências e tentativas de otimização como expectativas, que são dirigidas do que decide ou dos outros para o comportamento. [...] A decisão atualiza, portanto, a autorreferência do agir que transcorre sobre o plano de expectativas. A ação se rearticula consigo mesma por meio do fato de que faz parte de seu sentido que ela seja esperada. Compreende-se por si mesmo que, para tanto, é necessária consciência. Essa necessidade, porém, é apenas um pressuposto, não um traço característico do próprio decidir” – LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*... p. 332-4.

³¹ Idem, *La sociedad de la sociedad*... p. 128.

³² “Como a constituição dos sistemas se dá pelas comunicações, mas apenas pelas comunicações que conseguem penetrar e se comunicar com ele, no Sistema do Direito teremos comunicações jurídicas. Já seus programas serão toda a comunicação de expectativas, tanto cognitivas quanto normativas, que se façam necessárias para adjudicar a informação e possibilitar a tomada de decisão. Embora a forma seja de dois lados, Direito/Não-Direito, e que ela tenha valor positivo e negativo, na produção de decisões os dois lados se farão presentes. Um deles de maneira latente, pois eles representam os dois lados opostos e complementários de um mesmo sentido. Em cada comunicação de decisão se diz que aquilo que é conforme o Direito e, portanto, de forma latente, não é conforme o Não-Direito. O lado Direito serve também para guiar a auto-organização, autorreprodução e auto-observação deste subsistema, enquanto o lado Não-Direito tem a atribuição de diferenciar o Sistema do Direito do entorno social” – WEBBER, Suelen da Silva. *Decisão judicial e estabilização social*... p. 213-4.

³³ LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*... p. 174.

³⁴ “Contrario a los supuestos de un ‘funcionalismo moral’ [...] el derecho no sirve en primer término para la integración moral de la sociedad, sino aumentar las posibilidades de conflicto en formas que no pongan en peligro a las estructuras sociales” – Idem, *La sociedad de la sociedad*... p. 369.

sendo as instituições jurídicas instadas a atuar perante frustrações pessoais e sociais, individuais e coletivas, mediante canais inaptos à internalização adequada de determinadas dinâmicas; trata-se de um problema que vai além da dificuldade de “tradução” entre sistemas, dada a necessidade de “reconstrução” dos conflitos [da sociedade] em “conflitos jurídicos”.³⁵

Dentre os vários aspectos apreendidos do sistema jurídico – subsistema do sistema da sociedade (categoria dos sistemas sociais em sentido amplo) –, a teoria sistêmica luhmanniana permite um enfoque do direito processual como eixo de legitimação do direito atuado concretamente. O processo constitui meio capaz de *significar* o exercício da atividade jurisdicional, por intermédio da linguagem,³⁶ sendo o elemento legitimante da atuação de poder presente na composição dos conflitos. Afinal, tudo que “não tem sentido” não pode ser tomado como componente de dado sistema social. A complexidade do ambiente social representa a própria exigência de abertura comunicativa do canal jurídico; afinal, a decisão jurisdicional constitui “ato que qualifica deonticamente a situação controvertida”.³⁷

Na visão de LUHMANN, os procedimentos constituem mecanismos de *justificação estruturada* dos atos de poder decisórios, identificados tanto no âmbito jurídico quanto nas esferas legislativa e administrativa, com as devidas variações operacionais. Quando as instâncias de decisão são concentradas, como na atividade jurisdicional, a participação no procedimento é definida pelos próprios sujeitos, conforme o papel que assumam ao longo das etapas procedimentais. O escopo específico do *procedimento legitimante* é “preparar” uma decisão apta a estabilizar as expectativas individuais e coletivas envolvidas, não no sentido de *concordância*, mas de *adesão* ao resultado obtido. O descontentamento com a

³⁵ “Os conflitos sociais não são simplesmente ‘traduzidos’ para a linguagem jurídica. Antes necessitam ser reconstruídos autonomamente como conflitos jurídicos dentro do próprio Sistema Jurídico, como conflitos de proposições jurídicas divergentes ou de proposições de fato divergentes. As mais insignificantes variações sofridas quotidianamente pelo Direito, e que o fazem evoluir, são assim produto do conflito social, mas verdadeiramente da própria comunicação interna do Sistema Jurídico. Com isso, nesta tradução [jurídica], por vezes o conflito, no limite, torna-se irreconhecível para os próprios litigantes” – WEBBER, Suelen da Silva. *Decisão judicial e estabilização social...* p. 216.

³⁶ Afinal, “um sistema de significações sem um sistema de linguagens, que permeia todos os subsistemas sociais, permaneceria em estado ideacional: ficariam desprovidos de objetivação, sem a relação estável entre o simbólico e seus referentes, inviabilizando a comunicação” – VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 11.

³⁷ Na atividade decisória, “o juiz nem pronuncia juízo-de-realidade, nem puro juízo-de-valor. O existencial do fato e o critério-de-valor entram como componentes do juízo normativo. E esse juízo normativo não é de ordem moral, ou religiosa, ou atinente à etiqueta, ou aos usos-e-costumes. É especificamente jurídico” – Idem, *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. 4. ed. São Paulo: NOESES, 2010, p. 208.

decisão – dado sociológico praticamente inevitável – decorre do “resultado”, não do “procedimento” de tomada da decisão, levando os entes a *aceitarem* as soluções engendradas, ainda que discordantes de suas expectativas iniciais.³⁸

A doutrina processual brasileira, ao adotar como premissa a concepção luhmanniana, anota que a “observância do procedimento constitui fator de legitimação do ato imperativo a ser proferido afinal pelo juiz [...] e daí surgiu a exigência de legalidade no procedimento, para que o material preparatório do julgamento seja recolhido e elaborado segundo regras conhecidas de todos”.³⁹

Os meios de comunicação generalizantes (v.g., o ideal de eficiência), apesar de também influenciarem o sistema jurídico – interagem com todos os subsistemas sociais –, não criam “identidades” próprias, que neguem a natureza sistêmica do direito processual.⁴⁰ O aspecto operacional luhmanniano presente na característica autopoietica do sistema do direito esclarece a legitimação dos procedimentos jurídicos: iniciam-se “com a aceitação, expressamente cuidadosa, da incerteza da decisão, e assim encaminham a colaboração, especificam papéis, contribuições, delimitam pontos de conflito, até que a decisão apareça como resultado ‘lógico’ do procedimento jurídico”.⁴¹ Os níveis de cooperação entre os participantes determinarão a qualidade do próprio modo comunicativo do procedimento.⁴²

³⁸ “Neste sentido, os processos constituem um complemento coexistencial da positivação do direito. Reduzem e tornam menos agudo o momento da surpresa que está ligado à decisão” – LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento...* p. 21. Trata-se de circunstância decorrente da diferenciação de papéis dentre os diversos subsistemas sociais, sem a qual o “efeito legitimador do direito” entraria em crise. “Essa predisposição à aceitação de decisões ainda indeterminadas é o que se denomina, modernamente, ‘legitimidade’; para diferenciá-la a sua concepção dinâmica, de legitimidade como processo ou ação legitimadora, da visão tradicional, Luhmann prefere o termo ‘legitimação’. A legitimação é obtida ao longo de uma série de interações previamente estruturadas em subsistemas de comunicação específicos, os *procedimentos*” – ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 89-90.

³⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 15.

⁴⁰ Afinal, pela proposta luhmanniana, “o sistema jurídico deve ser capaz de assimilar e compreender os fatores ambientais externos, sem que, com isso, esteja diretamente determinado por eles” – FOLLONI, André; CABRERA, Michelle Gironda. *Relações entre o direito e o ambiente social em Niklas Luhmann e Gunther Teubner*. In *Universitas JUS*. v. 26, n. 2, p. 65-75. Brasília: UniCEUB, 2015, p. 72.

⁴¹ LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade...* p. 444. “A preparação de papéis singulares no processo, concretizados em processos de comunicação específicos do sistema, dá origem a uma *separação de papéis* entre o processo jurídico e o seu ambiente, isto é, uma diferenciação entre o procedimento e a sociedade em relação ao plano dos papéis [...] a incerteza motiva a aceitação de um papel e conjuntamente também da relação desse papel, que absorve gradualmente a incerteza” – Idem, *Legitimação pelo procedimento...* p. 43 e 46.

⁴² “Com o estreitamento da comunicação mediante a cooperação dos participantes, também os protestos [v.g.] podem ao mesmo tempo ser absorvidos, com a consequência de que após a decisão só seja possível impugnar à medida que o permitam os mesmos meios jurídicos. Afora isso, só mesmo pela via política é que se pode

Um dos principais objetivos da atividade jurisdicional é a “proteção jurídica”, que se expressa, aliás, como “justificação dos institutos particulares do direito processual”.⁴³ A proposta luhmanniana transcende a ideia geral de que o perfil do procedimento (*lato sensu*) deva definir-se como “garantia legal” ou, ainda, como “método” para a “elaboração de decisões obrigatórias e justas”, mediante integração harmônica das “funções instrumentais e expressivas do procedimento”, cujo liame (dupla função) integra a própria institucionalidade dos processos em geral.⁴⁴

Na visão de LUHMANN, variáveis ou funções *instrumentais* e *expressivas* são facilmente reconhecíveis nos procedimentos de atuação política ou legislativa,⁴⁵ mas essa dupla função também compõe os caracteres dos procedimentos judiciais; igualmente “aspiram, como todos os procedimentos, a uma decisão, até mesmo em um contexto de planos de decisão mais ou menos fixos”, sendo a conciliação dessas variáveis funcionais

sugerir ao sistema do direito uma mudança do direito vigente” – Idem, *O direito da sociedade...* p. 444. “A legitimação pelo procedimento não é como que a justificação pelo direito processual, ainda que os processos legais pressuponham um regulamento jurídico; trata-se, antes [em primeiro lugar], da transformação estrutural da expectativa, através do processo efetivo de comunicação, que decorre em conformidade com os regulamentos jurídicos” – Idem, *Legitimação pelo procedimento...* p. 35.

⁴³ Ibidem, p. 21. A própria cláusula do devido processo legal, que informa a miríade de postulados processuais constitucionais, é originária e essencialmente uma garantia geral de proteção.

⁴⁴ Ibidem, p. 20-1, 181 e 184. O autor define funções “instrumentais” e “expressivas” mediante uma abordagem crítica dos conceitos apresentados pela “teoria dos conjuntos”, com marco teórico na psicologia social de Robert Freed Bales, cujo primeiro estudo foi publicado em 1949 (*Análise de processos de interação*), que pesquisou padrões recorrentes na formação e no funcionamento de grupos, formulando uma teoria da interação social, com foco na dinâmica dos grupos [inicialmente, *small groups*] e das respectivas atividades, em vez do papel dos indivíduos isolados. Cf. BALEs, Robert Freed. *Interaction process analysis: a method for the study of small groups*. Delhi: Isha Books, 2013; Idem, *A set of categories for the analysis of small group interaction*. In *American Sociological Review*. v. 15, n. 2, p. 257-63. Washington: American Sociological Association, 1950. Em síntese, “as variáveis instrumentais constituem necessidades derivadas, que adquirem o seu sentido a partir da realização de objetivos distantes e que são variáveis em relação a leis; variáveis expressivas (ou de consumo) são necessidades satisfeitas diretamente através da ação, de tal forma que uma alteração da atuação pressuponha uma alteração da necessidade” – LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento...* p. 182.

⁴⁵ “Os procedimentos de legislação constituem um outro caso de ligação institucional entre as funções instrumentais e expressivas. Trata-se, neste caso, de decisões gerais que comprometem a população em parte diretamente e, em parte, só programam a burocracia. Para os interessados, não se pode considerar como uma participação direta no procedimento, conforme os seus papéis, só uma coexistência identificada simbolicamente. Isto é orientado por exposições expressivas, dramáticas e públicas dos temas, projetos, dificuldades e resultados e aumentado de diversas formas, por exemplo por meio da doutrinação de uma ideologia como premissa de toda a atuação consistente, ou por meio da estabilização do processo como conflito. A seu lado tem de ser realizada a elaboração especializada dos programas, em contato com a administração, com consideração quanto à sua consistência perante outros programas, legitimidade, viabilidade econômica e possibilidade de realização. Esta orientação instrumental pode contradizer a orientação expressiva, pois a possibilidade de variação dos programas de decisão não tem, de forma alguma, uma correlação automática com as condições de apoio político. A coordenação das duas variáveis constitui o problema e a tarefa da política. Nela se combinam as necessidades instrumentais e expressivas, não no plano dos papéis, mas abstratamente em valores e programas” – Ibidem, p. 185-6.

“facilitada, principalmente, pelo papel de status do juiz que rege o procedimento, domina a interpretação atual da situação, interpretação que tem de ser seguida pelos outros”.⁴⁶

Existem, assim, “procedimentos onde se procura, em parte institucionalmente, em parte processualmente, combinar com maior ou menor êxito as funções instrumentais e expressivas, a descoberta racional da decisão e a realização sentimental presente”.⁴⁷ Nesse contexto, “a observação é o ponto de início da tomada de decisão”,⁴⁸ sendo o papel do julgador direcionado por observações de primeira e de segunda ordem;⁴⁹ “os julgadores são observadores com legitimação sistêmica e organizacional [investidura] para observar e decidir sobre situações contingenciais e complexas que lhe são apresentadas”.⁵⁰

A dinâmica de observação do julgador determina a própria qualidade da prestação jurisdicional – *qualidade das premissas decisórias* ante a máxima fidedignidade possível com o contexto conflitivo –, pois “uma observação que encontre muitos obstáculos para se realizar pode conter nuances relevantes não captadas pelo sistema [do direito]”, no processo de recodificação ou tradução entre sistemas sociais.⁵¹

⁴⁶ Ibidem, p. 186.

⁴⁷ Ibidem, p. 186.

⁴⁸ WEBBER, Suelen da Silva. *Decisão judicial e estabilização social...* p. 241.

⁴⁹ “Para el observador de primer orden la autodescripción termina con instrucciones sobre bases invariables, sobre la naturaleza y sobre lo necesario. Hoy día el concepto de valor —que simboliza lo absolutamente incuestionable— ocupa este sitio. Para el observador de segundo orden, por el contrario, el mundo aparece como construcción sobre distinciones cada vez distintas; por eso su descripción no es necesaria, sino contingente, y no correcta con relación a la naturaleza, sino artificial. [...] El observador de primer orden observa con ayuda de valores. Sus respectivos valores hacen para él la diferencia que dirige su conocer y su actuar. El observador de segundo orden refiere la semántica de los valores a su uso en la comunicación. Puede, por ejemplo, percibir que refiriéndose a valores no pueden deducirse decisiones ni evitarse conflictos. Pero sobre todo ve como lo indubitable de los valores se produce en la comunicación no directa sino indirectamente, no comunicándose sobre ellos sino con ellos. No se da-a-conocer que se está a favor de la justicia, la paz, la salud, la conservación del entorno, etcétera, para así abrir la posibilidad de que se reaccione con aceptación o con rechazo a este dar-a-conocer. Sino que sólo se dice que es aquello que se cree justo —o injusto. La validez del valor se presupone y tiene el carácter de indubitable —diariamente renovado sólo en este *modus* de la comunicación. [...] Mientras el observador de primer orden presupone que existe un mundo ordenado de características inequívocas —las cuales pueden describirse acertada o erróneamente—, el observador de segundo orden debe renunciar a esta suposición lógico ontológica” – LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad...* p. 889-91.

⁵⁰ WEBBER, Suelen da Silva. *Decisão judicial e estabilização social...* p. 241.

⁵¹ “É como se o julgador tivesse que se desgastar para fazer uma triagem que já deveria ter sido feita e, quando o caso está traduzido para o Direito – não apenas em questão de linguagem, mas de sentido –, sua observação já está com as forças esgotadas. [...] Pode-se dizer que, entre outras coisas, os julgadores são observadores que têm como ponto de referência o Direito. O que eles fazem para decidir é observar uma situação que algumas vezes já vem ‘moldada’ para os olhos do Sistema Jurídico (quando chega através de um profissional do Direito). Em outras, vem ‘contaminadas’ por elementos e seletividades de outros sistemas e, neste caso, direcionadas geralmente para julgadores não tão bem preparados (seja pela organização ou individualmente) para fazer esta observação” – Ibidem, p. 240-1.

A qualidade das decisões, assim, não pressupõe uma dualidade de certo ou errado, mas se apoia em características operacionais legitimantes, sendo possível admitir-se que decisões igualmente aceitáveis – sob a óptica do direito – se diferenciem à medida de sua maior ou menor legitimidade.⁵² O procedimento [legitimante] funciona justamente como catalisador dessa congruência.⁵³

A *legitimação pelo procedimento*, segundo a síntese luhmanniana, pode ser definida como fenômeno qualitativo resultante da estruturação dos sistemas decisórios (políticos, administrativos e jurídicos) que permite a estabilização de expectativas com fundamento na ação participativa e comunicativa dos entes, produzindo sentido à atividade decisória (legislativa, executiva e jurisdicional) e induzindo os caracteres autopoieticos redutores da complexidade social, necessários à viabilização de *respostas justificadas* das instituições detentoras de poder às questões sociais apresentadas. Os procedimentos constituem, enfim, mecanismos de *justificação estruturada* dos atos de poder decisórios.

9 Razão comunicativa em HABERMAS

A aproximação das teorias de LUHMANN e HABERMAS não é incomum em estudos de direito processual com abordagem interdisciplinar. Por muito tempo, ambos travaram uma acirrada polêmica teórica, amplamente comentada na seara acadêmica,⁵⁴ o que em

⁵² “Debe presuponer que el mundo tolera observaciones diversas y esto de tal forma, que aquello que muestra con distintas distinciones no puede eliminarse siempre como error de una u otra observación” – LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad...* p. 891. “Nota-se que o sentido que Luhmann empresta ao termo ‘legitimidade’, transformando-o em ‘legitimação’, é peculiar. A legitimidade passa a ser vista como prontidão generalizada para acatar decisões que ainda não foram tomadas, isto é, ainda indeterminadas quanto ao seu conteúdo real e empírico. A legitimidade seria uma ‘ilusão funcionalmente necessária, pois se baseia na ficção de que existe a possibilidade de decepção rebelde só que esta não é, de fato, realizada’ [FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Apresentação*. In LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento...* p. 5]. ‘Legítimo’ passa a significar ‘de acordo com procedimentos jurídicos prefixados’, perdendo definitivamente qualquer conteúdo externo, transcendente, imanente ou o que quer que seja. A legitimidade não é, mas processa-se; por isso é *legitimação*” – ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica...* p. 100.

⁵³ “[...] para legitimar-se, o procedimento não pode permitir que os conflitos da vida real sejam interiorizados pelo sistema, sem perder seu caráter de conflito. Isso significa que o procedimento só acolhe determinados conflitos sob a condição de estarem previamente fadados a uma solução intrassistêmica, mesmo que tal solução não seja ‘real’, no sentido de resolver de fato o conflito. Quem perde uma ação judicial pode continuar achando que foi lesado, mas não mais pode reclamar. A decisão foi legítima sob esse prisma, porque ambas as partes estão submetidas às regras decisórias do sistema” – Ibidem, p. 91-2.

⁵⁴ Por todos, cf. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001, p. 107-9.

parte se justifica pela influência comum da teoria sistêmica de PARSONS, sociólogo estadunidense, no pensamento dos filósofos alemães. Para os sistemas sociais de LUHMANN, a teoria de PARSONS fornece importante substrato teórico; já uma das principais teorias de HABERMAS (teoria da ação comunicativa) propõe um contraponto com a perspectiva parsoniana, que, a despeito de inicialmente concebida como “teoria da ação”, acabou reduzida a uma “teoria sistêmica”.⁵⁵

A teoria parsoniana define o “sistema” como “organismo autorregulado que se distingue do ambiente pela manutenção de limites estáveis”.⁵⁶ Para PARSONS, os subsistemas sociais mantêm, entre si, contínuas relações de intercâmbio (*exchange of inputs* e *exchange of outputs*), sob interdependência funcional indispensável para a própria conformação e para os modos de reprodução dos caracteres das sociedades.⁵⁷ As estruturas sociais constituem modelos de interação e as funções sociais designam o papel das estruturas na manutenção do sistema. Nesse contexto, “a estruturação cultural define a identidade e a participação sociais, demarcando a gama de variação (fronteiras normativas) que o sistema pode suportar sem deixar de existir”, sendo que os valores da sociedade se imbricam com os próprios valores das variáveis de modelos.⁵⁸

⁵⁵ “[...] la teoría de la sociedad de Parsons tiene su origen en una ambigua asimilación de la teoría de la acción a la teoría de sistemas. Adopta la forma de un compromiso teórico entre dos series de categorías antagónicas, que encubre el conflicto pero que no lo resuelve” – HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa II: crítica de la razón funcionalista*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 1. reimp. Madrid: Taurus, 1988, p. 363. Cf. REGATIERI, Ricardo Pagliuso. *Teoria da ação e teoria de sistemas em Talcott Parsons e Jürgen Habermas*. In *Estudos de Sociologia*. v. 2, n. 25, p. 189-212. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2019.

⁵⁶ INGRAM, David. *Habermas e a dialética da razão*. 2. ed. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994, p. 179.

⁵⁷ PARSONS, Talcott. *El sistema social...* p. 497. “Qualquer sistema social, isto é, sistema de interação de uma pluralidade de indivíduos, envolve um setor do comportamento de cada um dos atores componentes, e, por conseguinte, envolve também um setor da sua personalidade. Com o propósito de conceptualizar o sistema social, este setor é concebido como um papel, que no conjunto de situações definidas pela sua participação no grupo ou no sistema interativo por um período suficientemente longo de tempo, constitui uma série de comportamentos esperados e padronizados, não de um único tipo, mas de um padrão de tipos que variam de acordo com o desenvolvimento da situação interativa. [...] Esta participação não constitui uma atividade desordenada, mas, muito pelo contrário, é estruturada e organizada. Como parte do sistema de personalidade, ela tem de ser motivada no sentido da regularização e da estabilização do padrão de atividade, de tal maneira que não se choque com outros elementos. Ademais, ela deve estar-se adaptando continuamente ao desenvolvimento da situação interativa, e especialmente aos atos dos outros membros do sistema interativo” – PARSONS, Talcott. *O conceito de sistema social*. Trad. Gabriel Bolaffi. In *Homens e sociedade: leituras básicas de sociologia geral*. 14. ed. p. 47-55. Coords. Fernando Henrique Cardoso e Octávio Ianni. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1984, p. 52-3.

⁵⁸ Segundo a concepção de Parsons, “as sociedades procuram sustentar um estado desejado de equilíbrio (estado-meta), ou nível de autossuficiência, ao longo de quatro eixos gerais (variáveis de modelos): a manutenção do modelo (função específica do subsistema cultural) ancora a ação nos valores compartilhados que garantem a identidade social e dão legitimidade às instituições sociais. A consecução de objetivos (função específica do subsistema político) fornece motivação para aceitar os modelos culturais, permitindo

Em contraste com o funcionalismo estrutural da teoria parsoniana, LUHMANN propõe uma limitação das funções das estruturas sociais, que, enquanto processos dinâmicos, assumem um papel redutor da complexidade ambiental. A estrutura do sistema é fundamental para a seletividade diante da complexidade do entorno. Assim, na versão luhmanniana, os sistemas constituem reduções seletivas de possibilidades observadas do entorno (mundo circundante), cujas contingencialidades permitem uma interação (sistema/entorno) conforme a estrutura dos sistemas sociais e sua capacidade de identidade e diferenciação, à medida que se distingam códigos e programas próprios.⁵⁹

Tanto LUHMANN quanto HABERMAS “concebem a evolução social como um processo de expansão da capacidade de solucionar problemas por meio de mudanças estruturais”, embora sejam discordantes quanto à “possibilidade de reduzir estruturas a funções adaptativas”.⁶⁰ A sobrevivência das sociedades depende da preservação de padrões de interação social imbuídos de valores culturais.⁶¹ As discrepâncias ou patologias sociais que suscitam os inúmeros conflitos existentes geram, na visão habermasiana, a invasão da esfera cultural pelo Estado, cuja resposta aos problemas de *crise de legitimação* institucional geralmente está associada à confiança tecnocrata ou científica da sociedade

aos indivíduos concorrerem pela influência política com as vantagens decorrentes. A adaptação (função específica do subsistema econômico) satisfaz as demandas materiais por meio do trabalho instrumental. Finalmente, a integração vincula a energia individual aos subsistemas cultural, político e econômico” – INGRAM, David. *Habermas e a dialética da razão...* p. 179-80. “Existe el mismo orden de relación entre roles y funciones relativo al sistema en los sistemas sociales, que existe entre órganos y funciones en el organismo” – PARSONS, Talcott. *El sistema social...* p. 115. Tanto nos organismos quanto nas sociedades, o autor identifica as funções de adaptação, integração, consecução de objetivos e manutenção de modelos – Ibidem, p. 114-5.

⁵⁹ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad...* p. 112.

⁶⁰ “Para Habermas, a não ser que os limites estruturais sejam definidos independentemente das funções adaptativas, não haverá forma de determinar estados-meta ou critérios para a manutenção do sistema (identidade); e menos ainda se o aumento da complexidade do sistema representar avanços na solução de problemas. O modelo de Luhmann pressupõe que os problemas relacionados com a complexidade do sistema podem ser especificados independentemente das estruturas sociais, como se fossem fatos objetivos aos quais estas últimas precisam se ajustar. O próprio Luhmann aceita este argumento, ao observar que o mundo e os desafios peculiares que ele apresenta para o sistema social não são simplesmente dados, mas aparecem seletivamente pré-interpretados com respeito a determinadas faixas de possível significação. A sobrevivência de uma sociedade se estende, portanto, além da sobrevivência biológica, e inclui a preservação de padrões de interação social a que se atribui valor cultural” – INGRAM, David. *Habermas e a dialética da razão...* p. 181.

⁶¹ Ibidem, p. 181.

moderna,⁶² como modo de assunção inconsciente da “auto-objetificação do homem” no contexto ideológico da modernidade.⁶³

Ambos os autores defendem a importância de se “pensar sempre como a ‘sociedade’ pode ser melhor, e não simplesmente como um único indivíduo, um sujeito [ou grupo de interesse], ou um ‘eu’ se destacam”.⁶⁴

No entanto, na conhecida polêmica entre os filósofos, HABERMAS considera que a teoria dos sistemas luhmanniana visa a uma legitimação formal do poder, ao passo que LUHMANN considera irrealísticas ou inoperantes as ideias habermasianas da ação comunicativa e da teoria discursiva na sociedade contemporânea. Nesse contexto, a legitimação do direito sob a perspectiva sistêmica (LUHMANN) contrasta-se com a teoria da ação comunicativa (HABERMAS), que se conjuga a uma teoria discursiva do direito e do Estado democrático.

As sociedades são permeadas por consensos e dissensos; o *agir comunicativo*, apesar de se caracterizar como *ação orientada ao entendimento*, não exclui o dissenso, que constitui dado sociológico inevitável. Nesse contexto, a teoria habermasiana propõe o direito como categoria de mediação social entre “facticidade” e “validade”;⁶⁵ o direito tem de “amortizar as instabilidades de um tipo de socialização que se realiza através das tomadas de posição – em termos de sim/não – com relação a pretensões de validade criticáveis”, circunstância que se agudiza nas sociedades econômicas modernas, dado o

⁶² Cf. HABERMAS, Jürgen. *Na esteira da tecnocracia: pequenos escritos políticos XII*. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora Unesp, 2014, p. 97-103; Idem, *Teoria e práxis: estudos de filosofia social*. Trad. Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2013, p. 507-39.

⁶³ Idem, *Técnica e ciência como “ideologia”*. Trad. Felipe Gonçalves Silva. São Paulo: Editora Unesp, 2014, p. 126.

⁶⁴ WEBBER, Suelen da Silva. *Decisão judicial e estabilização social...* p. 327.

⁶⁵ “A validade social de normas do direito é determinada pelo grau em que consegue se impor, ou seja, pela sua possível aceitação fática no círculo dos membros do direito. Ao contrário da validade convencional dos usos e costumes, o direito normatizado não se apoia sobre a facticidade artificial da ameaça de sanções definidas conforme o direito e que podem ser impostas pelo tribunal. Ao passo que a legitimidade de regras se mede pela resgatabilidade discursiva de sua pretensão de validade normativa; e o que conta, em última instância, é o fato de elas terem surgido num processo legislativo racional – ou o fato de que elas poderiam ter sido justificadas sob pontos de vista pragmáticos, éticos e morais” – HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 2. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 50-1. “Para quem age estrategicamente, a norma jurídica se encontra no nível dos fatos sociais que limitam, como facticidade, o espaço das opções possíveis. Para quem age comunicativamente, a norma jurídica se encontra no nível das expectativas de comportamento, em relação às quais se supõe um acordo racionalmente motivado entre parceiros jurídicos. O direito permite, portanto, esses dois enfoques simultaneamente” – SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas*. 2. imp. Curitiba: Juruá, 2016, p. 131.

“envoltório normativo das interações estratégicas, não englobadas pela eticidade tradicional”.⁶⁶

A liberdade comunicativa dos cidadãos assume, “na prática da autodeterminação organizada, uma forma mediada através de instituições e processos jurídicos” e, assim, “o direito moderno nutre-se de uma solidariedade concentrada no papel do cidadão que surge, em última instância, do agir comunicativo”.⁶⁷

O princípio discursivo, no modelo habermasiano, designa a razão comunicativa orientadora das sociedades modernas, que, diante de suas complexidades, devem acomodar meios consensuais aptos ao equilíbrio entre as esferas pública e privada, permitindo-se a convivência harmônica das respectivas autonomias⁶⁸ em clima democrático de interdependência e equiprimordialidade.⁶⁹ O *princípio do discurso* deve ser apreendido

⁶⁶ “Isso explica, de um lado, a estrutura e o sentido de validade de direitos subjetivos e, de outro lado, as conotações idealistas de uma comunidade jurídica que, enquanto associação de cidadãos livres e iguais, determina por si mesma as regras de convivência” – HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 25-6. “[...] o cumprimento do Direito se dá em virtude da sua forma autoritária (facticidade), ou seja, diante da possibilidade do uso de sanções; ou em virtude do seu convencimento (validade), que em outras palavras permite que o cidadão cumpra o direito pela sua legitimidade oriunda de um processo racional de confecção das normas, pois os destinatários das mesmas serão os seus coautores” – MOREIRA, Thais Miranda. *A facticidade e a validade da sociedade complexa e a construção do mínimo existencial*. In *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*. v. 30, n. 1, p. 9-26. Pouso Alegre: FDSM, 2014, p. 18.

⁶⁷ “O direito normatizado não consegue assegurar-se dos fundamentos de sua legitimidade apenas através de uma legalidade que coloca à disposição dos destinatários enfoques e motivos. Ou a ordem jurídica permanece embutida nos contextos de um *ethos* da sociedade global subordinada à autoridade de um direito sagrado – como foi o caso das formas de transição absolutistas ou estamentais do Renascimento; ou as liberdades subjetivas de ação são complementadas por direitos subjetivos *de outro tipo* – através dos direitos dos cidadãos que não visam apenas à liberdade de arbítrio, mas à autonomia. Pois, sem um respaldo religioso ou metafísico, o direito coercitivo, talhado conforme o comportamento legal, só consegue garantir sua força integradora se a totalidade dos *destinatários* singulares das normas jurídicas puder considerar-se *autora* racional dessas normas” – HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade...* v. 1, p. 54. “A legitimidade do direito só pode ser a expressão da vontade de todos os cidadãos. Pois a lealdade dos cidadãos para com o direito pressupõe que todos os cidadãos se sintam responsáveis pelo direito. Só há lealdade das massas para com o direito se houver legitimidade. E só há legitimidade se todos os cidadãos forem ao mesmo tempo autores e destinatários do seu direito” – SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa...* p. 141.

⁶⁸ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia...* v. 1, p. 113-68. “O paradoxo entre a faticidade de ações estratégicas e a validade pressuposta na definição dessa faticidade encontra no direito um correlato desparadoxante: ‘as normas do direito são, ao mesmo tempo e sob aspectos diferentes, leis da coerção e leis da liberdade’. Ou seja, o direito pode ser visto, do ponto de vista dos participantes de uma interação social, tanto como faticidade (autorizações de coerção), como validade (obrigação normativa). O direito pode, de um lado, fundamentar boas razões morais para motivar a obediência à lei (validade), como também pode, por outro lado, fundamentar motivações de obediência à lei através de sanções (faticidade)” – SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa...* p. 130.

⁶⁹ “O paradigma do Estado Democrático de Direito, por estar sustentado normativamente no nexo interno do sistema de direitos fundamentais com o princípio democrático, exige o reconhecimento da equiprimordialidade existente entre a autonomia privada e a autonomia pública, negligenciada pelos paradigmas anteriores. Os cidadãos devem ser, no exercício da autonomia pública, os autores daquelas normas que lhes vão garantir, enquanto destinatários dessas mesmas normas, o exercício da autonomia

tanto sob o “sentido cognitivo”, que culmina na legitimação do direito pelo procedimento democrático, quanto sob o “sentido prático”, que conduz à liberdade comunicativa: “o cruzamento entre *normatização discursiva do direito e formação comunicativa do poder* é possível, em última instância, porque no ‘agir comunicativo’ os argumentos também formam motivos”.⁷⁰

A teoria do *agir comunicativo* propõe uma substituição da “razão prática” pela “comunicativa”, viabilizada pelo *medium* linguístico; “a razão comunicativa, ao contrário da figura clássica da razão prática, não é uma fonte de normas de agir”, mas seu conteúdo normativo é apreendido da ação do ator apoiada em “pressupostos pragmáticos do tipo contrafactual”;⁷¹ apenas “no âmbito da racionalidade comunicativa é possível entender a

privada. [...] o exercício da autonomia pública somente é possível se a autonomia privada estiver igualmente garantida a todos os cidadãos, ao mesmo tempo em que a autonomia privada apenas estará efetivamente preservada se os cidadãos fizerem uso adequado da autonomia pública. [...] Esse raciocínio circular, que explica como as autonomias pública e privada pressupõem-se reciprocamente, também se revela útil para explicar a relação complementar existente entre interesses públicos e privados no paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito” – FISCHGOLD, Bruno. *Direito administrativo e democracia: a inconstitucionalidade do princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 128-30.

⁷⁰ “Os direitos de participação política remetem à institucionalização jurídica de uma formação pública da opinião e da vontade, a qual culmina em resoluções sobre leis e políticas. Ela deve realizar-se em formas de comunicação, nas quais é importante o princípio do discurso, em dois aspectos: o princípio do discurso tem inicialmente o *sentido cognitivo* de filtrar contribuições e temas, argumentos e informações, de tal modo que os resultados obtidos por este caminho têm a seu favor a suposição da aceitabilidade racional: o procedimento democrático deve fundamentar a legitimidade do direito. Entretanto, o caráter discursivo da formação da opinião e da vontade na esfera pública política e nas corporações parlamentares implica, outrossim, o *sentido prático* de produzir relações de entendimento, as quais são ‘isentas de violência’, no sentido de H. Arendt, desencadeando a força produtiva da liberdade comunicativa. O poder comunicativo de convicções comuns só pode surgir de estruturas de intersubjetividade intacta. E esse cruzamento entre *normatização discursiva do direito e formação comunicativa do poder* é possível, em última instância, porque no agir comunicativo os argumentos também formam motivos. Tal cruzamento se faz necessário, porque comunidades concretas que desejam regular sua convivência com os meios do direito não conseguem separar as questões de regulamentação de expectativas de comportamento das questões referentes à colocação de fins comuns, o que seria possível numa comunidade idealizada de pessoas moralmente responsáveis” – HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia...* v.1, p. 191.

⁷¹ “A razão comunicativa distingue-se da razão prática por não estar adstrita a nenhum ator singular nem a um macrossujeito sociopolítico. O que torna a razão comunicativa possível é o *medium* linguístico, através do qual as interações se interligam e as formas de vida se estruturam. Tal racionalidade está inscrita no telos linguístico do entendimento, formando um *ensemble* de condições possibilitadoras e, ao mesmo tempo, limitadoras. Qualquer um que se utilize de uma linguagem natural, a fim de entender-se com um destinatário sobre algo no mundo, vê-se forçado a adotar um enfoque performático e a aceitar determinados pressupostos. Entre outras coisas, ele tem que tomar como ponto de partida que os participantes perseguem sem reservas seus fins ilocucionários, ligam seu consenso ao reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade criticáveis, revelando a disposição de aceitar obrigatoriedades relevantes para as consequências da interação e que resultam de um consenso. E o que está embutido na base de validade da fala também se comunica às formas de vida reproduzidas pela via do agir comunicativo. A racionalidade comunicativa manifesta-se num contexto descentrado de condições que impregnam e formam estruturas, transcendentalmente possibilitadoras; porém, ela própria não pode ser vista como uma capacidade subjetiva, capaz de dizer aos atores o que *devem* fazer. [...] A razão comunicativa, ao contrário da figura clássica da razão prática, não é uma fonte de normas de agir. Ela possui um conteúdo normativo, porém somente na medida em que o que

tensão que existe entre facticidade do direito positivo (vigência social) e a sua validade (pretensão de legitimidade)”.⁷²

Contudo, “o discurso não é, em princípio, uma sequência preestabelecida de determinadas ações, não se confundindo o seu agir com um mero ritual [ou procedimento], embora uma ritualização não se exclua”.⁷³ A operosidade do discurso, assim, não depende exclusivamente de uma forma procedimental específica, mas do “comportamento seletivo dos partícipes, que ensinam, aprendem ou se recusam a aprender, determinam alternativas, escolhem caminhos, absorvem incertezas, transformam questões complexas em problemas claros etc.”⁷⁴

Nesse contexto, é possível identificar um evidente ponto de contato entre as teorias luhmanniana e habermasiana: a *comunicação*. Para LUHMANN, o sistema jurídico “opera na forma da comunicação mediante a proteção de limites erigidos pela sociedade”, sendo a “comunicação provida de sentido” constituinte do modo operativo produzido e reproduzido pelos sistemas sociais, inclusive pelo subsistema do direito.⁷⁵ Já em HABERMAS, a teoria da ação comunicativa visa a explicar a própria sociedade, apresentando um conceito de *ação social* vinculado ao que se denomina de *agir comunicativo*, orientado ao entendimento.⁷⁶

A teoria habermasiana critica todo processo de racionalização do direito, que seria insuficiente para a estruturação jurídica das sociedades contemporâneas, caracterizadas pela “multiplicidade de identidades sociais, de concepções acerca do bem e de projetos

age comunicativamente é obrigado a apoiar-se em pressupostos pragmáticos do tipo contrafactual. Ou seja, ele é obrigado a empreender idealizações, por exemplo, a atribuir significado idêntico a enunciados, a levantar uma pretensão de validade em relação aos proferimentos e a considerar os destinatários imputáveis, isto é, autônomos e verazes consigo mesmos e com os outros. E, ao fazer isso, o que age comunicativamente não se defronta com o ‘ter que’ prescritivo de uma regra de ação e, sim, com o ‘ter que’ de uma coerção transcendental fraca – derivado da validade deontológica de um mandamento moral, da validade axiológico de uma constelação de valores preferidos ou da eficácia empírica de uma regra técnica” – Ibidem, p. 20. Já na teoria luhmanniana, em contraste com a visão de Habermas, opera-se a superação da razão prática por intermédio do caráter autopoietico dos sistemas sociais, dirigidos autorreferencialmente.

⁷² SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa...* p. 119.

⁷³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação...* p. 79-80.

⁷⁴ “[...] uma situação comunicativa não se manifesta num vácuo, mas ocorre em um conjunto de articulações complexas que a circundam, tendo, pois, um limite identificável. Esse limite tem um aspecto externo-mundo circundante – que corresponde a uma complexidade maior –, e um aspecto interno – estrutura do discurso – que reduz aquela complexidade [LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento...* p. 25]. Justamente esse limite é que nos permite identificar diferentes situações comunicativas. Nesses termos, uma análise do discurso jurídico propõe, como primeira tarefa, o estabelecimento da sua peculiar situação comunicativa” – FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação...* p. 80.

⁷⁵ LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade...* p. 45-7.

⁷⁶ O autor propõe a ampliação do conceito de ação social presente na teoria da racionalização de Max Weber, elaborando um novo tipo de ação racional, que supere a razão instrumental, como “forma de reflexión de la acción orientada al entendimiento” – HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa II...* p. 106-11.

personais de vida”, buscando, assim, a superação das “limitações da razão prática, cuja pretensão de descrever a realidade e as relações interpessoais de modo objetivo e definitivo não mais se sustenta”.⁷⁷ Desse modo, o “foco da razão comunicativa está na intersubjetividade, no potencial de racionalidade ínsito ao uso da linguagem em busca do entendimento”, estabelecendo “condições para que, do processo de interação comunicativa, sejam extraídas, de maneira crítica e reflexiva, normas de ação aceitáveis”.⁷⁸

As teorias habermasiana e luhmanniana se interseccionam quanto à importância da *comunicação*, mas se distanciam quanto à concepção *per se* do direito. Segundo a teoria luhmanniana, o direito detém um papel de estabilidade sistêmica e garantia diante das contingências do entorno, recusando-se qualquer definição factual.⁷⁹ Por outro lado, HABERMAS critica o conceito sistêmico de legitimação como um modelo positivista, ensimesmado – no círculo autopoietico – e incapaz de responder às circunstâncias e problemáticas sociais que dependam da atuação jurídica.⁸⁰

Na visão habermasiana, o direito realiza-se socialmente à medida que se legitime, e essa legitimidade pressupõe a “consonância com conteúdos morais. A moral então complementa o direito e, assim, HABERMAS propôs o resgate da moral universal

⁷⁷ “As exigências metassociais e as certezas do mundo da vida de comunidades homogêneas já não suportam mais o fardo da integração social. O aumento da complexidade, o surgimento de novos atores sociais e, especialmente, a libertação do homem para perseguir seus interesses privados produzem novas probabilidades de conflito. Para lidar com os dissensos produzidos pela modernidade, uma vez enfraquecida a força social integradora das autoridades sagradas, são necessários novos meios para estabilizar comportamentos sociais e, por conseguinte, novos fundamentos que legitimem a utilização de tais meios” – FISCHGOLD, Bruno. *Direito administrativo e democracia...* p. 60 e 65.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 61.

⁷⁹ LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade...* p. 174.

⁸⁰ “Sob a descrição de um sistema autopoietico, o direito marginalizado narcisisticamente só pode reagir a problemas próprios, que podem, quando muito, ser provocados a partir de fora. Por isso, ele não pode levar a sério nem elaborar problemas que oneram o sistema da sociedade *como um todo*. Ao mesmo tempo, ele precisa, de acordo com sua constituição autopoietica, desempenhar todas as tarefas, servindo-se de fontes produzidas por ele mesmo. O direito tem que deduzir sua validade de modo positivista, a partir do direito vigente; ele lança fora todas as pretensões de legitimidade que ultrapassam esse nível, como se pode ver, segundo Luhmann, no processo judicial. Não há um *output* que o sistema jurídico pudesse fornecer na forma de normatizações: são-lhe vedadas intervenções no mundo circundante. Nem há um *input* que o sistema jurídico receba na forma de legitimações: o próprio processo político, a esfera pública e a cultura política formam mundos circundantes, cujas linguagens o sistema jurídico não entende. O direito produz para seus mundos circundantes o som que pode, quando muito, induzir os sistemas à variação de suas próprias ordens internas, para os quais o direito constitui, por seu turno, um mundo circundante” – HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia...* v. 2, p. 76. Segundo o autor, o direito não pode ser concebido como “um sistema narcisisticamente fechado sobre si próprio, mas é alimentado pela vida ética democrática de cidadãos emancipados e por uma cultura política liberal que lhe é afim” – *Idem*, *Três modelos de democracia*. Trad. Gabriel Cohn e Álvaro de Vita. In *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*. n. 36, p. 39-53. São Paulo: Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, 1995, p. 53.

(procedimental) como fundamento de validade (legitimidade) do direito”;⁸¹ há uma “relação de complementaridade entre moral racional e direito positivo”.⁸²

Contudo, não significa afirmar que o princípio da democracia esteja subordinado ao princípio moral: “o princípio da democracia destina-se a amarrar um procedimento de normatização legítima do direito”.⁸³ Reconhecendo-se que, nas sociedades complexas, “o direito não pode estar mais fundamentado na moral como uma instância corretiva”, há a transferência para a autonomia pública dos cidadãos como elemento constitutivo do “poder

⁸¹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa...* p. 115. “[...] uma ordem jurídica só pode ser legítima, quando não contrariar princípios morais. Através dos componentes de legitimidade da validade jurídica, o direito adquire uma relação com a moral. Entretanto, essa relação não deve levar-nos a subordinar o direito à moral, no sentido de uma hierarquia de normas. A ideia de que existe uma hierarquia de leis faz parte do mundo pré-moderno do direito. A moral autônoma e o direito positivo, que depende de fundamentação, encontram-se numa *relação de complementação recíproca*” – HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia...* v. 1, p. 140-1. Já Luhmann rejeita expressamente a possibilidade de uma moral compartilhada universal: “a diferencia de lo que muchas veces se supone, el funcionamiento de las relaciones sociales (para nosotros: la *autopoiesis* de la sociedad) no depende de la ‘intersubjetividad’ ni mucho menos del ‘consenso’. La intersubjetividad no se presupone de antemano ni puede producirse (lo cual presupondría que se puede comprobar si ha sido lograda o no). Lo que importa, *en lugar de ello*, es que la comunicación continúe —cualquiera que sea el acompañamiento ineludible de conciencia que para ello se necesita. En la comunicación nunca puede determinarse si los sistemas de conciencia estan presentes ‘auténticamente’ o si tan sólo aportan lo necesario para la continuación” – LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad...* p. 693-4.

⁸² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia...* v. 1, p. 139. “Isso [legitimação do direito por conteúdos morais] só ocorre porque, embora o Direito não tenha comunicação moral, sua linguagem é um transformador de circulação entre o Direito e o mundo da vida, o qual é composto de linguagem moral. Quando isso ocorre, quando se estreita esta relação entre sistema e mundo da vida, o Direito passa a ser complementado pela moral” – WEBBER, Suelen da Silva. *Decisão judicial e estabilização social...* p. 338. “A prova disso pode ser encontrada nos processos judiciais, onde as exigências de fundamentação das decisões jurídicas são institucionalizadas por regras procedimentais abertas a discursos morais. A própria racionalidade procedimental do direito garante a introdução de justificações morais, apesar de toda a seletividade do âmbito da situação e dos temas da argumentação jurídica. Para Habermas, é evidente o fato de que uma legitimação da legalidade tão somente pela racionalidade formal do direito seria impossível, até porque seria impossível a justificação política ou judicial da decisão com base somente no uso da forma semântica da legislação” – SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa...* p. 108-9.

⁸³ “Ele [princípio democrático como *procedimento de normatização legítima do direito*] significa, com efeito, que somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva. O princípio da democracia explica, noutros termos, o sentido performático da prática de autodeterminação de membros do direito que se reconhecem mutuamente como membros iguais e livres de uma associação estabelecida livremente. Por isso, o princípio da democracia não se encontra no mesmo nível que o princípio moral. Enquanto este último funciona como regra de argumentação para a decisão racional de questões morais, o princípio da democracia pressupõe preliminarmente a possibilidade *de todas* as fundamentações, a serem realizadas em discurso (e negociações reguladas pelo procedimento), das quais depende a legitimidade das leis. [...] Enquanto o princípio moral opera no nível da constituição *interna* de um determinado jogo de argumentação, o princípio da democracia refere-se ao nível da institucionalização *externa* e eficaz da participação simétrica numa formação discursiva da opinião e da vontade, a qual se realiza em formas de comunicação garantidas pelo direito” – HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia...* v. 1, p. 116 e 145-6.

comunicativo que confere legitimidade à própria moral”, derivando uma co-originariedade do direito e da moral.⁸⁴

Há uma “relação conceitual intrínseca, e não simplesmente uma associação historicamente contingente, entre o império da lei e a democracia”, circunstância que igualmente se constata na “dialética entre a igualdade legal e de fato”.⁸⁵ As características formais do direito não garantem *per se* sua legitimidade, “porque a legitimidade só pode ser conquistada através dos argumentos”,⁸⁶ que, evidentemente, só se viabilizam por intermédio da comunicação e do discurso procedimentalizado.⁸⁷

A prática discursiva, em HABERMAS, é o elemento que viabiliza *o exercício democrático do poder* pelas instituições credenciadas da sociedade, conduzindo ao ideal de democracia deliberativa, em que se destacam a comunicação e o diálogo no debate acerca dos rumos políticos e dos diversos “pontos de vista sobre as questões de interesse público”.⁸⁸ Todos os processos decisórios democraticamente concebidos são

⁸⁴ “Direito e moral passam a ser, então, co-originários: ambos têm a mesma origem, ambos são coproduzidos nos discursos públicos de formação livre da vontade e da opinião. A moral passa então a integrar os próprios princípios constitucionais. E o direito passa a incorporar em seus princípios os conteúdos morais. E isso significa, também, codependência. A validade (legitimidade) do direito depende dos conteúdos morais e a moral depende da forma do direito” – SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa...* p. 115. “Pois o direito positivamente válido, legitimamente firmado e cobrável através de ação judicial pode tirar das pessoas que agem e julgam moralmente o peso das grandes exigências cognitivas, motivacionais e organizacionais que uma moral ajustada segundo a consciência subjetiva acaba impondo a elas. O direito pode compensar as fraquezas de uma moral exigente, que se bem analisadas suas consequências empíricas, não proporciona senão resultados cognitivamente indefinidos e motivacionalmente pouco seguros” – HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trans. George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 297.

⁸⁵ “Sobre o processo democrático pesa toda a carga da legitimação. Cabe a ele assegurar simultaneamente a autonomia privada e pública dos sujeitos jurídicos. [...] a autoconcepção procedimental da lei privilegia os pressupostos comunicativos e as condições procedimentais da formação democrática da opinião e da vontade como única forma de legitimação” – Idem, *Três modelos de democracia...* p. 51.

⁸⁶ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa...* p. 108.

⁸⁷ “[...] o paradigma do direito é o processual, de modo que a legitimidade seja eficiência, estabilizando-se a tensão entre eficácia e vigência. [...] No caso de Habermas, poderíamos acrescentar que justiça é a liberdade de deliberar”, viabilizando-se “pelas ‘regras do jogo’ procedimentalmente entendidas” – ENCARNÇÃO, João Bosco da. *Filosofia do direito em Habermas: a hermenêutica*. Taubaté: Cabral Editora Universitária, 1997, p. 195-7. Assim, “a técnica jurídica afasta a arbitrariedade das decisões no âmbito do direito” – MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. 4. ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019, p. 76.

⁸⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 86. “[...] o caráter institucional do direito propicia a especialização do princípio do discurso no princípio da democracia, cuja finalidade é estabelecer um procedimento legítimo de criação normativa” – FISCHGOLD, Bruno. *Direito administrativo e democracia...* p. 77. “O princípio da democracia não deve apenas estabelecer um processo legítimo de normatização, mas também orientar a produção do próprio *medium* do direito. Na visão do princípio do discurso, é necessário estabelecer as condições às quais os direitos em geral devem satisfazer para se adequarem à constituição de uma comunidade de direito e possam servir como *medium* da auto-organização desta comunidade. Por isso, é preciso criar não somente o

fundamentalmente dependentes de condições adequadas de interação e de diálogo, destacando-se a relevância dos respectivos procedimentos [democrático-discursivos] para a estabilidade das instituições sociais e para a segurança jurídica dos próprios sujeitos individuais e coletivos da sociedade.⁸⁹

10 Princípio do contraditório

O princípio do contraditório designa um dos corolários mais tangíveis da garantia do devido processo legal.⁹⁰ Há uma imbricação natural entre a própria *legitimação pelo*

sistema dos direitos, mas também a *linguagem* que permite à comunidade entender-se enquanto associação voluntária de membros *do direito* iguais e livres” – HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia...* v. 1, p. 143.

⁸⁹ Para Habermas, o procedimento constitui “um caminho para se criarem condições ideais para o discurso, para o lugar ideal de fala. [...] ao contrário de todos os demais pressupostos de Habermas, o procedimento não é vinculado à moral, porque é como se ele fosse ‘vazio’ de qualquer valor ou elemento não prático formal. [...] apenas a estrutura de um procedimento garante a possibilidade do consenso, o qual precisa ser obtido discursivamente e que deve valer como racionalidade. [...] para se chegar a um consenso sem vícios, precisa-se de dois elementos: procedimento e discurso. Ao contrário do Direito, o procedimento [na visão habermasiana] é estritamente formal, e deve ser usado para encaminhar um discurso legitimador que leve ao consenso. O discurso é o moralizador que leva à decisão, mas através de um procedimento, que é formal, é pré-estabelecido normativamente. O discurso, ‘*é a condição do incondicionado*’ [Teoria e práxis... p. 50-1], apoiando-se em uma teoria da verdade, que garante a obtenção do consenso discursivamente. O procedimento diz como se deve proceder para saber o que se deve fazer em determinada situação. Ou, como devo proceder para saber o que devo fazer para decidir se devo julgar procedente ou improcedente esta questão (de maneira simplista)” – WEBBER, Suelen da Silva. *Decisão judicial e estabilização social...* p. 341-3. “Discursos são eventos em que fundamentamos proferimentos cognitivos. Nas ações, as pretensões de validade levantadas factualmente, que formam o consenso sustentador, são aceitas ingenuamente. O discurso, ao contrário, serve à fundamentação de pretensões de validade problematizadas de opiniões e normas. Nesse caso, o sistema de ação e de experiência remete obrigatoriamente a uma forma de comunicação em que os participantes não trocam informações, não controlam nem executam ações e não realizam ou mediam experiências, mas procuram argumentos e oferecem fundamentações. [...] Os discursos possibilitam, assim, a virtualização de pretensões de validade, a qual consiste em apresentarmos uma reserva existencial diante de objetos da ação comunicativa (coisas e acontecimentos, pessoas e proferimentos) e interpretarmos fatos da mesma maneira que normas sob o ponto de vista da existência *possível*. [...] Apenas a estrutura dessa forma propriamente irreal de comunicação garante a possibilidade de um consenso que precisa ser obtido discursivamente e que deve valer como racional. Uma vez que a verdade (no sentido tradicional, amplamente concebido, de racionalidade) se distingue da mera certeza em virtude de sua pretensão absolutizante, o discurso é a condição do incondicionado” – HABERMAS, Jürgen. *Teoria e práxis...* p. 49-51. “À luz desse ‘Princípio do Discurso’ os cidadãos testam quais direitos deveriam conceder-se mutuamente. Enquanto sujeitos legais eles têm de basear essa prática de autolegislação no próprio meio da lei; eles precisam institucionalizar legalmente aqueles pressupostos e procedimentos comunicativos de formação de opinião e vontade políticas nos quais se aplica o princípio do discurso. Assim, o estabelecimento do código legal, que se dá amparado no direito universal a liberdades individuais iguais, tem de ser completado mediante direitos comunicativos e participativos que garantam oportunidades iguais para o uso público de liberdades comunicativas. Dessa forma, o Princípio do Discurso adquire a forma legal de um princípio democrático” – Idem. *Três modelos de democracia...* p. 53.

⁹⁰ “Enquanto a garantia do devido processo legal parece distante da rotina de aplicação das regras processuais, problemas processuais envolvendo a garantia do contraditório aparecem quase que

procedimento (LUHMANN) e o *contraditório*, cuja dimensão garantística depende incondicionalmente da preservação de padrões participativo-comunicativos proporcionais durante todo o processo, legitimando o exercício democrático do poder jurisdicional (HABERMAS). Seria inconcebível, sob a óptica constitucional, a legitimação de procedimentos decisórios que excluíssem a participação dos sujeitos envolvidos.

A propósito, toda nova qualificação que se pretenda designar para o contraditório, a pretexto de ressaltar os [inerentes] aspectos dialógicos dessa garantia, desborda, no mínimo, em redundância terminológica (v.g., “contraditório [com]participativo”, “contraditório dialógico”, “contraditório dinâmico”). De igual modo, a concepção atual de um “processo participativo” pressuporia, no modelo “anterior”, a prescindibilidade da participação dos sujeitos para a conformação do contraditório, negando-se a ínsita dialeticidade do processo e a própria imbricação do contraditório com o método dialético, há muito já afirmadas pela doutrina clássica.⁹¹ Aliás, “a ideia, hoje sustentada por boa parcela da doutrina, a respeito da importância da cooperação entre os sujeitos do processo, está presente na visão instrumentalista”, sendo a própria efetividade do processo dependente da “garantia de participação de todos, inclusive do juiz, com observância do contraditório”.⁹²

Ademais, a denominada “visão cooperativa do processo” sempre pressupôs doutrinariamente a inegável “importância do contraditório para o processo justo, princípio essencial que se encontra na base mesma do diálogo judicial e da cooperação”, sob a perspectiva de que “a sentença final só pode resultar do trabalho conjunto de todos os sujeitos do processo”.⁹³

cotidianamente, em várias passagens do sistema processual brasileiro” – BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do processo no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 76.

⁹¹ Cf. CALAMANDREI, Piero. *La dialetticità del processo*. In *Processo e democrazia*. p. 119-41. Padova: CEDAM, 1957, p. 121-4; CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano Editore, 1958, p. 92-3; FAZZALARI, Elio. *Processo. Teoria generale*. In *Novissimo Digesto Italiano*. v. XIII, p. 1.067-76. Torino: UTET, 1966, p. 1.072.

⁹² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Instrumentalidade e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?* In *Garantismo processual: garantias processuais aplicadas ao processo*. p. 1-39. Coords. José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 6.

⁹³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*. In *Gênesis: Revista de Direito Processual Civil*. v. 8, n. 27, p. 22-51. Curitiba: Gênesis, 2003, p. 26-7.

A moderna concepção do contraditório, sob o trinômio *informação-reação-participação*,⁹⁴ aponta a um redimensionamento que considera como seus destinatários tanto as partes quanto o juiz (*dupla destinação do contraditório*),⁹⁵ evidenciando a qualidade de “terceiro comunicador”⁹⁶ do órgão jurisdicional, na realidade complexa do processo, e conciliando os aspectos políticos e jurídicos de compreensão do fenômeno processual;⁹⁷ essa circunstância explica a ampla aceitação da concepção doutrinária do processo como *procedimento realizado em contraditório*.⁹⁸

Em sua fase contemporânea, o contraditório torna a ser invocado como fundamento de legitimação do processo, mas revisitado ou atualizado à luz de uma nova ideologia processual, que enaltece a cultura do diálogo inerente ao denominado “modelo

⁹⁴ “Hoje, os autores mostram que se cuida, na verdade, de um trinômio: *informação-reação-participação*. A participação (diálogo) é o terceiro elemento da trilogia que informa o contraditório. O diálogo deve ser estabelecido entre todos os integrantes da relação jurídica processual, ou seja, entre as partes (autor e réu) e o juiz, uma vez que a perfeita comunicação se concretiza por meio da interação aberta e franca entre seus integrantes. [...] A observância pelo juiz, do terceiro componente do contraditório, ou seja, o diálogo, é a garantia de efetiva participação do autor e do réu no processo” – LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *Princípio do contraditório*. In *Princípios processuais civis na Constituição*. p. 101-14. Orgs. Olavo de Oliveira Neto e Maria Elizabeth de Castro Lopes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 104-5. Vale destacar, porém, que “participação” não constitui sinonímia de “contraditório”. A participação “no” e “pelo” processo tanto reporta um dos aspectos democráticos da garantia constitucional do devido processo legal quanto atua como pressuposto lógico do contraditório. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

⁹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. I. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 343-8. Idem, *O princípio do contraditório e a sua dupla destinação*. In *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. v. I, p. 517-28. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. Sintetizando as ideias do autor, “o princípio do contraditório, projetado sobre as partes, pode ser compreendido pelo menos sob estes três vieses: em atos de postulação e informação, de participação na atividade saneatória e de acesso à prova. [...] A participação do juiz para o incremento do contraditório, e, portanto, para legitimar o processo, destrincha-se basicamente nos atos de direção, de prova e de diálogo inerentes a seu poder-dever estatal” – MONTEIRO NETO, João Pereira. *O redimensionamento do princípio do contraditório no novo Código de Processo Civil*. In *Revista de Doutrina e Jurisprudência*. v. 106, n. 2, p. 420-33. Brasília: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, 2015, p. 422 e 424.

⁹⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação...* p. 89.

⁹⁷ “[...] a efetivação da exigência política do contraditório, no procedimento, dá-se pela outorga de situações jurídicas aos litigantes: situações jurídicas ativas, que lhes permitem atos de combate na defesa dos seus interesses, e situações jurídicas passivas, que lhes exigem a realização de atos ou impõem abstenções ou sujeição à eficácia de atos alheios. São, em suma, o substrato jurídico das regras do combate civilizado através do procedimento. E o conjunto dessas situações jurídicas processuais ativas e passivas (poderes, faculdades, deveres, ônus, sujeição) traduz-se em um complexo e dinâmico vínculo entre os sujeitos do processo, definido como relação jurídica processual. Vê-se, pois, que definir o processo mediante associação do procedimento ao contraditório, ou inserir-lhe no conceito a relação jurídica processual são apenas dois modos diferente de ver a mesma realidade. São perspectivas diferentes, que não distorcem essa realidade nem se excluem reciprocamente, antes se complementam: a *política* (contraditório) não explica como se pratica e se garante a participação e a *jurídica* (relação processual) é pobre por não incluir qualquer fator teleológico e não oferecer meios para a solução de situações mais intrincadas e não previstas expressamente em leis (‘cegueira metodológica’)” – DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 159.

⁹⁸ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1992, p. 60.

cooperativo” de processo, “estimulada pelos atuais valores dominantes na sociedade a respeito do sistema processual, que se traduzem na necessidade de o juiz promover uma *ampliação do diálogo* com as partes em relação aos rumos do processo”.⁹⁹

Verificando-se os padrões de argumentação doutrinária da cooperação processual, é possível afirmar que o aclamado modelo está cingido pelos aspectos inerentes ao contraditório, constitutivo de fenômeno institucionalizado mais amplo, representado pela percepção da própria dinâmica dialética do processo. Em outras palavras, não seria necessário conceber um [novo] modelo (de cooperação) para conformar o que [já] existe com capitulação constitucional (contraditório); mas, reconhecida a influência cultural que esse paradigma tem irradiado sobre grande parte da doutrina jurídica (não apenas nacional), é inevitável a sua abordagem em todo tema que se proponha a tratar das diversas perspectivas do contraditório no processo civil contemporâneo.¹⁰⁰

A enunciação de novas ideologias é uma constatação normal nos movimentos atualizadores de quaisquer subsistemas sociais e, não sendo diferente no campo do direito processual,¹⁰¹ é possível estabelecer inclusive um paralelo entre “oralidade” e “cooperação”, como vetores históricos da técnica processual, como será tratado em momento oportuno.

Especialmente no contexto de litigiosidade repetitiva e de massificação da demanda social aos sistemas de justiça, a denominada cooperação processual viabiliza um ideal apto a enfeixar parâmetros importantes – sempre consagrados na base constitucional do contraditório – para que as técnicas processuais presentes e futuras prestigiem valores

⁹⁹ Parcela relevante da doutrina considera que, não obstante a colaboração no processo seja “um novo modo de enxergar o contraditório”, o postulado “não tem força suficiente para inaugurar um novo modelo ideológico de processo, nem, muito menos, para permitir a afirmação de que estamos diante de um novo princípio processual (princípio da colaboração). [...] A tendência detectada no novo CPC, de aproximação com o modelo de colaboração, seria então uma forte projeção do *novo conteúdo* do princípio do contraditório, estimulada pelos atuais valores dominantes na sociedade a respeito do sistema processual, que se traduzem na necessidade de o juiz promover uma *ampliação do diálogo* com as partes em relação aos rumos do processo” – BONICIO, Marcelo José Magalhães. Princípios do processo no novo Código de Processo Civil... p. 84-5.

¹⁰⁰ “No atual sistema processual brasileiro o princípio do contraditório manifesta-se também mediante a *cooperação* entre as partes e o juiz, que, no dizer do art. 6º do Código de Processo Civil, constitui um *dever* de todos os sujeitos do processo. Mais que um dever, no entanto, as aberturas do Código para a cooperação constituem, para as partes, importantes *faculdades*, ou oportunidades para o exercício do contraditório, tendo o juiz o dever de franquear-lhes essas oportunidades. [...] Sem ser um princípio em si mesmo, a cooperação constitui valioso apoio a essa garantia constitucional” – DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. I... p. 348.

¹⁰¹ Cf. SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. *O papel da ideologia no preenchimento de lacunas no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 134-50.

democráticos de legitimação do exercício do poder jurisdicional, pela qualidade dos modos operativo-estruturais (LUHMANN) e comunicativo-dialógicos (HABERMAS) do procedimento.

10.1 Breve esboço histórico

A imparcialidade do juiz e seu distanciamento inicial quanto aos fatos e questões conflituosas, que envolvem sujeitos parciais, informam a necessidade do viés operacional traduzido na cláusula geral do contraditório. Toda “colaboração” dos sujeitos interessados do processo é – redundantemente – tendenciosa à proteção de seus próprios interesses. O contraditório viabiliza a interlocução das parcialidades, ante a imparcialidade do órgão jurisdicional.¹⁰²

O adágio *audiatur et altera pars*, adotado pelos juristas medievais, reelabora um ideário remoto, cujas fontes apontam a um excerto anônimo recorrente da literatura grega, conforme destaca PICARDI: “*prima di aver udito l’uno e l’altro, non dar sentenza sulla loro lite*”.¹⁰³ Trata-se de autêntica “medida de igualdade”, cuja enunciação a crítica literária atribui ao pseudônimo FOCÍLIDES,¹⁰⁴ poeta da pólis de Mileto, que compilou diversos aforismos de índole moral.¹⁰⁵

¹⁰² “Convém partir do princípio de que cada uma das partes tem um interesse em que o processo seja concluído de um determinado modo: o acusado deseja ser absolvido; quem pretende ser credor, deseja a condenação do devedor, e este, por sua vez, que seja absolvido. É natural, portanto, que a parte ofereça ao juiz as provas e as razões que considera idôneas para determinar a solução por ele desejada. Decorre daí a colaboração das partes com o juiz, que tem, sem dúvida [a colaboração], o defeito de ser parcial: cada uma delas opera a fim de descobrir, não toda a verdade, mas aquele tanto de verdade que lhe seja conveniente. Porém, se a colaboração de uma parte é parcial ou, em outras palavras, tendenciosa, este defeito se corrige com a colaboração da parte contrária, ainda que esta tenha interesse em descobrir a outra parte da verdade; entretanto, o que faz possível e útil a referida colaboração é o *contraditório*” – CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2008, p. 69.

¹⁰³ PICARDI, Nicola. *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 236.

¹⁰⁴ PERROTTA, Genaro (*Storia della letteratura greca*. Milano: G. Principato, 1953, 3 v., p. 67) apud PICARDI, Nicola. *La giurisdizione all'alba del terzo millennio...* p. 237. Cf. FOCÍLIDES DI MILETO. *Sentencias*. Trad. Miguel Herrero de Jáuregui. Madrid: Abada Editores, 2018.

¹⁰⁵ “Focilide di Mileto, vissuto nel VI secolo a.C., era autore di una serie di massime morali redatte in esametri che egli di solito sigillava con l’espressione iniziale: ‘anche questa è di Focilide’. Più tardi un ignoto autore di sentenze morali redatte in 230 esametri (che mostrava di conoscere il vecchio testamento ed era probabilmente un giudeo ellenizzato) fece passare i suoi versi – fra i quali l’espressione qui in esame – sotto il nome dell’antico Focilide *il più saggio degli uomini*” – PICARDI, Nicola. *La giurisdizione all'alba del terzo millennio...* p. 236-7.

Em ARISTÓFANES, veiculando sátira ao sistema ateniense de justiça (na peça “As Vespas”), o personagem Filoclêon concebera determinada condenação antes da oitiva do réu, premido de sua “responsabilidade” de decidir, sob o jugo de uma autoridade divina.¹⁰⁶ Já EURÍPIDES, em “Os Heráclidas”,¹⁰⁷ aborda a importância da palavra e do diálogo como instrumentos políticos na democracia ateniense, dependente de práticas sociais – como no teatro – que viabilizassem “uma relação dialética entre o enunciador e seu público”.¹⁰⁸ Aliás, a própria democracia ática tinha como bases fundamentais a primazia do diálogo, entendido como método necessário à isegoria e à isonomia na participação política dos cidadãos;¹⁰⁹ a “palavra-debate criava uma situação igualitária e se inseria no tempo do homem, do ver e do ouvir”.¹¹⁰

A máxima da *bilateralidade da audiência* identifica-se também, posteriormente, na literatura latina, como em SÊNECA, na tragédia *Medeia* (homônima de EURÍPIDES): “quem decide o que quer que seja sem ouvir a outra parte, mesmo que decida com justiça, não é justo”.¹¹¹ No entanto, conforme observa PICARDI, a ideia do *audiatur et altera pars* é atemporal dentre os clássicos, encontrando-se de PLUTARCO (“Das contradições dos

¹⁰⁶ “Que é que vocês estão querendo fazer? Vocês não vão mesmo me deixar julgar? Dracontidas vai ser absolvido! [...] O deus de Delfos me respondeu um dia que eu morreria no momento em que um acusado escapasse de minhas mãos” – ARISTÓFANES. *As vespas; As Aves, As Rãs*. Trad. Mário da Gama Kury. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996, p. 20. Para uma resenha da obra, cf. POMPEU, Ana Maria César. *Aristófanes e Platão: a justiça na pólis*. São Paulo: Biblioteca24horas, 2011, p. 92-106. “Fica claro que, mesmo sem ouvir as partes, Filoclêon já pensara em condenar o réu. Filoclêon tinha ganas de condenar, sempre. [...] Aristófanes nos indica que seu personagem julgador nada julgava. Ele apenas condenava. E as condenações sugerem um certo prazer, sem o qual Filoclêon não poderia viver” – GODOY, Arnaldo Moraes. *Aristófanes e As Vespas: o desencanto com o direito na literatura ática*. In *Revista de Informação Legislativa*. v. 37, n. 146, p. 251-9. Brasília: Senado Federal, 2000, p. 254.

¹⁰⁷ Cf. EURÍPIDES. *Os Heráclidas*. Trad. Cláudia Raquel Cravo da Silva. Lisboa: Edições 70, 2000.

¹⁰⁸ SILVA, Bruna Moraes da. *A democracia ateniense e o ideal de liberdade na obra Os Heráclidas, de Eurípides*. In *Faces da História – Revista Discente do Programa de Pós-Graduação em História*. v. 4, n. 2, p. 42-57. Assis: UNESP, 2017, p. 44.

¹⁰⁹ PREVE, Costanzo. *Storia della dialettica*. Pistoia: Editrice Petite Plaisance, 2006, p. 31.

¹¹⁰ THEML, Neide. *O público e o privado na Grécia do VIII ao IV século a.C.: o modelo ateniense*. Rio de Janeiro: 7 Letras, 1998, p. 53.

¹¹¹ SÊNECA. *Medeia*. Trad. Ana Alexandra Alves de Sousa. 3. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2013, p. 51. Cf. NOVAK, Maria da Glória. *Medéia de Sêneca*. In *Letras Clássicas – Revista de Estudos Clássicos do Programa de Pós-Graduação em Letras Clássicas da Universidade de São Paulo*. n. 3, p. 147-62. São Paulo: FFLCH/USP, 1999. “Seneca, quindi, pone in capo al *iudex*, sia in quanto decisore, sia in quanto prolungamento di un’*auctoritas*, il dovere dell’equità intesa come metodo e, insieme, risultato (espressi, rispettivamente dal nominativo dall’accusativo) di un’azione tesa ad indagare, attraverso l’escussione di tutte le parti in causa, la verità circa l’argomento sottomesso a giudizio” – MANZIN, Maurizio. *Del contraddittorio come principio e come metodo*. In *Audiatur et altera pars: il contraddittorio fra principio e regola*. p. 3-22. Coords. Maurizio Manzin e Federico Puppo. Milano: Giuffrè, 2008, p. 4.

estoicos”)¹¹² ao poeta italiano ARIOSTO (“Orlando Furioso”), que escreveu: “prima che dannar la gente, vederla in faccia e udir la ragion ch’usa”, recomendando-se cautela também no julgamento do acusado revel.¹¹³

As alternâncias do contraditório durante o desenvolvimento do direito processual associam-se, a propósito, com os caracteres da atividade jurisdicional e do *modo de ser* processual identificados nos diferentes períodos históricos e sociais.¹¹⁴ É manifesta a centralidade do contraditório para os estudos da processualidade em geral, identificado como elemento ínsito à estrutura dialética que caracteriza todo processo.¹¹⁵

¹¹² Cf. PLUTARCO. *Des contradictions des stoïciens*. Trad. É. Bréhier. In *Les Stoïciens*. Paris: Bibliothèque de la Pléiade, 1962.

¹¹³ PICARDI, Nicola. *La giurisdizione all'alba del terzo millennio...* p. 237. Assim, na segunda estrofe do Canto Décimo Oitavo do célebre poema épico italiano: “Spesso in difesa del biasmato assente indur vi sento una ed un'altra scusa, o riserbargli almen, fin che presente sua causa dica, l'altra orecchia chiusa; e sempre, prima che dannar la gente, vederla in faccia, e udir la ragion ch'usa; differir anco e giorni e mesi ed anni, prima che giudicar negli altrui danni” – ARIOSTO, Ludovico. *Orlando Furioso*. v. I. Milano: Einaudi, 1964, p. 539. Trata-se de ideia que, em certa medida, no contexto do humanismo renascentista, está associada à dialética platônica influenciadora da obra de Ariosto. Nesse sentido, cf. DELL’AIA, Lucia. *Il platonismo di Ariosto*. In *Enthymema*. v. IX, p. 241-56. Milano: Università degli Studi di Milano, 2013, p. 243-5.

¹¹⁴ PICARDI, Nicola. *Il principio del contraddittorio*. In *Rivista di Diritto Processuale*. v. 53, p. 673-81. Padova: CEDAM, 1998, p. 673. “O direito processual, como fenômeno cultural, produto exclusivo do homem e por consequência empolgado pela liberdade, não encontrável *in rerum natura*, tem o seu tecido interno formado pela confluência das ideias, projetos sociais, utopias, interesses econômicos, sociais, políticos e estratégias de poder reinantes em determinada sociedade, com notas específicas de tempo e espaço. Impossível, portanto, assimilá-lo, apesar do seu caráter formal, a mero ordenamento de atividades, dotado de cunho exclusivamente técnico, composto por regras externas, estabelecidas pelo legislador de modo totalmente arbitrário. A estrutura mesma do processo civil não é moldada pela simples adaptação técnica do instrumento processual a um objetivo determinado, mas especialmente por escolhas de natureza política, em busca dos *meios* mais adequados e eficientes para a realização dos *valores* que dominam o meio social, estes sim estruturando a vida jurídica de cada povo, de cada nação, de cada estado. O mesmo se passa com os princípios, que haurem seu significado, alcance, extensão e aplicação nos valores imperantes no meio social, em consonância com o *specificum* de cada tempo e espaço social. O princípio do contraditório não foge à regra geral e também tem sua história, não se mostrando indiferente às circunstâncias e valores da época em que exercido” – OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Garantia do contraditório...* p. 132-3. Para um exame crítico, da denominada “centralidade do contraditório” na experiência jurídica processual, cf. SOMMAGGIO, Paolo. *La centralità del contraddittorio nell'esperienza giuridica: prime riflessioni per una teoria radicale*. In *Diritto e Questioni Pubbliche – Rivista di Filosofia del Diritto e Cultura Giuridica*. n. 7, p. 71-119. Palermo: Università degli Studi di Palermo, 2007.

¹¹⁵ Alguns autores afirmam, aliás, que o processo seria a própria organização jurídica do contraditório, ou seja, “il processo è il contraddittorio nel suo svolgersi” – MONTELEONE, Girolamo. *Manuale di Diritto processuale civile: I. Disposizioni generali. I processi di cognizione di primo grado. Le impugnazioni*. Padova: CEDAM, 2007, p. 19. Segundo consagrada fórmula, o processo é o próprio “procedimento realizado em contraditório” – FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale...* p. 60. No limite, é possível afirmar que a “história do princípio do contraditório confunde-se, em verdade, com a própria história do processo civil, desde o direito romano primitivo. Para assegurá-lo e torná-lo efetivo no processo, muitos institutos ainda hoje conservados foram postos em prática pelos antigos sistemas” – SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*. v.1. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 51-2.

Não obstante identificado já nos primórdios da cultura processual romana,¹¹⁶ o sequenciamento moderno do contraditório, para recorte metodológico, costuma-se estabelecer com marco no *processo comum europeu* medieval,¹¹⁷ consagrado pela enunciação de um fundamento “jusnaturalista”; paulatinamente, a partir do racionalismo científico iluminista, transmudou-se para elemento formal de bilateralidade da oitiva, cujo auge foi a “desvalorização” liberal do instituto no século XIX, seguida pela “revalorização” do princípio, designando como “cardine della ricerca dialettica” responsável por articular e orientar a atividade processual sob perspectiva democrática.¹¹⁸

O esteio do processo comum europeu era justamente o contraditório, sob a influência das ideias constantes da retórica e da tópica aristotélicas;¹¹⁹ mas o princípio

¹¹⁶ Sobre o contraditório no processo civil romano, cf. PROVERA, Giuseppe. *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*. Torino: Giappichelli, 1970; TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 64; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Garantia do contraditório...* p. 133.

¹¹⁷ Para uma síntese do direito medieval como “ordem objetiva nas raízes da sociedade”, cf. GROSSI, Paolo. *O direito entre poder e ordenamento*. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 24-31. “O direito medieval expressa a globalidade, mas também a complexidade da sociedade, e a expressa – através dos usos – na imensidão dos seus particularismos, em um pluralismo que tende a valorizar as microentidades, do momento em que as germinações consuetudinárias, impregnadas de factualidade, nascem no particular, o afirmam e o garantem. Este fervilhar de fatos consuetudinários exige uma tradição técnico-jurídica, uma definição e uma regulamentação; e serão os juristas, não o poder político a os oferecer, homens de práxis na oficina alto-medieval, práticos, mas também mestres/cientistas na maturidade do médioevo tardio” – Ibidem, p. 29-30.

¹¹⁸ PICARDI, Nicola. *La giurisdizione all'alba del terzo millennio...* p. 237-49.

¹¹⁹ Segundo a definição aristotélica original, entende-se por *retórica* “a capacidade de descobrir o que é adequado a cada caso com o fim de persuadir. Esta não é seguramente a função de nenhuma outra arte; pois cada uma das outras apenas é instrutiva e persuasiva nas áreas de sua competência; como, por exemplo, a medicina sobre a saúde e a doença, a geometria sobre as variações que afetam as grandezas, e a aritmética sobre os números; o mesmo se passa com todas as outras artes e ciências. Mas a retórica parece ter, por assim dizer, a faculdade de descobrir os meios de persuasão sobre qualquer questão dada. E por isso afirmamos que, como arte, as suas regras não se aplicam a nenhum gênero específico de coisas” – ARISTÓTELES. *Retórica*. Trad. Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, Imprensa Nacional, 2005, p. 95-6. No conceito aristotélico, a retórica pode ser distinguida em três espécie ou gêneros de discurso: *judicial* ou *forense*, *deliberativo* ou *político* e *demonstrativo* ou epidíctico. A situação do discurso consiste num orador, num discurso e num auditório. O auditório, ou é juiz (no tribunal), ou espectador (no conselho ou na assembleia). Os discursos deliberativos ou são exortações ou dissuasões e visam mostrar a vantagem ou desvantagem de uma determinada acção. Os discursos judiciais ou são acusações ou defesas sobre coisas feitas no passado e visam mostrar a justiça ou a injustiça do que foi feito. Os discursos epidícticos louvam ou censuram algo, visando mostrar a virtude ou defeito de uma pessoa ou coisa” – ALEXANDRE JÚNIOR, Manuel. *Introdução*. In *Retórica* [ARISTÓTELES]... p. 38. Já a “tópica”, segundo a definição aristotélica, “não é uma *episteme* (um “hábito de demonstrar a partir das causas necessárias e últimas, e, portanto, uma ciência”), mas uma *techne* (um hábito de produzir uma decisão razoável), ou seja, uma prudência [Viehweg]. Sua principal especificidade é tratar-se de um tipo de pensamento que se autodefine como problemático ou aporético. Como tal, orienta-se primordialmente para um problema concreto, uma situação da vida real” – BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Tópica e argumentação jurídica*. In *Revista de Informação Legislativa*. v. 41, n. 163, p. 153-66. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 158. Cf. VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 53-4; ROESLER, Claudia Rosane. *Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: tópica, discurso*,

tinha um sentido diverso daquele que se consagraria posteriormente, em razão da conformação simétrica do processo medieval, capitulado sob o *ordo iudiciarius*, que – com seu caráter público, argumentativo e justificativo – constituía o elemento central do próprio procedimento (isonômico), pautado pelo diálogo e pela paridade estrita, resolvendo-se na obtenção da verdade provável.¹²⁰

Assim, a influência do direito romano-canônico sobre o *ius commune* é notória também no campo do processo, pensado como “*ars opponendi et respondendi*, exigindo de maneira intrínseca uma paritária e recíproca regulamentação do diálogo judiciário”, conjugada aos ideais informados pela lógica aristotélica do verossímil, configurando, enfim, o próprio jogo processual dialético que caracterizava o processo comum europeu.¹²¹

racionalidade. Florianópolis: Momento Atual, 2004, p. 109-176. Em relação ao discurso judiciário, cite-se a proposta de distinção entre tópica *material* e tópica *formal*: “a primeira constitui um conjunto de regras referentes à argumentação dos participantes, que têm em vista seus interesses subjetivos. [...] Ao mesmo tempo, o discurso é guiado por uma tópica formal, que constitui um conjunto de regras capazes de conduzir a argumentação, tendo em vista o processo objetivamente considerado. Desenvolvem-se, assim, *topoi* de argumentação que dizem respeito ao ônus da prova, à ordem dos recursos, à forma dos arrazoados e das sentenças, como a exigência de pertinência, de clareza, de consequencialidade, que permitem à argumentação uma antecipação do que irá suceder e que orientam a ordem dos argumentos, dando o senso de oportunidade, a possibilidade de avaliar a força persuasiva etc. Como técnica de pensamento, a tópica (material e formal) leva a argumentação judicial a um jogo em que ocorre o uso abundante das distinções, das redefinições de velhos conceitos, das analogias, das interpretações extensivas, das retorsões, das ironias, da exploração técnica das ambiguidades, das vaguezas, das presunções, tudo conforme uma técnica argumentativa tradicional” – FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Argumentação jurídica*. Barueri: Manole, 2014, p. 24-5.

¹²⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Garantia do contraditório...* p. 134. O “*ordo iudiciarius*” situa-se na base de toda a filosofia do procedimento medieval. “Nello studio del processo, fondamentale è la nozione di ‘ordine’: ‘iudicium’ [...] *habet ordinem, qui dicitur ordo iudiciarius*. L’idea di ordine, una delle più complesse della nostra tradizione filosofica, assume, però, significati opposti che sono alla base di distinti modelli di processo. È stato definito ‘ordine isonomico’ la tessitura interna del processo medioevale, l’*ordo iudiciarius*; ‘ordine asimmetrico’ il perno del *processus* in senso moderno. Fino all’età moderna, l’*ordo iudiciarius* era considerato manifestazione di una ragione pratica e sociale, che si era realizzata nel tempo attraverso la collaborazione delle prassi create dai tribunali e della dottrina. In altri termini, si riconosceva al tribunale il potere di stabilire i modi stessi del suo operare, pur nel rispetto dei principi comuni (*ordo substantialis*). L’*ordo iudiciarius*, con il suo carattere pubblico, argomentativo e giustificativo, rappresentava un capitolo della retorica e dell’etica. Conseguentemente, veniva riconosciuta alla procedura natura originaria e, in certo senso, extrastatuale: nessuno, neppure il papa, avrebbe potuto prescindere dall’*ordo iudiciarius*. L’intervento del principe, o comunque di una volontà esterna, avrebbe rappresentato una *perversio ordinis* e si sarebbe tradotto in un’azione odiosa di alterare la moneta. Il perno della procedura medioevale – il vero *ordo substantialis* – è rappresentato da quel complesso di regole che oggi riassumiamo nella formula ‘principio del contraddittorio’ e che costituisce più propriamente una metodologia di ricerca della verità” – PICARDI, Nicola. *La giurisprudenza all’alba del terzo millennio...* p. 234-5. Cf. CHIZZINI, Augusto. *Brevi spunti in tema di oralità e dimensione retorica nella genesi del processo civile*. In *Audiatur et altera pars: il contraddittorio fra principio e regola*. p. 97- 114. Coord. Maurizio Manzin e Federico Puppo. Milano: Giuffrè, 2008, p. 100-2.

¹²¹ “Dado que nas matérias objeto de disputa somente se poderia recorrer à probabilidade, a dialética se apresentava, nesse contexto, como uma ciência que *ex probabilibus procedit*, a impor o recurso ao silogismo dialético. Na lógica do provável, implicada em tal concepção, a investigação da verdade não é o resultado de uma razão individual, mas do esforço combinado das partes, revelando-se implícita uma atitude de tolerância em relação aos ‘pontos de vista’ do outro e o caráter de sociabilidade do saber. A dialética, lógica da opinião

Consequentemente, evidenciam-se as potencialidades da linguagem nos resultados obtidos pela atividade processual, por intermédio de investigação da lógica da verdade provável, segundo o ritmo e o conteúdo da participação das partes, sendo a retórica e a tópica aristotélicas vetores fundamentais.¹²² Nesse contexto cultural, o contraditório constitui o método de investigação dialética dos fatos e questões trazidos aos autos, sendo o único instrumento “aceito e imposto pela prática judiciária à margem da autoridade estatal, decorrente apenas da elaboração doutrinária, sem qualquer regra escrita”.¹²³ A retórica constituía o canal da própria interlocução processual, animada *paritariamente* pela busca da dimensão aristotélica da “verdade” na construção da decisão “justa”, uma autêntica “verità giudiziale che solo la dialettica processuale può [potrebbe] consentire d’avvicinare”;¹²⁴ a retórica mostra-se “útil porque a verdade e a justiça são por natureza mais fortes que os seus contrários”.¹²⁵

Nesse contexto, o fundamento clássico do contraditório consolidou-se pela elevação da matriz “giusnaturalistica della massima *audiatur et altera pars*”, como “simbolo dei diritti naturali: *quia citatio est inventa ed iure naturali et est species defensionis [...] nullo modo potest omitti etiam per principem*”.¹²⁶ Sob esses auspícios, a tese jusnaturalística do

e do provável, intermedeia o certamente verdadeiro (raciocínio apodíctico) e o certamente falso (raciocínio sofisticado)” – OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Garantia do contraditório...* p. 134.

¹²² Cf. GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 89-107 e 145-6. “Originária da retórica, a tópica é uma técnica: a técnica do pensamento a partir de problemas, ou, mais sinteticamente, a técnica do pensamento problemático. Nada que se assemelhe a um axioma: as premissas dialéticas classificam-se, à vista do problema, como ‘relevantes ou irrelevantes’, ‘admissíveis ou inadmissíveis’, ‘aceitáveis ou inaceitáveis’, ‘defensáveis ou indefensáveis’, comportando, inclusive, graus intermediários de aceitação: ‘apenas defensável’, ‘contudo defensável’. Numa discussão dialética esses tópicos podem ser utilizados como argumentos ‘pró’ e ‘contra’: o processo moderno espelha admiravelmente essas possibilidades de uso da argumentação dialética. [...] Com a tópica, ingressamos no território do pensamento problemático” – BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial (uma visão dialética)*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 31.

¹²³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Garantia do contraditório...* p. 134.

¹²⁴ “In quel contesto [dell’*ordo iudiciarius*], infatti, le regole processuali servono soli a disciplinare l’agire del processo, a canalizzare le forze che si muovono paritariamente alla costruzione della decisione – il noto ordine *isonomico* – il modello paritario – mediante la ricerca di una verità che non esiste prima e al di fuori del processo stesso, pertanto di una verità che solo nel processo potrà essere ricercata per il tramite di un procedimento razionale e – si direbbe oggi – verificabile. Ma in questa ricerca non solo le regole della disciplina formale degli atti a svolgere il ruolo preminente, ad occupare il centro della scena; quanto proprio la retorica, ossia il metodo essenziale ed ineliminabile per una razionalizzabile e controllata ricerca della verità, per la ricostruzione dei fatti, quindi per il riconoscimento dei diritti. [...] Si può pertanto definire l’*ordo iudiciarius* quale sequela regolamentata *secundum tenorem rationis* della tenzone dialettica, il cui centro vitale era appunto dato dalla retorica, quale unico strumento per la formazione della verità giudiziale” – CHIZZINI, Augusto. *Brevi spunti in tema di oralità e dimensione retorica...* p. 100-1 e 104.

¹²⁵ “De sorte que, se os juízos não se fizerem como convém, a verdade e a justiça serão necessariamente vencidas pelos seus contrários, e isso é digno de censura” – ARISTÓTELES. *Retórica...* p. 93.

¹²⁶ Segundo Picardi, pode-se atribuir, no século XV, a Roberto Maranta [In *Tractatus de ordine iudiciorum* vulgo *Speculum aureum et lumen advocatorum*, de 1557 – edição póstuma], seguido por Giovanni Battista de

contraditório veio a influenciar também a cultura processualística europeia na Idade Moderna.¹²⁷

A reação do humanismo à escolástica medieval traduz-se na notória influência da lógica ramista para a construção do conhecimento segundo métodos sistemáticos. O humanismo não nega a importância da retórica e sua capacidade de uso da linguagem, mas, com PIERRE DE LA RAMÉE (ou PETRUS RAMUS), já no século XVI, a categoria aristotélica passou a ser compreendida em um “significado mais técnico e particular”, reconhecendo-se apenas as funções da *elocutio* e da *pronuntiatio*, dentre os cânones retóricos,¹²⁸ iniciando, assim, um processo de declínio até a decadência final deflagrada pelo dogmatismo racionalista cartesiano.¹²⁹

Inicia-se, gradualmente, um movimento de formalização do *ordo iudiciarius* – antes simétrico e conduzido [paritariamente] sob o viés retórico – que posteriormente denotaria

Luca, o Cardeal de Luca [*De iudiciis, Theatrum Veritatis et Justitiae*, Venetiis, 1726 – edição póstuma], ambos concidadãos de Venosa (Basilicata, anterior região da Lucania), a responsabilidade pela enunciação expressa da matriz “jusnaturalística” do contraditório. Para comprovar tal natureza, Maranta “adduce un passo della Genesi (3.9) nel quale ‘deus citavit Adam’, prima di dannarlo all’espulsione dal paradiso”; já o Cardeal de Luca “chiarisce come la *citatio* ‘iuris divini et naturae reputatur’, il che si desume, fra l’altro, proprio dal fatto che ‘ipsemet Deus cum Adam primo parente post contraventionem praecipiti in terrestri Paradiso praticavit’” – PICARDI, Nicola. *La giurisdizione all'alba del terzo millennio...* p. 237-8. Ainda antes, Giuliani [apud CHIZZINI] cita Stefano di Tournai, canonista do século XII, quanto à associação do episódio bíblico: “Adamo interrogato dal Signore si difende: la donna, quella che tu mi hai messo accanto – *quam dedisti mihi sociam* – e dal contraddittorio che ne emerge giunse a dire: *forma placidanti in paradiso videtur exorta*” – CHIZZINI, Augusto. *Brevi spunti in tema di oralità e dimensione retorica...* p. 104.

¹²⁷ “In tal modo la tese giusnaturalistica – col peso reverenziale del tempo e dell’evidenza – divenne l’implicito fondamento della cultura processualistica europea. Basta ricordare il caso Bentley del 1723 che venne deciso sulla base della stessa argomentazione che, due secoli prima, era stata adottata da Roberto Maranta e [dopo] da Giovan Battista De Luca. I giuristi anglo-americani si limitano, peraltro, a richiamare il caso Bentley come *leading case*, dal quale si sarebbe originata e sviluppata la dottrina degli *Hearing*, vanto del diritto anglosassone” – PICARDI, Nicola. *La giurisdizione all'alba del terzo millennio...* p. 238.

¹²⁸ A saber, *inventio* (eleição ou invenção do conteúdo do discurso), *dispositio* (disposição), *elocutio* (enunciação adequada), *memoria* (retenção do discurso) e *pronuntiatio* (ação ou declamação discursiva). Cf. BARROS, Elena Coelho. *Argumentação e linguagem: da retórica à concepção de discurso como prática social*. In *Revista do Programa de Pós-Graduação em Letras da Universidade de Passo Fundo*. v. 8, n. 2, p. 95-111. Passo Fundo: UPF, 2012, p. 97; ADEODATO, João Maurício. *Uma crítica à retórica de Aristóteles*. In *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. n. 110, p. 35-73. Belo Horizonte: UFMG, 2015, p. 45-6.

¹²⁹ “Depois do florescimento do Renascimento, a sorte da retórica decaiu, chegando ao desaparecimento quase completo que a caracterizou no século XIX. O dogmatismo racionalista iniciado por Descartes e adotado maciçamente no século XIX foi a maior causa da decadência da retórica. Onde a razão é tudo e pode tudo, uma arte que busque seus instrumentos de persuasão obviamente está deslocada. Por isso, não admira que, com o abandono do dogmatismo racionalista, a retórica volte hoje a ser homenageada como a arte clássica da persuasão, mas com a ressalva moderna de que deve levar em conta uma multiplicidade de condições” – ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Trad. Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. 6. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 1.011. “A mudança de perspectiva, introduzida pela lógica de Pierre de la Ramée (século XVI), já antecipa uma alteração de rumo que busca incorporar ao direito os métodos próprios da ciência da natureza, um pensamento orientado pelo sistema, em busca de uma verdade menos provável, com aspirações de certeza” – OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Garantia do contraditório...* p. 134.

“a passagem do *iudicium* para o *processus*” moderno, o que se potencializa, desde o século XVII, mediante “a estatização do processo, com a apropriação do *ordo iudiciarius* pelo soberano, pelo príncipe, que passa a reivindicar o monopólio da legislação em matéria processual, tendência incrementada depois pelas ideias do iluminismo”.¹³⁰

A transposição do *ars disserendi* (como *ars dialectica*)¹³¹ para o *ars ratiocinandi* constitui, assim, manifestação própria do racionalismo científico, cujos preceitos não mais acomodavam a retórica clássica, que se transmutou em simples elemento formalizante de uma dialética então “atrofizzata”.¹³² Entre os séculos XVII e XVIII, verificou-se uma evidente mudança no modo de conceber o fenômeno processual, da anterior ordem simétrica (“ordine isonomico”) do processo comum europeu para uma ordem assimétrica (“ordine asimmetrico”) do processo moderno,¹³³ que acabaria por culminar, mais tarde, em uma visão mecanicista, sob a égide de um contraditório instrumental na reconstrução dos fatos nos autos, mas nem sempre indispensável, delimitado pela ideia geral da bilateralidade da audiência.¹³⁴

¹³⁰ Ibidem, p. 134-5. “O clima cultural da Europa dos Seiscentos condicionou todo o direito posterior, propiciando a radical transformação do *iudicium* em *processus*. Se o direito medieval se servia da dialética – campo do discurso *argumentativo* e do *provável* – o direito moderno alçou mão para estruturação da ‘ciência’ jurídica da *lógica apodítica*, que trabalha com a *demonstração* e com a *verdade*. O direito deixa de ser um problema que o jurista tem de resolver trabalhando em um esquema sujeito-sujeito para ser um objeto que o operador do direito tem de conhecer, compreendido numa relação sujeito-objeto: passa-se de uma racionalidade prática à racionalidade teórica, ocorrendo uma verdadeira *geometrização* do jurídico (já que o protótipo do conhecimento, dentro desse particular ambiente, passa a ser a matemática)” – MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 78-9.

¹³¹ Sobre a terminologia, cf. MINIO-PALUELLO, Lorenzo. *Introduction*. In *Twelfth Century Logic: texts and studies, I Adam Balsamiensis Parvipontani – Ars disserendi (dialectica Alexandri)*. p. 13-37. Coord. Lorenzo Minio-Paluello. Roma: Edizioni di Storia e Letteratura, 1956, p. 23.

¹³² Operou-se, assim, “l’evidente passaggio dall’*ars disserendi* all’*ars ratiocinandi*, che vengono a fare piazza pulita di un retorica che non sembra più adeguata alle nuove esigenze, ormai ridotta a reiterato formalismo di interminabili e stantii scambi di atti; di una dialettica ormai atrofizzata, in quanto erano già state recise le vitali radici con la statualizzazione del diritto, con il soppiantarsi dell’ordine isonomico con quello asimmetrico” – CHIZZINI, Augusto. *Brevi spunti in tema di oralità e dimensione retorica...* p. 110.

¹³³ GIULIANI, Alessandro. *Ordine isonomico e ordine asimmetrico: “nuova retorica” e teoria del processo*. In *Sociologia del diritto*. v. 13, n. 2-3, p. 81-90. Milano: Giuffrè, 1986, p. 84. Para uma análise detalhada da comparação presente na obra de Giuliani, cf. CAVALLONE, Bruno. *Alessandro Giuliani processualista (Ordine isonomico, ordine asimmetrico, principio dispositivo, principio inquisitorio)*. In *Rivista di Diritto Processuale*. v. 67, n. 1, p. 107-20. Padova: CEDAM, 2012.

¹³⁴ “In tale contesto [ordine asimmetrico] il contraddittorio diviene uno strumento utile, ma non sempre indispensabile: il giudice potrebbe attingere la ‘verità’ anche al di fuori del contraddittorio e, perciò, viene munito di significativi poteri di ufficio. Il difetto di contraddittorio potrebbe pregiudicare, ma non pregiudica sempre la ricerca della verità. Il contraddittorio sarebbe uno strumento utile, quando vi fossero ragioni per contraddire; se non ve ne fossero, sarebbe un ingombro. La funzione del contraddittorio – in questa ottica – si esaurisce, quindi, nel garantire alle parti la possibilità di interloquire in giudizio (*audiatur et altera pars*). La *parità delle armi* si risolve in una meccanica contrapposizione di tesi e, quindi, in ultima analisi, in uno

Assim, a lógica do *ordo iudiciarius* (“a passagem do *iudicium* para o *processus*”) passa a ser paulatinamente substituída, o que se consagra com a tendência liberal de valorização da iniciativa das partes (v.g., na edição do *Code de Procédure Civile* de 1806). Como expressão de um “*laissez faire* processual”, em que o contraditório funciona como modo formal de bilateralidade da oitiva das partes, prestigiam-se uma nova “ordem”, agora assimétrica, que se ancora na lógica burocrática e na autoridade hierárquica e diretiva do juiz.¹³⁵

Essa nova concepção formal do contraditório, resultante da desconstrução da essência jusnaturalística do postulado retórico presente no *ius commune*, encontrou, assim, inequívoca compatibilidade com os preceitos do “chamado processo liberal, dominante no século XIX, em que a filosofia do *laissez faire* destinava ao órgão judicial um papel puramente passivo, quase de mero árbitro do litígio, cuja principal função era apenas a de verificar e assegurar o atendimento às determinações formais do processo”.¹³⁶

Embora o “contraditório” permanecesse enunciado no século XIX, houve uma desvalorização do “princípio” (rebaixado a “categoria secundária”), que passou a ser compreendido em “sentido fraco”,¹³⁷ como simples exigência lógico-formal (bilateralidade da oitiva), dissociada do referencial jusnaturalístico da experiência processual anterior.¹³⁸

strumento di lotta nel quale alle armi sono state sostituite le argomentazioni” – PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2010, p. 227-8.

¹³⁵ “L’*ordo* [nuovo *ordo* formale] era ‘sub iudicis directione’. Il ruolo del giudice era radicalmente mutato. La funzione giudiziaria veniva spersonalizzata ed attribuita ad un giudice concepito come *homo burocraticus*, che agiva, quindi, secondo la logica burocratica e la cui attività era prevedibile, fungibile e controllabile. La *iurisdictio* era ormai concepita come *pars summi imperii*. Il giudice perdeva la funzione di semplice controllore e tutore dell’*ordo iudiciarius* ed assumeva la direzione di un processo ancorato allo *ius iurisdictionis*, con carattere decisamente pubblicistico. [...] Il nuovo ‘*ordo*’, sotto la direzione del giudice, presenta, in definitiva, un carattere ‘asimmetrico’ in quanto fondamentalmente impostato sull’autorità, sulla gerarchia e sulla logica burocratica. Del resto, già Leibniz aveva ridimensionato la funzione dell’avvocato, sostenendo che il giudice è, d’ufficio, l’avvocato generale delle parti” – PICARDI, Nicola. *La giurisdizione all’alba del terzo millennio...* p. 241-2.

¹³⁶ “Esses fatores haveriam, necessariamente, de conduzir a outra concepção do contraditório, que passa a perder seu originário ponto de contato com os *natürliche Rechtsgrundsätze* e deixa de ser visto como necessário e intrínseco mecanismo de investigação da ‘verdade’, rebaixado a princípio externo e puramente lógico-formal. Daí a menção a uma simples audiência bilateral (*Grundsatz des beiderseitigen Gehörs*), garantia considerada atendida quando assegurada à outra parte a devida oportunidade de ser ouvida” – OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Garantia do contraditório...* p. 135-6.

¹³⁷ Sobre o “senso debole” do contraditório, cf. PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile...* p. 227-8.

¹³⁸ “In questa fase andò, quindi, assumendo concretezza una diversa accezione del concetto in esame. Si continuò, invero, a parlare di ‘principio del contraddittorio’, ma ormai tale formula aveva perduto l’originario riferimento al diritto naturale e, quindi, la sua portata etico-ideologica. La locuzione ‘principio’, ormai, non sta più ad indicare un’entità preesistente alle norme processuali a cui queste dovrebbero ispirare o, se si preferisce, un’esigenza ‘endoprocessuale’, bensì il risultato di un procedimento di astrazione, di differenziazione e di generalizzazione dalle singole norme particolari o da altri elementi ricompresi nel

A produção jurídica do século seguinte, em especial no pós-guerra,¹³⁹ sob a urgência dos ideais democráticos, tornou a consagrar a fórmula do contraditório para a compreensão do fenômeno dialético que designa a atividade processual, sem escapar da inevitável alusão analógica ao *iudicium* do processo comum europeu,¹⁴⁰ identificando-se a atuação da “justiça” sob os cânones axiológicos constitucionais como escopo central do “processo justo”.¹⁴¹

Nesse contexto, a partir de meados do século XX, há uma retomada da perspectiva dialética do contraditório, tendente à revalorização do princípio, à luz da clássica problemática dos critérios de “formação do juízo” na compreensão do fenômeno processual,¹⁴² que reposiciona o contraditório, enfim, como “cardine della ricerca dialettica”.¹⁴³

sistema. In tale quadro, si è reso inevitabile che il contraddittorio, a poco alla volta, venisse declassato al ruolo di categoria secondaria, fino a perdere ogni collegamento con l'essenza del fenomeno processuale” – Idem, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio...* p. 243.

¹³⁹ A referência é ao segundo pós-guerra, como usualmente a terminologia costuma designar. Quanto ao primeiro pós-guerra, para traçar um panorama da mudança de perspectiva do princípio do contraditório na passagem de séculos (XIX e XX), devem-se destacar os influxos da “teoria normativa del diritto, [in cui] ha finito per prevalere la ricostruzione del processo *sub specie* di procedimento. È noto come l'applicazione di tale nozione abbia consentito una ricostruzione più rigorosa della normativa del processo e, in particolare, uno studio più attento dell'atto processuale. Peraltro, nell'ambito di questa concezione, il contraddittorio è rimasto, in qualche modo, ai margini del fenomeno processuale. Emblematico in proposito appare il pensiero del Merkl. La dottrina tradizionale, a quei tempi, identificava il processo con il procedimento giurisdizionale. [...] Merkl definì il processo come ‘il cammino – condizionato giuridicamente [...] – attraverso il quale una manifestazione giuridica di piano superiore produce una manifestazione giuridica di piano inferiore’. [...] Le premesse da cui partiva Merkl e le conseguenti definizioni si ricollegano esplicitamente alla teoria gerarchica del diritto, e trovano ovviamente in essa i suoi limiti. [...] In quest'ottica costituisce soltanto un ‘accidente’ se il predetto *iter*, in alcune ipotesi, si svolga in contraddittorio dei destinatari del provvedimento ed assuma, così, una struttura più articolata” – Ibidem, p. 243-5.

¹⁴⁰ Nesse sentido, cf. CARNELUTTI, Francesco. *Torniamo al “giudizio”*. In *Rivista di Diritto Processuale*. anno IV, n. 3, p. 165-174. Padova: CEDAM, 1949.

¹⁴¹ Cf. DOTTI, Federica. *Diritti della difesa e contraddittorio: garanzia di un giusto processo? Spunti per una riflessione comparata dal processo canonico e statale*. Roma: Editrice Pontificia Università Gregoriana, 2005, p. 9-12. “Realmente, a aspiração de se fazer a justiça mais acessível e efetiva revela-se como importante faceta da orientação que tem marcado os mais avançados sistemas legais de nosso século. Esse reclamo espelha-se de maneira bastante acentuada na maioria das Constituições do mundo ocidental, caracterizadas pelo esforço de integrar as tradicionais liberdades ‘individuais’ – incluindo aquelas de natureza processual – com direito e garantias de caráter ‘social’, que em essência buscaram não só torná-las acessíveis a todos, como também assegurar uma real e não meramente formal igualdade das partes em face da lei e na sua atividade concreta processual. Tal modo de ver reflete-se, indiscutivelmente, no alcance do princípio do contraditório, pois obra com que este ultrapasse o momento inicial da contraposição à demanda e comece a constituir um atributo inerente a todos os momentos relevantes do processo. Determina, assim, uma mudança de sentido, que de modo nenhum pode ser ignorada, instando a que o princípio deixe de ser meramente formal, no intuito de atender aos *standards* necessários para o estabelecimento de um processo justo, para além de simples requisito técnico de caráter não essencial” – OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Garantia do contraditório...* p. 136.

¹⁴² Nesse sentido, é conhecida a lição segundo a qual “il processo non è altro che giudizio e formazione di giudizio” – SATTA, Salvatore. *Il mistero del processo*. In *Rivista di Diritto Processuale*. anno IV, n. 4, p.

10.2 Perspectiva dialética, processo e atividade jurisdicional

A redescoberta do contraditório (século XX) para a conformação democrática do processo, marcado pelo antagonismo de interesses (concorrência de parcialidades),¹⁴⁴ eleva-o a autêntica garantia de jurisdição fundada na isonomia,¹⁴⁵ aclarando a distinção entre “procedimento” e “processo”¹⁴⁶ e revelando a imbricação do contraditório com o método dialético.¹⁴⁷ A observância do contraditório pressupõe, fundamentalmente, uma

273-88. Padova: CEDAM, 1949, p. 281; Idem, *Diritto processale civile*. 5. ed. Padova: CEDAM, 1957, p. 146-7. Destaca-se, outrossim, a anotação carneluttiana de que “non abbiamo studiato, con molta delicatezza, i rapporti giuridici che s'intrecciano fra i vari soggetti del processo”, com o propósito de aclarar “cosa sia giudicare [*quid est iudicium*]” – CARNELUTTI, Francesco. *Torniamo al “giudizio”*... p. 168.

¹⁴³ PICARDI, Nicola. *La giurisdizione all'alba del terzo millenio*... p. 247.

¹⁴⁴ CALAMANDREI, Piero. *Il processo come giuoco*. In *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*. v. II, p. 485-511. Padova: CEDAM, 1950, p. 490-3.

¹⁴⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Defesa, contraditório, igualdade e 'par condicio' na ótica do processo de estrutura cooperatória*. In *Novas tendências do direito processual*. p. 1-16. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 2.

¹⁴⁶ Perspectiva que se tornou célebre na definição do processo como “procedimento em contraditório”, ou seja, realizado mediante a participação das partes – FAZZALARI, Elio. *Processo. Teoria generale*. In *Novissimo Digesto Italiano*. v. XIII, p. 1.067-76. Torino: UTET, 1966, p. 1.072. “O conceito de processo abrange o de *procedimento* e [também] o de *relação jurídica processual*. [...] a *relação jurídica processual* é o vínculo que interliga seus titulares, ou seja, os sujeitos processuais”, que titularizam as “situações jurídicas vividas no processo – poderes, deveres, faculdades, ônus, sujeição” – DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. I... p. 441-2. Quanto à “*struttura dialettica del procedimento* [...] consiste in ciò che, nel processo, i poteri, attraverso il cui esercizio si attua la partecipazione degli interessati alla fase preparatoria del provvedimento, sono distribuiti dalla norma fra i partecipanti in maniera da attuare una effettiva corrispondenza ed equivalenza fra le varie posizioni. Alla struttura corrisponde lo svolgimento dialettico del processo: la simetria delle posizione soggettive, la loro mutua implicazione, e loro sostanziale parità si traducono, per ciascuno dei partecipanti, nella possibilità di interloquire non episodicamente e, soprattutto di esercitare un insieme – cospicuo o modesto non importa – di controlli, di reazioni e di scelte, nella necessità di subire i controlli e le reazioni altrui. C'è processo, insomma, quando nell'iter di formazione di un atto c'è contraddittorio, cioè è consentito a più interessati di partecipare alla sfera di ricognizione dei presupposti su piede di reciproca e simmetrica parità, di svolgere attività di cui l'autore dell'atto deve tener conto, i cui risultati cioè egli può disattendere, ma non obliterare” – FAZZALARI, Elio. *Diffusione del processo e compiti della dottrina*. In *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. anno XII, n. 1, p. 861-90. Milano: Giuffrè, 1958, p. 869-70.

¹⁴⁷ “Nel processo moderno, quello che risponde ai principi degli ordinamenti democratici moderni, le due parti sono sempre indispensabili. Il principio fondamentale del processo, la sua forza motrice, la sua garanzia suprema, è il ‘principio del contraddittorio’: *audiatur et altera pars; nemo potest inauditus damnari*. [...] Dunque nel processo il giudice non è mai solo. Il processo non è un monologo; è un dialogo, una conversazione, uno scambio di proposte, di riposte, di repliche; un incrociarsi di azioni e di reazioni, di stimoli e di controposte, di attacchi e di contrattacchi. Per questo è stato rassomigliato a una scherma o una gara sportiva; ma è una scherma di persuasione e una gara di ragionamenti. In ciò consiste quel carattere, il più prezioso e tipico del processo moderno, che è la *dialetticità*: che vuol dire che la volontà del giudice non è mai sovrana assoluta, ma sempre condizionata (anche nel processo penale) alla volontà e al comportamento delle parti, cioè alla iniziativa, allo stimolo, alla resistenza o all'acquiescenza di esse. E lo stesso si può dire per ciascuna delle parti, la cui volontà e la cui attività si plasma e si adegua in ogni momento del processo agli stimoli che le arrivano dal comportamento del giudice e della controparte” – CALAMANDREI, Piero. *La dialetticità del processo*. In *Processo e democrazia*. p. 119-41. Padova: CEDAM, 1957, p. 121-3. A colaboração, inerente à dialeticidade no processo, “è fondata su un'esigenza, la quale trova nella parità tra

“garantia de participação”, destacando-se seu inequívoco aspecto democrático,¹⁴⁸ ideia também presente na doutrina instrumentalista do processo.¹⁴⁹

A valorização do contraditório, a par dos argumentos isonômico e participativo democráticos, reaproxima-o da perspectiva retórica, cujos componentes, no passado, constituíram a base do *ius commune* (pautado pelo diálogo e pela paridade, resolvendo-se na obtenção da verdade “provável”). Assim, a doutrina tem reatualizado a importância da retórica na especulação dos resultados esperados pela ciência processual, que, não sendo demonstrativa, observa técnicas argumentativas e justificativas;¹⁵⁰ paulatinamente, o contraditório tem retomado o seu papel de equacionar as diversas variáveis da interlocução processual, com todas as potencialidades inerentes, inclusive no campo de aplicação das novas tecnologias.¹⁵¹

Esse movimento histórico pendular, na base da concepção de um “processo justo”,¹⁵² sinaliza a retomada de princípios de uma “logica del senso comune”, destinada a

l'homos iudicans e l'homos iudicandus la sua più profonda radice. Fatto sta che *le parti non sono giudicate se non aiutano a giudicare*” – CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano Editore, 1958, p. 92.

¹⁴⁸ Assim ilustram as críticas endereçadas ao movimento de “voluntarização” da jurisdição civil proposto no direito alemão, durante o período bélico, que “mirava ad abolire il contraddittorio e a trasformare il processo di parti (*Parteiprozess*) in un procedimento totalmente ufficioso, mosso esclusivamente dall’iniziativa del giudice: e qualcuno parlò di *processo senza parti*, che poi valeva quanto dire *processo senza processo*” – CALAMANDREI, Piero. *La dialetticità del processo...* p. 129. Cf. GRECO, Leonardo. *O princípio do contraditório*. In *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 24, p. 71-9. São Paulo: Dialética, 2009.

¹⁴⁹ Por todos, cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Instrumentalidade e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?* In *Garantismo processual: garantias processuais aplicadas ao processo*. p. 1-39. Coords. José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 6.

¹⁵⁰ Dentre os processualistas, notório como principal observador da retomada da dimensão retórica do direito processual, cf. GIULIANI, Alessandro [*La controversia: contributo alla logica giuridica*. Pavia: Pubblicazioni dell’Università di Pavia, 1966] apud PICARDI, Nicola. *La giurisdizione all'alba del terzo millennio...* p. 248. “Mentre alcuni procedimenti sono espressioni di una ragione calcolante [...] il processo (quanto meno nel suo momento fondamentale: il giudizio) obbedisce ad una logica diversa, a tecniche argomentative e giustificative. Una volta spostato l’angolo visuale sul giudice, il contraddittorio diviene il cardine della ricerca dialettica, condotta con la collaborazione delle parti. Siamo nell’ambito di una logica, non del necessario e dell’inevitabile, ma del probabile e del ragionevole” – Ibidem, p. 248. Cf. PUPPO, Federico. *La forma retorica del contraddittorio*. In *Audiat et altera pars: il contraddittorio fra principio e regola*. p. 23-54. Coords. Maurizio Manzin e Federico Puppo. Milano: Giuffrè, 2008, p. 32-8; CERRONE, Francesco. *Appunti intorno ad interpretazione e principi (con particolare riferimento alle fonti del Diritto) nel pensiero di Alessandro Giuliani*. In *Audiat et altera pars...* p. 617-85.

¹⁵¹ Nesse sentido, para uma abordagem da tópica na era digital, cf. PUPPO, Federico. *Informatica giuridica e metodo retorico: un approccio “classico” all’uso delle nuove tecnologie*. Trento: Tangram Edizioni Scientifiche, 2012, p. 89-120.

¹⁵² Uma proposta de “formula del giusto processo” deve considerar que o “contraddittorio e parità delle arme sono garanzie pensate anche allo scopo di far scaturire, grazie alla dialettica processuale, la soluzione giusta delle questioni di fatto e di diritto dedotte nella controversia” – CHIARLONI, Sergio. *Giusto processo (diritto*

facilitar a atividade interpretativa com fundamento na participação equitativa.¹⁵³ A qualidade do “diálogo judiciário” reassume importância no direito processual e a imparcialidade do juiz é dissociada da ideia de passividade; o juiz é neutro, mas não passivo.

A característica de “terceiro comunicador” do órgão julgante, na interlocução processual, e o estabelecimento do “contraditório” na base de conformação do *giudizio* permitem, inclusive, uma aproximação da fórmula aristotélica do princípio de não-contradição,¹⁵⁴ como postulado para o desencadeamento lógico e argumentativo das alegações apresentadas ao longo do processo, que estimulam o raciocínio jurídico fundante tanto do debate entre as partes quanto da decisão judicial.¹⁵⁵ Nesse contexto, há um pressuposto de “não-contradição” que estimula o desenvolvimento dialético processual.¹⁵⁶

processuale civile). In *Revista de Processo*. n. 219, p. 119-52. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 125-6.

¹⁵³ “Il principio del contraddittorio rappresenta, piuttosto, una di quelle *regulae iuris* raccolte nell’ultimo libro del Digesto, cioè uno quei principi di una logica del senso comune, destinati a facilitare la *interpretatio* basata sull’equità. Siamo, con ogni probabilità, alle matrici della nozione di *giusto processo*” – PICARDI, Nicola. *La giurisdizione all'alba del terzo millennio...* p. 248-9.

¹⁵⁴ “O princípio da não-contradição, tomado na formulação clássica que lhe foi dada por Aristóteles no livro Gama [tomo IV] da Metafísica, diz: ‘é impossível predicar e não predicar o mesmo do mesmo sob o mesmo aspecto e ao mesmo tempo’. [...] O princípio de não-contradição é, segundo Aristóteles, primeira e principalmente um princípio que rege o pensar e o falar e como tal ele é formulado. Como, entretanto, no realismo aristotélico, pensar e falar remetem para uma realidade existente no mundo exterior que é distinta e diferente do pensar e do falar, há, no mesmo texto do livro Gama, algo como um *princípio ontológico de não-contradição* que se vale primeiramente não do pensar ou do falar, mas das coisas mesmas, isto é, do próprio ser. Aristóteles introduz o princípio ontológico quando, para fundamentar a lei lógica da não-contradição, aponta para o paralelismo existente entre pensar e ser. Assim como é impossível que o ser seja existente e não seja existente sob o mesmo aspecto (este é o princípio ontológico da não-contradição), assim também no pensar e no falar é impossível predicar e não predicar o mesmo predicado do mesmo sujeito sob o mesmo aspecto (este é o princípio lógico da não-contradição)” – CIRNE-LIMA, Carlos. *Sobre a contradição*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1993, p. 55-7. Cf. ARISTÓTELES. *Metafísica: ensaio introdutório, texto grego com tradução e comentário de Giovane Reale*. Trad. Marcelo Perine. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 139-43.

¹⁵⁵ Nesse sentido, cf. SOMMAGGIO, Paolo. *Il contraddittorio come criterio di razionalità del processo*. In *Audiat et altera pars: il contraddittorio fra principio e regola*. p. 159-216. Coords. Maurizio Manzin e Federico Puppo. Milano: Giuffrè, 2008, p. 189-92; CAVALLA, Francesco. *Della possibilità di fondare la logica giudiziaria sulla struttura del principio di non contraddizione: saggio introduttivo*. In *Verifiche – Rivista di Scienze Umane*. n. XII, p. 5-30. Padova: Associazione di Studi Filosofici, 1983. Com efeito, “a decisão ‘correta’ é construída a partir do diálogo, não é atividade solitária. A ponderação é associada à tópica, que, por sua vez, retoma a dialética aristotélica” – MARTINS, Ricardo Marcondes. *Princípio da colaboração no processo civil*. In *Aspectos polêmicos do novo Código de Processo Civil*. v. I. p. 277-99. Orgs. Helder Moroni Câmara et al. São Paulo: Almedina, 2018, p. 288.

¹⁵⁶ A objeção filosófica de Aristóteles à dialética refere-se à concepção platônica, na disputa entre “analítica” e “dialética” como métodos de pensamento – ARISTÓTELES. *Metafísica...* p. 139-40. Inexiste, assim, contrassenso na associação reportada pela doutrina entre “dialética” processual, contraditório e “princípio da não-contradição”. Na verdade, a própria disputa existente entre “dialéticos” e “analíticos”, tal como apreendida hoje, está superada; e a “chave-mestra” que resolve essa superação é extraída, inclusive, do postulado medieval da “reduplicação”, nos termos da tese proposta pela escolástica tomista – CIRNE-LIMA,

O juiz, atuando como “custode del contraddittorio”, deve engendrar “soluções jurídicas”¹⁵⁷ extraídas da contraposição argumentativa (fático-jurídica).¹⁵⁸ Apenas o que foi objeto de debate, mediante interlocução processual, pode ser objeto de decisão; em outras palavras, a decisão sobre uma “não-discussão” equivale a uma “não-decisão”, pois o *thema decidendum* não pode ser concomitantemente “objeto” de decisão e “não-objeto” de discussão.¹⁵⁹

O contraditório viabiliza o diálogo processual e circunscreve os conteúdos derivantes aptos a subsidiar a solução das controvérsias. Sem a observância do contraditório, nenhuma decisão é válida, em um sistema processual [democrático] regido por garantias constitucionais. Do contrário, haveria arbitrariedade no desenvolvimento da atividade jurisdicional, que, como todo exercício de poder, não é imoderada. Cabe recordar, nesse ponto, que há uma “teoria do poder” relacionada a toda participação dos jurisdicionados nos resultados que lhe são postos.¹⁶⁰

Tornando à aproximação clássica, o princípio da não-contradição, em seu substrato, permite a formulação de toda espécie de assertiva, que, a rigor, não constitui hipótese

Carlos. *Sobre a contradição...* p. 64. “[...] desaparecem a oposição e a disputa entre dialética e analítica. Dada uma fórmula, contendo variáveis proposicionais, ela demanda que se esclareça seu sentido, o ponto de vista a partir do qual é pensada e empregada. Voltando a Wittgenstein, cabe explicitar os jogos de linguagem onde se encastoa. Antes de tudo importa construir linguagem e práticas nas quais possamos nos entender bem ou mal, com ou sem contradição, conforme um dos sentidos que esta possa ter. Mas seja onde for que reapareça o problema da reflexão, lembremos sempre que, além de uma passagem para o outro, além da captura de uma alteridade, ela não prescinde da transformação das coisas, de uma posição operante no mundo” – GIANNOTTI, José Arthur. *Dialética x Analítica*. In *Analytica – Revista de Filosofia da Universidade Federal do Rio de Janeiro*. v. 12, n. 2, p. 35-45. Rio de Janeiro: UFRJ, 2008, p. 36-8.

¹⁵⁷ A expressão é utilizada para não se restringir apenas à ideia de resolução heterocompositiva dos conflitos, pois o contraditório atua também quando as partes se direcionem para o autoentendimento.

¹⁵⁸ Nesse sentido, “ogni parte propone un percorso argomentato che va dal fatto alla norma, (quindi un percorso ascendente), l’esito dello scontro dialettico tra questi due percorsi individuerebbe quel crocevia nel quale riposa l’incontestabilità, per le parti, tanto del fatto quanto della norma nonché degli elementi extranormativi. Questo luogo, l’esito dello scontro dialettico di quanto sostenuto dalle parti, costituirà il punto di partenza (la protasi) da cui si muove il ragionamento del giudice, verso quella conclusione che più si avvicina a quanto è incontraddetto dalle parti. [...] I giudici dunque sono chiamati a svolgere un ruolo molto delicato: essere reali custodi del contraddittorio, la funzione forse più importante e difficile nel panorama giuridico. Contraddittorio che fonderà, necessariamente, il materiale da cui procedere per costruire una pronuncia realmente in grado di reperire l’unità nella molteplicità” – SOMMAGGIO, Paolo. *La centralità del contraddittorio nell’esperienza giuridica...* p. 118-9.

¹⁵⁹ “Il giudice, dunque, non potrà dare ragione ad una delle parti indipendentemente dalle ragioni che questa ha fornito, sino al punto di giustificare la propria decisione su argomenti che non sono stati oggetto del dibattito processuale” – Ibidem, p. 119.

¹⁶⁰ A propósito, “o conceito de poder é talvez o mais fundamental em toda a ciência política, sendo esta apresentada também como o ‘estudo da influência e do influente’ e influência é conceito que corre mais ou menos paralelo ao de poder. Volta-se, com isso, à ideia do poder, que constitui o elo entre o sistema processual e a política” – DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo...* p. 99.

apriorística; funciona, assim, como elemento discursivo-racional.¹⁶¹ O contraditório, como “cardine della ricerca dialettica” (voltando-se à expressão de PICARDI), articula e orienta o diálogo processual; e, como garantia, permite a franca participação dos interessados na atividade jurisdicional.

O princípio de não-contradição é inerente à predicação de assertivas e negativas, viabilizando-as como significantes; por isso, além de qualificar, delimita o próprio âmbito do discurso.¹⁶² Já o contraditório é o elemento que permite a confrontação argumentativa no diálogo processual, justificando-se, portanto, sua indispensabilidade.¹⁶³

A propósito, constitui “tarefa da refutação justamente tornar explícita e, portanto, efetivamente opinada, isto é, pensada, uma eventual contradição implícita, isto é, ainda não pensada, justamente com o objetivo de removê-la”.¹⁶⁴ A dialética processual, por intermédio do contraditório, permite o diálogo e lhe imprime coerência para que o

¹⁶¹ “Il principio di non contraddizione viene considerato da Aristotele anche come ciò che permette di formulare ogni tipo di ipotesi perché esso non è, a sua volta, una ipotesi. Il principio di non contraddizione è, perciò, il principio più accertante, perché garantisce razionalmente la nostra conoscenza nel momento in cui sottopone una affermazione alla sua negazione per farne emergere (o meno) la contraddittorietà. Esso garantisce anche ogni tipo di ragionamento in quanto la possibilità di costruire una inferenza è assicurata da una connessione che deve anch’essa essere non contraddicibile. Ed infine il principio di non contraddizione permette il discorso, la parola, in quanto assume anche la funzione di porsi quale criterio di significanza, intesa come quella condizione che assicura ad un nome un significato (escludendo il suo contrario). È dunque il principio che permette non solo di conoscere la realtà, ma di garantire un ragionamento, in quanto allontana dal discorso possibile (discorso che vive assieme alla propria alternativa), la sua negazione, rendendolo così un discorso (un ragionamento) innegabile” – SOMMAGGIO, Paolo. *Il contraddittorio come criterio di razionalità del processo...* p. 190-1.

¹⁶² Os discursos, “sendo respectivamente a afirmação e a negação, não são outra coisa senão a expressão dos pensamentos e das opiniões. Todavia, no que se refere aos discursos, a impossibilidade diz respeito ao seu valor de verdade, não à sua pronunciabilidade material: com efeito, é claro que, se alguém o deseja, pode afirmar e negar o pertencimento do mesmo predicado ao mesmo sujeito, pretendendo referir-se ao mesmo momento e ao mesmo aspecto. Todavia, isso não significa que ele pense efetivamente isso, que possua contemporaneamente duas opiniões opostas, pois – como observa a propósito Aristóteles [*Metafísica*, IV] a esse respeito – ‘não é necessário que alguém, as coisas que diz, estas também pense’. Ou é possível que alguém possua contemporaneamente opiniões das quais derivam consequências que se posicionam uma em contradição com a outra, mas, até que essas consequências não tenham sido explicitadas, ele não percebe a contradição: com efeito, enquanto ele ainda não vê tal contradição, não possui contemporaneamente duas opiniões opostas” – BERTI, Enrico. *Contradição e dialética nos antigos e nos modernos*. Trad. José Bortolini. São Paulo: Paulus, 2013, p. 157-8. Do mesmo autor, cf. *Aristotele: dalla dialettica alla filosofia prima, con saggi integrativi*. Milano: Bompiani, 2004; *Le vie della ragione*. Bologna: Il Mulino, 1987.

¹⁶³ “Il contraddittorio, dunque, non è altro se non il luogo nel quale si mette alla prova la contraddittorietà, o meno, di certe affermazioni: ciò che sussiste, in termini logici, ogni volta che si pronuncia un nome, che si costruisce un ragionamento, che si cerca di conoscere alcunché. Il contraddittorio, perciò, è quel luogo in cui una affermazione si trova, concretamente, di fronte alla propria negazione (proveniente dalla controparte) che consente di testare se essa sia sostenibile o meno. [...] In sintesi, una delle caratteristiche del principio di non contraddizione è di essere un principio necessario, ineliminabile ed imprescindibile nella comunicazione e nella conoscenza” – SOMMAGGIO, Paolo. *Il contraddittorio come criterio di razionalità del processo...* p. 191-2.

¹⁶⁴ BERTI, Enrico. *Contradição e dialética nos antigos e nos modernos...* p. 158.

resultado da atividade jurisdicional seja, enfim, o melhor possível: não segundo a revelação de uma “verdade” pelo juiz (como seria em uma concepção platônica de “supremo justo”), mas pela obtenção de uma solução coerente à luz do debate e das garantias democráticas franqueadas no processo. Essa coerência, viabilizada pelo contraditório, representa a própria dimensão do “possível” dentro do processo.¹⁶⁵

Um dos grandes trunfos da dialética é o aspecto funcional que lhe permite apontar a indissociabilidade da contradição na conformação do pensamento humano. O princípio do contraditório é, antes de tudo, uma condição para o exercício legítimo da linguagem no processo.¹⁶⁶ O “esclarecimento”, por intermédio da atividade jurisdicional, reporta a “composição” (*synthesis*) do diálogo democraticamente instaurado: o próprio “ato sentencial é a conclusão do processo (*concludere*). Esse ato de ‘fechamento’ encerra a discussão dialética no processo”.¹⁶⁷

Para os antigos gregos, a obtenção da verdade (*aletheia*) advinha da iluminação do obscuro, ou da “revelação do que estava esquecido”, mediante um processo participativo dos interessados na “verdade”.¹⁶⁸ A busca dessa “revelação” estaria condicionada, no entanto, à divisão entre o *ser* (partícipe) e o *bem* (visado) componente da verdade. A partir do momento em que os interesses se imiscuem na satisfação própria dos indivíduos, a “comunicação possível” perante a concorrência de parcialidades passa a depender – como *conditio sine qua non* – de um diálogo coerente e organizado.¹⁶⁹ Em outras palavras, “o antagonismo de posições das partes não é obstáculo à dialética, antes a viabiliza. A

¹⁶⁵ Afinal, “coerência, isto é, não contraditoriedade, não significa ‘verdade’, mas apenas ‘possibilidade’, motivo pelo qual um discurso coerente, isto é, não contraditório consigo mesmo, não é necessariamente um discurso verdadeiro, isto é, que diga como efetivamente as coisas são, mas somente como elas podem ser: a coerência é condição necessária, mas não suficiente, da verdade, no sentido em que sem ela não pode haver verdade, mas ela não basta para garantir a verdade” – Ibidem, p. 167. Nesse contexto, é essencialmente hermenêutico o conhecimento que revela [alguma] “verdade” pelo processo, cujos objetos e pontos de vista pautam-se imprescindivelmente em “temporalidade” e “historicidade” – JUNGES, Fábio César; ADAMS, Adair. *Hermenêutica pela história da hermenêutica*. Jundiaí: Paco Editorial, 2013, p. 57.

¹⁶⁶ Recorde-se, a propósito, que a própria dialética se justifica pela “condição do homem como animal dotado de linguagem” – VOLPI, Franco. *Schopenhauer e a dialética*. In *A arte de ter razão: exposta em 38 estratégias*, de Arthur Schopenhauer. p. 69-116. São Paulo: Martins Fontes, 2017, p. 114.

¹⁶⁷ BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial...* p. 74.

¹⁶⁸ SANTOS, Mário Ferreira dos. *Lógica e dialética: lógica, dialética e decialética*. São Paulo: Paulus, 2007, p. 103-4.

¹⁶⁹ Os princípios processuais constitucionais informam essa coerência e organização – que nada mais é do que uma medida de proporcionalidade – por intermédio da técnica traduzida nas normas processuais. Nesse contexto, é essencialmente hermenêutico o conhecimento que revela [alguma] “verdade” pelo processo, cujos objetos e pontos de vista pautam-se imprescindivelmente em “temporalidade” e “historicidade”. Cf. JUNGES, Fábio César; ADAMS, Adair. *Hermenêutica pela história da hermenêutica*. Jundiaí: Paco Editorial, 2013, p. 57.

dialética não é a morada do consenso, mas do diálogo regrado. O entrechoque de opiniões é, também ele, diálogo”.¹⁷⁰

O processo jurisdicional constitui instância comunicativa, estimulada por um diálogo garantido pelo direito. A dialética processual, nesse contexto, não está limitada por seu caráter gnoseológico, apreendido sob três momentos procedimentais específicos (*thesis*, *antithesis* e *synthesis*); a articulação da linguagem, evidentemente, apenas é possível mediante a participação dos sujeitos.¹⁷¹ As funções principais do órgão julgante [sob a óptica democrática] não se concentram somente na “decisão”, mas também na “interlocução”,¹⁷² em razão da dialeticidade inerente a qualquer fenômeno processual.¹⁷³

Desse modo, não seria a rigor necessária a formulação de uma nova ideologia processual para a tomada de consciência do atual momento de revalorização do contraditório, que se revela pela própria dimensão dialética do processo. Sob a óptica constitucional, seria inconcebível a legitimação de procedimentos decisórios (não apenas

¹⁷⁰ BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial...* p. 74.

¹⁷¹ O pensamento dialético permite a construção de “sínteses”, que literalmente constituem a “composição” (*synthesis*) de um *esclarecimento* formado do contraste entre “posição” (*thesis*) e “oposição” (*antithesis*), sendo, como “arte de esclarecer”, método de “pôr e opor opiniões para observar os resultados do choque das ideias opostas, contrárias, contraditórias ou distintas” – SANTOS, Mário Ferreira dos. *Lógica e dialética: lógica, dialética e decadialética...* p. 104. “Os três momentos da dialética, entendida como procedimento gnoseológico [ou gnosiológico], são, em última análise, a afirmação de uma realidade (tese), sua negação (antítese), e finalmente a negativa, ou da afirmação, ou da negação. E, no processo, a dialética não se limita a operar no plano abstrato, mas atua no plano concreto, exprimindo a participação dos sujeitos no procedimento cognitivo. Nesse sentido é que se fala da dialética do processo, valendo ainda lembrar que o que neste se intenta é remontar de uma ou de várias hipóteses à verdade, mediante um método empírico, mercê do qual a atividade do juiz guarda analogia com a do historiador. Surge disso uma inarredável conclusão: as partes é que são necessárias para o desenvolvimento do processo. A proposição contrária, no sentido de o processo servir às partes, só é válida na estreita medida em que estas têm interesse no provimento. Daí a necessidade de que as partes representem interesses opostos em relação à definição e qualificação do fato a ser declarado. A parcialidade das partes é essencial à função jurisdicional no momento da análise, assim como no momento da síntese é-lhe essencial a imparcialidade do juiz” – GRINOVER, Ada Pellegrini. *Defesa, contraditório, igualdade e ‘par condicio’ na ótica do processo de estrutura cooperatória...* p. 3.

¹⁷² A propósito, cite-se a proposta doutrinária de concepção da *jurisdição* como “função, atividade e *garantia*”, destituindo-lhe o aspecto de *poder*: “e sobretudo, seu principal indicador é o de garantia do acesso à justiça, estatal ou não, e seu objetivo, o de pacificar com justiça. [...] o acesso à justiça concretiza-se pela jurisdição e o elemento essencial da jurisdição é o acesso à justiça. Fecha-se o círculo entre acesso à justiça e jurisdição, tendo ambos como objetivo a pacificação com justiça” – GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade...* p. 20 e 83.

¹⁷³ “O processo é depositário de um incomparável legado, porque a dialética, como originariamente concebida – arte do diálogo regrado –, só persiste, hoje, no direito processual positivo. Dito mais precisamente: o processo (seja civil, penal, trabalhista, administrativo, tributário etc.) é a única província normativa do direito que abriga a dialética como *conditio sine qua non* para a aplicação de suas normas. E essa exigência já se instaura no nível constitucional. [...] A dialética como método é modernamente posta em exigência na linguagem-objeto, a do complexo de normas de direito positivo, constitucional e infraconstitucional, que versam sobre matéria processual” – BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial...* p. 74.

jurídicos) que excluíssem a participação dos sujeitos envolvidos. A dialética constitui qualidade essencial do contraditório, que ordena o exercício da linguagem no processo e informa toda a coerência do sistema processual.

O princípio do contraditório designa, enfim, como já apontado, um dos corolários mais tangíveis da garantia do devido processo legal, justamente em razão da imprescindibilidade da dialética na conformação do fenômeno processual. O estabelecimento de padrões participativo-comunicativos coerentes (proporcionais) legitima o exercício da atividade jurisdicional democrática, instrumentalizada pelo procedimento em contraditório.

10.3 Contraditório na contemporaneidade

A sociedade contemporânea é essencialmente consumidora. Há uma relação de proporcionalidade direta entre o consumo exacerbado e as crescentes crises de interesse (conflitos) que pressionam os sistemas de justiça. O “voto em tempo real e generalizado” acerca de todas as instâncias da vida cria um novo habitat social,¹⁷⁴ que, a par de viabilizar uma autoafirmação “emancipadora” coordenada pelo acesso às informações generalizadas (e generalizantes), transmuda as formas de exercício do poder em todas as esferas (sociais, políticas, jurídicas, econômicas) do “mundo de consumidores”.¹⁷⁵

¹⁷⁴ “O novo habitat permite a cada um [...] instruir-se, investir-se, dar sua opinião, participar das decisões, compartilhar perícia, em suma, manter-se atento a seu próprio destino e ativo no destino da coletividade. Surge então um voto em tempo real e generalizado, permitindo sonhar com uma autêntica democracia de participação, pois aqui a igualdade reina tanto para a intervenção, livre, quanto pelo acesso, fácil. [...] continuando sujeitos ativos de nossos conhecimentos e práticas, mas também tornados objetos passivos das transformações do mundo e sendo, portanto, duplos, temos hoje um mundo tão duplicado quanto nós, já que, objeto passivo de nossas transformações, ele se torna sujeito ativo do nosso destino; temos com ele uma nova relação, como um duplo vínculo cruzado em *feedback*: nós, sujeitos, objetivamos o Mundo; ele, sujeito, nos objetiva; sujeito, lançado sob nossos pés, ele nos cai na cabeça, realidade residual formidável que nos faz viver, nos transcende e pode [no entanto] nos erradicar” – SERRES, Michel. *Tempo de crise: o que a crise financeira trouxe à tona e como reinventar nossa vida e o futuro*. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2017, p. 66-7 e 91.

¹⁷⁵ Cf. BAUMAN, Zygmunt. *A ética é possível num mundo de consumidores?* Trad. Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 118. Assim, o “problema universal de todo cidadão do novo milênio: como ter acesso às informações sobre o mundo e como ter a possibilidade de articulá-las e organizá-las? Como perceber e conceber o Contexto, o Global (a relação todo/partes), o Multidimensional, o Complexo? Para articular e organizar conhecimentos e assim reconhecer os problemas do mundo, é necessária a reforma do pensamento. Entretanto, essa reforma é paradigmática [...] é a questão fundamental da educação, já que se refere à nossa aptidão para organizar o conhecimento” – MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação no futuro*. 2. ed. Trad. Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. Rev. Edgard de Assis Carvalho. São Paulo: Cortez, 2000, p. 35.

A denominada “vocazione del nostro tempo per la giurisdizione” constitui uma das características mais representativas do direito contemporâneo,¹⁷⁶ marcado pela revalorização da jurisprudência, em resposta aos valores e desafios apresentados pelo *ímpeto de reprodução*¹⁷⁷ da sociedade de massa na pós-modernidade. Nesse cenário, “o problema da racionalidade da jurisprudência consiste, pois, em saber como a aplicação de um direito contingente pode ser feita internamente e fundamentada racionalmente no plano externo”, garantindo-se tanto *segurança jurídica* quanto *solução adequada* às situações conflitivas.¹⁷⁸

A litigiosidade repetitiva reclamou do legislador brasileiro (CPC/2015) o aprimoramento de instrumentos e técnicas processuais a serviço da denominada *força expansiva da jurisprudência*, com o escopo de compatibilizar *segurança jurídica* e *solução isonômica* aos conflitos.¹⁷⁹ A “potencialidade de múltiplas demandas resulta em uma ameaça direta à segurança jurídica, porque a eclosão de múltiplos processos pode dar ensejo a diversas interpretações para uma mesma questão”, circunstância que reforça a necessidade de tratamento molecular das demandas repetitivas, por intermédio de casos paradigmáticos.¹⁸⁰

¹⁷⁶ “In effetti, oggi si avverte uno stato d’animo tendente a rivalutare il momento giurisprudenziale del diritto. È convinzione diffusa che il compito di adeguare il diritto alla realtà storico-sociale spetti anche al giudice e non è mancato chi, sia pure sotto diverse sfumature, abbia considerato la sua opera come fonte, concorrente e strumentale, di produzione giuridica. La giurisdizione assume, peraltro, il ruolo di fonte sussidiaria e flessibile; si è parlato, in proposito di ‘source délicieuse’ o di ‘diritto mite’. Si tratta di una linea di tendenza che – in forme più o meno accentuate – appare comune alla *civiltà giuridica occidentale*. Sorge, così una grave questione: fenomeni del genere possono segnare il passaggio dal *Gesetzstaat* al *Richterstaat*, da uno Stato a prevalente potere legislativo ad uno Stato a prevalente potere giudiziario?” – PICARDI, Nicola. *La giurisdizione all'alba del terzo millennio...* p. 1-3.

¹⁷⁷ BAUMAN, Zygmunt. *A ética é possível num mundo de consumidores?...* p. 142.

¹⁷⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia...* v. 1, p. 247.

¹⁷⁹ “O novo Código [de 2015] apresenta ainda muitos dispositivos relacionados com a *aderência do sistema às realidades sociais*, especialmente mediante [...] os *precedentes jurisdicionais* como autênticas fontes do direito” – DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. I... p. 91. “A doutrina já identificou que a eficácia vinculante se ampara em valores essenciais para a ordem jurídica. A certeza do direito e a segurança jurídica; a igualdade perante a lei e a garantia constitucional de igual julgamento; a duração razoável do processo; e, acrescentamos, a coerência e a unidade do ordenamento jurídico, que o prestigia e o torna mais compreensível aos olhos dos membros da sociedade” – GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade...* p. 148.

¹⁸⁰ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Segurança jurídica no Novo CPC*. In *Panorama atual do Novo CPC*. p. 325-44. Coords. Paulo Henrique dos Santos Lucon e Pedro Miranda de Oliveira. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 340.

Nesse cenário, a valorização dos denominados “precedentes judiciais”¹⁸¹ e a adoção da *segurança jurídica* e da *isonomia* como vetores para a construção de resultados que se pretendam justos – e de legítima força vinculante para casos homogêneos – destacam a importância do significado dialético do processo para o direito,¹⁸² à base da razão comunicativa presente na sociedade contemporânea.

O adequado equacionamento do ideal “eficientista” e seus impactos transformadores no exercício de todas as feições do poder estatal (incluindo-se evidentemente a atividade jurisdicional)¹⁸³ reforçam a importância da garantia [constitucional democrática] do contraditório.

A observância do contraditório representa uma condição indeclinável tanto para a formação quanto para a aplicação dos julgados paradigmáticos com aptidão à eficácia vinculante.¹⁸⁴ Não significa apenas oportunidade de oitiva nos processos representativos das controvérsias e naqueles submetidos à afetação de casos paradigmáticos, compreendido o contraditório no sentido lógico-formal (“senso debole”) da participação paritária;¹⁸⁵ trata-se de dimensioná-lo por um “senso forte”,¹⁸⁶ inerente ao reposicionamento do princípio como “cardine della ricerca dialettica”.¹⁸⁷

¹⁸¹ “A técnica de utilização de precedentes jurisprudenciais com maior força vinculante (sem que *precedência* e *jurisprudência* constituam sinonímia) não corresponde mais a sistemas exclusivamente ligados aos países de tradição de *common law*, sendo também adotada hoje por praticamente todos os países de *civil law*; no Brasil, especialmente sob o tratamento conferido pelo novo Código de Processo Civil, não é diferente. Não obstante, há comparações possíveis que dicotomizam as sistemáticas empregadas segundo as respectivas tradições jurídicas” – MONTEIRO NETO, João Pereira. *Vantagens e desvantagens da adoção de um sistema de precedentes judiciais*. In *Revista Jurídica – Seccional da OAB do Distrito Federal*. ano 2, n. 6, p. 58-60. Brasília: OAB/DF, 2015, p. 58.

¹⁸² PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile...* p. 226.

¹⁸³ Cf. MOURA, Marcelo Oliveira de; MORAIS, José Luis Bolzan de. *O neoliberalismo efficientista e as transformações da jurisdição*. In *Revista Brasileira de Direito*. v. 13, n. 1, p. 117-98. Passo Fundo: Programa de Pós-Graduação da IMED, 2017.

¹⁸⁴ A propósito, vale recordar que o art. 927, § 1º, do Código de Processo Civil contém remissão expressa ao art. 10 (“o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”).

¹⁸⁵ “La funzione del contraddittorio – in questa ottica – si esaurisce, quindi, nel garantire alle parti la possibilità di interloquire in giudizio (*audiatur et altera pars*). La *parità delle armi* si risolve in una meccanica contrapposizione di tesi e, quindi in ultima analisi, in uno strumento di lotta nel quale alle armi sono state sostituite le argomentazioni. Vengono anche alla mente le analogie fra *gioco e processo*, che implicano la ricostruzione del contraddittorio in senso debole, come *principio logico-formale*. [...] Indubbiamente l’implicazione più importante dell’idea del contraddittorio, assunta nell’accezione debole, è rappresentata dalla formalizzazione delle attività che s’intrecciano fra i soggetti della procedura. Ne è conseguita la loro trascrizione in termini di diritti ed obblighi processuali e la conseguente ricostruzione del processo, prima, come *rapporto giuridico processuale* e, in epoca più recente, come *procedimento*. Sono restati, invece, in ombra il momento del *giudizio* ed i meccanismi di formazione della sentenza. Sintomatica resta l’opinione secondo cui, in coerenza con le premesse, il giudice può fondare la sua decisione anche si

O “sentido forte” do contraditório, informado pelo ideal de *isonomia*,¹⁸⁸ impacta o diálogo processual e porta a ínsita característica de multilateralização dos destinatários.¹⁸⁹ No cenário de massificação das controvérsias, o contraditório passa a representar também – como manifestação tangível do devido processo legal – uma exigência de padrões participativo-comunicativos coerentes (proporcionais) no exercício da atividade jurisdicional democrática, que ampliem qualitativamente a interlocução processual.

A dialeticidade processual adquire um novo significado, circunscrevendo em cadeia os jurisdicionados afetados. Em outras palavras, amplia-se a própria “struttura policentrica ed a svolgimento dialettico”,¹⁹⁰ que, não se resumindo às partes e aos juízes do caso-piloto (paradigmático), passa a abranger sujeitos variados. A circunscrição subjetiva e objetivamente ampliada de interesses no contexto da litigiosidade repetitiva, própria da complexidade social, informa a exigência de abertura comunicativa do canal jurídico-processual.

questione di diritto rilevabile e rilevata d’ufficio, senza sottoporla preventivamente al vaglio del contraddittorio” – PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile...* p. 228.

¹⁸⁶ Ibidem, p. 228. Na doutrina, mencionam-se também o “concetto statico” e o “concetto dinamico” para referência aos aspectos “fraco” e “forte” do contraditório. Por todos, cf. PISANI, Andrea Proto. *Le tutele giurisdizionali dei diritti: studi*. Napoli: Jovene Editore, 2003, p. 658.

¹⁸⁷ PICARDI, Nicola. *La giurisdizione all'alba del terzo millennio...* p. 247.

¹⁸⁸ “No processo, a isonomia revela-se na garantia do tratamento igualitário das partes, que deve ser vista não apenas sob o aspecto formal, mas também (e principalmente) analisada pelo prisma substancial. A paridade das partes no processo tem por fundamento o escopo social e político do direito; não basta igualdade formal, sendo relevante a igualdade técnica e econômica, pois elas também revelarão o modo de ser do processo. Enquanto a igualdade formal diz respeito à identidade de direitos e deveres estatuídos pelo ordenamento jurídico às pessoas, a igualdade material leva em consideração os casos concretos nos quais essas pessoas exercitam seus direitos e cumprem seus deveres. Ao julgador compete assegurar às partes a paridade de tratamento, cabendo-lhe observar e fazer observar a igualdade entre os iguais e a desigualdade entre os desiguais, na exata medida das desigualdades presentes no caso concreto. [...] O contraditório é preservado na medida em que a igualdade entre os litigantes o seja” – LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Garantia do tratamento paritário das partes...* p. 97 e 103.

¹⁸⁹ Em contraste com o sentido clássico do contraditório (“senso debole”), “altro orientamento ritiene, invece, che il principio del contraddittorio debba tener conto anche dei valori dell’*uguaglianza sostanziale* e della effettività della tutela giuridica. Quanto ai rapporti fra le parti, è stata, in particolare, avvertita l’esigenza di assicurare ai non abbienti i mezzi per agire e difendersi in giudizio, di riconoscere al giudice poteri istruttori d’ufficio e di prevedere l’intervento in causa del pubblico ministero. Ma il cardine del nuovo orientamento consiste, soprattutto, nella convinzione che il contraddittorio si risolva nella regolamentazione del dialogo, in modo da assicurare reciprocità ed uguaglianza sostanziale non solo fra le parti, ma anche fra il giudice e le parti: il giudice deve, in ogni circostanza, far osservare ed osservare lui stesso, il principio del contraddittorio. [...] ‘giusto’ è soltanto il processo strutturato su quell’accezione forte di contraddittorio” – PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile...* p. 228-9 e 232.

¹⁹⁰ Afinal, “il processo è *policentrico* poiché coinvolge soggetti diversi, ognuno dei quali ha una collocazione particolare e svolge un ruolo specifico. Alla struttura soggettivamente complessa corrisponde poi uno *svolgimento dialettico*” – Ibidem, p. 226. Na doutrina brasileira, cf. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. 1. ed. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 212-47.

Amplia-se, assim, a garantia do contraditório na processualidade contemporânea.¹⁹¹ As implicações dessa ampliação, no âmbito da litigiosidade repetitiva, integram o presente objeto de estudo, esclarecendo que a ideia de “cooperação” – a *participação em cadeia* dos sujeitos do processo¹⁹² – designa a releitura de um fenômeno basal: a dialética, compreendida como qualidade essencial do contraditório, que ordena o exercício da linguagem no processo e informa toda a coerência do sistema processual.

¹⁹¹ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade...* p. 20-1.

¹⁹² “É assegurando às partes os caminhos para participar e os meios de exigir a devida participação do juiz em *diálogo* que o procedimento estabelecido em lei recebe sua própria legitimidade e, ao ser devidamente observado, transmite ao provimento final a legitimidade de que ele necessita” – Ibidem, p. 15-6.

IV CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL

11 Considerações iniciais

O atual momento do direito processual civil brasileiro, como explicita o Código vigente, insere-se no denominado *processo civil constitucional*: “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil” (art. 1º). O movimento pela constitucionalização apresenta-se como “moderna colocação metodológica da ciência processual” e constitui, em síntese, “a condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo”.¹ A própria Exposição de Motivos do Código de 2015 enuncia, em suas primeiras linhas, essa guinada metodológica: “um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados [...] não se harmoniza com as garantias constitucionais”.²

O presente capítulo aborda o atual momento metodológico de desenvolvimento da ciência processual no Brasil sob duas perspectivas. A primeira trata de um exame descritivo da evolução das fontes nas denominadas oito fases históricas do processo civil nacional (pós-independência).³ A segunda perspectiva situa elementos propedêuticos para uma epistemologia atual da processualidade, fundada na constatação de que o momento descrito como *processo civil constitucional* reelabora o ideário correspondente à teoria instrumentalista, mediante a enunciação doutrinária de uma “instrumentalidade

¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 25; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 88. “Também é dos tempos modernos a ênfase ao estudo da ordem processual a partir dos princípios, garantias e disposições de diversas naturezas que sobre ela projeta a Constituição. Tal método é o que se chama de *direito processual constitucional* e leva em conta as recíprocas influências existentes entre a Constituição e a ordem processual. De um lado, o processo é profundamente influenciado pela Constituição e pelo generalizado reconhecimento da necessidade de tratar seus institutos e interpretar sua lei em consonância com o que ela estabelece. De outro, a própria Constituição recebe influxos do processo em seu diuturno operar, no sentido de que ele constitui instrumento eficaz para a efetivação de princípios, direitos e garantias estabelecidos nela e muito amiúde transgredidos, ameaçados de transgressão ou simplesmente questionados” – DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. I. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 119-2.

² SENADO FEDERAL. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010, p. 21.

³ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 33-5.

metodológica” (ou “constitucional”), redimensionando os fatores de legitimação democrática do processo para sobrelevá-los em conformidade com as características da contemporaneidade.

Um dos grandes desafios da pós-modernidade processual será equacionar limites formais que se ajustem às novas realidades e perspectivas sociais em relação à atividade jurisdicional, sem que se retroceda a um indesejável formalismo, a um sistema de arbitrariedade decisória ou ao estancamento do acesso à tutela jurisdicional.

O escopo principal do capítulo é oferecer, enfim, reflexões gerais acerca da necessidade de compreender a processualidade contemporânea sob perspectiva dialética para que, sob a égide da constitucionalização do direito e pautada nas premissas de uma *instrumentalidade metodológica* (SALLES),⁴ a ciência processual possa aprimorar seus institutos à luz da complexidade dos conflitos da sociedade.

12 Do praxismo à constitucionalização do direito processual civil brasileiro

A evolução histórica do direito processual aponta a um movimento helicoidal ascendente, de alternância entre maior e menor formalismos em diferentes patamares progressivos, que se reflete na conformação dos poderes do juiz e no significado da relevância do processo para a realização dos valores sociais e políticos das sociedades.⁵ Para a ciência processual do século XXI, é possível agregar, como vetores de desenvolvimento, valores consagrados à base da razão comunicativa da sociedade tecnológica (sociedade da comunicação). A denominada cooperação processual insere-se

⁴ Cf. SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 13-27. Aderindo tanto à nomenclatura quanto à proposta de uma atual *instrumentalidade metodológica*, cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 13-4 e 33-4.

⁵ “[...] conquanto inegáveis os naturais e inevitáveis retrocessos, marchas e contramarchas, o fio histórico da questão aponta a um ciclo ascendente, helicoidal, de evolução, passando pelas seguintes fases: a) formalismo de caráter simbólico e religioso; b) informalismo decorrente de insuficiência técnica e de falta de consciência da sociedade civil em face do poder; c) formalismo exagerado baseado em fatores objetivos, tal como a corrupção dos juízes, e nos valores culturais repressivos da Idade Média; d) progressiva humanização do processo, lenta aproximação do juiz à realização da prova e ao contato direto com as partes, com gradual aumento de seus poderes; e) derrocada do formalismo excessivo, aumento dos poderes do juiz, sem esquecer os das partes, em busca de permanente diálogo e colaboração, eliminação do primado da forma, maior atenção aos fins sociais e políticos do processo” – OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 12.

nessa nova ambientação, caracterizada pela viabilização do diálogo democrático por intermédio do processo.

A clássica divisão de fases de desenvolvimento do processo civil moderno, que costuma apontar três principais momentos históricos (*praxismo*, *processualismo* e *instrumentalismo*),⁶ tem sido complementada, especialmente ao longo das últimas duas décadas, com a vertente metodológica da “constitucionalização” da instrumentalidade processual.

Os termos empregados na doutrina para designar a atual etapa de constitucionalização do processo civil são variados; alguns denominam-na, simplesmente, *instrumentalidade constitucional*; outros chamam-na de *formalismo-valorativo* ou de *neoprocessualismo*. Os nomes alternam-se, conforme a escolha do marco teórico, mas a proposta central é a mesma: a compreensão do processo como instrumento de realização do direito material, caracterizado pela mediação dos valores constitucionais tanto para legitimar os meios quanto para consagrar os resultados alcançados.

No Brasil, o movimento paulatino em direção ao publicismo processual, que originariamente destituiu o caráter privatista que caracterizava o processo civil de influência liberal (delimitado pela existência de praxes judiciárias conformadas por regras procedimentais extensas e específicas), inicia-se com a “nova era do formalismo processual”,⁷ marcada pelos influxos da concepção publicística da jurisdição presentes na elaboração do primeiro Código de Processo Civil nacional. Antes de sua concepção, no entanto, a doutrina já delimitava quatro períodos históricos relevantes para o processo civil nacional (ou seja, pós-independência), situados cronologicamente nos interregnos dos anos 1832-50, 1850-89, 1889-1934 e 1934-9.⁸

⁶ Trata-se de designação sinônima para indicar o “sincretismo” (fase pré-autonomista), a “autonomia” ou “fase conceitual” (desenvolvimento científico) e a “instrumentalidade” ou “fase teleológica” (desenvolvimento ético) como perspectivas metodológicas do direito processual civil moderno. Por todos, cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo...* p. 17-25; MITIDIERO, Daniel. *Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual civil*. In *Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. n. 2, p. 101-28. Porto Alegre: UFRGS, 2004.

⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil...* p. 57.

⁸ Em síntese, esses períodos estão respectivamente identificados da seguinte maneira: (i) *primeiro período* (1832-50), delimitado pelo Código de Processo Criminal de 1832 (Lei de 29 de novembro de 1832) – considerado o “marco inicial da nacionalização do processo civil” –, que continha Anexo (“Título Único”) integrado por vinte e sete (27) artigos para a “Disposição Provisória acerca da administração da Justiça Civil”, e pelo Regulamento n. 737/1850 (Decreto n. 737, de 25 de novembro de 1850), que determinava a “ordem do Juízo no Processo Comercial”; (ii) *segundo período* (1850-89), situado entre o Regulamento n.

Na realidade, a crítica que possibilitou a abertura do regime jurídico às influências do publicismo, abarcado pelo Código de Processo Civil de 1939, refere-se mais a uma postura interpretativa e ideológica do que à qualidade da norma processual em si. Basta observar que, em meados do século XIX, PAULA BATISTA já denunciava a inadequação de se associar invariavelmente “pragmatismo” a “privatismo”, ao demonstrar que a feição pública do processo – em oposição à concepção liberal então reinante – não autorizaria simplificações desintegradoras, que omitissem “atos e formas garantidoras da verdade”.⁹

Já na primeira fase histórica pós-independência, as normas de processo civil constantes do Anexo (“Disposição Provisória”) ao Código de Processo Criminal de 1832

737/1850 e a proclamação da República (15 de novembro de 1889), interstício de considerável incremento de normas esparsas (leis e decretos), como esclarece a oportunidade de edição da “Consolidação das Leis do Processo Civil”, realizada em 1871 e aprovada com força de lei pela Resolução de Consulta de 28 de dezembro de 1876, com o objetivo de regularizar e de uniformizar a praxe judiciária, tarefa que, por incumbência do governo imperial, ficou a cargo do Conselheiro Antonio Joaquim Ribas (1820-90), razão por que se passou a denominar correntemente de “Consolidação Ribas”; (iii) *terceiro período* (1889-1934), correspondente à primeira fase republicana, especialmente marcada pelas Constituições Federais de 1891 e de 1934, momento de bipartição entre normas processuais de competência privativa da União, para feitos de competência da justiça federal (organizada pelo Decreto n. 848/1890) ou do “Poder Judiciário da União” (art. 34, item 22, e art. 55 da CF/1891), e normas processuais estaduais (arts. 62 e 63); (iv) *quarto período* (1934-39), correspondente ao momento de sobrevida dos códigos estaduais, imediatamente anterior à edição do Código de Processo Civil de 1939, que reunificou as normas de processo civil brasileiras, cuja competência legislativa passou a ser privativa da União (art. 5º, XIX, *a*, da CF/1934 e art. 16, XVI, da CF/1937) – COSTA, Moacyr Lobo da. *Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 1-28, 29-56, 57-82, 83-98.

⁹ Como “condições inerentes ao processo”, anotou que “brevidade, economia, remoção de todos os meios maliciosos e supérfluos, tais são as condições que devem acompanhar o processo em toda a sua marcha. Assim, todos os atos, dilações, demoras, despesas inúteis são aberrações do regime judiciário, em prejuízo ao interesse dos indivíduos, das famílias e da sociedade” – BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compêndio de teoria e prática do Processo Civil comparado com o Commercial e de hermenêutica jurídica para uso das faculdades de Direito do Brazil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1901, p. 84. “A Francisco de Paula Baptista também não escapou o problema. Sublinhava conter o processo diversos períodos que constituem a sua ordem natural, lógica e imutável, incapaz de ser destruída ou ofendida sem ofensa à justiça, dado lugar ao aparecimento da desordem ou da tirania. Não esquecia, porém, outros valores, entronizando como condições que devem acompanhar o processo em toda a sua marcha a ‘brevidade, economia, remoção de todos os meios supérfluos’. E dito isso acentuava, como jurista de hoje, o direito do juiz de próprio movimento para, independente de requerimento da parte, mandar proceder a quaisquer atos e diligências tendentes a esclarecer sua consciência antes de julgar, abreviar as demandas, não consentindo em dilações maliciosas, nem quaisquer meios cogitados pelas partes, para uma ganhar tempo contra a outra” – OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil...* p. 185. “O *Compêndio* de Paula Baptista é sem dúvida o ponto de partida da moderna ciência processual brasileira. É o ponto de referência obrigatório para a aferição dos rumos do direito processual civil e para a compreensão dos estágios que alcançou posteriormente” – MESQUITA, José Ignacio Botelho de. *Apresentação: Teoria e Prática do Processo Civil e Comercial*. In *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*. v. 1, p. 308-14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 314. Cf. BUZUID, Alfredo. *Paula Batista: Atualidades de um velho processualista*. In *Revista Justitia*. p. 11-41. São Paulo: Justitia, 1950, p. 19-21; ZUFELATO, Camilo. *Algumas reflexões acerca do Compêndio de Paula Baptista com vistas ao CPC/2015*. In *História do Processo*. p. 89-109. Coords. Eduardo José da Fonseca Costa *et al.* São Paulo: ABDPRO, Editora Exegese, 2018.

(“Lei de 29 de novembro de 1832”), marco da nacionalização do processo civil,¹⁰ embora sintetizadas em vinte e sete (27) dispositivos, “continham modernidades que, apenas no século seguinte, viriam a consagrar-se sistematicamente na doutrina como aspectos da oralidade processual, já abarcando noções de *imediatez do juiz*, de *eventualidade* e de *irrecorribilidade em separado das interlocutórias*”,¹¹ dentre outras disposições relevantes, a exemplo da preocupação com a *publicidade* dos atos probatórios e a valorização da *autocomposição*.¹²

O Regulamento n. 737, de 25 de novembro de 1850, cuja edição é poucos meses posterior ao Código Comercial (Lei n. 556, de 25 de junho de 1850), é tradicionalmente considerado “o primeiro código processual elaborado no Brasil”, sendo “notável do ponto de vista da técnica processual”, não obstante o dissenso doutrinário quanto às suas inovações,¹³ com destaque à economia e simplicidade procedimentais, que constituíram, inclusive, modelos reproduzidos largamente no Código de Processo Civil de 1939.

¹⁰ “Até a promulgação da Disposição Provisória, os institutos do processo civil eram parte integrante do Direito reinícola. Com essa lei iniciou-se, no campo do processo civil, o lento trabalho de emancipação do direito processual brasileiro” – COSTA, Moacyr Lobo da. *Breve notícia histórica...* p. 5.

¹¹ MONTEIRO NETO, João Pereira. *Análise comparativa das Exposições de Motivos dos Códigos de Processo Civil brasileiros*. In *Direito Processual Civil Contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Walter Piva Rodrigues*. p. 325-60. Orgs. Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo, Daniel Guimarães Zveibil, Luiz Delloro, Júlio César Bueno e Marco Antonio Perez de Oliveira. Indaiatuba: Editora Foco, 2019, p. 329.

¹² “Mas, recebida [a Disposição Provisória] como verdadeira revolução na praxe forense, o conservadorismo reacionário tratou de mutilá-la, na primeira oportunidade” – COSTA, Moacyr Lobo da. *Breve notícia histórica...* p. 11. Por exemplo, cite-se o art. 120 da Lei n. 261, de 3 de dezembro de 1841, que revogou “o art. 14 da Disposição Provisória, tanto na parte que suprimiu as réplicas e trélicas, como naquilo que reduziu os agravos de petição e instrumento a agravos no auto do processo, ficando em vigor a legislação anterior que não for oposto a esta Lei” (ortografia atualizada). Sobre os aspectos processuais inovadores supracitados, cf. arts. 1º, 2º, 3º, 9º, 11, 14 e 15 do Título Único (“Disposição Provisória acerca da administração da justiça civil”) da Lei de 29 de novembro de 1832 (Código de Processo Criminal).

¹³ “O Regulamento 737 dividiu os processualistas. Foi considerado ‘um atestado da falta de cultura jurídica, no campo do direito processual, da época em que foi elaborado’; e foi elogiado como ‘o mais alto e mais notável monumento legislativo do Brasil, porventura o mais notável código de processo até hoje publicado na América’. Na realidade, examinado serenamente em sua própria perspectiva histórica, o Regulamento 737 é notável do ponto de vista da técnica processual, especialmente no que toca à economia e simplicidade do procedimento” – CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo...* p. 117. Uma das principais críticas ao corpo normativo de 1850 é endereçada com os seguintes adjetivos: “procedimento escrito, separações estanques das fases do processo, lentidão extrema da marcha dos feitos em juízo, impulso processual à exclusiva mercê da vontade das partes, regras legais de convencimento, participação quase supletória do juiz na própria produção de provas, tudo aquilo, enfim, que faz o processo comum inadapável às condições do direito moderno, é encontrado no regulamento n. 737” – MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. v. I. Campinas: Millenium, 1999, p. 114.

A disciplina original do Regulamento n. 737/1850¹⁴ limitava-se a processos relativos a controvérsias de direito comercial, com ressalva à aplicação subsidiária das normas de processo civil, em casos omissos (art. 743). As demandas cíveis permaneciam processadas sob o regime das Ordenações Filipinas do Reino de Portugal (Livro III), mas a disciplina do normativo de 1850, contendo disposições mais simples e melhor operantes, foram paulatinamente incorporadas à praxe geral (civil), o que se consolidou com a edição do Decreto n. 763/1890.¹⁵

A Constituição Federal de 1891, primeira Carta republicana, adotou um regime federativo que, por sua acentuada tendência descentralizadora,¹⁶ imputava privativamente aos novos Estados-membros (antes, Províncias) a competência para legislar em matéria de direito processual (arts. 34, n. 23, e 65, n. 2), reservando-se à União competência legislativa para as normas processuais relativas aos feitos da recém-criada justiça federal, organizada pelo Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890,¹⁷ editado sob a égide do Governo Provisório chefiado por Deodoro da Fonseca. Na verdade, o Decreto n. 848/1890 praticamente condensou as normas do Regulamento n. 737/1850,¹⁸ seguindo a tendência de uniformização do Decreto n. 763/1890, editado poucos dias antes (19 de setembro).

¹⁴ Decreto n. 737, de 25 de novembro de 1850, que determinava a “ordem do Juízo no Processo Comercial”, seguido pelo Regulamento n. 738 (Regulamento dos Tribunais do Comércio e do processo falimentar). O Regulamento continha estrutura tripartida: (i) primeira parte (“Do Processo Comercial”): processo comercial em geral e “espécies de ações” (arts. 1º-475); (ii) segunda parte (“Da execução”): fases executiva e liquidatória (arts. 475-638); (iii) terceira parte: abrangia dois títulos específicos para regular os recursos (arts. 639-71) e o sistema de nulidades (arts. 672-94). Havia ainda uma parte final para disposições gerais e transitórias (arts. 695-743).

¹⁵ COSTA, Moacyr Lobo da. *Breve notícia histórica...* p. 81.

¹⁶ Tese sustentada, dentre seus mais notáveis expoentes, pelo então Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça do Governo Provisório, Campos Salles: considerava que “tocar na autonomia dos Estados era ferir a República em seu coração” e defendia com veemência a “soberania legislativa das unidades federativas [...] influenciado pelo figurino americano” – CUNHA, Fernando Whitaker da. *Campos Salles e o Ministério Público*. In *Revista Justitia*. v. 64, p. 61-74. São Paulo: Justitia, 1969, p. 62.

¹⁷ Com a instauração republicana, fez-se necessária a instalação da justiça federal, que deveria coexistir com as justiças nos Estados. Representativa, a esse respeito, é a Exposição de Motivos do Decreto n. 848/1890, redigida por Campos Salles: “o organismo judiciário do sistema federativo, sistema que repousa essencialmente sobre a existência de duas soberanias na tríplice esfera do poder público, exige para o seu regular funcionamento uma demarcação clara e positiva, traçando os limites entre a jurisdição federal e a dos Estados, de tal sorte que o domínio legítimo de cada um destes soberanos seja rigorosamente mantido e reciprocamente respeitado” (ortografia atualizada) – VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Do Poder Judiciário: organização e competência*. In *Revista de Direito Administrativo*. n. 200, p. 1-19. Rio de Janeiro: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 1995, p. 7.

¹⁸ Ressalvadas as adaptações necessárias (organização e competência) e algumas alterações procedimentais, como, por exemplo, (i) a limitação dos incidentes de *exceção*, que, no Regulamento n. 737/1850, poderiam ser “de incompetência e suspeição”, de “ilegitimidade das partes”, de “litispendência” e de “coisa julgada” (art. 74, §§ 1º-4º), ao passo que estavam limitadas, no Decreto n. 848/1890, às hipóteses de “incompetência”

No âmbito da justiça organizada nos Estados-membros, as normas processuais do Regulamento n. 737/1850 permaneceram vigentes até que os entes federativos editassem seus próprios códigos estaduais, hipótese que não se confirmou jamais para algumas unidades (Goiás, Amazonas, Mato Grosso e Alagoas). De todo modo, a grande maioria dos códigos locais mantiveram “em suas linhas mestras a contextura do velho Regulamento, que lhes serviu não só de modelo, como de fonte de seus dispositivos”,¹⁹ à exceção de alguns casos.²⁰

Após a ruptura da conformação federativa idealizada originariamente na primeira Constituição da República,²¹ foi editada a Constituição Federal de 1934 (art. 5º, XIX, *a*), que restabeleceu a competência legislativa da União para normas de processo, privatividade mantida com a Constituição outorgada de 1937 (art. 16, XVI) – a Constituição do “Estado Novo” – e que conduziu, enfim, à edição do Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-Lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939).

Outras digressões históricas serão ainda necessárias para identificar o arcabouço ideológico que acompanha as mudanças reestruturais da norma processual civil brasileira: do “*processo-providência* (CPC/1939) ao *processo-tutela* (CPC/2015), intercalado pelo *processo-instrumento* (CPC/1973), como síntese da trilogia jurisdicional ‘Estado-Função-Garantia’, ou, simplesmente, processos de conformação *pública* (1939), *instrumental* (1973) e *constitucional* (2015)”.²²

e de “suspeição” (art. 122, *a e b*); (ii) a supressão da citação por mandado nos feitos da justiça federal (art. 98 do Decreto n. 848/1890), modalidade admitida pelo Regulamento de 1850 (art. 42).

¹⁹ “Na elaboração desses Códigos, os legisladores acharam mais fácil copiar do que inovar” – COSTA, Moacyr Lobo da. *Breve notícia histórica...* p. 63.

²⁰ “Os Códigos da Bahia, de Minas [Gerais] e de São Paulo passam a ser os mais aperfeiçoados, segundo os cânones das novas doutrinas processuais que começavam a se difundir nos meios jurídicos do país. Mas, mesmo assim, afora o aprimoramento técnico e o apuro da linguagem, de maior rigor científico na conceituação dos institutos e dos atos processuais, foram poucas as contribuições originais que trouxeram para o aperfeiçoamento do processo civil brasileiro” – *Ibidem*, p. 70.

²¹ O modelo prospectado pelos republicanos idealizadores da Carta de 1891 ruiu ante a crise política e socioeconômica que marcou o fim da República Velha – não contornada com a Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926 –, culminando no movimento revolucionário de 1930, que “marcou a queda da primeira Constituição republicana”. “As mesmas armas que derribaram a monarquia, e ergueram a República constitucional de 1891, depois do golpe de 15 de novembro de 1889, inspiraram a caminhada revolucionária da Aliança Liberal e desfizeram o sonho constitucional de Rui Barbosa: a Carta de 91” – BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988, p. 260.

²² Expressões cunhadas em estudo específico acerca das características dos textos justificadores dos três Códigos de Processo Civil nacionais. Cf. MONTEIRO NETO, João Pereira. *Análise comparativa das Exposições de Motivos dos Códigos de Processo Civil brasileiros...* p. 354.

12.1 “Processo-providência” do Código de 1939

O Código de Processo Civil de 1939, editado após o término da dualidade jurisdicional existente durante a primeira fase republicana, além de ser a primeira codificação processual nacional,²³ constitui também norma declaradamente de abertura ao publicismo processual, circunstância que estava ideologicamente alinhada com as premissas do Estado Novo.²⁴

O advento da unificação do direito processual, no Brasil republicano, por obra de um governo central forte e popular, constituiu o pretexto [ideal] para a enunciação de um “processo-providência”, resultado da dimensão política que predicava o novo modelo, anunciado como instrumento estatal destinado a combater as “injustiças” provocadas pelas supostas mazelas do aparato judiciário das antigas oligarquias.²⁵ Nesse contexto, propugnava-se pela “necessidade da tomada de consciência da natureza publicística do processo, mediante a assunção de uma postura *ativa e de autoridade* do juiz (em especial, quanto a atos diretivos e instrutórios)”²⁶ para que não prevalecesse “o resultado [arbitrário]

²³ Apesar de o Regulamento n. 737/1850 constituir já uma “primeira codificação” de normas processuais para causas não-criminais, como mencionado anteriormente, a dicotomização no tratamento legislativo das normas de processo (*comercial e cível*) situa o momento histórico anterior sob outro paradigma, autorizando a assertiva de ser o Estatuto de 1939 (Decreto-Lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939) o primeiro texto estrita e originalmente consolidado como Código de Processo Civil nacional. Cf. COSTA, Moacyr Lobo da. *Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro...* p. 26-8, 51-6, 75-82, 95-8.

²⁴ O Código de Processo Civil de 1939 foi resultado de esforço pessoal de Francisco Campos, Ministro da Justiça do “Estado Novo” instaurado por Getúlio Vargas, que também fora o idealizador teórico da própria Constituição Federal outorgada em 1937 – BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil...* p. 334-5.

²⁵ “O advento do Código de Processo Civil de 1939 tinha sem dúvida uma dimensão política, ao nosso ver não revelada em termos exatos. [...] o Código refletia, no seu campo próprio, a ‘tendência vital’ daquilo a que se chamou de ‘Estado Novo’. Tal qual o coração, a retórica tem razões que a razão desconhece” – BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Os novos rumos do processo civil brasileiro*. In *Temas de Direito Processual: sexta série*. p. 193-208. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 194. No texto justificador apresentado por Francisco Campos, é notória a conotação política e social, marcadamente disposta no modelo ideológico do Estado Social propagandeado pelo populismo da época, alardeando-se a chegada de um “novo” *processo-providência*, mediante a substituição da *justiça legal* pela nova ordem da *justiça social*: “o processo em vigor [anterior ao CPC/1939], formalista e bizantino, era apenas um instrumento das classes privilegiadas, que tinham lazer e recursos suficientes para acompanhar os jogos e as cerimônias da justiça, complicados nas suas regras, artificiosos na sua composição e, sobretudo, demorados nos seus desenlaces [...] podemos falar do cunho popular do novo processo; ele é um instrumento de defesa dos fracos, a quem a luta judiciária nos quadros do processo anterior singularmente desfavorecia” – CAMPOS, Francisco. *Projecto do Código de Processo Civil: exposição de motivos*. In *Revista Forense*. v. 36, n. 80, p. 5-18. Rio de Janeiro, 1939, p. 5-6.

²⁶ “Outro característico do sistema processual consubstanciado no projeto, e que se pode considerar como corolário da função ativa e autoritária do juiz, é, seguramente, o papel atribuído ao juiz em relação à prova. No processo dominado pelo conceito duelístico da lide judiciária, as testemunhas e os peritos são convocados pelas partes para as ajudar na comprovação das suas afirmativas” – CAMPOS, Francisco. *Projecto do Código de Processo Civil...* p. 9-10.

pelo duelo entre meros contendedores, circunstância considerada responsável por ruir a credibilidade social no sistema de justiça”.²⁷

Não obstante as circunstâncias políticas da época, o Código de Processo Civil de 1939 inaugurou o “período por excelência da construção dogmática do direito processual no Brasil”.²⁸

Os elementos centrais da guinada metodológica à publicização processual, pautada pelo Código de 1939, são (i) a adoção do *sistema da oralidade* e seus corolários (em especial, a concentração de atos, a regra da eventualidade, a exigência de identidade física do juiz e a limitação à recorribilidade das interlocutórias: v.g., arts. 120, 181-2, 190, 209, 271, 851-2); e (ii) a *ampliação dos poderes* diretivos e instrutórios do juiz (v.g., arts. 116-7, 210, 223, parágrafo único, 224, 248, 254, parágrafo único, 255, II, 257, § 1º, 258, 266, II, 294, IV [redação original], V [incluído pelo Decreto-Lei n. 4.565/1942], 295, 296, II), assegurando-se, inclusive, a razoável duração do processo (art. 112).²⁹

O Código de Processo Civil de 1939 era “relativamente avançado para a época”,³⁰ em especial quanto a seus Livros I (“Disposições gerais”), II (“Do processo em geral”), III (“Do processo ordinário”) e VII (“Dos recursos”).³¹

A ruptura com normas anteriores “pragmáticas” prestigiaria o primado do fundo sobre a forma (v.g., arts. 202, 233, 275), em especial com (i) a afirmação do princípio do prejuízo (*pas de nullité sans grief*: v.g., arts. 273-5, 278, § 2º), também em seu aspecto de aproveitamento dos atos processuais (v.g., arts. 165, § 1º, 276, 810), e com (ii) o fortalecimento dos poderes saneatórios do juiz (v.g., arts. 202, 294, § 4º, 295), inclusive em

²⁷ MONTEIRO NETO, João Pereira. *Análise comparativa das Exposições de Motivos dos Códigos de Processo Civil brasileiros...* p. 334. Não é despropositado que os principais autores citados na Exposição de Motivos do Código de 1939 sejam William Franklin Willoughby e Roscoe Pound, importantes expoentes da sociologia jurídica do início do século passado, que defendiam a função social do processo e dos poderes do juiz na equiparação de armas entre os litigantes, como meio legítimo de promoção da justiça. Cf. WILLOUGHBY, William Franklin. *Principles of judicial administration*. Washington: The Brookings Institution, 1929, p. 457; POUND, Roscoe. *The law and the people*. In *The University of Chicago Magazine*. v. 3, n. 1, p. 1-16. Chicago: *University of Chicago Press*, 1910, p. 16.

²⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Os novos rumos do processo civil brasileiro...* p. 194.

²⁹ MONTEIRO NETO, João Pereira. *Análise comparativa das Exposições de Motivos dos Códigos de Processo Civil brasileiros...* p. 335-6.

³⁰ BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Introdução ao processo civil moderno*. São Paulo: Lex Editora, 2009, p. 19; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 31.

³¹ Os demais, que totalizavam dez (10), eram os Livros IV (“Dos processos especiais”), V (“Dos processos acessórios”), VI (“Dos processos da competência originária dos tribunais”), VIII (“Da execução”), IX (“Do juízo arbitral”) e X (“Disposições finais e transitórias”).

sede recursal, mediante a possibilidade de o tribunal converter o julgamento em diligência, quando identificada ou arguida “preliminar sobre nulidade suprível” (art. 877, parágrafo único).³²

Aliás, algumas fórmulas simplificadoras de 1939, após alteração na disciplina legal dos respectivos institutos, foram retomadas pelo Código de Processo Civil de 2015.³³ Outras tendências (“novidades”) também prestigiadas pelo Código vigente têm normas correlativas no Estatuto de 1939; exemplificam-se, (i) a valorização do “despacho saneador” (art. 294 do CPC/1939), retomada com a “decisão de saneamento e de organização do processo” (art. 357 do CPC/2015), e (ii) a decisão definitiva em caráter *principaliter* das questões prejudiciais de mérito (art. 287, parágrafo único, do CPC/1939 e art. 503, § 1º, do CPC/2015).³⁴

12.2 “Processo-instrumento” do Código de 1973

No período de vigência do Código de Processo Civil de 1939, “as preocupações da doutrina se concentraram de modo predominante, senão exclusivo, em temas de índole essencialmente técnica”,³⁵ fenômeno relacionado ao avanço da ciência processual brasileira em meados do século passado, não obstante as circunstâncias sociopolíticas existentes ao tempo de edição daquele Estatuto.³⁶

³² MONTEIRO NETO, João Pereira. *Análise comparativa das Exposições de Motivos dos Códigos de Processo Civil brasileiros...* p. 336.

³³ Ilustrativamente, citem-se o capítulo de contestação relativo à impugnação ao valor da causa (art. 48, § 1º, do CPC/1939 e art. 293 do CPC/2015) e a inserção da demanda reconvenção no próprio bojo da peça defensiva (art. 190 do CPC/1939 e art. 343 do CPC/2015).

³⁴ *Ibidem*, p. 337.

³⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Os novos rumos do processo civil brasileiro...* p. 194.

³⁶ “É certo que, entre as notas básicas do sistema do Código, ganhava realce o aumento dos poderes do juiz na direção do feito. Mas esse traço está longe de exibir, historicamente, relação necessária ou mesmo constante com o autoritarismo político” – *Ibidem*, p. 194. “Afigura-se óbvio que a disciplina legal do processo (e não só do processo) sofre a incidência das características do regime político sob o qual é editada. Mas, à luz da experiência histórica, também deveria ser óbvio que constitui exagero de simplificação conceber essa relação à guisa de vínculo rígido, automático e inflexível, para considerar que, se determinada lei (processual ou qualquer outra) surgiu sob governo autoritário, essa contingência cronológica fatalmente lhe imprime o mesmo caráter e a torna incompatível com o respeito às garantias democráticas. A realidade é sempre algo mais complexo do que a imagem que dela propõem interpretação assim lineares, para não dizer simplórias” – BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O neoprivatismo no processo civil*. In *Temas de Direito Processual: nona série*. p. 87-101. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 88-9.

Seguindo igual tendência, o Código de Processo Civil de 1973 anunciou expressamente o caráter publicístico do processo civil, cuja “finalidade é dar razão a quem efetivamente a tem”, com uma adequada “atuação do direito”, mediante “instrumento dúctil para a administração da justiça”, sistematizado de forma racional e dotado de técnicas que lhe permitam “fácil manejo”.³⁷ Consoante as preocupações científicas de BUZOID, autor do respectivo Projeto de Lei, é possível depreender quatro parâmetros de abordagem para a justificação do Código de Processo Civil de 1973: a *unidade* do sistema processual, a *universalização* científica, o *desenvolvimento* da técnica e a *adaptação* à realidade.³⁸

A influência das doutrinas processuais predominantes na Europa continental foi especialmente acentuada, após a estada de LIEBMAN no Brasil,³⁹ cujas ideias contribuíram para a guinada científica que enfatizou o caráter *instrumental* e a tomada de consciência da *função social* do processo, desempenhada mediante “instrumentos processuais idôneos a tornar cada vez mais eficiente o sistema de justiça civil, como exigência para o melhor funcionamento de toda a coletividade, complexa e socialmente considerada”.⁴⁰

Seguindo os referidos parâmetros de *unidade*, *universalização*, *desenvolvimento* e *adaptação*, as modificações centrais, em relação ao regime anterior (Código de 1939), concentraram-se na estrutura organizacional, na disciplina de institutos centrais (como o tratamento da *coisa julgada*, a adoção da *teoria eclética* do direito de ação e o campo de incidência da *fase de saneamento*), no equacionamento da oralidade, na técnica do

³⁷ Cf. SENADO FEDERAL. *Código de Processo Civil – Histórico da Lei n. 5.869/1973*. v. I, t. I. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 1974, p. 8 e 13.

³⁸ Alfredo Buzaid, autor do Anteprojeto apresentado em 8 de janeiro de 1964 e do Projeto de 31 de julho de 1972, que culminou no Código de Processo Civil de 1973, cita a “(i) necessidade de sincronizar o código com as normas extravagantes das últimas duas décadas (unidade do sistema processual); (ii) a necessidade de aprimoramento da técnica, afinando-a com institutos modernos, inspirados no sistema estrangeiro (universalização científica); (iii) o alcance de equilíbrio entre *conservação* e *inovação* (noção desenvolvimentista); (iv) a relevância na mitigação de aspectos da oralidade cujo sistema, segundo o modelo rígido incorporado em 1939, mostrava-se incompatível com as peculiaridades nacionais (adaptação à realidade)” – MONTEIRO NETO, João Pereira. *Análise comparativa das Exposições de Motivos dos Códigos de Processo Civil brasileiros...* p. 341.

³⁹ O próprio Código de Processo Civil de 1973 foi considerado “um monumento imperecível de glória a Liebman, representando o fruto do seu sábio magistério no plano da política legislativa” – BUZOID, Alfredo. *A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro*. In *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 72, n. 1, p. 131-52. São Paulo, 1977, p. 152.

⁴⁰ CARRATTA, Antonio. *Funzione sociale e processo civile fra XX e XXI secolo*. In *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*. p. 87-138. Coords. Francesco Macario e Marco Nicola Miletta. Roma: Università degli Studi Roma TrE-Press, 2017, p. 89 [tradução livre].

procedimento, nos deveres e responsabilidades processuais das partes, no direito à prova, dentre outras alterações.

Em relação ao aspecto estrutural, a condensação em cinco Livros não apenas reduziu à metade o número de partes do Código anterior, mas aprimorou a sistematização das normas de processo civil, possibilitando tanto uma melhor concatenação das partes (títulos, capítulos, seções e subseções) quanto a setorização dos temas normatizados.

A disciplina dos institutos tratados foi amplamente modificada. Ilustrativamente, mencionem-se a denominada “teoria eclética” do direito de ação (v.g., arts. 3º, 267, VI, 295, II e III, 301, X), o dimensionamento da coisa julgada – também segundo a concepção de LIEBMAN (art. 467) –, a redução do âmbito de incidência do despacho saneador, mediante a incorporação da técnica de “julgamento conforme o estado do processo” (arts. 329-30), o que, como é notório, implicou transformações relevantes para a tendência de sumarização do procedimento e da atividade cognitiva que se revelariam na segunda fase do Código de 1973.

A propósito, no âmbito do denominado “procedimento ordinário”,⁴¹ as alterações operadas na fase saneatória do processo foram significativamente importantes, dada a introdução das chamadas “providências preliminares” (arts. 323-8), que, conforme a hipótese, abrangiam medidas ou circunstâncias variáveis entre “especificação de provas” (art. 324), concessão de prazo para “réplica” (arts. 326-7) e oferecimento de “ação declaratória incidental” pelo autor (art. 325).

Inúmeras medidas de simplificação procedimental foram adotadas, como a expressiva redução do número de procedimentos especiais e a diminuição das espécies recursais (art. 496, original). Foram extintos o “agravo de petição” (art. 846 do CPC/1939), “o agravo no auto do processo” (art. 851 do CPC/1939),⁴² os “embargos de nulidade e infringentes do julgado” (art. 833 do CPC/1939) e o “recurso de revista” (art. 853 do CPC/1939). Houve também clara preocupação com a uniformidade da jurisprudência para combater “um mal que gera profunda instabilidade nas relações jurídicas, criando um

⁴¹ Além de sua modalidade ordinária, o novo “procedimento comum” (no CPC/1939, os ritos eram “ordinário” e “especiais”) admitiu uma espécie *abreviada*, por força de dispositivo constitucional (art. 112, parágrafo único, da CF/1967, com redação dada pela EC n. 1/1969), qual seja, o então denominado “procedimento sumaríssimo” (“sumário”, após a Lei n. 9.245/1995), previsto originariamente para demandas com repercussão econômica de até cinquenta (50) salários mínimos, cujos parâmetros foram alterados em posteriores reformas.

⁴² Como sabido, respectiva modalidade (análoga) seria revigorada com a Lei n. 9.139/1995, que alterou a redação do art. 522 do CPC/1973 para prever o “agravo retido nos autos”.

clima de insegurança e despertando no ânimo dos litigantes certa decepção, ao verem que a justiça do caso concreto fica à sorte da distribuição dos feitos”.⁴³

Já a disciplina legal da intervenção de terceiros foi ampliada (arts. 56-80), criada a figura do “chamamento ao processo” (art. 77-80), importado do direito português, e incrementada a sistematização dos institutos já existentes no regime anterior, inclusive quanto à “assistência” (arts. 50-5), antes reduzida ao art. 93 do CPC/1939.⁴⁴ A disciplina relativa à atuação do Ministério Público, “considerado em sua dupla função de órgão agente e de órgão interveniente” (arts. 81-5),⁴⁵ passou a constar de título específico do Código.

Com acentuada crítica ao sistema oral adotado pelo Estatuto de 1939, o Código de Processo Civil de 1973 excepcionou a *identidade física do juiz* nas hipóteses de “transferência, promoção ou aposentadoria” (art. 132, redação original) ou nos casos de “afastamento por qualquer motivo” (redação dada pela Lei n. 8.637/1993) e alterou o *regime de recorribilidade* para admitir o agravo de instrumento contra quaisquer decisões interlocutórias (art. 522, original).⁴⁶

Quantos aos deveres e responsabilidades, a boa-fé processual, que era tratada sucintamente pelo CPC/1939 (v.g., arts. 63 e 179), transformou-se em diretriz para o comportamento das partes, sujeitas a responder por “dano processual”, por “litigância de

⁴³ BUZOID, Alfredo. *Anteprojeto de Código de Processo Civil...* p. 29. Concebeu-se, por exemplo, o incidente de uniformização previsto nos arts. 476-9, tanto para a superação do método voluntário da *revista recursal* quanto para a sofisticação do método *ex officio* e profilático do *prejulgado*, previstos no regime anterior (respectivamente, arts. 853 e 861 do CPC/1939). Aliás, o corpo normativo anexado ao Projeto apresentado ao Congresso Nacional em 1972 ainda previa o “recurso de revista” (arts. 500, IV, e 541-9). Justamente porque o incidente de “uniformização de jurisprudência” já estava contemplado no Projeto (arts. 480-3), e representava uma sofisticação do anterior instituto do “prejulgado” (art. 2º da Lei n. 319/1936 e, depois, art. 861 do CPC/1939), a espécie recursal foi retirada durante o trâmite e os debates legislativos.

⁴⁴ Todavia, o Código de 1973 manteve a inadequação no tratamento conjunto ao litisconsórcio (Capítulo V do Título II do Livro I).

⁴⁵ SENADO FEDERAL. *Código de Processo Civil – Histórico da Lei n. 5.869/1973...* p. 21.

⁴⁶ A crítica de Alfredo Buzaid à oralidade abarcada pelo CPC/1939 – considerava-a intensa demais para os lindes geográficos e para as particularidades demográficas do Brasil – não era ao sistema oral em si, mas a uma equivocada e generalizada concepção que, tratando a oralidade como grande trunfo para a então nova dimensão publicística do processo, implicou um estado de improvisação normativa metodologicamente injustificável. Assim, por exemplo, Buzaid destacou que “o projeto [de CPC], por amor aos princípios, não deve sacrificar as condições próprias da realidade nacional. O Código de Processo Civil se destina a servir ao Brasil. [...] O Brasil não poderia consagrar uma aplicação rígida e inflexível do princípio da identidade, sobretudo porque, quando o juiz é promovido para comarca distante, tem grande dificuldade para retomar ao juízo de origem e concluir as audiências iniciadas. [...] Outro ponto é o da irrecorribilidade, em separado, das decisões interlocutórias. A aplicação deste princípio entre nós provou que os litigantes, impacientes de qualquer demora no julgamento do recurso, acabaram por engendrar esdrúxulas formas de impugnação. Podem ser lembradas, a título de exemplo, a correição parcial e o mandado de segurança” – SENADO FEDERAL. *Código de Processo Civil – Histórico da Lei n. 5.869/1973...* p. 19.

má-fé” (arts. 16-7) e à observância da "dignidade da justiça”, especialmente em sede de procedimento executivo (arts. 599, II, 600-1). Os poderes diretivos do juiz, nesse contexto, foram reforçados para “prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça”, garantindo-se o equilíbrio entre as partes, mediante tratamento isonômico (art. 127). Já o denominado “princípio da sucumbência” passou a nortear-se pelo parâmetro da causalidade (arts. 20-3, 26, 453, § 3º).

O publicismo processual abarcado pelo Código de 1973 tem também especial destaque na disciplina do direito probatório, ampliando-se tanto os poderes instrutórios do juiz quanto a admissão da prova (art. 332). Nesse aspecto, é notável a alteração no regime da prova pericial⁴⁷ e a sistematização de determinadas espécies ou procedimentos incidentais, como a tomada do depoimento pessoal (arts. 342-7), a confissão (arts. 348-54), o incidente de exibição de documento ou coisa (arts. 355-63) e a arguição de falsidade documental (arts. 390-5). Por outro lado, a inspeção judicial de pessoas ou coisas, de ofício ou a requerimento da parte, recebeu tratamento específico (arts. 440-3).

Não apenas o Livro I (“processo de conhecimento”), mas também os Livros II (“processo de execução”) e III (“processo cautelar”) do Código de 1973 implicaram modificações notáveis, quando contrastadas com o regime do Estatuto anterior. Destaque-se, nesse contexto, o fim da anterior dicotomia entre a “ação executiva” (arts. 298-301 do CPC/1939) e a “execução da sentença” (art. 889 do CPC/1939) e a disciplina da “execução por quantia certa contra devedor insolvente” (Título IV do Livro II), aproximando-se a insolvência civil do regime de falência, equiparando o devedor civil ao comerciante (arts. 748-86).⁴⁸ No “processo cautelar” (Livro III),⁴⁹ empregou-se uma sistematização geral (arts. 796-812) aplicável tanto às medidas inominadas quanto subsidiariamente às espécies cautelares típicas (arts. 813-89).

Após aproximadamente duas décadas de vigência do regime original,⁴⁹ o Código de 1973 passou por sucessivas modificações, sendo adequado falar que essas reformas

⁴⁷ O perito, *imparcial*, sujeito aos regimes de impedimento e suspeição (art. 423), passa a ser nomeado pelo juiz (art. 421); as partes têm a faculdade de indicar assistentes técnicos (art. 422, original).

⁴⁸ “[...] se este [comerciante] tem direito à extinção das obrigações, decorrido o prazo de cinco anos contados do encerramento da falência [...], nenhuma razão justifica que o devedor civil continue sujeito aos longos prazos prescricionais”, que o inabilitam praticamente aos atos da vida civil – SENADO FEDERAL. *Código de Processo Civil – Histórico da Lei n. 5.869/1973...* p. 21.

⁴⁹ Ressalvadas modificações pontuais operadas por dezenoves leis, dentre as mais significativas, citem-se a Lei n. 5.925/1973 – que, ainda antes de o Código de 1973 entrar em vigor, alterou dezenas de dispositivos, a pretexto de “retificá-los” (a propósito, trata-se de fenômeno que se repetiu no Código de Processo Civil de

inauguraram uma *sétima fase* na divisão de etapas históricas do processo civil brasileiro, que antecedeu imediatamente a atual *oitava fase*, instaurada pela vigência do Código de Processo Civil de 2015.⁵⁰

As mais significativas inovações processuais civis constatadas antes do escopo reformador do Código de 1973 operaram-se, na verdade, no âmbito da legislação extravagante; citem-se a Lei n. 6.830/1980 (“Lei de Execução Fiscal”), a Lei n. 7.244/1984 (“Lei do Juizado Especial de Pequenas Causas”), a Lei n. 7.347/1985 (“Lei da Ação Civil Pública”), a Lei n. 8.009/1980 (“Lei do Bem de Família”), a Lei n. 8.038/1990 (“Lei dos Recursos”) e a Lei n. 8.078/1990 (“Código de Defesa do Consumidor”).

O texto normativo que precedeu o Estatuto vigente é substancialmente diverso daquele originalmente concebido para o Código de Processo Civil de 1973 e resulta da consolidação de inúmeras *minirreformas* específicas, relativas a “projetos independentes, cada um visando a determinado instituto ou setor do Código (citação postal, prova pericial, processo de conhecimento, procedimento sumário, recursos, execução, liquidação de sentença, procedimentos especiais)”.⁵¹

A Lei n. 8.455/1992, que alterou a disciplina da prova pericial, é considerada o marco da chamada “Reforma” do Código de 1973,⁵² advindas as Leis n. 8.637/1993 (relativa à identidade física do juiz), n. 8.710/1993 (incrementou os mecanismos de citação e de intimação em geral) e n. 8.718/1993 (passou a autorizar o aditamento do pedido, antes da citação).

2015, com a edição da Lei n. 13.256/2016 durante a *vacatio legis*) –, a Lei n. 6.515/1977 (“Lei do Divórcio”, que também alterou os arts. 100, I, 155, II, 733, § 2º, do CPC/1973), a Lei n. 6.771/1980 (aprimorou a redação do art. 17), a Lei n. 6.851/1980 (sofisticou a sistemática dos arts. 687, 692 e 700), a Lei n. 7.019/1982 (alterou os arts. 1.031-8) e a Lei n. 7.270/1984 (incluiu os §§ 1º a 3º no art. 145).

⁵⁰ As primeiras quatro fases (1832-50, 1850-89, 1889-1934 e 1934-9) foram reportadas anteriormente. A *quinta fase* corresponde ao período que medeia o CPC/1939 e o CPC/1973. A *sexta fase* adveio com a edição do CPC/1973. A *sétima*, com o ambiente das *minirreformas* do CPC/1973 e a *oitava fase* (atual) se reporta à vigência do Código de Processo Civil de 2015. Nesse sentido, cf. DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil...* p. 33-5.

⁵¹ “Trata-se do que se chamou de *minirreformas* e que se expressa numa série de projetos independentes, cada um visando a determinado instituto ou setor do Código (citação postal, prova pericial, processo de conhecimento, procedimento sumário, recursos, execução, liquidação de sentença, procedimentos especiais)” – CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo...* p. 127.

⁵² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil: Leis 8.455, de 24.8.92, 8.637, de 31.3.93, 8.710, de 24.9.93, 8.718, de 14.10.93, 8.898, de 29.6.94, 8.950, de 13.12.94, 8.951, de 13.12.94, 8.952 de 13.12.94 e 8.953, de 13.12.94.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 31.

Iniciaram-se em 1994, no entanto, as modificações mais substanciais, orientadas por um “escopo pragmático bem definido”, como “parte de um movimento organizado no sentido de simplificar o Código”,⁵³ inaugurando uma *segunda fase* do Estatuto de 1973, que esteve, a partir de então, em constante mutação até a edição, enfim, do Código de 2015.

O marco normativo, nesse contexto, é a Lei n. 8.898, de 29 de junho de 1994, seguida pela edição das Leis n. 8.950, 8.951, 8.952 e 8.953 (todas de 13 de dezembro do mesmo ano), que, somadas às alterações de 1992 e 1993, já chegaram a atingir cerca de dez por cento dos dispositivos originariamente previstos no Código de 1973,⁵⁴ modificadas disciplinas relevantes, como as fases recursal e de liquidação de sentença, instituídos os regimes de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional (encerrando a celeuma anterior das “cautelares satisfativas”) e de tutela específica das obrigações de “fazer” e de “não fazer”, além de normas relativas à conciliação e aos processos de execução (incluído o regime dos embargos à execução) e cautelar.

É possível segmentar, a partir de então, duas grandes escalas de modificação normativa no Código de 1973, especificamente identificadas nos interregnos dos anos 1992-9 e 2001-10,⁵⁵ que trataram de inúmeras alterações, relativas a vastíssimo âmbito temático. As principais modificações, à guisa de síntese, ocorreram quanto à efetividade das decisões judiciais, à estrutura procedimental (organização modular do processo ou sincretização de fases), à disciplina e à admissão dos recursos, ao fortalecimento gradual da atividade cognitiva sumária e ao estímulo às formas autocompositivas de resolução das controvérsias.⁵⁶

⁵³ Trata-se de trabalho oriundo de comissão liderada pelos Ministros (Superior Tribunal de Justiça) Sálvio de Figueiredo Teixeira e Athos Gusmão Carneiro – *Ibidem*, p. 32.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 31.

⁵⁵ Também na legislação extravagante, houve, nesses períodos, outras importantes inovações, em mais de uma dezena de leis, além daquelas inerentes à “Reforma do Poder Judiciário”, operada pela Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. Por exemplo, Leis n. Lei 9.099/1995 (“Lei dos Juizados Especiais”), n. 9.307/1996 (“Lei da Arbitragem”), n. 9.800/1999 (“Lei do Fax”), n. 9.868/1999 (“Lei da Ação Direta de Inconstitucionalidade”), n. 9.882/1999 (“Lei da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental”), n. 10.259/2001 (“Lei dos Juizados Especiais Federais”), n. 10.406/2003 (Código Civil), n. 11.101/2005 (“Lei de Falência e Recuperação Judicial”), n. 11.417/2006 (“Lei da Súmula Vinculante”), 11.419/2006 (“Lei do Processo Eletrônico”), n. 12.016/2009 (“Lei do Mandado de Segurança”), n. 12.153/2009 (“Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública”) e n. 12.562/2012 (“Lei da Representação Interventiva no Supremo Tribunal Federal”).

⁵⁶ Citem-se os respectivos anos de edição e as normas mais relevantes: (i) em 1995, as Leis n. 9.079/1995 (instituição da ação monitoria), n. 9.139/1995 (alterou a disciplina do recurso de agravo), n. 9.245/1995 (alterou o procedimento sumário); (ii) em 1998, a Lei n. 9.756 (modificou a sistemática do conflito de

Todas essas alterações normativas culminaram, enfim, na “propalada necessidade de sincronização de um novo código com as reformas das duas décadas que precederam a apresentação do Anteprojeto de 2010”.⁵⁷

12.3 “Processo-tutela” do Código de 2015

O “mosaico de coloridos diversos”, descrito por BUZAID para esclarecer a necessidade de um novo código de processo civil,⁵⁸ editado em 1973, está igualmente presente nas circunstâncias que ensejaram o Código de Processo Civil de 2015.⁵⁹ A Exposição de Motivos, por ocasião do Anteprojeto apresentado em 8 de junho de 2010 pela comissão de juristas incumbida da elaboração do texto-base,⁶⁰ consigna que “o enfraquecimento da coesão entre as normas processuais civis foi uma consequência natural do método consistente em se incluírem, aos poucos, alterações no CPC, comprometendo a sua forma sistemática”.⁶¹

competência); (iii) em 2001, Lei n. 10.173 (instituiu prioridade de trâmite por idade), n. 10.352 (aportou inovações para a remessa necessária e o regime dos recursos), n. 10.358 (robusteceu o dever de lealdade processual, alterou normas sobre provas e distribuição por dependência); (iv) em 2002, Lei n. 10.444 (alterações na disciplina da tutela antecipada, do procedimento sumário, do processo de execução, da tutela específica obrigacional [incluiu a obrigação de “entregar coisa”] e da execução provisória); (v) em 2005, Leis n. 11.187 (alterou novamente a disciplina do recurso de agravo), n. 11.232 (estabeleceu a fase de cumprimento da sentença, revogando dispositivos relativos ao anterior processo autônomo de execução fundado em títulos judiciais); (vi) em 2006, Leis n. 11.276 (alterou dispositivos relativos à interposição recursal, ao recebimento da apelação e ao saneamento de nulidades processuais), n. 11.280 (trata de incompetência relativa, prescrição, ação rescisória, meios eletrônicos, distribuições por dependência etc.), n. 11.382 (imprimiu nova disciplina ao processo autônomo de execução, readequando-o à nova organicidade do regime satisfativo, entre outras disposições), n. 11.418 (disciplinou a nova exigência de repercussão geral para o recurso extraordinário); (vii) em 2007, Lei n. 11.441/2007 (desjudicializou, em dadas hipóteses, o inventário e partilha, o divórcio e a separação consensuais); (viii) em 2008, Lei n. 11.672 (estabeleceu o regime e o procedimento de recursos repetitivos, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça); (ix) em 2009, Lei n. 12.008 (estendeu a prioridade de trâmite para portadores de doença grave); (x) em 2010, Lei n. 12.322 (alterou o regime de recorribilidade das decisões de inadmissão originária de recursos extraordinário e especial).

⁵⁷ MONTEIRO NETO, João Pereira. *Análise comparativa das Exposições de Motivos dos Códigos de Processo Civil brasileiros...* p. 348.

⁵⁸ SENADO FEDERAL. *Código de Processo Civil – Histórico da Lei n. 5.869/1973...* p. 9.

⁵⁹ MONTEIRO NETO, João Pereira. *Análise comparativa das Exposições de Motivos dos Códigos de Processo Civil brasileiros...* p. 348.

⁶⁰ “A apresentação do Anteprojeto ao Presidente do Senado Federal, Senador José Sarney, ocorreu no dia 8 de junho de 2010, devidamente precedida de Exposição de Motivos firmada pela Comissão de Juristas que o elaborou. O Anteprojeto hoje tramita[ou] como Projeto de Lei 166/2010 no Senado Federal” – MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 63.

⁶¹ SENADO FEDERAL. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil...* p. 22.

Os objetivos anunciados com a proposta de edição do Código vigente são os seguintes: (i) “estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal”; (ii) “criar condições para que o juiz possa proferir a decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa”; (iii) “simplificar, resolver problemas e reduzir a complexidade de subsistemas, por exemplo, o recursal”; (iv) “dar todo o rendimento possível a cada processo”; (v) “imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe mais coesão”.⁶²

O Código de Processo Civil de 2015 “trata com muito zelo os princípios constitucionais do processo, contendo uma boa gama de disposições reafirmando esses princípios e impondo sua observância”.⁶³ A enunciação de princípios sistematicamente abarcada pelo Estatuto vigente⁶⁴ está afinada com a guinada metodológica de constitucionalização do processo – principal base teórica do Código –, que incrementa o modelo constitucional nos institutos e regras nele estabelecidos;⁶⁵ eis a justificativa para a sua norma inicial: “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil” (art. 1º).

Nesse contexto, o Código atribui aos *sujeitos do processo* um “dever” de “cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (art. 6º), norma justificada pela doutrina como manifestação de um “modelo *colaboracionista*”,⁶⁶ que ressaltaria não apenas “o *direito ao contraditório*, mas também a *confiança* das partes na prolação de uma decisão dentro do *quadro de expectativas* gerado pelo conteúdo do

⁶² Ibidem, p. 23.

⁶³ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil...* p. 54. “Após a Constituição Federal de 1988, o *direito processual constitucional*, enquanto método pelo qual o estudioso passa a se preocupar com os grandes temas constitucionais e sua reflexão no modo de ser do processo, passou a ter relevância ainda maior. Normas e institutos do processo, por esse enfoque, são objeto de constante análise a partir da ordem constitucional e do sistema processual que, por sua vez, passa a ser interpretado tendo por base a observância dos princípios, garantias e regramentos que a Constituição impõe; o respeito aos preceitos constitucionais torna-se premissa ética da aplicação do direito processual” – LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas: de acordo com o Novo CPC e a Lei n. 13.256/2016*. 2. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, p. 176.

⁶⁴ Literalmente, reporta-se, v.g., aos seguintes princípios: dignidade humana, contraditório, isonomia, autonomia da vontade, proporcionalidade, efetividade, acesso à justiça, motivação, legalidade, publicidade, eficiência, segurança jurídica, boa-fé, proteção da confiança e duração razoável dos processos.

⁶⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Bases teóricas para um novo Código de Processo Civil*. In *Processo Civil em movimento: diretrizes para o novo CPC*. p. 19-27. Coords. Eduardo Lamy, Pedro Manoel Abreu e Pedro Miranda de Oliveira. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013, p. 24-5.

⁶⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. I... p. 42-3.

debate”.⁶⁷ O denominado “princípio da cooperação” tem sido aclamado como um dos principais vetores de desenvolvimento da técnica processual, fenômeno que, comparativamente, foi atribuído à oralidade na estruturação científica do processo civil no século XX, em especial até meados do século.

Orientadas pela perspectiva do processo civil constitucional, as alterações gerais promovidas pelo Código de 2015 buscaram o incremento de aspectos inerentes à instrumentalidade (v.g., simplificação procedimental e “primazia do fundo sobre a forma”), à efetividade do processo (v.g., no tratamento da tutela de urgência), à garantia de inafastabilidade da tutela jurisdicional adequada (v.g., valorização dos métodos não-adversariais) e à verticalização das decisões (v.g., relevância da atividade jurisprudencial), além de aspectos práticos diversos (v.g., contextualização da praxe forense aos autos e atos eletrônicos e desjudicialização de procedimentos).⁶⁸

O Código de Processo Civil de 2015 está sintonizado, enfim, com a atual perspectiva de *garantia* da atividade jurisdicional, capaz de promover, por intermédio de seu instrumento (processual), o adequado *acesso à justiça*, mediante a “observância das garantias constitucionais e legais, em busca da pacificação com justiça”.⁶⁹

⁶⁷ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 89-90.

⁶⁸ “Igualmente importantes, para a perspectiva do processo civil constitucional internalizada pelo Código de 2015, são as denominadas ‘primazia do *fundo* sobre a *forma*’ e ‘simplificação procedimental’ (v.g., eliminação de incidentes, disciplina dos atos processuais, regimes recursais, extinção do processo cautelar autônomo, unificação da fase de cumprimento de sentença), como aspectos inerentes à instrumentalidade do processo, e o fortalecimento da atividade cognitiva sumária (v.g., estabilização da tutela antecipatória, reestruturação das tutelas provisórias) e dos métodos não-adversariais, como aspectos inerentes à efetividade do processo e à garantia de inafastabilidade da [adequada] tutela jurisdicional. Considerando que um dos desafios atuais reside, justamente, em verificar os métodos processuais adequados à resolução de controvérsias típicas da complexidade contemporânea (v.g., conflitos de massa e processos civis de interesse público), o Código de Processo Civil de 2015 sobreleva tanto a valorização da atividade jurisprudencial quanto a tendência de molecularização dos conflitos. Outras exigências contemporâneas constam igualmente abarcadas pela disciplina processual civil trazida pelo Estatuto de 2015, como (i) a contextualização da praxe aos autos e atos eletrônicos (v.g., citação e intimação, endereço das partes, cartas, audiências, atos processuais por videoconferência, ampliação da publicidade, prova documental eletrônica, julgamentos, sustentação oral, organização de processos, regime recursal, busca e constrição patrimonial, leilão eletrônico) e a (ii) desjudicialização de atos e procedimentos (v.g., auxílio direto em cooperação jurídica internacional, usucapião administrativa, homologação notarial do penhor legal)” – MONTEIRO NETO, João Pereira. *Análise comparativa das Exposições de Motivos dos Códigos de Processo Civil brasileiros...* p. 353.

⁶⁹ “Jurisdição na atualidade, não é mais poder, mas apenas função, atividade e garantia. E, sobretudo, seu principal indicador é o de garantia do acesso à Justiça, estatal ou não, e seu objetivo, o de pacificar com justiça” – GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade...* p. 20. A “pacificação” deve ser compreendida, evidentemente, não no sentido psicológico, mas no sentido de pôr termo às incertezas jurídicas para impedir a perpetuidade dos conflitos.

13 Instrumentalidade do processo

Os tópicos anteriores estabeleceram o exame descritivo do que se identifica, modernamente, na história do direito processual civil brasileiro, como evolução da concepção publicística do processo (que o atrelava a *providência* emanada do poder e sob a *responsabilidade* estatais) à fase contemporânea de “instrumentalidade constitucional”, entremeada pelo aprimoramento técnico-científico do instrumento em sua perspectiva teleológica.

Todo processo é *instrumento*, no sentido de constituir expediente jurídico regulatório tanto das atividades dos sujeitos interessados quanto dos órgãos judicantes para a atuação concreta do direito material.⁷⁰ Trata-se de evidência que, embora constitua premissa, não abarca toda a compreensão do direito processual civil postulada pela *instrumentalidade do processo*, movimento doutrinário aderente ao “raciocínio teleológico” que, necessariamente, há de considerar os “*propósitos* norteadores” da atividade processual e das “condutas dos agentes jurisdicionais”.⁷¹

A corrente instrumentalista está diretamente relacionada ao movimento do “acesso à justiça” que teve seu apogeu nas três últimas décadas do século XX, momento tanto de entusiasmo com as celebradas “ondas renovatórias”⁷² quanto de percepção da “vocação do

⁷⁰ “O direito processual civil é assim, numa definição que dificilmente deixará de ser tautológica, o conjunto das normas reguladoras do processo civil, o que nos remete para o conceito de processo civil” – FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil – conceito e princípios gerais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 9.

⁷¹ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil...* p. 20.

⁷² Com marco no conhecido ensaio de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (*Access to justice: the newest wave in the worldwide movement to make rights effective*, de 1978), cuja tradução no Brasil ocorreu apenas em 1988 (*Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988), que, propugnando por uma mudança na perspectiva do acesso à justiça (transposição do acesso formal-dogmático ao acesso material-substantivo, à luz dos impactos sociais dos mecanismos de resolução de controvérsias e do sistema de justiça civil), constitui um dos frutos do denominado “Projeto Florença de Acesso à Justiça”, iniciado em 1973 e com relatório final, em quatro volumes, publicado cinco anos mais tarde. “Uma primeira ‘onda’ foi a que tentou superar os obstáculos representados pela *pobreza*, com intervenções do Estado tendentes a realizar formas mais eficazes de assistência judicial aos pobres, enquanto que numa segunda ‘onda’ os obstáculos que se intentou superar foram mais complexos e articulados. Cuidou-se, aqui, de efetivo, de fazer acessível a tutela jurisdicional àqueles direitos e interesses surgidos como particularmente importantes, e especialmente vulneráveis, nas sociedades industriais modernas, tais como os dos consumidores, os atinentes à proteção contra a contaminação ambiental, e, em geral, os coletivos, de categoria e grupos não organizados ou dificilmente organizáveis. [...] a dificuldade de proteção de tais interesses acentua-se enquanto, não raramente, eles estão em conflito com interesses que respondem, pelo contrário, aos centros do poder (econômico-político) públicos e privados, perfeitamente organizados, de maneira que a *equality of arms* é dificilmente realizável. A profunda diversidade entre aqueles interesses e os

nosso tempo para o exercício da jurisdição”,⁷³ deslocando o polo metodológico da ciência processual da *ação* para a *jurisdição*.⁷⁴ Em linhas gerais, a *instrumentalidade do processo* (instrumentalismo) visou à superação do *processualismo* (fundado em uma visão introspectiva do processo e limitado por uma postura técnica e dogmática que não atendia ao escopo de realização do direito material) por intermédio da “abertura do sistema para a infiltração dos valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico-material”.⁷⁵

Uma das causas para a *vocação do nosso tempo para a jurisdição*, na conhecida expressão de PICARDI, é a denominada “inflação legislativa”, que, considerada quantitativa e qualitativamente, acaba por deslocar para a jurisprudência atribuições inerentes à atividade legislativa: desde a determinação dos efeitos da lei no tempo (v.g., revocatórios e retroativos) até a própria organização das fontes do direito.⁷⁶ Não obstante, uma das premissas centrais da corrente instrumentalista é a unidade do poder estatal: a jurisdição constitui uma de suas expressões e o direito processual corresponde, assim, à “disciplina jurídica da *jurisdição*”, sendo o processo o aspecto dinâmico, o modo de exercício desse poder.⁷⁷

tradicionais direitos interindividuais não pode senão traduzir-se em diferenças profundas mesmo sob o plano da sua tutela, concernem às responsabilidades das partes, aos pobres e aos deveres de iniciativa e controle do juiz, aos procedimentos, aos tipos de *remédios* disponíveis, aos efeitos mesmo das decisões, de tudo o que surge uma profunda metamorfose do direito judicial, não somente civil senão, ademais, penal e administrativo” – CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. v. I. Trad. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008, p. 387-8.

⁷³ PICARDI, Nicola. *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 1-3.

⁷⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. I... p. 445-6.

⁷⁵ “A visão instrumental do processo, com repúdio ao seu exame exclusivamente pelo ângulo interno, constitui abertura do sistema para a infiltração dos valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico-material (a introspecção não favorece a percepção dos valores externos e a consciência dos rumos a tomar)” – DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo...* p. 368.

⁷⁶ “La caratteristica della cd. *inflazione legislativa* non consiste solo nella moltiplicazione delle leggi, ma anche nella svalutazione della legge. Innanzitutto, moltiplicazione delle disposizioni legislative, non solo e non tanto quantitativa, ma soprattutto qualitativa. [...] La pluralità delle normative finisce, poi, per provocare un calo di effettività: esse sono, nello stesso tempo, meno conosciute e meno applicate. È stato sottolineato come anche l'attività giuridica, sia un' *ars combinatoria* di leibniziana memoria: l'aumento del numero delle regole comporta, quindi, uno sviluppo esponenziale delle possibilità di combinazione: più regole vi sono, più si verificano possibilità di antinomie, di contraddizioni interne dell'ordinamento. Inoltre, l'accelerazione progressiva delle *ius superveniens* finisce per trasferire sulla giurisprudenza compiti ritenuti propri della legislazione: dalla determinazione degli effetti della legge nel tempo (abrogativi e retroattivi) alla stessa organizzazione delle fonti del diritto” – PICARDI, Nicola. *La giurisdizione all'alba del terzo millennio...* p. 6.

⁷⁷ “O *aspecto dinâmico* do poder, portanto, para o processualista não põe foco no poder mesmo, ou seja, na jurisdição, mas no meio e nas técnicas de seu exercício (processo). Quando normas e princípios que aparentemente se referem ao processo e não à jurisdição condicionam e limitam o exercício desta, eles na realidade se referem à jurisdição e só em segundo plano ao processo. Tome-se o exemplo do princípio da demanda e dispositivos legais que o consagram: parecem significar somente o modo de ser do processo, na disciplina de sua formação, que há de ser o efeito de um ato de parte, quando em seu significado mais profundo eles expressam uma importante condição posta ao poder mesmo, pois o juiz (Estado) só o tem, de

Outro parâmetro importante na construção doutrinária da instrumentalidade é a identificação de um tríptico escopo da atividade jurisdicional. Em síntese, o *escopo social* responde à necessidade de *pacificar com justiça* os conflitos e de conscientizar os cidadãos para a observância dos direitos alheios, em razão do zelo que adquirem em relação a seus próprios direitos, por intermédio do caráter *educativo* da jurisdição; o *escopo político* responde a três aspectos fundamentais: *capacidade estatal de decidir* imperativamente, legitimando-se pela respectiva soberania; *concretização das liberdades públicas* mediante o controle do poder estatal em relação aos indivíduos e à coletividade; *participação dos cidadãos* nos destinos da sociedade política; por fim, o *escopo jurídico* responde à necessidade de atuação concreta do direito.⁷⁸

Segundo esses componentes da doutrina instrumentalista, a atividade jurisdicional existe para *determinados fins* e o respectivo veículo de atuação (ordenado pelas normas de processo) orienta-se para a realização do direito material, que constitui a finalidade última do direito processual; a ênfase, assim, recai sobre o aspecto teleológico ou finalístico do direito processual.

Na visão instrumentalista, as normas processuais devem atuar para os fins a que se destinam: a realização do próprio direito material, pois “também em direito processual, entre dois valores – forma do ato processual e objetivo a ser alcançado –, adota-se este último sem qualquer hesitação”.⁷⁹ Sem deixar de reconhecer a evidente relevância da *forma* como valor estruturante de qualquer processo, “pois é garantia de ordem, segurança e liberdade, o rigor formal deve ser abandonado sempre que conflitar com os objetivos do próprio ato, desde que isso não comprometa outros valores também assegurados pela prévia descrição do modelo legal”.⁸⁰

modo a poder exercê-lo no caso concreto, se provocado. Seu corolário imediato, o princípio da correlação entre provimento e demanda, também constitui significativa limitação à magnitude do poder a ser exercido *sub specie jurisdictionis*. O próprio *direito processual* é, afinal, disciplina jurídica da *jurisdição*. Só em segundo plano e na medida em que em torno dela gravitam os demais institutos fundamentais do direito processual, é que vemos no direito processual também a disciplina da ação, da defesa e do processo” – DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo...* p. 134-5.

⁷⁸ Ibidem, p. 188-92, 198-99, 246-50. “A definição dos escopos do processo e a consciência de que este é um instrumento a serviço de todos esses escopos permitem ao intérprete definir certas ideias, premissas e princípios que nortearão a concepção dos institutos processuais em sua aplicação a cada situação concreta” – DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil...* p. 21.

⁷⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 59.

⁸⁰ “A regulamentação dos atos processuais não difere substancialmente, quanto aos motivos que a informam, da verificada no plano dos atos jurídicos em geral. Tanto quanto na vida, também no processo pretende-se

Nesse contexto, enuncia-se, enfim, a “ideia de *processo civil de resultados*, de íntima aderência à missão social do processo e à teoria geral do processo civil”, que consiste na “consciência de que o valor de todo o sistema processual reside na capacidade, que tenha, de propiciar ao sujeito que tiver razão uma situação melhor do que aquela em que se encontrava antes do processo”.⁸¹

14 Formalismo-valorativo e instrumentalidade metodológica

A saturação dos ideais que compõem a denominada “instrumentalidade finalística”⁸² culminou, com especial impulso no limiar do século XXI, no movimento pela “instrumentalidade metodológica”⁸³ ou “instrumentalidade constitucional”⁸⁴ do processo, mediante a “construção da ideia de processualidade a partir dos conflitos existentes”, em face da complexidade e dos caracteres conflitivos da sociedade contemporânea.⁸⁵ Esse

que os sujeitos se conduzam de modo a colaborar para a obtenção de determinados fins. Em ambos, o escopo último é a paz social” – Ibidem, p. 59.

⁸¹ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil...* p. 22.

⁸² A título de nota, citem-se também as críticas doutrinárias que apontam, na denominada instrumentalidade teleológica, um ideal que, ao longo das últimas décadas, teria franqueado a abertura a posições autoritárias dos órgãos jurisdicionais em face dos cidadãos, o que não se compactua com a cláusula-garantia do devido processo legal. Nesse sentido, “a aposta no fortalecimento da figura e dos poderes do juiz, o que debilitou (e debilita) as partes e suas funções processuais, falhou gravemente, seja porque as promessas não foram cumpridas, seja, principalmente, porque esse modelo de juiz-instrumentalista vem, dia a dia, açoitando as garantias processuais e violando a Constituição da República” – CARVALHO FILHO, Antônio. *Precisamos falar sobre o instrumentalismo processual*. In *Diálogos de teoria do direito e processo*. Coords. Antonio Carlos F. de Souza Jr., Antônio Carvalho Filho, Clayton Maranhão, Fredie Didier Jr. e Roberto Campos P. Gouveia Filho. p. 325-336. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 328.

⁸³ Cf. SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos...* p. 13-27; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade...* p. 13-4 e 33-4. Hipótese também traduzida como a ênfase nos *escopos sociais*, em detrimento à tônica dos *escopos jurídicos* identificada na fase anterior da instrumentalidade: “a afirmação do processo como um instrumento aplicado exclusivamente à efetividade da ordem jurídica-substancial perdeu lugar na preocupação dos processualistas modernos, aos quais mais preocupam os *escopos sociais* do processo e da jurisdição, característicos da atual fase científica declaradamente *instrumentalista*. A esses escopos é dada relevância muito maior que aos seus escopos puramente jurídicos” – DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. I... p. 90.

⁸⁴ PORTO, Sérgio Gilberto. *Processo civil contemporâneo: elementos, ideologias e perspectivas*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 22-4.

⁸⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade...* p. 34. “Afirma-se, a esse propósito, a necessidade de descer ao próprio direito material ou, mais exatamente, às situações controvertidas, ainda que potencialmente consideradas, próprias de uma área específica. Isso se mostra adequado ante a necessidade de apreender as características, premissas e problemas que são próprios a essa área, com o objetivo de construir uma resposta adequada às questões a ela peculiares” – SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos...* p. 15. “O novo Código [de 2015] apresenta ainda muitos dispositivos relacionados com a aderência do sistema às realidades sociais, especialmente mediante a valorização dos *meios alternativos* de

enfoque redimensiona os fatores de legitimação democrática do processo, tradicionalmente associados aos valores consagrados na cláusula do devido processo legal, para sobrelevá-los em conformidade com as características da contemporaneidade, denotada pela sociedade da comunicação (tecnológica) que marca o início da era digital.

Há uma verdadeira *atualização* da instrumentalidade, que, antes pautada pela efetividade da ordem jurídica substancial, orienta-se, agora, “pelos *escopos sociais* do processo e da jurisdição, característicos da atual fase científica”.⁸⁶ Em outras palavras, a instrumentalidade *constitucional* equaciona as premissas da instrumentalidade *teleológica* à luz dos “valores da justiça, igualdade, participação, efetividade e segurança”, sendo o processo, assim, “compreendido como método de realização da justiça material através da supremacia de valores com assento constitucional”.⁸⁷

Trata-se de uma perspectiva que reforça o caráter dialógico do direito processual civil sob a perspectiva dos direitos fundamentais, enfocando a relevância da participação tanto formal quanto substancial dos sujeitos para a legitimação da atividade jurisdicional.⁸⁸ Nesse contexto, a doutrina tem identificado a denominada “cooperação” processual como linha nuclear de um “novo” programa de direito processual civil, associado à transposição da *instrumentalidade finalística* para a *instrumentalidade metodológica* ou *constitucional*, ou, como preferem alguns autores, para um *formalismo-valorativo*, também denominado de *neoprocessualismo*.⁸⁹

solução de litígios (arbitragem, mediação e conciliação), e com os *precedentes jurisdicionais* como autênticas fontes do direito (art. 927 *etc.* – *infra*, nn. 33-34) *etc.* Abre portas a certos *negócios jurídico-processuais* a serem ajustados entre as partes com vista à adaptação dos procedimentos e de seus próprios poderes, deveres, faculdades e ônus processuais às realidades de cada caso concreto (arts. 190, 191 *etc.*). Fazem parte desse sistema o *diálogo* entre as partes e o juiz e a *cooperação* entre todos (art. 6º)” – DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. I... p. 91.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 90.

⁸⁷ PORTO, Sérgio Gilberto. *Processo civil contemporâneo*... p. 23.

⁸⁸ “Faceta importante a ressaltar é que a participação no processo para a formação da decisão constitui, de forma imediata, uma posição subjetiva inerente aos direitos fundamentais, portanto, é ela mesma o exercício de um direito fundamental. Tal participação, além de constituir exercício de um direito fundamental, não se reveste apenas de caráter formal, mas deve ser qualificada substancialmente. Isso me leva a extrair do próprio direito fundamental de participação a base constitucional para o princípio da colaboração” – OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. In *Do formalismo no processo civil* [Apêndice]. 2. ed. p. 260-74. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 269.

⁸⁹ Os termos empregados na doutrina para designar a atual etapa de constitucionalização do processo civil são variados; alguns denominam-na, simplesmente, *instrumentalidade constitucional*; outros chamam-na de *formalismo-valorativo* ou de *neoprocessualismo*. “O *neoprocessualismo* procura construir técnicas processuais voltadas à promoção do direito fundamental à adequada, efetiva e célere tutela jurisdicional. Para tanto, é indispensável enfrentar o problema do *fetichismo das formas*. O apego exagerado à forma cria obstáculos não razoáveis à utilização do processo como mecanismo de promoção de direitos fundamentais.

Na verdade, “a expressão neoprocessualismo pretende uma ancoragem direta com o neoconstitucionalismo”,⁹⁰ mas essa imediata ligação implica o indesejável “esfumaçamento do pano de fundo teórico – em termos de teoria geral do direito – com que o processo civil necessariamente tem de lidar”.⁹¹

Já em relação à expressão “formalismo-valorativo”,⁹² há também alguns problemas conceituais e epistemológicos,⁹³ razão por que se adota, simplesmente, a expressão “instrumentalidade metodológica (ou constitucional)” para designar a atual fase da ciência

Nessa perspectiva, há de se encontrar *ponto de equilíbrio* entre a garantia do devido processo legal, em sentido formal, e a aplicação racional das formas, como meios de efetivação da tutela jurisdicional. Trata-se, enfim, de uma *nova fase metodológica* do Direito Processual, a que se tem chamado de *formalismo-valorativo*. [...] Não obstante preferir conceituar a nova fase metodológica do Direito Processual Civil como *neoprocessualismo*, a percepção epistemológica do problema está, contudo, correta, não devendo os estudiosos se perderem no nome dado ao fenômeno. Mais importante que a denominação atribuída, é o método criado para romper a aplicação formalista do direito processual. Para a construção de uma sociedade onde se sobressaiam os valores éticos e emancipatórios contidos no texto constitucional, o processo deve ser pensado sob o enfoque da *cidadania ativa e solidária*. Assim, o Novo Código de Processo Civil afirma no art. 6º que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” – CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo do Judiciário*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 143-4.

⁹⁰ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil...* p. 48. Em síntese, o denominado “neoconstitucionalismo” visa a uma restauração do vínculo entre direito e ética, antes repudiado pelo positivismo, erigindo a *status* constitucional princípios da moralidade administrativa e política, a par de consagrar a envergadura constitucional dos direitos fundamentais, com marco filosófico no pós-positivismo. Por todos, cf. BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O trunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. In *Revista de Direito Administrativo*. n. 240, p. 1-42. Rio de Janeiro: FGV-Rio, 2005, p. 4-5. O denominado “neoprocessualismo”, como vertente teórica, é objeto de crítica na doutrina; dentre as mais abalizadas, cf. ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. In *Vinte anos da Constituição Federal da 1988*. p. 187-202. Orgs. Cláudio Pereira de Souza Neto *et al.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁹¹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil...* p. 48-9.

⁹² A doutrina aderente à terminologia ressalta que a corrente do *formalismo-valorativo* ressalta “as diretivas axiológicas constitucionais” na compreensão de todo o direito processual, envolvendo tanto questões de forma quanto de conteúdo na “delimitação de poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais”, bem como “a coordenação de sua atividade, a ordenação do procedimento e a organização do processo [...]”. Por isso, de um lado o formalismo é responsável por dar ordem ao procedimento, e, por outro, atua como garantia de liberdade contra o arbítrio estatal” – SCARPARO, Eduardo. *As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 28-9.

⁹³ “A expressão formalismo-valorativo padece de dois problemas. O primeiro deles é que a expressão ‘formalismo’ carrega um sentido negativo, normalmente relacionado no plano do processo àquilo que foi bem identificado pela doutrina como ‘formalismo pernicioso’. Aliás, a ressignificação do ‘formalismo’ operada pela doutrina não foi capaz de realçar o seu conteúdo de procedimento, aí entendido como conjunto de posições processuais que visa disciplinar a interação entre participantes do processo e promover o adequado desenvolvimento do processo. O segundo deles é ainda mais profundo: no campo da teoria do direito, existe um debate a respeito do *formalismo jurídico* e do *formalismo interpretativo* – que em nada se confunde com o conceito de *formalismo processual* e de *formalismo-valorativo*. A identidade terminológica, no entanto, contribui para identificações e assimilações teóricas indevidas. Essa é a razão pela qual também sob o ponto de vista da teoria do direito a palavra *formalismo* mais turva do que esclarece – o que acaba recomendando a sua substituição” – MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil...* p. 49-50. No mesmo sentido, cf. CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo...* p. 43.

processual,⁹⁴ correspondente ao modelo fundamentado no *método constitucionalista*, que “inclui o estudo das recíprocas influências existentes entre Constituição e processo”.⁹⁵

Dentre outros aspectos que serão ressaltados ao longo do estudo, o momento de valorização dos denominados “precedentes judiciais” e a adoção da *segurança jurídica* e da *isonomia* como vetores para a construção de resultados que se pretendam *justos* – e de legítima eficácia vinculante para casos homogêneos – ressaltam a importância do significado dialético do processo para o direito, à base da razão comunicativa presente na sociedade contemporânea.

A propósito, o ideal “eficientista” e seus impactos transformadores no exercício de todas as feições do poder estatal,⁹⁶ incluindo-se evidentemente a atividade jurisdicional, também reclamam uma nova abordagem do direito processual, em contraposição à tendência já denominada, por alguns autores, de “neoliberalismo processual”, que se caracterizaria por uma ênfase desenfreada da perspectiva econômica nos eixos de estruturação do sistema de justiça civil contemporâneo.⁹⁷

⁹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade...* p. 33-4. “Em termos metodológicos, objetiva-se uma inversão da racionalidade própria do processualista. O problema não se coloca no campo estritamente processual, buscando-se subsídios do direito material para solucioná-lo. Ao contrário, vai-se ao problema em sua maior concreção, buscando entendê-lo a partir peculiaridades da disciplina jurídica e social à qual deve estar conformada e identificada a resposta processual mais adequada para sua solução. Na verdade, propõe-se um pouco mais do que tomar um campo específico do direito material como ponto de partida. Isso porque, da mesma forma que o processo, também o direito não consegue dar conta de toda a complexidade dos problemas surgidos no plano fático. Há, sem dúvida, nos dois campos jurídicos, um *acréscimo de complexidade* tanto jurídica quanto fática” – SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos...* p. 19.

⁹⁵ “Direito processual constitucional é o *método* consistente em examinar o sistema processual e os institutos do processo à luz da Constituição e das relações mantidas com ela. [...] O *método constitucionalista* inclui o estudo das recíprocas influências existentes entre Constituição e processo – relações que se expressam na *tutela constitucional do processo*, representada pelos princípios e garantias que, vindos da Constituição, ditam padrões políticos para a vida daquele” – DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil...* p. 53.

⁹⁶ Cf. MOURA, Marcelo Oliveira de; MORAIS, José Luis Bolzan de. *O neoliberalismo eficiente e as transformações da jurisdição*. In *Revista Brasileira de Direito*. v. 13, n. 1, p. 117-98. Passo Fundo: Programa de Pós-Graduação da IMED, 2017.

⁹⁷ “Tal perspectiva processual, aqui denominada ‘neoliberal’, permite a visualização do sistema processual tão-somente sob a ótica da produtividade (art. 93, inc. II, alínea c, CRFB/88, com nova redação dada pela EC/45) e associa a figura pública do cidadão-jurisdicionado à de um mero espectador privado (consumidor) da ‘prestação jurisdicional’, como se o poder-dever estatal representasse, e fosse, um mero aparato empresarial que devesse fornecer soluções (produtos e serviços) do modo mais rápido possível, à medida que os insumos (pretensões dos cidadãos) fossem apresentados (propostos). O Judiciário não é visto prioritariamente como uma entidade que desempenha uma função estatal, mas, sim, como um mero órgão prestador de serviços. Essa perspectiva reduz o papel do cidadão a de mero consumidor de produtos do Estado-privado-jurisdição, e a interpretação dos princípios processuais constitucionais (que deveriam fornecer correção normativa ao sistema de aplicação de tutela, dentro de um espaço público) passa a ser feita em perspectiva formal, como se fossem utilizados tão-somente para que o processo obtenha máxima eficiência prática dentro de critérios quantitativos (e privatísticos) e não qualitativos. [...] Poder-se-ia

Um dos grandes desafios da pós-modernidade processual será equacionar limites formais que se ajustem às novas realidades e perspectivas sociais em relação à atividade jurisdicional, sem que se retroceda a um indesejável formalismo,⁹⁸ a um sistema de arbitrariedade decisória ou ao estancamento do acesso à tutela jurisdicional. Nesse cenário, destaca-se, por exemplo, a necessidade da percepção crítica quanto à utilização dos meios tecnológicos, a serviço da atividade jurisdicional, sob pena de um “paradoxal retorno da prevalência da forma sobre a substância” dos atos processuais⁹⁹ ou de se transformar o processo em um indevido mecanismo voltado “a soluções de matemática exatidão” e insensível às “necessidades da vida”, negando-lhe o aspecto de fenômeno sociocultural.¹⁰⁰

15 Contribuição dialética para o processo civil constitucional

O título do tópico é declaradamente inspirado em obra fundamental do constitucionalismo moderno brasileiro (*Contribuição dialética para o constitucionalismo*), que constitui proposta de superação do formalismo tradicional do direito do Estado por

argumentar que seria contraditório intitular esse movimento processual no Brasil de neoliberal, uma vez que ele se embasa no aumento do papel judicial – ou seja, do Estado no processo – mas ocorre que a) não se busca (e nem mesmo se assegura uma infraestrutura institucional) para o exercício socializador da prática decisória, mas somente a produtividade; b) se esvazia o papel formador das decisões, técnico e institucional, do processo, relegando sua estrutura problematizante a segundo plano; c) se busca uma aplicação massificante e em larga escala de provimentos; d) se busca a máxima sumarização da cognição; e e) o papel do juiz é fortalecido para o atendimento de imperativos do mercado, o que significa dizer que o aumento do papel judicial não busca nenhum objetivo socializante” – NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. *Teoria geral do processo*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 111-3.

⁹⁸ “O direito processual é eminentemente *formal*, no sentido de que define e impõe formas a serem observadas nos atos de exercício da jurisdição pelo juiz e de defesa de interesses pelas partes. A exigência de formas no processo é um penhor da *segurança* destas, destinado a dar efetividade aos poderes e faculdades inerentes ao sistema processual (devido processo legal). É clássica a afirmação de que a existência legal de certas *formas* no exercício do poder pelos agentes estatais constitui culto à *liberdade* das pessoas sujeitas a esse poder, às quais é lícito esperar que os atos de soberania se exerçam segundo o modelo da lei e não conforme a vontade daqueles agentes – entre os quais o juiz. O que se renega no direito processual é o *formalismo*, entendido como culto irracional da forma, como se fora esta um objetivo em si mesma” – Ibidem, p. 101-2.

⁹⁹ Cf. MONTEIRO NETO, João Pereira. *Oralidade e novas tecnologias no processo civil brasileiro*. In *Revista Forense*. v. 428, ano 115, p. 143-78. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 171-2.

¹⁰⁰ “[...] o rigor do formalismo resulta temperado pelas necessidades da vida, agudizando-se o conflito entre o aspecto unívoco das características externas e a racionalização material, que deve levar a cabo o órgão judicial, entremeadada de imperativos éticos, regras utilitárias e de conveniência ou postulados políticos, que rompem com a abstração e a generalidade. O juiz, por sua vez, não é uma máquina silogística, nem o processo, como fenômeno cultural, presta-se a soluções de matemática exatidão. Isso vale, é bom ressaltar, não só para o equacionamento das questões fáticas e de direito, como também para a condução do processo e notadamente no recolhimento e valorização do material fático de interesse para a decisão” – OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais...* p. 266.

intermédio de um prisma dialético, mediante reflexões hauridas da realidade histórica, para compreender o constitucionalismo “não como um dado em si, mas integrado no processo social que o produz. Não há produto sem produção: estudar o produto em si – desligado do seu processo de produção – é cair na ideologia do dado. É ficar no dado aparente ou iludir-se com uma figura ideal”.¹⁰¹

Do mesmo modo, a processualidade contemporânea deve ser analisada sob perspectiva dialética para compreender e aprimorar seus institutos à luz dos dados reais extraídos da complexidade dos conflitos da sociedade, sem “iludir-se com uma figura ideal” relacionada a uma ou outra ideologia, que, por sua esterilidade prática, não contribuiria para responder aos desafios da atualidade e às problemáticas da sociedade tecnológica.

O próprio movimento pendular da ciência processual, identificando modelos alternantes,¹⁰² reclama uma epistemologia capaz de compreender as sucessivas crises do sistema de forma interacional, alcançando-se um equilíbrio entre a reflexão especulativa e as necessidades empíricas das soluções engendradas na contemporaneidade. Se as experiências presentes e passadas não forem interpretadas *em razão de uma vinculação prática* à luz de valores cogentes (constitucionais), comprometem-se tanto a operosidade quanto a eficiência dos institutos processuais.

A postura instrumentalista clássica (finalística ou teleológica) identifica no processo a “miniatura do Estado democrático (ou microcosmos do Estado-de-direito), por ser construído em clima de *liberdade* e com abertura para a *participação* efetiva dos seus sujeitos, os quais são tratados segundo as regras da isonomia”.¹⁰³

Se a própria legitimidade da democracia representativa, já nos albores da era tecnológica, tem sido questionada por cientistas políticos de todo o mundo,¹⁰⁴ não é

¹⁰¹ BARROS, Sérgio Resende de. *Contribuição dialética para o constitucionalismo*. Campinas: Millennium Editora, 2007, p. 241.

¹⁰² Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil...* p. 12.

¹⁰³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo...* p. 369.

¹⁰⁴ Por todos, cf. JÁUREGUI, Gurutz. *La democracia en la encrucijada*. Barcelona: Anagrama, 1994; BORJA, Jordi. *Participación ¿para qué?* In *Revista Urbana*. n. 9, p. 25-44. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1988. “Sem dúvida alguma representatividade é essencial como critério de legitimação democrática. O problema, contudo, reside em compatibilizar o instituto com todas as tensões e conflitos inerentes aos sistemas sociais complexos, com as exigências de garantia e segurança das expectativas e, principalmente, com os imperativos de estabilidades das relações sociais. A heterogeneidade das sociedades de classe tem posto em evidência os limites estruturais da dogmática jurídica para responder com flexibilidade a este desafio. Assim, a ciência do direito deve empreender seus esforços no sentido de superar

despropositado inferir que a participação formal dos sujeitos do processo seja insuficiente para a conformação de uma nova ordem de aprimoramento da tutela jurisdicional e do [re]equacionamento do acesso à justiça, diante da complexidade da sociedade contemporânea.¹⁰⁵

Nesse contexto, a própria dialeticidade que caracteriza o princípio do contraditório tem de ser repensada, com um equacionamento que considere as particularidades dos conflitos e dos atores sociais envolvidos, servindo a ideia [geral] de “cooperação” à ênfase do canal comunicativo oportunizado pela atividade processual. Trata-se de proposta alinhada à atual vertente da instrumentalidade metodológica ou constitucional do processo, que, a seu modo, também constitui uma compreensão dialética da processualidade contemporânea.

A propósito, conforme será analisado detidamente em tópico ulterior, a doutrina jurídica da cooperação processual – retomando a ideia do *processo* como “microcosmo do Estado de direito”, já enunciada pelo movimento instrumentalista – é construída sob a perspectiva de que “o Estado Constitucional também revela a sua *juridicidade* no processo”.¹⁰⁶

O problema do acesso à justiça, no Brasil, tem sido ostensivamente reportado nas quatro gerações de normas processuais codificadas (últimos oitenta anos, a contar de 1939 e incluídas as minirreformas da última década do século XX), como já descrito, e a ausência de uma guinada processualística quantos aos reais problemas das relações sociais

os paradigmas tradicionais e perquirir por mecanismos que superem a crise de legitimidade política e social do direito positivo e da representação política” – CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Democracia e legitimidade: representação política e paradigma dogmático*. In *Revista de Informação Legislativa*. v. 22, n. 86, p. 29-40. Brasília: Senado Federal, 1985, p. 40. Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 95-8.

¹⁰⁵ “A sociedade moderna assume uma *complexidade* cada vez maior. A complexidade atinge não apenas a estrutura da sociedade e as atividades econômicas pela multiplicidade de campos de atuação e pelos conhecimentos especializados que tais atividades reclamam, como também o cidadão em suas diversas atividades cotidianas e em sua vida de relação presidida pela economia de massa, regulada por um cipoal de leis e orientada por uma massa assistemática de informações de todas as espécies, muitas delas orientadas por um incontrolável consumismo. A piorar tudo isso tem-se, ainda, a incrível velocidade em que se processam as transformações sociais no mundo contemporâneo, cuja percepção foge até mesmo ao segmento mais instruído da sociedade” – WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 6.

¹⁰⁶ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil...* p. 71. Quanto a esse aspecto, é categórico o seguinte excerto: “a democracia participativa, tida mesmo como um direito fundamental de quarta dimensão, sugere a caracterização do processo como um espaço privilegiado de exercício direto de poder pelo povo. Nessa quadra, potencializa-se o valor da participação no processo, incrementando-se as posições jurídicas das partes no processo a fim de que esse se constitua firmemente como um democrático ponto de encontro de direitos fundamentais (arts. 1º, 7º, 9º e 10 do CPC/2015)” – *Ibidem*, p. 47.

contemporâneas tende a produzir resultados normativos meramente retóricos ou uma “legislação-álibi” processual.¹⁰⁷ A pior consequência disso é que, em vez de contribuir para a construção de uma sociedade mais justa e solidária, um sistema processual não compreendido em consonância com as complexidades sociais pode formular veículos inidôneos, capazes de acentuar, por exemplo, as vantagens estratégicas de litigantes habituais,¹⁰⁸ ostensivamente presentes na sociedade de massa, em detrimento de um acesso igualitário ao sistema de justiça no Brasil.

Sob a atual ordem constitucional, com a recuperação das “liberdades democráticas e [d]as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político”.¹⁰⁹ Porém, o contexto de expansão do acesso à justiça identificado no plano democrático instaurado pela Constituição Federal de 1988 – considerada verdadeiro “rito de passagem para a

¹⁰⁷ A expressão “legislação-álibi” é empregada, por seu autor, para identificar o produto da atividade legislativa que se destina “a criar a imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade, embora as respectivas relações sociais não sejam realmente normatizadas de maneira consequente conforme o respectivo texto legal” – NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 39.

¹⁰⁸ Para utilizar a tipologia de partes empregada por Marc Galanter, a ser retomada em tópico ulterior, que, em seu célebre ensaio de 1974, estabelece duas categorias de litigantes, dentre os usuários do sistema de justiça (atores sociais): litigantes habituais (*repeat players* ou RP) e litigantes ocasionais (*one-shooters* ou OS). “Because of difference 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 [*sic*] or OS) and repeat players (RP) who are engaged in many similar litigations over time. The spouse in a divorce case, the auto-injury claimant, the criminal accused are OSs; the insurance company, the prosecutor, the finance company are RPs. Obviously this is an oversimplification; there are intermediate cases such as the professional criminal. So we ought to think of OS-RP as a continuum rather than as a dichotomous pair. Typically, the RP is a larger unit and the stakes in any given case are smaller (relative to total worth). OSs are usually smaller units and the stakes represented by the tangible outcome of the case may be high relative to total worth, as in the case of injury victim or the criminal accused. Or, the OS may suffer from the opposite problem: his claims may be so small and unmanageable (the short-weighted consumer or the holder of performing rights) that the cost of enforcing them outruns any promise of benefit” – GALANTER, Marc. *Why the haves come out ahead: Speculations on the limits of legal change*. In *Law and Society Review*. v. 9, n. 1, p. 95-160. Amherst: Law and Society Association, 1974, p. 97-8.

¹⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Saraiva: São Paulo, 2009, p. 383. “A crise da justiça adquire contornos peculiares no Brasil por conta do período de ditadura militar e do modelo institucional desenhado, em boa resposta, pela Constituição Federal de 1988. A independência do Poder Judiciário e a garantia de acesso à justiça, subtraídas durante a ditadura, são expressamente asseguradas no novo texto constitucional, que lhes dá destaque na consolidação da democracia. [...] O acesso dos cidadãos à justiça, precário naquele período, também é garantido no texto constitucional e incentivado pelos movimentos de reconstrução da cidadania” – SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 26-7.

maturidade institucional”,¹¹⁰ atrelado à consequente ascensão política e institucional do Poder Judiciário¹¹¹ – pode converter-se, na atualidade, em fenômeno diametralmente oposto: um deletério movimento de contração do acesso à justiça, servindo-lhe o processo de instrumento, se não houver uma nova tomada de consciência da processualidade para o século XXI.

Na ciência processual deste século, os processualistas devem voltar-se cada vez mais aos conflitos, às suas especificidades e trajetórias, às características dos litigantes, às causas externas (fatoriais ou ambientais) e internas da litigiosidade,¹¹² enfim, à complexidade dos caracteres conflitivos para compreender o próprio caráter instrumental do processo (*instrumentalidade metodológica*), o que corresponde simplesmente, como já afirmado, à “construção da ideia de processualidade a partir dos conflitos existentes” na sociedade contemporânea.¹¹³ Basta observar que a criação de instrumentos capazes de gerir a litigiosidade de massa conjugadamente à preservação dos direitos fundamentais, imprimindo resultados justos e efetivos à coletividade afetada, constitui um dos grandes desafios para a ciência processual contemporânea.

A perspectiva moderna da processualidade deve, portanto, reclamar menos ideologia e mais dialeticidade, empiria e atividade hermenêutica comprometida com os

¹¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Vinte anos da Constituição Federal de 1988: a reconstrução democrática do Brasil*. In *O novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides*. Org. Lenice S. Moreira de Moura, p. 295-312. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 302.

¹¹¹ “Diversas são as causas desse fenômeno, entre as quais se incluem a recuperação das garantias da magistratura, o aumento da demanda por justiça por parte de uma sociedade mais consciente, a criação de novos direitos e de novas ações pela Constituição, em meio a outros fatores. Nesse cenário, ocorreu entre nós uma expressiva judicialização das relações sociais e de questões políticas. O Supremo Tribunal Federal (STF) ou outros órgãos judiciais têm dado a última palavra em temas envolvendo servidores, sistema político e inúmeras outras questões, algumas envolvendo separação de Poderes, direitos fundamentais, políticas públicas, regimes jurídicos dos servidores, sistema político e inúmeras outras questões, algumas envolvendo o dia-a-dia das pessoas, como mensalidade de planos de saúde ou tarifa de serviços públicos. Essa expansão do papel do Judiciário, notadamente do STF, fez deflagrar um importante debate na teoria constitucional acerca da legitimidade democrática dessa atuação” – *Ibidem*, p. 307.

¹¹² “Por causas externas entende-se aquelas que não estão sob o controle do Judiciário. [...] o aumento de litigiosidade e o volume de processos são ocasionados por fatores externos ao Poder Judiciário, como regulação administrativa e legislativa, marcos institucionais, questões socioeconômicas. [...] As causas internas, por outro lado, são aquelas relacionadas aos impactos da judicialização dos conflitos, ou seja, que ocorrem após o ingresso da demanda no Judiciário. O volume de demandas produz impactos no processamento dos casos no interior do sistema relacionados ao gerenciamento, falta de uniformização no entendimento dos Tribunais, carência quantitativa e qualitativa de recursos humanos, problemas de organização judiciária, conduta dos procuradores das partes, dentre outros fatores que também contribuem para a morosidade processual” – GABBAY, Daniela Monteiro; OLIVEIRA, Fabiana Luci; CUNHA, Luciana Gross. *Hipóteses e metodologia de pesquisa*. In *Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva: uma análise empírica. Série Direito e Desenvolvimento – Direito GV*. Coords. Luciana Gross Cunha e Daniela Monteiro Gabbay. p. 33-9. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 37.

¹¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade...* p. 34.

valores constitucionais do Estado democrático de direito, em razão das novas problemáticas socioeconômicas e dos fatores associados à expansão das tecnologias da informação e comunicação (TICs), que têm revolucionado a linguagem em todos os seus domínios, inclusive, no direito.

V COOPERAÇÃO PROCESSUAL

16 Considerações iniciais

O atual momento do direito processual sinaliza uma ruptura de paradigmas, que, não sendo exclusiva das ciências jurídicas, decorre do avanço indeclinável da sociedade tecnológica e das novas realidades dos conflitos de massa. As dificuldades reforçam-se pelo fato de a racionalidade do direito processual não ser puramente “tecnológica-estratégica”, pois deve orientar-se por uma “validade normativa” que a fundamente e, ao mesmo tempo, seja “fundamentada pelo discurso racional do juízo, de modo que a sociedade possa controlar tanto a correção material quanto a concordância dogmática da decisão”.¹

Nesse cenário, cabe à ciência processual contemporânea identificar modelos que, por força do influxo das novas possibilidades e ferramentas técnicas, impeçam a conversão do objeto de estudo (o processo) em instrumento a serviço de uma “ideologia tecnocrática” prejudicial às garantias e aos valores constitucionais do processo.

A releitura de postulados tradicionais do processo, à luz das novas realidades, fomenta um ambiente propício à renovação de paradigmas, dentre os quais a cooperação processual se anuncia. O que se convencionou denominar de “cooperação processual” – termo originário da doutrina alemã² – constitui, na verdade, um modo de compreensão da dialeticidade do processo, retomando, em síntese fundamental, a ideia de que tanto os sujeitos parciais quanto o juiz são destinatários do contraditório.

Independentemente de *slogans*, o objeto da ciência processual deve ser compreendido e dimensionado segundo critérios de razoabilidade e realidade. Reivindica-se uma perspectiva que transcenda a polarização das ideias, superando a estipulação de

¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Efetividade e processo de conhecimento*. In *Do formalismo no processo civil* [Apêndice]. 2. ed. p. 244-59. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 246.

² O termo “cooperação” está pautado na terminologia utilizada pela doutrina alemã (*Kooperationsmaxime*). Nesse sentido, cf. HAHN, Bernhard [*Kooperationsmaxime im Zivilprozeß?*, de 1983]; GREGER, Reinhard [*Kooperation als Prozessmaxime*, de 2000] apud MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 53. Na doutrina italiana, designando como sinônimo o termo “colaboração” (*Collaborazione*), cf. GRASSO, Eduardo. *La collaborazione nel processo civile*. In *Rivista di Diritto Processuale*. v. XXI, p. 580-609. Padova: CEDAM, 1966; CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano Editore, 1958, p. 93.

dogmas ou panaceias, e que seja capaz de ajustar-se à interdisciplinaridade característica da sociedade contemporânea.

Nesse cenário, será exposta uma das dicotomias mais conhecidas sobre os modelos processuais identificados a partir dos influxos pré-liberais, consistente no antagonismo entre os binômios *privatismo-dispositivo* e *publicismo-inquisitivo*, para apresentar o *status quaestionis* doutrinário da denominada cooperação processual, que tem sido anunciada como um “novo” modelo de conformação do processo civil.

O objetivo, enfim, é demonstrar que a ideia de *participação em cadeia* dos sujeitos do processo (“cooperação”) constitui manifestação de um fenômeno basal: a dialética (ou dialeticidade processual), compreendida como qualidade essencial do contraditório, que designa o processo como instância comunicativa estimulada pelo *diálogo conforme o direito*.

17 Ideologia e técnica processual

O desenvolvimento do processo civil continental europeu nos séculos XIX e XX está alinhado a dois modos de expressão, cronologicamente vinculados ao (i) *liberalismo* pós-revolucionário, cuja base constitui marco de ruptura com o formalismo do sistema romano-germânico anterior, de remanescentes caracteres da *iurisdictio* do direito comum clássico (medieval);³ e (ii) à *publicização* do processo moderno, cujo principal *slogan* tem esteio na consagrada “oralidade”, designada como viés organizacional do procedimento em contraposição ao método mais formalizado do “sistema escrito” precedente.

O processo estabelecido na Europa central até o século XVIII estava ainda muito impregnado de elementos da rigidez do procedimento romano-canônico, que se foi

³ “Secondo l’ideologia medioevale, nessuno può giudicare una persona se questa non sia a lui sottoposta o per investitura da parte di altri, *comissio*, o per *potestas ordinaria*. Il termine ‘giudice’ stava ad indicare la suprema autorità, la stessa funzione legislativa – come meglio si vedrà – appariva soltanto una componente complementare della funzione giudiziaria, che assumeva carattere prioritario. Il potere del giudice, inteso come *funzione*, cioè come potestà di risolvere una controversia mediante un comando che trovi obbedienza, veniva designato come *potestas*, *munus*, *imperium* e, soprattutto, come giurisdizione, *iurisdictio*. Nel diritto comune classico, l’espressione ‘iurisdictio’ veniva intesa quale ‘dictio iuris’, potere del giudice di accertare il diritto e di stabilire l’equità. [...] la giurisdizione presenta anche un aspetto coercitivo e sanzionatorio (*armata seu coactiva potestas*). Essa – si diceva – va correlata all’*imperium*” – PICARDI, Nicola. *La giurisdizione all’alba del terzo millennio*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 20-1.

sedimentando, em especial, a partir do século XII.⁴ Em célebre ensaio sobre a oralidade, assumida como verdadeira ideologia emancipatória na penúltima virada de séculos, CAPPELLETTI⁵ salienta que a *predominância da escritura*, a *ausência de contato direto* entre o juiz e os demais sujeitos do processo (imediatidade), a *ausência de publicidade*, a *morosidade*, a *desorganização do procedimento*, a *recorribilidade imediata* das decisões interlocutórias e o *sistema de prova legal* constituíram os principais aspectos que reclamaram o movimento renovatório do programa de desenvolvimento do processo daquele tempo,⁶ como modo de restaurar a credibilidade social do sistema de justiça civil.⁷

⁴ Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 24-33.

⁵ O autor liderou uma segunda campanha em prol da oralidade. Com efeito, costumam ser apontadas duas notáveis “campanhas” em defesa da oralidade no século XX. “Inicialmente Chiovenda [campanha de Chiovenda – generalista], dos primeiros anos do século até os anos 20, e, posteriormente, Cappelletti, a partir da década de 60 e até o final do século, protagonizaram campanhas reformadoras centradas na oralidade, embora de coloração diversa. A diferença entre ambos, talvez sutil, decorre da postura de Chiovenda em fragmentar o princípio da oralidade em subprincípios, sem se deter na sua aplicação conforme as fases processuais, embora se tenha concentrado nos temas da oralidade e da prova. Por sua vez Cappelletti [campanha de Cappelletti – especialista], seis décadas depois, conduz a oralidade para a fase instrutória do processo, privilegiando sua utilidade na busca das provas a constituir. Posteriormente, amplia espantosamente os estudos comparados, direcionando as proposições para a reforma processual voltada à facilitação do acesso à justiça” – GUEDES, Jefferson Carús. *Princípio da oralidade: procedimento por audiências no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 30-1.

⁶ A síntese dessas características são descritas por Cappelletti da seguinte forma: (i) *predominância da escritura*, derivada da afirmação do princípio “*quod non est in actis non est in mundo*”, implicando a inexistência jurídica dos atos processuais que não resultassem dos “*acta*” (escritos, protocolos) da causa e a consequente nulidade absoluta do julgamento não inteiramente fundado em tais atos escritos; (ii) *ausência de contato direto* entre o juiz e os demais sujeitos do processo (partes, testemunhas, peritos) e na *inexistência de imediatidade* com os elementos objetivos das provas colhidas, pois a exclusividade da escritura tornava tal contato desnecessário ou inútil, sendo igualmente proveitoso que terceiros providenciassem tais colheitas; (iii) *ausência de publicidade*, sendo que, na França revolucionária, a abolição do “princípio do sigilo” foi uma das principais conquistas legislativas; (iv) *morosidade*, decorrente da perda de traços de oralidade e de concentração de atos; (v) *desorganização* procedimental, sem o controle do processo por um sujeito imparcial, dado o distanciamento entre juiz e partes, tornando o processo mera “coisa das partes” (*chose des parties*), com abusos frequentes em consequência disso; (vi) *recorribilidade imediata* contra todos os atos do juiz, inclusive atos de instrução e decisões interlocutórias, ensejando, em grande parte dos casos, a suspensão do procedimento; (vii) *sistema de prova legal*, que impunha a observância obrigatória de uma série de regras de admissão e de apreciação probatórias e que levava a teratologias de espécie como “interrogar a testemunha por língua não-falada”, v.g. mediante o uso do latim” – CAPPELLETTI, Mauro. *Procédure orale et procédure écrite: oral and written procedure in civil litigation*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 42-9.

⁷ “O processo nos albores do absolutismo, claudicante, escrito, mediato e reservado, conduziu a uma crise de confiança na justiça civil; a justiça converteu-se exclusivamente numa fonte de renda para profissões forenses, cujos integrantes exigiam uma posição monopolista cada vez maior. Os modelos processuais do século XVIII serviam menos à tutela jurídica que, muito mais, à denegação da Justiça [...]. As grandes reformas processuais do século XIX acentuaram, por isso, na Europa Central, de maneira expressiva, os princípios da oralidade e da imediação. Sua concretização foi entusiasticamente saudada e mereceram na moderna ciência processualística quase o caráter de dogmas intocáveis” – FASCHING, Hans Walter. *A posição dos princípios da oralidade e da imediação no processo civil moderno*. In *Revista de Processo*. v. 10, n. 39, p. 27-34. Trad. Wanderlei de Paulo Barreto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 27.

O papel da *oralidade* no marco renovatório do processo civil entre os séculos XIX e XX (“segunda fase” da desburocratização procedimental)⁸ transmuda-se, guardadas as proporções, no escopo assinado à *cooperação* entre os séculos XX e XXI (“segunda fase” do contraditório),⁹ no sentido de que ambas portam como ideia substancial a relevância da qualidade do diálogo entre as partes do processo. As premissas que fundamentam ambos os discursos permanecem presentes.¹⁰ CHIOVENDA registrou, inclusive, que a

⁸ “No Continente, o grande movimento de reforma se apresentou sob o nome-símbolo de ‘oralidade’, um nome amiúde mal-entendido e desorientador. O que o movimento reformador efetivamente queria, na realidade, era bem mais que uma mera reação contra o predomínio da escritura do procedimento do *ius commune* e nos procedimentos destes derivados. Queria reagir contra – ou romper com – todas as outras características do velho processo” – CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. v. I. Trad. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008, p. 321. O gérmen histórico do critério de aprimoramento do sistema processual pelo viés da “oralidade” não se justifica propriamente pela dicotomia “oralidade-escritura”, mas pelo contraste “concentração-dispersão” procedimental. “Não é despropositado que a identificação da *oralidade* esteja, assim, associada a critérios que delinham sua exata dimensão operativa, como vetor de organização do procedimento (método de trabalho) em prol da melhora na qualidade da prestação jurisdicional, identificada em parte dos ordenamentos jurídicos europeus do século XIX. Após a edição do célebre Código de Processo Civil austríaco de 1895 (proposto por Franz Klein), a oralidade encontrou ‘campo fértil’, embora características do que mais tarde seriam sistematizados como aspectos orais estivessem já presentes no *Code de Procédure Civile* napoleônico de 1806 e, mais radicalmente – primeira “fase” moderna da oralidade –, no Código de Processo Civil de Hannover de 1850 (atribuído a Gerard Adolf Wilhelm Leonhardt) e no Código de Processo Civil alemão de 1877 (a *Zivilprozessordnung*)” – MONTEIRO NETO, João Pereira. *Oralidade e novas tecnologias no processo civil brasileiro*. In *Revista Forense*. v. 428, ano 115, p. 143-78. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 150-1. Sobre a análise da influência da oralidade sobre o Código de Processo Civil de Hannover, de 1850, considerado o “primeiro diploma que adotou e tratou do princípio da *giuridica inesistenza degli atti scritti*”, cf. CAPPELLETTI, Mauro. *O valor atual do princípio da oralidade*. In *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. v. 21, p. 255-60. Porto Alegre, 2002, p. 255-6. Sobre a influência dos caracteres “orais” constantes do Código de Processo Civil francês sobre a legislação alemã desde 1848, especialmente para a legislação processual de Hannover, de 1850, que posteriormente culminou no movimento reformador alemão e na edição do Código de Processo Civil de 30 de janeiro de 1877 (*Zivilprozessordnung*), que erigiu um procedimento pautado na publicidade e na oralidade, com ênfase na imediatidade da atuação processual das partes e no princípio da livre apreciação da prova pelo juiz, cf. BRUNNER, Heinrich. *Historia del derecho germánico*. Trad. José Luis Álvarez López. Barcelona: Labor, 1936, p. 315-6; CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. t. II. Trad. José Casais y Santaló. Madrid: Editorial Reus, 1925, p. 128-9; *Ibidem*, t. I, p. 13-5.

⁹ O momento de “rivalutazione del contraddittorio [come] il passaggio da una fase, che potremmo dire ancora intuitiva, ad una fase del nuovo orientamento è, però, rappresentato probabilmente dalla dottrina che – pur ribadendo l’appartenenza del procedimento e del processo ad un genere comune – ha utilizzato il riscoperto principio del contraddittorio come elemento di discriminazione fra i due schemi. È stato chiarito che, oltre alle caratteristiche proprie del procedimento, nel processo si riscontra – anche se in forme volta per volta diverse, sia dal punto di vista qualitativo che quantitativo – una effettiva corrispondenza e equivalenza fra i vari partecipanti, realizzata attraverso la distribuzione di posizioni simmetricamente uguali e mutuamente implicite fra loro” – PICARDI, Nicola. *La giurisdizione all’alba del terzo millennio...* p. 247.

¹⁰ “Entendia-se que discussão oral tem a virtude de permitir a construção das conclusões na medida em que o debate avança e se dá o intercâmbio de argumentos, em método empírico-indutivo, na busca dos fatos e na apreciação das provas. De fato, parece que essas premissas permanecem válidas. Sendo possível o contato direto entre as partes, diretamente ou por seus advogados, e o juiz, o contraditório se dá por meio do efetivo diálogo, elucidando-se de imediato as dúvidas e contradições na argumentação, por meio do confronto dialético, mas também por meio de atividade cooperativa, na investigação dos pontos relevantes da controvérsia e na preparação da causa para julgamento” – FRANCISCO, João Eberhardt. *A oralidade e a relação entre o juiz, os advogados e as partes no contexto da informatização do processo*. In *Garantismo Processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. p. 413-43. Coords. José Roberto dos Santos

desburocratização do procedimento, fomentando o diálogo entre juiz e sujeitos parciais do processo, militava contra o interesse vil de alguns procuradores, que teriam de diminuir seus honorários à medida que os entraves fossem menores, reduzindo o número de diligências da praxe forense.¹¹ Já o denominado “modelo cooperativo” apregoa, nessa hipótese, que as estratégias dos advogados constituam, tanto quanto possível, fator de impacto acidental sobre os resultados formais e substanciais do processo.¹²

Tanto o “processo oral” quanto o “processo cooperativo” expressam ideologias, que, como tais, se dotam de discursos com função *valorativa* ou *retórica*. As ideologias, por definição tradicional (materialista), expressam menos do que aparentam dizer, ou dizem mais do que realmente expressam;¹³ em outras palavras, como as ideologias não portam uma função *descritiva*, pressupõem uma conexão discursiva entre conteúdo e forma. Nesse sentido, por exemplo, o principal ideólogo da oralidade (CHIOVENDA) defendia – acertadamente sem receio de incorrer em contradição – que não se poderia proclamar um processo puramente oral, pois os procedimentos pautados pelo “sistema oral” não repugnam formas ou atos escritos, e vice-versa.¹⁴ Por esse motivo, o autor declaradamente sistematizou o modelo premido da necessidade de erigir “conceitos

Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 438. Alguns autores sustentam o “princípio da oralidade como consectário do princípio do [suposto] contraditório participativo” – ARAÚJO, José Aurélio de. *O Código de Processo Civil de 2015 é um Código Josefino? A oralidade e a preclusão no procedimento comum (Parte II)*. In *Revista de Processo*. v. 287, p. 145-75. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 151-6.

¹¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*. v. II. Napoli: Jovene, 1936, p. 396.

¹² Para parcela da doutrina aderente ao “princípio”, a cooperação não deve afastar, contudo, o *agir estratégico* das partes. Nesse sentido, cf. ZANETI JR., Hermes. *O princípio da cooperação e o Novo Código de Processo Civil: cooperação para o processo*. In *Processo Civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do Professor Humberto Theodoro Jr.* p. 141-53. Coords. Paulo Henrique dos Santos Lucon *et al.* Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 146.

¹³ Afinal, “o conceito de ‘ideologia’ reflete uma das descobertas que surgiram do conflito político [século XIX], a saber, que os grupos dominantes podem estar tão ligados, em seu pensamento, aos interesses decorrentes de uma situação que se tornam simplesmente incapazes de perceber certos fatos que lhes solapariam o senso de domínio. A palavra ‘ideologia’ implica o conceito de que, em certas situações, o inconsciente coletivo de determinados grupos obscurece o verdadeiro estado da sociedade, tanto para esses grupos como para os demais e que, por isso mesmo, a estabiliza” – MANNHEIM, Karl. *Ideologia e utopia: introdução à sociologia do conhecimento*. Trad. Emilio Willems. Rio de Janeiro: Editora Globo, 1952, p. 36. Nesse sentido, “o efeito característico da ideologia – impor (sem parecer fazê-lo, uma vez que se tratam de ‘evidências’) as evidências como evidências, que não podemos deixar de *reconhecer* e diante das quais, inevitável e naturalmente, exclamamos (em voz alta, ou no ‘silêncio da consciência’): ‘é evidente!’ [...] É nesta reação que se exerce a função de *reconhecimento* ideológico, que é uma das duas funções da ideologia enquanto tal (sendo o *desconhecimento* a sua função inversa)” – ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos de Estado: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado*. Trad. Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro. Introdução crítica de J. A. Guilhon Albuquerque. 8. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2001, p. 94-5.

¹⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*. v. II... p. 387.

precisos sobre a oralidade”,¹⁵ destacando os conhecidos corolários ou subprincípios do sistema oral, de modo que a oralidade pudesse impactar – estruturada e concretamente – na técnica processual e, por consequência, nos métodos de condução e de resolução dos conflitos.¹⁶

O discurso ideológico tem função “valorativo-prescritiva, ou seja, tende a influir na conduta humana quando das escolhas preferenciais”; já o discurso científico tem função “descritivo-informativa, ou seja, tende a fornecer informações sobre um objeto mediante sua representação”.¹⁷ As ideologias constituem dado inegável na teoria do direito, pois a ciência jurídica opera por sistemas de valores, que se justificam por argumentos (*elementos argumentativos*)¹⁸ e não se impõem pela “necessidade da demonstração ou pela irrefutabilidade do experimento” (*elementos demonstrativos*).¹⁹ Contudo, no âmbito da

¹⁵ Idem, *Necesidad de conceptos precisos sobre la oralidad. Análisis de los principios sintetizados en esta palabra; en particular, de la inmediación*. In *Ensayos de derecho procesal civil*. v. II. p. 250-7. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEJA, 1949.

¹⁶ Identificada como *conjunto de características* (“complesso d’idee e di caratteri”), a oralidade evoluiu com principal marco teórico na obra chiovendiana, para informar *operativamente* determinados aspectos da técnica processual. A noção de “oralidade” tem sido tradicionalmente construída à luz desses atributos, pautados no binômio *concentração-imediatidade*, que visam ao aperfeiçoamento do sistema processual. Da “imediatidade” (“immediatezza del rapporto fra il giudicante e le persone di cui egli deve valutare le dichiarazioni”), aspecto intrínseco da oralidade, decorrem (i) a prevalência da oralidade como meio de expressão (“prevalenza della parola come mezzo d’espressione temperata con l’uso di scritture di preparazione e di documentazione”) e (ii) a identidade física do juiz (“identità delle persone fisiche che costituiscono il giudice durante la trattazione della causa”). Da “concentração” (“concentrazione”), aspecto extrínseco da oralidade, implicam-se (i) irrecorribilidade em separado das interlocutórias (“non impugnabilità separata delle interlocutorie”), (ii) unicidade da audiência (“concentrazione della trattazione della causa in un unico periodo [dibattimento] da svolgersi in un’udienza o in poche udienze vicine”) e (iii) simplificação procedimental ou vedação das formas inúteis (“semplificazione”) – CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*. v. II... p. 385-92 e 398-401; Idem, *Principios de derecho procesal civil*. t. II... p. 174-6.

¹⁷ LUMIA, Giuseppe. *Elementos de teoria e ideologia do direito*. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 142-3. “É o método que faz a ciência. Conhecimento científico é aquele que obedece a um processo ordenatório da razão, garantindo-nos certa margem de segurança quanto aos resultados, a coerência unitária de seus juízos e a sua adequação ao real” – REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. 3. tir. Saraiva: São Paulo, 2002, p. 5.

¹⁸ Categoria representada por uma argumentação que Perelman descreve como “quase-lógica”, pois constituída por argumentos que “se apresentam como comparáveis a raciocínios formais, lógicos ou matemáticos. No entanto, quem os submete à análise logo percebe as diferenças entre essas argumentações e as demonstrações formais, pois apenas um esforço de redução ou de precisão, de natureza não-formal, permite dar a tais argumentos uma aparência demonstrativa; é por essa razão que os qualificamos de quase-lógicos” – PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 219.

¹⁹ LUMIA, Giuseppe. *Elementos de teoria e ideologia do direito...* p. 144.

ciência processual, a percepção de eixos ideológicos não subtrai a existência nem a importância de níveis lógico-sintáticos e factuais de operação.²⁰

As denominadas ideologias processuais *prescrevem* fórmulas ou *slogans* que permitam justificar (*noção*) critérios de modificação (*atitude*) do sistema,²¹ aprimorando-o ou não, coadunados com a eleição de determinados *valores* (fundamentação discursiva), ressaltando-se, portanto, sua função valorativo-prescritiva. E é evidente que a força de persuasão de uma teoria “depende do contexto em que ela atua ou é utilizada”.²² O próprio percurso da oralidade, na história recente do processo civil, ilustra que o ocaso das ideologias processuais se inicia com o declínio da sinergia entre realidade fática e proposição teórica, descontextualizando seus pressupostos. Como esclarece CAPPELLETTI, citando a primeira fase do sistema oral (legislações do século XIX), identificou-se o declínio da oralidade no momento em que, dogmatizada, se converteu em seu contrário, implicando desarrazoados excessos de formalismos, circunstância que a própria ideologia pretendia combater.²³

²⁰ Não se trata de enfatizar um paradigma racionalista, fundado no “mito da ordinariedade” do processo – criticado por Ovídio Baptista da Silva –, mas de refutar uma ideologia processual civil que se pretenda “paradigmática”. Cf. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

²¹ A ideologia, compreendida como *visão de mundo*, “contém dois elementos. Um deles diz respeito à *noção* de como é feito o mundo. O segundo faz referência à *atitude* em torno desta noção. A *ideologia*, neste aspecto, é um conjunto de noções e de atitudes de um determinado sujeito, resposta no confronto com o ambiente” – SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. *O papel da ideologia no preenchimento de lacunas no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 128.

²² “A força de persuasão de uma teoria não está presa de modo imutável à própria teoria, mas depende do contexto social em que ela atua ou é utilizada” – ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Trad. Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. 6. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 616.

²³ A oralidade, originariamente, voltou-se a corrigir falhas do procedimento em vigor no continente europeu até a Revolução Francesa, permanecendo invocada para o aprimoramento de codificações nacionais nos séculos XIX e XX nos países de *civil law*, contexto em que a oralidade constituiu ideia que marcou o movimento de críticas e de reformas radicais do procedimento precedente – CAPPELLETTI, Mauro. *Procédure orale et procédure écrite...* p. 41. Quando proposta como simples *reação* metodológica ao formalismo exacerbado do sistema escrito, a oralidade implicou, na verdade, mera via oposta de igual significado formalista; o “*quod non est in actis non est in mundo* não era abolido, mas conservado com a simples transformação do significado do substantivo: *acta* como atos orais, em lugar de escritos”. Em outras palavras, “um formalismo vinha-se a substituir um outro, ainda que oposto. [...] Daí, novos inconvenientes gravíssimos, novos formalismos vazios. As partes ou os seus defensores, que deveriam repetir oralmente (geralmente com a vedação de sustentar seu discurso na leitura da escrita ou de apontamentos) na audiência de instrução, as argumentações que já estavam exaurientemente expostas nas petições; a necessidade *quoad substantiam* de expressar-se oralmente, naquela audiência, quais fossem as conclusões acerca da instrução e do mérito, conclusões estas que já figuravam claramente nas petições; a necessidade de ler os documentos produzidos, e até o texto da perícia e assim por diante. Absurdas e inúteis perdas de tempo, historicamente explicáveis somente como reação a um método que se pretendia radicalmente abandonar, sem se dar conta que se caía, assim, mas não menos grave excesso de formalismo” – CAPPELLETTI, Mauro. *O valor atual do princípio da oralidade...* p. 255-6.

Alegoricamente, o problema das ideologias não é o veículo das concepções a que sirvam, mas a radicalização dos caminhos adotados, que, se em um primeiro momento dão a impressão de bons rumos, logo terminam em uma viagem de difícil retorno. Logo, o problema não é a existência [inegável] de ideologias nos domínios do conhecimento humano, mas a criação de dogmas por intermédio delas.²⁴ Por essa razão, a uma ideologia – dogmatizada – sempre se contrapõe outra, em acusações e contradições radicalistas recíprocas: ao *privatismo*, o *publicismo*; à *escritura*, a *oralidade*; ao *garantismo processual*, o *ativismo judicial* etc.²⁵

Não se nega que a posição do processualista e os eixos de desenvolvimento do direito processual sejam, como ocorre no estudo das ciências sociais aplicadas em geral, impregnados por fenômenos culturais, sociais, políticos e influenciados por determinadas tradições jurídicas, eventos econômicos, razões sociológicas etc.²⁶ A par de inexistir uma

²⁴ Nesse sentido, “no âmbito do chamado debate sobre o ‘declínio’ das ideologias – que caracterizou os anos 1950 e 1960 e que, em certos aspectos, ainda perdura – tende-se a contrapor ‘ideológico’ a ‘pragmático’ e a ver na ideologia um sistema de ideias eivado de dogmatismo, doutrinarianismo, extremismo etc., ou seja, um modo de pensar caracterizado de fortes componentes emocionais e irracionais” – ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia...* p. 616.

²⁵ Por exemplo, célebre processualista espanhol atribui o movimento de publicização do processo civil a “su raíz ideológica (sin perjuicio de algún más remoto antecedente) en el autoritarismo, primero, socialista (la misión del juez soviético en el descubrimiento de la verdad y el proceso como jurisdicción voluntaria) y, luego, fascista (el juez como director del proceso y el respeto a la función del Estado y a la justicia social fascista)” – AROCA, Juan Montero. *La ideología de los jueces y el caso concreto. Por alusiones, pido la palabra*. In *Proceso e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. 2. ed. Coord. Juan Montero Aroca. p. 265-75. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 273. Já Adolfo Velloso, da Universidade Nacional de Rosário (Argentina), considera que, sendo o processo “método dialogal”, e não “de investigação” (próprio do sistema inquisitivo), “garantismo” e “ativismo” constituem núcleos de ideias “claramente antagônicos e incompatíveis, jurídica e moralmente” – VELLOSO, Adolfo Alvarado. *O garantismo processual*. In *Ativismo judicial e garantismo processual*. p. 13-34. Coords. Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 14. De retorno a Montero Aroca, em contraposição radical às ideias de Michele Taruffo, assevera que “somente na perspectiva de uma concepção política *autoritária* sobre a função jurisdicional, e de seu instrumento que é o processo, é que se pode chegar a sustentar que o papel do advogado é algo ‘diferente’ se comparado com a defesa que deve exercer em relação aos interesses de seu cliente e que por isso não poderia utilizar de todos os meios disponíveis que o ordenamento jurídico-processual coloca à sua disposição para o exercício técnico da ampla defesa. É um absurdo, baseado numa determinada e evidente concepção ideológica, chegar ao extremo de pretender que o advogado deva atuar contrariamente aos interesses de seus clientes e a favor do cumprimento do direito objetivo, ou seja, se lhe impõe ser *imparcial*. E, em contrapartida, que o juiz abdique de sua neutralidade/imparcialidade para sempre estar ao lado de uma pretensa verdade” – AROCA, Juan Montero. *Prova e verdade no processo civil – contributo para o esclarecimento da base ideológica de certas posições pretensamente técnicas*. Trad. Glauco Gumerato Ramos. In *Ativismo judicial e garantismo processual...* p. 505-6. Por outro lado, Giovanni Verde, ao discordar da índole autoritária rotulada por Montero Aroca quanto ao CPC italiano, considera que “el código de procedimiento civil de 1940 tenga una impronta autoritaria más de fachada que de substancia”, em razão do peso da linguagem e do discurso político de sua Exposição de Motivos, não pelo sistema normativo em si – VERDE, Giovanni. *Apostilla*. In *Proceso e ideología...* p. 173.

²⁶ Nesse sentido, “il processo non è una mera tecnica neutrale applicabile allo stesso modo in qualunque ambiente e in qualunque contesto. Al contrario: il processo è il risultato della combinazione – e addirittura della reciproca interferenza – di una pluralità di fattori che vanno dalle tradizioni giuridiche alle vicende storiche, dall’economia alla politica, alla morale e alla cultura. Questi fattori determinano gli orientamenti dei

neutralidade utópica da ciência processual, não se pode negar, contudo, que a *realidade* seja “algo mais complexo do que a *imagem* que dela propõem” interpretações lineares.²⁷

Em outras palavras, a premissa ideológica não garante *per se* a qualidade nem a eficiência da técnica, mas a técnica processual pode incrementar-se independentemente de justificativas ideológicas ou de determinados contextos ambientais, pois, como mencionado, seus níveis de operação factuais e lógico-sintáticos contribuem para a estruturação do sistema.

Sob a óptica da eficácia, admitir ou inadmitir a influência das ideologias no campo da ciência processual constitui problemática aparente. Trata-se de discussão que parece ainda arraigada no simples embate entre premissas conceituais relativas à própria significação do termo, já estigmatizado no passado, restaurado em meados do século XX e, na atualidade, revisitado.²⁸

legislatori processuali nelle varie fasi storiche, ma influiscono anche sulla giurisprudenza e sulle teorie elaborate dalla dottrina processualistica. Tra essi, pare evidente che un ruolo molto rilevante debba essere riconosciuto alle opzioni valutative che indirizzano le scelte relative alla giustizia civile, ossia – in una parola – alle ideologie del processo civile” – TARUFFO, Michele. *Ideologie e teorie della giustizia civile*. In *Revista de Processo*. n. 247, p. 49-60. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 60.

²⁷ “Afigura-se óbvio que a disciplina legal do processo (e não só do processo) sofre a incidência das características do regime político sob o qual é editada. Mas, à luz da experiência histórica, também deveria ser óbvio que constitui exagero de simplificação conceber essa relação à guisa de vínculo rígido, automático e inflexível, para considerar que, se determinada lei (processual ou qualquer outra) surgiu sob governo autoritário, essa contingência cronológica fatalmente lhe imprime o mesmo caráter e a torna incompatível com o respeito às garantias democráticas. A realidade é sempre algo mais complexo do que a imagem que dela propõem interpretação assim lineares, para não dizer simplórias” – BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O neoprivatismo no processo civil*. In *Temas de Direito Processual: nona série*. p. 87-101. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 88-9.

²⁸ A estigmatização da “ideologia”, sob alcunha depreciativa, é geralmente atribuída à premissa do materialismo histórico marxista de que “o direito seja sempre expressão da ideologia dominante”; defendendo, *v.g.*, que a “ideia de justiça pertence muito mais ao nível ideológico do que ao nível jurídico da estrutura social”, *cf.* ROSA, Felipe Augusto de Miranda. *Direito, justiça e ideologia: reflexões não ortodoxas*. Rio de Janeiro: Achiamé, 1980, p. 59. Eis o sentido em que Althusser destaca, por exemplo, que os aparelhos ideológicos de Estado “funcionam predominantemente através da ideologia, o que unifica a sua diversidade, e este funcionamento mesmo, na medida em que a ideologia, na qual funcionam, está de fato sempre unificada, apesar da sua diversidade e contradições, sob a ideologia dominante, que é a ideologia da classe dominante” – ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos de Estado...* p. 70-1. Para Vilfredo Pareto (*Trattato di sociologia generale*, de 1916), a ideologia tem como função primordial a *persuasão* ou o *dirigir a ação*, contrapondo-se à “ciência”; *cf.* BOBBIO, Norberto. *Vilfredo Pareto e la critica delle ideologie*. In *Rivista di Filosofia*. v. 48, n. 4, p. 355-81. Milano: Università Cattolica del Sacro Cuore, 1957, p. 374. A restauração do significado do termo “ideologia” pode ser atribuída a Karl Mannheim, considerado o fundador da *sociologia do conhecimento*, generalizando o conceito de ideologia ao afirmar que não “só o pensamento do indivíduo ou de certo grupo social, mas todo o pensamento humano está condicionado pelo conjunto das opiniões correntes, pela estrutura mental, pela visão de mundo própria de cada época. A afirmação do inevitável condicionamento extrateorético do conhecimento leva à conclusão de que todo o saber é, de certo modo, ideológico, ligando-se à experiência existencial que está na base de todas as manifestações do costume e da cultura” – LUMIA, Giuseppe. *Elementos de teoria e ideologia do direito...* p. 142. Nos dizeres do sociólogo húngaro, “o mundo dos objetos externos e da experiência psíquica parece estar em fluxo contínuo. Para essa situação, os verbos são símbolos mais adequados do que os substantivos. O fato de darmos nomes a

O que importa, na verdade, é dimensionar o objeto da ciência processual de forma razoável (proporcional), aferindo-se a pertinência da técnica à medida das necessidades e limitações reais.²⁹ Essa aferição gera determinados plexos de ideias que conduzem à construção de soluções, mas os *slogans* ou etiquetas que se lhes atribuem pouco ou nada significarão se houver uma desconexão entre o real e o instrumental. Por exemplo, um processo declaradamente “solidarista” não produzirá bons resultados em uma sociedade “individualista”; um processo de viés “publicista” não atinge metas adequadas diante de um aparato estatal ineficiente;³⁰ afinal, os rótulos não definem o conteúdo.

Portanto, independentemente da alcunha emprestada para suas correntes de pensamento (“ideologia”, “doutrina” etc.), o atual desenvolvimento da ciência processual reivindica uma perspectiva que transcenda a polarização das ideias³¹ e se ajuste à onilateralidade da sociedade contemporânea, com respostas satisfatórias às expectativas da sociedade da comunicação.³²

coisas que fluem implica, inevitavelmente, uma certa estabilização orientada segundo as diretrizes da atividade coletiva. A derivação de nossos significados acentua e estabiliza aquele aspecto das coisas que apresenta interesse especial para a atividade e galvaniza, em benefício da ação coletiva, o processo perpetuamente fluido subjacente a todas as coisas, excluindo outras disposições configurativas que tendem a assumir direções divergentes. Cada conceito representa uma espécie de tabu contra todas as outras fontes possíveis de significados, simplificando e unificando a multiformidade da vida em proveito da ação” – MANNHEIM, Karl. *Ideologia e utopia...* p. 20-1. Segundo o verbete da atualidade, ideologia reporta simplesmente “qualquer sistema abrangente de crenças, categorias e maneiras de pensar que possa constituir o fundamento de projetos de ação política e social: uma ideologia é um esquema conceitual com uma aplicação prática” – BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de filosofia*. Trads. Desidério Murcho *et al.* Rio de Janeiro: Zahar, 1997, p. 195. Para a reavaliação do tema e sua revisão bibliográfica, cf. SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. *O papel da ideologia no preenchimento de lacunas no direito...* p. 127-50.

²⁹ A propósito, recorde-se que “o princípio da proporcionalidade é mais do que um princípio informativo, mais do que uma sugestão ou aspiração de melhora do sistema: é um *fator de legitimação* da atividade jurisdicional” – BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 47. Cf. OSNA, Gustavo. *Processo civil, cultura e proporcionalidade: análise crítica da teoria processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 91-7.

³⁰ Ainda ilustrativamente, observe-se que a propalada necessidade de diálogo entre juiz e partes, presente no denominado modelo processual cooperativo adotado pela doutrina brasileira, tem de considerar, comparativamente, que se aplica, na Alemanha, a *Kooperationsmaxime* em um ambiente judiciário de “aproximadamente 1 juiz por 4.000 habitantes”, estatística bastante distante da realidade brasileira – LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Processo como diálogo: uma breve comparação entre os modelos brasileiro e alemão*. In *Revista de Processo*. n. 304, p. 309-16. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 316.

³¹ Como adverte Barbosa Moreira, muitas vezes autores vinculados a certas correntes doutrinárias “deixam-se entusiasmar por um determinado remédio que lhes parece capaz de debelar todos os males. Só têm olhos para a suposta panaceia. Desdobram-se, a propósito de tudo e até sem propósito algum, em exortações ao uso da receita. Há casos de autêntica obsessão” – BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O futuro da justiça: alguns mitos*. In *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. v. 15, n. 17, p. 153-64. Rio de Janeiro: ABLJ, 2000, p. 157.

³² Inegável que se aproxima, no ponto, da *crítica à ideologia* realizada por Habermas: “no plano dos subsistemas de ação racional com respeito a fins, o progresso técnico-científico já forçou uma reorganização de instituições e esferas sociais e parece exigir-las em escalas cada vez maiores. Mas esse processo de

18 Modelos de processo

A aceitação de determinados paradigmas pela comunidade científica, conscientemente ou não, é inerente à criação de um estado favorável à sedimentação metodológica necessária para o estudo e a solução dos problemas. Os componentes conceituais da racionalidade científica não são estranhos à ciência do direito, como ocorre nos vários âmbitos de investigação humana.³³ A estruturação dos sistemas teóricos, em geral, pressupõe tanto a razão quanto a experiência; seus conceitos e princípios fundamentais compõem teorias cuja finalidade precípua, como toda teoria, está em obter “elementos fundamentais irreduzíveis tão evidentes e tão raros quanto puderem ser, sem se olvidar da adequada representação de qualquer experiência possível”.³⁴

Uma das dicotomias mais conhecidas sobre os modelos processuais existentes, à luz da formatação identificada a partir dos influxos pré-liberais,³⁵ consiste no antagonismo entre os binômios *privatismo-dispositivo* e *publicismo-inquisitivo*, alinhados respectivamente à preponderância de dois padrões tradicionais de estruturação do processo: “adversarial” e “inquisitorial”.

expansão das forças produtivas somente representa um potencial de libertação caso não subsista a racionalização em outro âmbito. A *racionalização do quadro institucional* pode ser operada apenas no *médium* da interação linguisticamente mediada; ou seja, através do *desbloqueio da comunicação*. Uma discussão política, sem entraves e livre de dominação acerca de adequação e deseabilidade dos princípios e normas que orientam a ação, à luz dos efeitos socioculturais do progresso dos subsistemas de ação racional com respeito a fins – uma comunicação desse tipo, em todos os âmbitos políticos (e repolitizados) dos processos de formação da vontade, é o único *medium* no qual algo como uma ‘racionalização’ é possível” – HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como “ideologia”*. Trad. Felipe Gonçalves Silva. São Paulo: Editora Unesp, 2014, p. 127. Pela relevância do debate entre os dois filósofos alemães mais proeminentes do pós-guerra, cumpre esclarecer que Gadamer, filiado à hermenêutica filosófica, considera que o movimento de crítica à ideologia (*Ideologiekritik*) constitui mera postura dogmática; cf. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: complementos e índices*. Trad. Ênio Paulo Giachini. 6. ed. 1. reimp. Petrópolis: Vozes, 2017, p. 292-321.

³³ Cf. KUHN, Thomas. *A função do dogma na investigação científica*. Curitiba: UFPR-SCHLA, 2012, p. 29; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e Ideologia...* p. 7. “Certamente há mais de uma maneira de organizar em blocos todas as utilizações do termo *paradigma* [...] uma proposta adequada de defini-lo por meio de uma descrição poderia ser como um *conjunto de crenças, regras, compromissos e valores compartilhados que guiam uma comunidade científica*” – TOZZINI, Daniel Laskowski. *Filosofia da ciência de Thomas Kuhn: conceitos de racionalidade científica*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 66.

³⁴ EINSTEIN, Albert. *Como vejo o mundo*. Trad. H. P. de Almeida. 23. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017, p. 108.

³⁵ Referindo-se à “reconstrução do sistema processual, a partir da fase pré-liberal e do liberalismo processual”, cf. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. 1. ed. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 55-77.

O denominado modelo *dispositivo* de processo, expresso também como “princípio” (no sentido de *diretriz geral*, não de *norma*),³⁶ possui fundamentalmente dois enfoques. O primeiro refere-se à própria liberdade de deduzir em juízo (*princípio da demanda*), o que se harmoniza com a concepção de “chose des parties” atribuída ao processo liberal. O segundo enfoque afirma a vinculação do juiz às iniciativas das partes quanto aos desdobramentos internos do processo tendentes à formação da convicção decisória, pois “o juiz deve julgar a causa com base nos fatos alegados e provados pelas partes (*iudex iudicare debet allegata et probata partium*), sendo-lhe vedada a busca de fatos não alegados e cuja prova não tenha sido postulada pelas partes”.³⁷ Esses dois aspectos foram nomeados, com lastro original na doutrina tedesca,³⁸ *dispositivo em sentido material* (ou “próprio”) e *dispositivo em sentido processual* (ou “impróprio”).³⁹

Sob a perspectiva estritamente dispositiva do processo, cria-se um sistema de protagonismo das partes, por exemplo propício ao cenário beligerante que CARNELUTTI e CALAMANDREI descrevem como *jogo*.⁴⁰ Como anota GOLDSCHMIDT, desenvolvendo as bases de sua teoria da *situação jurídica processual*, o modelo dispositivo favorece a pretensão da parte articulada estrategicamente e melhor representada em juízo, tornando as chances de êxito na demanda proporcionais à qualidade da atuação dos sujeitos parciais ao

³⁶ Para uma delimitação conceitual do caráter normativo dos princípios propriamente ditos, cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 102-9.

³⁷ “Tal princípio vincula duplamente o juiz aos fatos alegados, impedindo-o de decidir a causa com base em fatos que as partes não tenham afirmado e obrigando-o a considerar a situação de fato afirmada por todas as partes como verdadeira” – SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 46-7.

³⁸ Esse modelo, “lastreado na autonomia privada das partes e na imparcialidade do juízo, foi objeto de um movimento para sua aplicação a partir da primeira obra de Nikolaus Thaddäus von Gönner, intitulada *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses* (Manual do processo comum alemão), de 1804. Embasado em Gönner, a doutrina tedesca elaborou a divisão deste princípio em dois, quais sejam, *Dispositionsmaxime* e a *Verhandlungsmaxime*” – NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático...* p. 76.

³⁹ “[...] ‘principio (e processo) dispositivo in senso materiale’ o in ‘senso proprio’ quello, con cui si indica l’esistenza di un potere esclusivo delle parte nel chiedere la tutela giurisdizionale e nel fissare l’oggetto del giudizio (il *Dispositionsprinzip* della dottrina sceveratrice tedesca); e ‘principio (e processo) dispositivo in senso processuale’ o ‘improprio’ quello, con cui si allude invece ad un vincolo del giudice alle iniziative delle parte per ciò che riguarda in genere la tecnica e lo svolgimento interno del processo ed in specie la scelta degli strumenti per la formazione del convincimento giudiziale (la *Verhandlungsmaxime*)” – CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parte nel processo civile*. v. I. Milano: Giuffrè, 1974, p. 357-8.

⁴⁰ Cf. CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2008, p. 11-9; CALAMANDREI, Piero. *Il processo come giuoco*. In *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*. v. II, p. 485-511. Padova: CEDAM, 1950, p. 490-3.

longo do processo.⁴¹ Esses aspectos constituíram, inclusive, um dos principais fatores que levaram “às bases iniciais da socialização do processo no âmbito da legislação e da doutrina”,⁴² cujo marco é a edição do Código de Processo Civil austríaco de 1895, proposto por KLEIN, diretamente influenciado pelo socialismo jurídico de MENGER,⁴³ considerado fundamental para a disseminação do movimento de publicização do processo, cujos vetores principais se articularam com o modelo da “oralidade”, conforme mencionado em tópico anterior.

Embora se pautem em acentuada premissa liberal – relacionada à disponibilidade do direito material e à possibilidade de escolha quanto à intervenção na esfera jurídica particular –, o princípio da demanda também atende a imperativos de ordem pública (como a imparcialidade do juiz e a garantia de isonomia entre as partes) e a imperativos de ordem prática, “já que somente as partes têm acesso direto ao material fático e probatório que será introduzido no processo”.⁴⁴

Por outro lado, o modelo ou princípio *inquisitivo* constitui ideia antagônica ao *dispositivo*, também observável por um duplo enfoque.⁴⁵ Em primeiro lugar, corresponde à possibilidade de instauração *ex officio* do processo, e, ainda que instaurado por iniciativa que caiba exclusivamente à parte interessada (princípio da demanda), relaciona-se à

⁴¹ GOLDSCHMIDT, James. *Princípios gerais do processo civil*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2002, p. 47-9.

⁴² Cf. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático...* p. 79-106.

⁴³ TARELLO, Giovanni. *Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice italiano di procedura civile*. In *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale*. p. 9-107. Coords. Ricardo Guastini e Giorgio Rebuffa. Bologna: Il Mulino, 1989, p. 19; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil...* p. 49-51. “La ideología social que ejerció una mayor influencia en Europa, la del llamado ‘socialismo legal’, se teorizó por el austriaco Anton Menger. Según él, la débil desigualdad sustancial entre las partes se puede eliminar endosando al juez la obligación de asistir a la parte más débil; los tribunales deben salir de su pasividad y adoptar iniciativas de investigación, deben reunir y presentar pruebas para llegar a un mejor conocimiento de los hechos. En esta línea, el juez tiene potestades ‘de oficio’ para fijar el tipo de procedimiento que conviene a las partes, a fin de economizar – procesos asimétricos – como en los conflictos de trabajo (véanse las leyes españolas) o en los *Small Claims Courts*” – GUILLÉN, Víctor Fairén. *Teoría general de derecho procesal*. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, p. 589.

⁴⁴ BOZZO, Guilherme Tambarussi. *Inatividade das partes no processo civil brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 73.

⁴⁵ O princípio inquisitivo corresponde “à longa tradição privatista que por muito tempo imperou, desde as origens romanas, assentada sobre a premissa de que o processo seria mero exercício dos direitos, e a ação o próprio direito subjetivo em atitude de resgate de suas próprias forças – donde a secular tendência a permitir que as partes tudo pudessem ao longo do processo, inclusive negligenciar no exercício das faculdades processuais, porque a consequência de suas condutas e omissões seria apenas o perecimento daquelas, as quais são em si mesmas disponíveis” – DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. I. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 363-4.

exigência de impulso oficial, o que inclui tanto atos de movimentação propriamente ditos quanto atos de organização e direção do processo.⁴⁶ O segundo enfoque imputa “ao juiz o poder de iniciativa probatória, para a determinação dos fatos postos pela parte como fundamento da demanda”,⁴⁷ sob a premissa da existência de uma “verdade” que deva ser perscrutada independentemente da voluntariedade dos sujeitos interessados.⁴⁸

O ponto nodal de contraste entre os princípios *dispositivo* e *inquisitivo* corresponde, assim, à postura do juiz quanto à produção da prova, o que constitui fenômeno pendular na história do direito processual,⁴⁹ mas os caracteres relacionados à prevalência de um ou outro modelo espriam-se sobre os diversos aspectos da técnica processual.⁵⁰

Embora haja muita controvérsia acerca da conformação exata desses modelos, a doutrina continua a utilizar os dois paradigmas para traçar o perfil da técnica processual inerente a cada espécie, especialmente quanto à definição da “divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes”.⁵¹ Trata-se de dicotomia que, em caráter geral, se relaciona “à atribuição de poderes ao juiz: sempre que o legislador atribuir um poder ao magistrado, independentemente da vontade das partes, vê-se manifestação de *inquisitividade*; sempre que se deixe ao alvedrio dos litigantes a opção, aparece a *dispositividade*”.⁵²

Contudo, tanto o inquisitivo quanto o dispositivo nunca constituíram modelos absolutos. Diante da constatação de que as diversas formulações processuais tinham de conviver concomitantemente com aspectos dispositivos e inquisitivos, a opção tradicional

⁴⁶ GUILLÉN, Víctor Fairén. *Teoría general de derecho procesal...* p. 352.

⁴⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil...* p. 47.

⁴⁸ ECHANDÍA, Devis. *Teoría general del proceso: aplicable a toda clase de procesos*. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2002, p. 60-1.

⁴⁹ Trata-se da alternância da concepção do juiz, ora como mero expectador (“convidado de pedra”), ora como centralizador da atividade instrutória *ex officio judicis*; cf. MELENDO, Santiago Sentís. *La prueba: los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: EJE, 1978, p. 201; NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdiccional democrático...* p. 55.

⁵⁰ “A ‘dispositividade’ e a ‘inquisitividade’ podem manifestar-se em relação a vários temas: a) instauração do processo; b) produção de provas; c) delimitação do objeto litigioso (questão discutida no processo); d) análise de questões de fato e de direito; e) recursos etc.” – DIDIER JR., Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. In *Processo civil: homenagem a José Ignacio Botelho de Mesquita*. p. 261-73. Coords. José Rogério Cruz e Tucci, Walter Piva Rodrigues e Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo. São Paulo: Quartier Latin, 2001, p. 264.

⁵¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo*. In *Temas de direito processual: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 45-6.

⁵² DIDIER JR., Fredie. *Os três modelos de direito processual...* p. 263-4.

da doutrina é identificar a existência de um processo civil “misto”.⁵³ No âmbito do direito penal, porém, há grande polêmica acerca da necessidade de fortalecimento de um sistema mais puramente dispositivo – acusatório –, a partir da titularidade da acusação pública a um órgão próprio (Ministério Público) e com fundamento na premência de maior garantismo na tutela processual dos direitos fundamentais envolvidos, o que repugnaria a admissão de um juiz mais ativo, em especial, quanto à produção da prova.⁵⁴

A inexistência de conformação prevalente – dispositiva ou inquisitiva –, também no âmbito do direito civil, tem ensejado grande celeuma entre os processualistas. Autores filiados ao denominado *garantismo* processual enaltecem o caráter dispositivo do modelo [que seria] constitucionalmente aceito.⁵⁵ Por outro lado, os defensores de uma postura

⁵³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil...* p. 47. “En todos los sistemas legislativos se han otorgado al juez ciertos poderes (mayores o menores, según haya sido el influjo del principio inquisitivo), y al mismo tiempo ciertas iniciativas exclusivamente a las partes, de manera que el juez no pueda tomarlas en su lugar (según el influjo del principio dispositivo)” – ECHANDÍA, Devis. *Teoría general del proceso...* p. 61.

⁵⁴ Hipótese decorrente de uma reação tardia, no processo penal, que historicamente esteve mais atrelado ao dogma da “verdade material” – tendente à inquisitividade – e à resistência permanente de assumir um “processo de partes” no âmbito do direito penal – ECHANDÍA, Devis. *Teoría general del proceso...* p. 61. Nesse sentido, aponta-se, dentre os processualistas penais brasileiros, “a tendência de nossa legislação a purificar ao máximo o sistema acusatório, entregando a cada um dos sujeitos processuais funções não precípuas, mas absolutamente exclusivas, o que dá ao réu a segurança de um processo penal mais democrático, na medida em que o órgão julgador tem a sua neutralidade integralmente preservada. [...] O processo penal brasileiro adota o sistema acusatório moderno, mantendo, entretanto, alguns resquícios do inquisitorialismo e preservando a acusação privada para casos restritos” – JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 45-7. Nesse sentido, Giovanni Verde anota que “extrañamente mientras el proceso penal se va modelando siempre más sobre el perfil acusatorio, hay una tendencia a lo inquisitorio en el proceso civil, en el cual deberían prevalecer comportamientos liberales, siendo ese proceso un instrumento de tutela de situaciones en general disponibles por partes de los particulares” – VERDE, Giovanni. *Las ideologías del proceso en un reciente ensayo*. In *Proceso e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. 2. ed. Coord. Juan Montero Aroca. p. 75-88. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 84-5.

⁵⁵ A doutrina mais emblemática dentre os autores filiados ao *garantismo processual* é representada por Franco Cipriani (Itália) e por Montero Aroca (Espanha), que, em obra de 2006 (primeira edição), publicou os ensaios “El proceso civil llamado ‘social’ como instrumento de ‘justicia’ autoritaria” e “La ideología de los jueces y el caso concreto. Por alusiones, pido la palabra” (ambos escritos em 2004) e “Sobre el mito autoritario de la *buena fe procesal*” (2005); e compilou, conforme os títulos constantes da segunda edição espanhola, os textos dos italianos Franco Cipriani (“El proceso civil entre viejas ideologías y nuevos eslóganes” e “El abogado y la verdad”, ambos de 2003), Girolamo Monteleone (“Principios e ideologías del proceso civil: impresiones de un *revisionista*”, de 2003, e “El actual debate sobre las ‘orientaciones publicísticas’ del proceso civil”, de 2005), Giovanni Verde (“Las ideologías del proceso en un reciente ensayo”, de 2002, e “Apostilla”, de 2004); do espanhol Joan Picó i Junoy (“El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado”, de 2003); do argentino Adolfo Alvarado Velloso (“La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento”, de 2005); da peruana Eugenia Ariano Deho (“En los abismos de la ‘cultura’ del proceso autoritario”, de 2005); do português Luís Correia de Mendonça (“80 anos de autoritarismo: uma leitura política do processo civil português”, de 2006); e de José Carlos Barbosa Moreira (“O neoprivatismo no processo civil”, de 2005, republicado em *Temas de Direito Processual: nona série...* p. 87-101) – AROCA, Juan Montero (Coord.). *Proceso e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

judicial ativa⁵⁶ entendem que constitucionalmente inaceitável seria a restauração da figura do juiz expectador (“convidado de pedra”), em violação à garantia de efetividade da tutela jurisdicional, a par de afirmarem que uma *perspectiva garantística do processo civil* não implica aderir a uma das visões polarizadas entre “privatismo” e “publicismo” ou “garantismo” e “ativismo”.⁵⁷

Embora seja possível a conciliação teórica,⁵⁸ ambos os movimentos na doutrina caminham dogmaticamente em sentidos opostos; enquanto os filiados ao garantismo processual veem na feição democrática da Constituição Federal uma exigência de limitação dos poderes do juiz, a outra corrente teórica – ou parcela dela – defende algo diametralmente oposto, afirmando inclusive que “no processo civil moderno a tendência é reforçar os poderes do juiz, dando relativo curso aos fundamentos do processo inquisitivo”,⁵⁹ mas reconhecendo a hibridez do modelo e, portanto, afirmando a impossibilidade de um sistema puro.⁶⁰

⁵⁶ Não se menciona o termo “ativismo” porque os próprios autores que defendem uma postura ativa do juiz não avocam – necessariamente – essa alcunha. Ademais, embora constitua uso corrente, inclusive citado no presente estudo, evita-se propositadamente, aqui, o vocábulo “ativismo”, que tem adquirido conotação negativa ao ser atribuído ao indesejável fenômeno de “judicialização da política”, que não se confunde com a feição política – e constitucionalmente exigível – da atividade jurisdicional contemporânea, cuja atuação independente é indispensável aos pilares democráticos. Sobre o tema, por todos, cf. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁵⁷ Para uma visão geral dos antecedentes históricos e revisão bibliográfica do debate, cf. RAMOS, Glauco Gumerato. *Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate*. In *Ativismo judicial e garantismo processual...* p. 273-86.

⁵⁸ O que se traduz, no Brasil, na publicação de trabalho coordenado por José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid (2016), apresentado por Bedaque nos seguintes termos: “abstraindo um pouco do embate de opiniões que se polarizam entre sistemas processuais autoritários e sistemas liberais, ou mesmo entre privatismo e publicismo, mostra-se necessária uma análise do problema da preservação das partes no processo, o que de certa forma independe de se eleger o privatismo ou publicismo como corrente preponderante de um dado sistema processual. [...] A Constituição Federal, que conta com considerável arcabouço de garantias processuais, deve ser o ponto de partida para a interpretação dos variados institutos processuais para garantir sua correta aplicação em um Estado Democrático de Direito, tendo sempre em vista a conciliação dos dois objetivos acima enunciados: preservação das partes (e também, evidentemente, dos terceiros quando de algum modo puderem ser afetados pelo processo pendente) e otimização do processo. Como se vê, não se trata de mais um projeto voltado ao duelo entre publicismo e privatismo. O garantismo não é, necessariamente, sinônimo de uma dessas correntes. Também não se fala aqui, como já foi possível perceber, em garantismo como contraponto de ativismo. Sendo o processo um instrumento ético e não meramente técnico, necessariamente permeado por valores, é evidente que instrumentalidade e garantismo caminham lado a lado e só é possível aceitar como legítimo determinado instituto processual (ou a interpretação dada a ele) se estiver em consonância com as garantias do processo” – BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre (Coords.). *Garantismo processual: garantias processuais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, texto de apresentação.

⁵⁹ “Ele [juiz] tem o dever não só de franquear a participação dos litigantes, mas também de atuar ele próprio segundo os cânones do princípio do *contraditório*, em clima de ativismo judicial. Repudia-se o *juiz Pilatos*, que deixa acontecer sem interferir. Daí os poderes judiciais de *direção e impulso do processo*, a serem exercidos em benefício da tutela jurisdicional justa, tempestiva e efetiva. Quanto aplicado de modo absoluto,

19 Cooperação processual: *status quaestionis*

A exposição do *status quaestionis* da cooperação processual seguidamente à apresentação da dicotomia tradicional *dispositivo-inquisitivo* tem razões didáticas: o denominado “modelo cooperativo” tem sido anunciado por parcela da doutrina como uma terceira via de estruturação.

O embate entre “garantismo” e “ativismo” (“privatismo” e “publicismo” etc.) constitui campo profícuo para a corrente teórica da cooperação processual. Tal como a “segunda fase da oralidade”, que foi estruturada – na doutrina chiovendiana – para reforçar a necessidade de publicização do processo, agora a cooperação, na “segunda fase do contraditório”, representa um reforço da postura instrumentalista, que enaltece o caráter ético do processo, alternando-se a perspectiva *teleológica* para uma instrumentalidade *metodológica*.

A força persuasiva de uma teoria relaciona-se com o respectivo contexto de atuação e o paradigma da constitucionalização do direito processual viabiliza condições ideais para o plexo de ideias que compõe o denominado “modelo cooperativo”. As próprias características da linguagem empregada na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil vigente – marcada pelo discurso retórico que se reporta a um ideário solidarista, ressaltando a preocupação com os atuais contextos sociais e coletivos – reforçam esse ambiente propício à enunciação da cooperação processual, engajada na conformação do

o *princípio dispositivo* conduziria à integral liberdade concedida aos litigantes para determinar o ritmo do procedimento, os rumos da instrução processual, a maior ou menor efetividade da execução forçada etc. Embora sofra mitigações no processo civil moderno, ele conta porém com a força da natureza humana e das tendências hedonísticas do juiz menos empenhado, ao qual no entanto não é lícito manter-se estático e esperar sempre pelas provocações das partes” – DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. I... p. 364.

⁶⁰ “Embora seja sempre franqueada aos próprios interessados a mais ampla liberdade de agir, sendo exclusivamente seu o juízo sobre a conveniência e oportunidade da instauração do processo em busca de tutela jurisdicional (princípio da demanda), uma vez formado este, a tendência moderna é reforçar os poderes de direção e impulso do juiz. Não há oposição, contraste ou conflito entre a *disponibilidade da tutela jurisdicional*, que repudia a instauração de processos de-ofício pelo juiz, e o *princípio inquisitivo*, responsável pela efetividade do próprio poder jurisdicional estatal a ser exercido sempre que provocado. Exaure-se aquela no veto à iniciativa oficial, não chegando sequer ao ponto de permitir a unilateral e peremptória revogação da vontade de contar com o processo e com a tutela jurisdicional. [...] Atuam pois em campos distintos a *disponibilidade da tutela jurisdicional*, que informa a conduta dos sujeitos antes da instauração do processo e até que ele se instaure, e o *princípio inquisitivo*, que diz respeito ao modo como o processo é conduzido. O princípio inquisitivo não é, porém, soberano no processo civil nem deve chegar ao ponto de aniquilar o *dispositivo*” – Ibidem, p. 363.

processo civil democrático, basicamente mediante a percepção do redimensionamento do princípio do contraditório.⁶¹

A segunda fase do contraditório constitui, justamente, um reequacionamento fundado na constatação de que o juiz também é seu destinatário. Esse redimensionamento é afirmado pela doutrina sob a dupla destinação do contraditório (partes e juiz), como esclarecem os arts. 6º e 10 do Código de Processo Civil, cuja inspiração remete ao art. 16 do Código francês (*Code de Procédure Civile*).⁶² Em síntese, o princípio do contraditório, projetado sobre a atividade dos sujeitos parciais do processo, pode ser compreendido quanto às perspectivas de *postulação*, de *informação*, de *participação no saneamento* e de *acesso à prova*; já a importância do juiz no incremento do contraditório reflete-se sobre atividades de *direção*, *instrução* e *diálogo*.⁶³

A doutrina que enuncia a “cooperação processual”, mediante contribuição teórica com repercussão relevante inclusive no Código de Processo Civil de 2015 (v.g., art. 6º), considera que “esse modelo caracteriza-se pelo redimensionamento do *princípio do contraditório*, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do *duelo* das partes”, constituindo “instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial”.⁶⁴

⁶¹ “Mais recentemente, surgiu a noção de que não apenas o processo não deveria ser formalista, mas também que o contraditório deveria ser uma atividade cooperativa. As partes (e o juiz!) deveriam cooperar para o bom andamento do processo, a boa-fé e a cooperação passaram a dar a tônica e a requerer um posicionamento ético dos envolvidos no processo. Surgiu claramente a preocupação com um processo civil democrático” – LESSA NETO, João Luiz. *O novo Código de Processo Civil, racionalismo e os meios adequados de resolução de disputas no Brasil*. In *Processo civil comparado*. Orgs. João Calvão da Silva *et al.* p. 29-48. São Paulo: Forense, 2017, p. 34-5.

⁶² “Article 16. Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations”. Nesse sentido, sob a premissa da influência do CPC francês sobre o Código brasileiro vigente, “o juiz que dialoga com as partes e as ouve é um juiz consciente dessa garantia [dever de *diálogo*, que integra o ideário da garantia constitucional do *contraditório*]. As partes que dialogam com o juiz estão não só a cumprir seu dever de cooperação, mas exercendo com maior eficiência seu próprio direito de defesa” – DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. I... p. 47.

⁶³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *O princípio do contraditório e a sua dupla destinação*. In *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. v. I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 517-528. Cf. MONTEIRO NETO, João Pereira. *O redimensionamento do princípio do contraditório no novo Código de Processo Civil*. In *Revista de Doutrina e Jurisprudência*. v. 106, n. 2, p. 420-33. Brasília: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, 2015.

⁶⁴ “O contraditório volta a ser valorizado como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial, e não apenas como uma regra formal que deveria ser observada para que a decisão fosse válida. A condução do processo deixa de ser *determinada* pela vontade das partes (marca do processo liberal dispositivo). Também não se pode afirmar que há uma condução inquisitorial do processo pelo órgão

A proposta do modelo colaborativo é reforçar a “percepção de uma democracia mais participativa, com um consequente exercício mais ativo da cidadania, inclusive de natureza processual”, sendo “inegável a importância do contraditório para o processo justo, princípio essencial que se encontra na base mesma do diálogo judicial e da cooperação”, sob a perspectiva de que “a sentença final só pode resultar do trabalho conjunto de todos os sujeitos do processo”.⁶⁵ ALVARO DE OLIVEIRA ressalta que a ideia de cooperação reclama uma postura ativa do juiz, como diretriz em prol do equacionamento de forças no processo para alcançar um “ponto de equilíbrio” que franqueie o diálogo, apto a implicar uma decisão justa. Trata-se de opção metodológica para “inserir o processo na época pós-moderna, de modo a se legitimar plenamente o exercício da Jurisdição mediante melhor e mais acabada comunicação do órgão judicial com os atores do processo”.⁶⁶

O paradigma da cooperação processual lastreia-se em proposta de “acepção dinâmica” do modelo constitucional, afastando o protagonismo de quaisquer sujeitos no desenrolar da atividade jurisdicional, que se desempenhe por um processo legitimado [democraticamente] à base de perspectivas policêntrica e comparticipativa (designadas pelas expressões “policentrismo processual” e “comparticipação dos sujeitos processuais”);⁶⁷ retorna-se à ideia do terceiro modelo de estruturação do processo, como

jurisdicional, em posição *assimétrica* em relação às partes. Busca-se uma condução *cooperativa* do processo, sem destaques a algum dos sujeitos do processuais” – DIDIER JR., Fredie. *Os três modelos de direito processual...* p. 267.

⁶⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*. In *Gênesis: Revista de Direito Processual Civil*. v. 8, n. 27, p. 22-51. Curitiba: Gênesis, 2003, p. 26-7.

⁶⁶ “[...] a ideia de cooperação além de implicar, sim, um juiz ativo, colocado no centro da controvérsia, importará senão o restabelecimento do caráter isonômico do processo pelo menos a busca de um ponto de equilíbrio. Esse objetivo impõe-se alcançado pelo fortalecimento dos poderes das partes, por sua participação mais ativa e leal no processo de formação da decisão, em consonância com uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto à divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes. [...] Não se trata, bem entendido, de propriamente restabelecer o *ordo isonômico* medieval, mas de inserir o processo na época pós-moderna, de modo a se legitimar plenamente o exercício da Jurisdição mediante melhor e mais acabada comunicação do órgão judicial com os atores do processo e pela procura de um razoável equilíbrio dos poderes do juiz em relação aos poderes das partes e de seus representantes. [...] Daí a necessidade de estabelecer-se o permanente concurso das atividades dos sujeitos processuais, com ampla colaboração tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização jurídica da causa. Colaboração essa, acentue-se, vivificada por permanente diálogo, com a comunicação das ideias subministradas por cada um deles: juízos históricos e valorizações jurídicas capazes de ser empregados convenientemente na decisão. Semelhante cooperação, ressalte-se, mais ainda se justifica pela complexidade da vida atual. Entendimento contrário padeceria de vício dogmático e positivista, mormente porque a interpretação da *regula iuris*, no mundo moderno, só pode nascer de uma compreensão integrada entre o sujeito e a norma, geralmente não unívoca, com forte carga de subjetividade. E essa constatação ainda mais se reforça pelo reconhecimento de que todo direito litigioso apresenta-se incerto de forma consubstancial” – *Ibidem*, p. 27-8.

⁶⁷ Nesse sentido, “l’attività giurisdizionale è strutturata necessariamente come *processo*, inteso come sottospecie del procedimento, cioè come procedimento a *struttura policentrica ed a svolgimento dialettico*. Il processo è *policentrico* poiché coinvolge soggetti diversi, ognuno dei quali ha una collocazione particolare e

via intermediária ou conciliatória “da tensão entre perspectivas liberais e sociais”, manifestando-se por uma “aplicação dinâmica” do contraditório: “o estabelecimento de focos e de centralidade, seja nas partes, nos advogados ou nos juízes, não se adapta ao perfil democrático dos Estados de direito da alta modernidade”.⁶⁸

A concepção do processo como *comunidade de trabalho* estava presente na doutrina alemã de meados do século passado, anunciada como visão que traduz “a essência do processo civil”, que não deve ser *de partes*, mas *com as partes*.⁶⁹ Sob esse aspecto, destaca-se, inclusive, que o ingresso na carreira jurídica tedesca obedece aos mesmos requisitos tanto para juízes quanto para advogados.⁷⁰

A ideia fundamental subjacente à cooperação como princípio processual de equilíbrio das tensões entre modelos dispositivos e modelos estritamente inquisitivos tem

svolge un ruolo specifico. Alla struttura soggettivamente complessa corrisponde poi uno *svolgimento dialettico*” – PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2010, p. 226.

⁶⁸ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático...* p. 212. “[...] mesmo nessa perspectiva social, que embasou o modelo de protagonismo judicial, a relação entre os sujeitos processuais passou a ser revisitada na busca da fuga de suas próprias degenerações. [...] Como uma das bases da perspectiva democrática, aqui defendida, reside na manutenção da tensão entre perspectivas liberais e sociais, a comunidade de trabalho deve ser revista em perspectiva policêntrica e participativa, afastando qualquer protagonismo e se estruturando a partir do modelo constitucional do processo” – Ibidem, p. 214-5. No mesmo sentido, cf. TORRES, Amanda Lobão. *A cooperação processual no novo Código de Processo Civil brasileiro*. In *O novo Código de Processo Civil brasileiro – Estudos dirigidos: sistematização e procedimentos*. p. 3-19. Coords. Thereza Arruda Alvim *et al.* Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 7-9; TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório: a proibição de venire contra factum proprium no direito processual civil brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 147.

⁶⁹ “A essência do processo civil não consiste em que as partes, após a utilização de seus direitos, tratem de ganhar suas controvérsias, pondo em jogo sua perícia e habilidade, enquanto o juiz se manifesta o mais passivo possível, confiando que o intercâmbio dos interesses antagônicos das partes levará a um suficiente esclarecimento da situação. Todo o processo é um mal social, prejudicial para a comunidade, cujas forças esgotam. [...] Assim, a essência do processo civil moderno se encontra em uma *comunidade de trabalho* de juízes e partes, que devem preocupar-se *conjuntamente* em facilitar ao juiz a segurança do averiguado da verdade e de restabelecer um procedimento vivo, a paz jurídica entre *as partes* em disputa e, com isso, de assegurar a paz da comunidade” – ROSEMBERG, Leo. *Da jurisdição no processo civil*. Trad. João S. Muller. Campinas: Impactus Editora, 2005, p. 17. Vale destacar que, diferentemente de seu compatriota e contemporâneo Goldschmidt, que propôs a concepção do processo como “situação jurídica” (Cf. GOLDSCHMIDT, James. *Princípios gerais do processo civil...* p. 17-23 e 145-50), Rosemberg seguiu a tradição de Bülow, identificando a “relação jurídica” processual, cujo conteúdo “é formado pelas relações entre o Estado (por meio do tribunal como seu órgão) de um lado, e as partes, de outro, e as surgidas entre estas últimas, todas reguladas pelo direito processual” – ROSEMBERG, Leo. *Da jurisdição no processo civil...* p. 20. Na doutrina alemã, cf. WASSERMANN, Rudolf [*Der soziale Zivilprozess: Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*, de 1978] apud NUNES, Dierle José Coelho, *Processo jurisdicional democrático...* p. 213-4. Na doutrina portuguesa, sob o entendimento de que o princípio da cooperação visa a instaurar no processo uma “comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*)”, cf. SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 62; FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil – conceito e princípios gerais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 168.

⁷⁰ Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa; PEDROSO, João; BRANCO, Patrícia. *O recrutamento e a formação de magistrados: análise comparada de sistema em países da União Europeia*. Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa – Universidade de Coimbra, 2006, p. 52-3.

marco teórico na doutrina alemã, com destaque ao ensaio de BETTERMANN, de 1972, que enunciou o termo “Kooperationsmaxime” sob a percepção da influência do direito constitucional – e das vertentes ideológicas e políticas correlatas – na disciplina do processo.⁷¹ O termo foi também utilizado por GILLES (1977) para descrever o princípio da cooperação (ou colaboração) como “verdadeira fusão do princípio dispositivo processual com as instruções judiciais [...] e o princípio da verdade material”, atuando igualmente como “princípio segundo o qual o processo de informação, formação de opinião e decisão

⁷¹ “Foi Bettermann quem cunhou o termo *Kooperationsmaxime* pela primeira vez na Alemanha, para fazer alusão ao termo *Sammelmaxime* do processo civil austríaco. Trata-se de um artigo de 1972 a respeito da concepção social do processo, intitulado ‘Fundamentos e Princípios Constitucionais do Processo’ [Verfassungsrechtliche Grundlage und Grundsätze des Prozesses]. Nesse artigo, a *Kooperationsmaxime* é tida como um termo médio entre os Princípios Dispositivo e Inquisitório. Karl August Bettermann inicia seu ensaio apresentando o contexto em que escrevia, no qual a doutrina não identificava qualquer relação entre o processo civil e o direito constitucional. Segundo ele, a razão para ‘essa resistência e aparente independência do direito processual à constituição’ encontra-se na histórica equiparação do processo com questões de mera necessidade prática, de modo a fazer concluir pela desnecessidade e pela falta de inclinação da disciplina para o recebimento de influências ‘ideológicas e políticas’. É por essa razão que a constituição e o processo civil permaneciam ignorando-se. Após justificar que a permeabilidade do processo ao direito constitucional não é constante, alterando-se não só em função do direito material em questão e do objeto litigioso, mas também do tipo de processo (aqui, especialmente em razão da medida de intervenção nos direitos humanos), Bettermann justifica a colocação da organização judiciária como primeira e uma das mais importantes pontes entre o direito constitucional e o processo civil. Por meio dela, a constituição interfere, de forma mais ou menos intensa, na organização e no processamento do próprio processo civil. A partir disso, o autor apresenta diversas conexões entre o direito constitucional e o direito processual: a questão da distribuição de competência e do juiz natural, da neutralidade do julgador e de sua independência, os Princípios do Pedido e do Dispositivo Material. [...] Para Bettermann, a *colaboração do tribunal* significa que ele dá início, dirige e, caso necessário, corrige a discussão das partes sobre o material processual, sua alegação e comprovação. Além disso, os Princípios do Estado Social e da Igualdade, também fundamentam a ativação do juiz na determinação dos fatos. [...] Bettermann refere que a paridade de armas (embora formalmente garantida pelas leis processuais) não representa uma paridade real nos casos em que uma das partes é superior a outra em poder ou recursos. Prossegue o autor, referindo que ‘esse perigo existe de forma institucional nos processos entre o Estado e o cidadão, ou seja, processos penais e administrativos, e de forma ocasional no processo civil. Para esses casos, em que o juiz pode ser chamado a *equiparar desigualdades materiais*, o legislador deve possibilitar, ou mesmo obrigar, o juiz a atuar na organização do processo. Trata-se de uma restrição do domínio das partes sobre o processo por meio do domínio do juiz, que não importa em uma eliminação das partes nos esclarecimentos dos fatos e, em razão de ser uma restrição legal da liberdade das partes, requer uma justificação jurídica suficiente, em respeito ao princípio *in dubio pro libertate*” – KOICHEM, Ronaldo. *Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (Kooperationsmaxime)*. In *Normas fundamentais*. p. 311-44. Coords. Fredie Didier Jr., Dierle Nunes e Alexandre Freire. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 325-6 e 328-9. Em trabalho subsequente (1978), *Hundert Jahre Zivilprozeßordnung – Das Schicksal einer liberalen Kodifikation* (“Cem anos de Código de Processo Civil – O destino de uma codificação liberal”), Bettermann assinala, contudo, “que se poderia falar em *Kooperationsmaxime* para designar a transformação pela qual o Princípio Dispositivo Processual passou na ZPO [CPC tedesco, que então completara 100 anos]. Por essa razão, Bettermann refere que o Princípio da Cooperação não deve ser designado como um *mixtum compositum* entre os Princípios Dispositivo Processual e Inquisitório, ou como um *tertium* entre os dois, mas como modificações da *Verhandlungsmaxime*, com o que se destaca a colaboração do tribunal: ele dá início, provoca, dirige, concentra e, caso necessário, corrige a discussão das partes sobre o material processual, sua alegação e comprovação” – *Ibidem*, p. 335.

é aberto e comunicativo-argumentativo entre todos os participantes do litígio, com os adequados deveres de esclarecimento e de colaboração do juiz”.⁷²

No direito português, os Decretos-lei n. 329-A, de 12 de dezembro de 1995, e n. 180, de 25 de setembro de 1996, que reformaram o Código de Processo Civil então vigente (CPC/1961), adotaram como “linha mestra o princípio da cooperação”,⁷³ identificando-se o mesmo balizamento na reforma do processo civil francês inspirada pelo denominado “Relatório Coulon”, de 1997.⁷⁴

O plano de reforma anunciado pelo governo português, com a edição do Decreto-lei n. 329-A/1995, está expressamente relacionado ao “prosseguimento de uma linha de ‘desburocratização e de modernização, ao mesmo tempo capaz de responder pela segurança e pela estabilização do quadro jurídico-legislativo”, para resguardar, enfim, “a garantia de prevalência do fundo sobre a forma, através da previsão de um poder mais interventor do juiz, compensado pela previsão do princípio de cooperação, por uma participação mais ativa das partes no processo de formação da decisão”.⁷⁵

⁷² Ibidem, p. 330. O trabalho de Peter Gilles referenciado (apud KOCHER) é *Rechtsmitteleinlegung, Rechtsmittelbegründung und nachträglich Parteidispositionen über das Rechtsmittel* (“Apelação, seus fundamentos e questões supervenientes à interposição do recurso”), publicado em 1977. Na doutrina alemã, destacam-se também os estudos de Rudolf Wassermann (1978), *Der soziale Zivilprozeß: Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat* (“O processo civil social: teoria e prática do processo civil no estado social constitucional”), e de Bernhard Hahn (1983), *Kooperationsmaxime im Zivilprozeß?* (“Princípio da cooperação no processo civil?”). O primeiro (Wassermann) “sintetiza a alteração para o processo civil social com a referência à colocação do *diálogo sobre o direito e sobre os fatos* no centro da experiência processual [...]. Os problemas que o direito processual civil deve responder agora referem-se ao modo pelo qual se estabelece um discurso racional no diálogo entre o juiz e as partes, à colocação de limites nos deveres de esclarecimento e debate e ao reconhecimento de até onde o juiz poderá advertir as partes, sem que a sua imparcialidade em face às partes seja violada”. O segundo (Hahn) “aduz que a expressão *Kooperation* melhor representa a divisão de trabalhos entre juiz e as partes no processo, inclusive por não dar a entender a existência de harmonia, tal qual a expressão comunidade de trabalho poderia ser entendida. Com a *Kooperation*, ressalta-se a dependência dos participantes do processo entre si e a necessidade de que os posicionamentos das partes incluam todas as contraposições possíveis. Assim, para aqueles que não querem abrir mão de uma orientação principiológica para o processo civil, Hahn sugere a utilização da expressão *Kooperationsmaxime* para descrever a relação das partes e do juiz na aquisição dos fatos e na investigação do substrato fático do processo” – Ibidem, p. 337 e 341-2.

⁷³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Poderes do juiz e visão cooperativa...* p. 27. Enunciando que a reforma de 1995 conformou, por hipótese, “um novo modelo de direito processual”, cf. DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 41-2.

⁷⁴ “Le maître mot du nouveau Code de procédure civile est équilibre ; équilibre des relations entre les parties et le juge, équilibre des intérêts en présence qui trouve sa pleine expression dans de contradictoire, sans cesse réaffirmé” – COULON, Jean-Marie [*Réflexions et propositions sur la procédure civile*, de 1997] apud OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Poderes do juiz e visão cooperativa...* p. 27.

⁷⁵ Cf. Exposição de Motivos do Decreto-lei n. 329-A/1995. Disponível em: <<http://pgdlibora.pt>>. “[...] quis-se, com a reforma, dar prevalência às decisões de mérito sobre as decisões de forma. Veio a adoptar-se expressamente uma solução que fora defendida entre nós, muito antes da reforma, por Teixeira de Sousa [SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*], na sequência da construção de

O art. 266 do Código de Processo Civil português (1961), com a redação atribuída em 1995, dispunha que, “na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio”.⁷⁶ Trata-se de dispositivo reproduzido no art. 7º do Código de Processo Civil português vigente (Lei n. 41/2013, de 26 de junho). Ao enunciar o dever de boa-fé processual, o texto normativo (art. 8º) também estabelece que “as partes devem agir de boa-fé e observar os deveres de cooperação resultantes do preceituado no artigo anterior [art. 7º]”.

A doutrina portuguesa, sob um dos principais autores que abordou as inovações promovidas pelas alterações legislativas de 1995, considera que o princípio da cooperação visa a estruturar “os fins do processo civil com os princípios do Estado social de direito e de garantir uma legitimação externa às decisões do tribunal”.⁷⁷ Tanto em relação aos sujeitos parciais do processo quanto à atividade do órgão jurisdicional, parte da doutrina portuguesa associa o princípio da cooperação a postulado que consubstancia *deveres* e autorresponsabilidade das partes.⁷⁸ No caso dos sujeitos parciais, a cooperação reclama, essencialmente, *boa-fé* processual (dever de litigância de boa-fé) e *atividade colaborativa* quanto à produção da prova; quanto ao órgão jurisdicional, o princípio da cooperação impõe, deveres de *esclarecimento*, *consulta*, *prevenção* e *auxílio*.⁷⁹ Trata-se de óptica eminentemente deontológica na concepção do denominado modelo cooperativo.

Rimmelpacher [*Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozeß*, de 1966]. O irregular preenchimento de pressupostos processuais só desencadeará a consequência típica das exceções dilatórias se a decisão de mérito que a proferir não puder considerar-se favorável à parte que seria protegida pelo pressuposto. Gradualmente, o processo vai-se desformalizando” – SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 589.

⁷⁶ “Art. 266.º – Princípio da cooperação. 1 – Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio. 2 – O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência. 3 – As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 519. 4 – Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ónus ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo”.

⁷⁷ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil...* p. 62.

⁷⁸ Cf. REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. *Comentário ao Código de Processo Civil*. v. II. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 265-6.

⁷⁹ Quanto ao dever de *prevenção*, citam-se quatro padrões de incidência, tendentes a (com)participar o juiz quanto (i) à ausência de clareza dos articulados, (ii) ao “caráter lacunar” acerca de fatos relevantes para o deslinde da controvérsia, (iii) à adequação do pedido ao bem da vida cuja tutela se pretende, (iv) à orientação

Parcela da doutrina lusitana adverte, porém, que o legislador português, ao consagrar expressamente a cooperação processual (com o Decreto-lei n. 329-A/1995), não pretendeu estruturar um sistema geral (cláusula aberta) de *deveres*, inadmitindo a eficácia ou aplicação direta do princípio cooperativo, cuja incidência corresponderá estritamente àquela “que resultar da justaposição do conteúdo dos deveres em que se manifesta. Pelo que o tribunal deverá adoptar uma conduta interventiva sempre que a lei lhe imponha topicamente essa intervenção”, sendo legítimas apenas as “intervençãoes que tenham essa mesma afirmação tópica”.⁸⁰ Então, acrescenta: eis “o enorme empobrecimento a que o princípio da cooperação fica sujeito”, pois, sob a exigência de “uma norma de concretização do princípio geral, amputa-se este princípio do seu espaço natural de actuação: o de impor a intervenção justificada directamente por uma justa composição do litígio”.⁸¹ Aponta-se, ainda, a necessidade de se contrastar o entendimento adotado no direito processual alemão – mais assertivo acerca da atuação do órgão jurisdicional – com os limites de fato estabelecidos na legislação portuguesa.⁸²

geral de conduta das partes. O dever de prevenção, sob essa perspectiva, justifica-se quando eventual êxito da ação seria frustrado em razão do uso inadequado dos meios processuais. Já o dever de *auxílio*, associado ao art. 266, 4, do CPC/1961 (com redação dada pelo Decreto-lei n. 329-A/1995), está associado ao atualmente enunciado “dever de gestão processual”, no que se refere à direção ativa do processo, por exemplo, instando as partes à regularização de vícios processuais (art. 6º, 2, do CPC/2013) – SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil...* p. 66-8. Na doutrina brasileira, em similar sentido, cf. GRASSI, Lúcio. *Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real*. In *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 6, p. 47-59. São Paulo: Dialética, 2003, p. 52. “Evitar o processo de armadilhas deve ser uma premissa a ser respeitada por todos os sujeitos do processo, mais particularmente pelo julgador que, afinal, produz as decisões a repercutir na vida dos sujeitos parciais do processo” – LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas: de acordo com o Novo CPC e a Lei n. 13.256/2016*. 2. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, p. 218.

⁸⁰ “Isso significa que o tribunal não pode adoptar uma qualquer conduta interventiva que seja imediatamente justificada pela justa composição do litígio. Deverá encontrar-se um patamar permissivo/impositivo intermédio (qualquer um dos restantes deveres adjectivos) para a intervenção” – SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo...* p. 591.

⁸¹ *Ibidem*, p. 591-2. Logo, a abordagem de Paula Costa e Silva, assumindo que “o legislador manifesta[ou] uma clara opção por um determinado modelo processual relativamente à realização da justiça” (p. 590-1), corresponde ao exame da própria eficácia normativa do princípio da cooperação, que, entendendo-o como diretriz principiológica geral, não dispensaria a formulação de regras específicas para que se lhe confira operosidade e incidência prática: “contendo o art. 266-1 [do CPC/1961] um mero princípio geral e não uma regra, temos de concluir que as actuações, simultaneamente impostas e permitidas ao tribunal, não serão todas aquelas que possam conduzir a uma justa composição do litígio, mas somente aquelas que, conduzindo a este resultado, se traduzam no exercício de qualquer uma das restantes situações jurídicas passivas, em que é investido o tribunal” – *Ibidem*, p. 591.

⁸² “[...] há que determinar os limites deste poder de intervenção do tribunal. Vimos que, de acordo com a interpretação que vem sendo feita dos §§ 139 e 287 da ZPO [*Zivilprozessordnung*], no sistema alemão o juiz tem o dever de apontar um caminho correcto à parte, indicando-lhe os erros de direito que ela cometeu e que podem comprometer o êxito da ação. Essa intervenção poderá levar inclusivamente à formulação de novas pretensões, à dedução de novos meios de defesa e à alteração do pedido” – *Ibidem*, p. 590. Segundo essa corrente doutrinária, o direito português não autoriza uma atividade tão assertiva do órgão jurisdicional; cf. REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. *Comentário ao Código de Processo Civil*. v. I... *sub art.*

Outro consagrado autor afirma que o princípio da cooperação é “considerado já uma trave mestra do processo civil moderno”, inserido na acepção de “comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*) entre as partes e o tribunal para a realização da função processual”.⁸³ LEBRE DE FREITAS, analisando normas processuais específicas irradiadas desse viés processual moderno, entende que o princípio da cooperação comporta duas dimensões: (i) sob o plano *material*, contribui para a apuração da verdade sobre a matéria fática, fomentando uma composição justa do conflito (v.g., o “dever de cooperação para a descoberta da verdade”, tratado no art. 519 do CPC/1961, reproduzido no art. 417 do CPC/2013);⁸⁴ (ii) sob o plano *formal*, reporta-se à necessidade de afastar dilações indevidas no processo, que não concorrem para a efetividade da prestação jurisdicional (v.g., art. 266, 4, do CPC/1961, reproduzido no art. 7º, 4, do CPC/2013; v. supra).⁸⁵

Em exame da bibliografia portuguesa acerca do tema,⁸⁶ observa-se a presença de autores que consideram a positivação do princípio da cooperação como a consagração de um modelo autoritário no processo civil lusitano;⁸⁷ outros, diversamente, embora defendam

266.I. Em sentido diverso, alguns autores entendem que, por força do *dever de prevenção*, seria possível a atuação para adequar o pedido formulado à situação concreta; cf. SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil...* p. 66.

⁸³ FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil...* p. 168.

⁸⁴ “Art. 417.º – Dever de cooperação para a descoberta da verdade. 1 – Todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os atos que forem determinados. 2 – Aqueles que recusem a colaboração devida são condenados em multa, sem prejuízo dos meios coercitivos que forem possíveis; se o recusante for parte, o tribunal aprecia livremente o valor o tribunal aprecia livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, sem prejuízo da inversão do ônus da prova decorrente do preceituado no n.º 2 do art. 344.º do Código Civil. 3 – A recusa é, porém, legítima se a obediência importar: a) violação da integridade física ou moral das pessoas; b) intromissão na vida privada ou familiar, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações; c) violação do sigilo profissional ou de funcionários públicos, ou de segredo de Estado, sem prejuízo do disposto no n.º 4. 4 – Deduzida escusa com fundamento na alínea c) do número anterior, é aplicável, com as adaptações impostas pela natureza dos interesses em causa, o disposto no processo penal acerca da verificação da legitimidade da escusa e da dispensa do dever de sigilo invocado”.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 163-6.

⁸⁶ Como principal exame bibliográfico, cf. DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português...* p. 13-39.

⁸⁷ “O autoritarismo a que me refiro e interessa agora considerar é aquele que faz com que o momento de autoridade no processo, por oposição ao da liberdade, seja predominante. E porque no processo o Estado é representado pelo juiz, o princípio autoritário significa logicamente reforço dos poderes deste, designadamente os discricionários, em detrimento dos das partes. Pode, talvez, compreender-se esta matemática, sabendo muito bem que a justiça não é propriamente um bem escasso, chamando a atenção para que quando os poderes processuais das partes deixam de derivar da lei, para passarem a depender do poder discricionário do juiz, acabam por não ser mais poderes; quando se põe a cargo do juiz a heterogestão ou a cogestão dos interesses feitos valer no processo pelos particulares, não é apenas de um novo tipo de regulação que se trata; trata-se de substituir a autorregulação por uma espécie de processo ‘intervencionado’ pelo Estado, sem motivo razoável para isso (porque indemonstrada a redução de funcionalidade do anterior regime). O processo português é claramente de tipo autoritário” – MENDONÇA, Luís Correia de. *Vírus*

que o modelo cooperativo se afasta do paradigma “autoritário”, assinalam que, quando se acentuam os deveres de cooperação das partes, sublinham-se o caráter autoritário do processo; quando acentuados os deveres de cooperação do juiz, atenua-se o cunho autoritário.⁸⁸

Os autores brasileiros que sustentam a existência de um modelo cooperativo,⁸⁹ como perspectiva atual de conformação do ideário relativo ao processo civil constitucional, estabelecem como premissa básica a superação de qualquer “protagonismo” do órgão jurisdicional;⁹⁰ ora revisitando a ideia de “comunidade de trabalho” (originária do direito alemão) para afirmar a existência de policentrismo e comparticipação,⁹¹ ora afirmando a

autoritário e processo civil. In *Julgar – Revista Jurídica*. n. 1, p. 67-98. Lisboa: Associação Sindical dos Juizes Portugueses, 2007, p. 77.

⁸⁸ “O princípio da colaboração estipulado no artigo 266.º [do CPC/1961 português] tem de ser tratado em duas vertentes: primeira, enquanto dever das partes; segunda, enquanto dever do juiz. São duas realidades em absoluto diferentes. Repare-se: quando acentuamos os deveres de cooperação das partes, sublinhamos o caráter autoritário do processo; quando acentuamos os deveres de cooperação do juiz, atenuamos o cunho autoritário. Alguns equívocos ligados à cooperação têm surgido da confusão entre estas duas vertentes. [...] Um aspecto que tem sido descurado nas interpretações do princípio da cooperação é a sua aplicação também ao magistrado civil, ou seja, a percepção de que o princípio da cooperação comporta para o juiz um feixe de deveres. Melhor, que implica a alteração do seu modo de atuar perante o litígio. Na sociedade democrática em que vivemos não se pode admitir uma justiça autoritária, que subjuga o interesse privado a uma ideia pública de verdade; mas também não pode admitir-se uma justiça autista, que abstrai em absoluto da realidade, do mundo, da sociedade em que se integra para julgar cada acção como se de uma ilha se tratasse” – GOUVEIA, Mariana França. *Os poderes do juiz cível na acção declarativa: em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão*. In *Julgar – Revista Jurídica*. n. 1, p. 45-65. Lisboa: Associação Sindical dos Juizes Portugueses, 2007, p. 52 e 54-55.

⁸⁹ Contudo, longe de consubstanciar unanimidade, uma das críticas mais acentuadas considera: “a doutrina que prega um modelo *cooperativo de processo* caracterizado por inserir o juiz no mesmo patamar que as partes, em paridade com elas no diálogo processual (art. 6º, CPC-2015), faz nada menos que esgarçar o contraditório, metamorfoseando-o para forçar significado exegético que transborda os limites semânticos do texto constitucional [...] intérprete e legislador não estão autorizados a dilacerar o contraditório, a empreender espécie de ‘upgrade’ de sentidos para nele incluir o juiz como destinatário, que se tornaria paritário aos litigantes no diálogo processual, pois uma empreitada assim, além de atropelar os limites semânticos do texto constitucional, implodiria por completo a natureza protetiva do contraditório, enfraquecendo sobretudo a posição das partes (e de seus advogados) no processo e vitaminando a figura do juiz, com risco real, inclusive, de quebra da sua imparcialidade” – DELFINO, Lúcio. *Cooperação processual: inconstitucionalidades e excessos argumentativos – Trafegando na contramão da doutrina*. In *Diálogos de teoria do direito e processo*. p. 337-61. Coords. Antonio Carlos F. de Souza Jr. et al. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 357.

⁹⁰ DIDIER JR., Fredie. *Os três modelos de direito processual...* p. 267.

⁹¹ Nesse sentido, cf. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático...* p. 212-5; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O modelo constitucional do processo civil brasileiro contemporâneo*. In *Reconstruindo a teoria geral do processo*. p. 89-124. Org. Fredie Didier Jr. São Paulo: Atlas, 2012; TORRES, Amanda Lobão. *A cooperação processual no novo Código de Processo Civil...* p. 18. Contudo, para Mitidiero, “o modelo cooperativo não se confunde com o ‘modelo comparticipativo’. Ambos os modelos partem da necessidade de o processo civil não ser pensado a partir do ângulo da jurisdição, da necessidade de ver o processo como uma comunidade de trabalho e da existência de um dever de diálogo do juiz com as partes. Nada obstante, enquanto o modelo cooperativo prevê a existência de *quatro deveres cooperativos*, o modelo comparticipativo originariamente se funda apenas no dever de consulta. Essa é uma das razões pelas quais os modelos não se confundem” – MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil...* p. 99-100.

existência de um modelo que se contrasta, como *terceira via*, com os perfis *isonômico* e *assimétrico* de estruturação do processo, apreendidos dos pressupostos sociais, lógicos e éticos identificados, histórica e respectivamente, na organização do processo civil canônico-medieval⁹² e moderno.⁹³

⁹² Sobre o perfil [medieval] isonômico, anota-se que “a maneira como os juristas medievais tratavam do direito em geral assume particular interesse na análise do modelo isonômico de processo. Mais do que isso: a racionalidade de que os juristas medievais se serviam para tratar do direito chegou mesmo a condicionar toda a estrutura da ordem do juízo na Idade Média, todo o processo da experiência processual civil da época. [...] Ao contrário do que sucedeu no direito moderno, cujos padrões de racionalidade convocados para auxiliarem os juristas mais se afeioavam à lógica teórica, a racionalidade do medievo identificava-se com uma racionalidade prática, buscando conceber o direito como um problema concreto que o jurista tem de resolver visando ao consenso, ao fim e ao cabo, critério de verdade e justiça no ambiente medieval. Nessa perspectiva, assume fundamentalmente relevância o diálogo entre as pessoas que participavam do processo, justamente aqueles que se dedicavam à resolução do problema em que se consubstanciava o próprio *ius*. A solução do caso concreto não se oferecia como obra de uma razão individual, sendo antes o resultado do diálogo judiciário. Não é à toa, pois, que o juízo era entendido como um ato de três pessoas, como referiam incessantemente os glosadores (*iudicium est actus ad minus trium personarum: actoris, rei, iudicis*)” – Ibidem, p. 73-4. “O *modus* de que se socorria este último pensamento era decerto o que lhe oferecia também o ambiente cultural do tempo: a base formativa era o *trivium* e a metodologia era a da escolástica – a ‘aplicação dos métodos da lógica aristotélica e da retórica’ à *disputatio* sobre *questiones*, e assim uma discussão tópico-argumentativa sobre questões doutrinárias, fossem elas suscitadas por problemas práticos reais ou imaginados, que invocava sempre como argumento textos sancionados e opiniões de autores (autoridades), e estas com tanto maior relevo quanto se conjugassem numa *communis opinio*, pois isso o exigiria um pensamento argumentativo-retórico do domínio do provável. [...] Daí que o pensamento jurídico fosse hermenêutico na intenção epistemológica, posto que dialético-argumentativo ou lógico-dialético na perspectiva metódica” – NEVES, Antonio Castanheira. *Metodologia jurídica – problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 87. “É evidente, pois, que a estrutura do processo civil deveria reagir à maneira como os juristas medievais pensavam metodologicamente o próprio direito. A uma concepção jurídica dessa ordem a processualística medieval respondeu com o *ordo iudiciarius*, cujo mote era justamente a construção de um modelo isonômico de participação na descoberta do direito. A estrutura do *ordo iudiciarius* encontra-se atada a pressupostos semânticos e lógicos, que, por assim dizer, acabaram por definir as suas feições mais marcantes. Não é acidental, pois, a utilização do termo *iudicium* para designação do processo de então, ‘palavra-chave’ da processualística, que a identificava com a própria formação do juízo judiciário, da decisão judicial. Ademais, o *iudicium* ou *ordo iudiciarius* orientava-se por um pensamento problemático, de razão prática, pautado pela dialética entre os participantes do processo, cujos critérios fundamentais são identificados na opinião e no consenso. Era raro, como nota a doutrina, que o raciocínio judiciário pudesse redundar, como nas demonstrações matemáticas, em uma conclusão impositiva, já que se buscava o direito através das controvérsias e das oposições dialéticas. Nesse contexto e com essas condicionantes é que surge o processo do *iudicium* ou do *ordo iudiciarius* como um modelo isonômico, em que se procurava ‘uma paritária e recíproca regulamentação do diálogo judiciário’. E o motor fundamental desse modelo de processo vinha representado justamente no *contraditório*, inspirado fundamentalmente na *boa-fé processual* (aí entendida como *lealdade processual*), seu pressuposto mais direto, decorrência da *paridade* entre os sujeitos do *ordo iudiciarius*” – MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil...* p. 75-6.

⁹³ “A mudança de perspectiva, introduzida pela lógica de Pierre de la Ramée (século XVI), já antecipa uma alteração de rumo que busca incorporar ao direito os métodos próprios da ciência da natureza, um pensamento orientado pelo sistema, em busca de uma verdade menos provável, com aspirações de certeza, a implicar a passagem do *iudicium* ao *processus*. Tudo isso se potencializa, a partir do século XVII, com a estatização do processo, com a apropriação do *ordo iudiciarius* pelo soberano, pelo príncipe, que passa a reivindicar o monopólio da legislação em matéria processual, tendência incrementada depois pelas ideias do iluminismo e pelo verdadeiro terremoto produzido pela Revolução francesa. Esses fatores haveriam, necessariamente, de conduzir a outra concepção do contraditório, que passa a perder seu originário ponto de contato com os *natürliche Rechtsgrundsätze* e deixa de ser visto como necessário e intrínseco mecanismo de investigação da “verdade”, rebaixado a princípio externo e puramente lógico-formal. Daí a menção a uma

ALVARO DE OLIVEIRA aponta que, a partir de meados do século XX, passou-se a revalorizar a essencialidade do “diálogo judicial na formação do juízo, fruto da colaboração e cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes, segundo as regras formais do processo”,⁹⁴ associando o contraditório [redimensionado sob “perspectiva cooperativa”] ao valor da *efetividade* processual.⁹⁵ Nesse cenário, aponta-se a necessidade do método dialético para equacionar o contraditório à luz da exigência de que o *processo* se constitua espaço de diálogo democrático para a formação do convencimento judicial, ou seja, não apenas para uma legitimação de *meios*, mas também do próprio *resultado* da atividade jurisdicional.⁹⁶

simples audiência bilateral (*Grundsatz des beiderseitigen Gehörs*), garantia considerada atendida quando assegurada à outra parte a devida oportunidade de ser ouvida” – OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Garantia do contraditório*. In *Garantias constitucionais do processo civil*. p. 132-50. Coord. José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 134-5. “O clima cultural da Europa dos Seiscentos condicionou todo o direito posterior, propiciando a radical transformação do *iudicium* em *processos*. Se o direito medieval se servia da dialética – campo do discurso *argumentativo* e do *provável* – o direito moderno alçou mão para estruturação da ‘ciência’ jurídica da *lógica apodítica*, que trabalha com a *demonstração* e com a *verdade*. O direito deixa de ser um problema que o jurista tem de resolver trabalhando em um esquema sujeito-sujeito para ser um objeto que o operador do direito tem de conhecer, compreendido numa relação sujeito-objeto: passa-se de uma racionalidade prática à racionalidade teórica, ocorrendo uma verdadeira *geometrização* do jurídico (já que o protótipo do conhecimento, dentro desse particular ambiente, passa a ser a matemática). [...] É interessante perceber que essa guinada cultural não deixa de ter um endereço político e ideológico certo: por seu intermédio busca-se domesticar o direito, tornando-o tão certo quanto o resultado de uma equação algébrica. Mais profundamente, a lógica teórica impingida ao direito busca assegurar a concentração de todo poder no Estado, notadamente, em um primeiro momento, na figura do Rei, tornando-o uma ciência técnica, despolitizando seus atores. Busca implementar um *modelo de legislação sem jurisdição*. Nessa vertente, a concepção do direito estatal perfeito, demonstrável, acaba revelando uma empresa profundamente tirânica, antidemocrática, na medida em que elimina a possibilidade de crítica ao direito posto, eliminando igualmente a possibilidade de compreensão do fenômeno jurídico pelo diálogo e, pois, a direta participação dos cidadãos no manejo do poder estatal” – MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil...* p. 78-80.

⁹⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Garantia do contraditório...* p. 137. “Esse novo enfoque, não por acaso, surge a partir dos anos 50 [...] e se revitaliza, com novas roupagens e ideias, o sentido problemático do direito, precisamente quando – já renunciando o pós-modernismo – mais agudos e prementes se tornavam os conflitos de valores e mais imprecisos e elásticos os conceitos” – *Ibidem*, p. 136-7.

⁹⁵ “Ao mesmo tempo, nessa mesma linha de evolução, consentânea com a consciência do caráter público do processo, com a necessidade de uma solução mais eficiente e rápida do litígio, insere-se o valor da *efetividade*. O seu reflexo na extensão do contraditório é imediato e de largo espectro, porquanto encontra seu melhor instrumento técnico na possibilidade de concessão de medidas conservativas ou mesmo antecipatórias dos efeitos da futura sentença de mérito, antes do término normal do processo e até liminarmente, mesmo antes de ser ouvida a parte demandada sobre a pretensão exercida em juízo” – *Ibidem*, p. 137.

⁹⁶ “Exatamente em face dessa realidade, cada vez mais presente na rica e conturbada sociedade de nossos tempos, em permanente mudança, ostenta-se inadequada a investigação solitária do órgão judicial. Ainda mais que o monólogo pouca necessariamente a perspectiva do observador e em contrapartida o diálogo, recomendado pelo método dialético, amplia o quadro de análise, constrange à comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado. A faculdade concedida aos litigantes de pronunciar-se e intervir ativamente no processo impede, outrossim, sujeitem-se passivamente à definição jurídica ou fática da causa efetuada pelo órgão judicial” – *Ibidem*, p. 139-40. No mesmo sentido, ressaltando que o princípio da colaboração está diretamente atrelado ao princípio do contraditório, “segundo a concepção de que todos os sujeitos parciais do processo têm o direito de influenciar

Confluindo com o “acorde harmonioso” que BARBOSA MOREIRA pré-anunciara como potencial via conciliatória dos modelos dispositivo e inquisitivo,⁹⁷ DIDIER JR. e MITIDIERO consideram que a cooperação constitui um terceiro modelo de organização do processo, que pressupõe *deveres de conduta* recíprocos (partes e juiz),⁹⁸ sendo que, para o órgão jurisdicional, assume-se uma [dupla] posição: “*paritário no diálogo e assimétrico na decisão* (arts. 9º, 10, 139 e 489, § 1º, IV, do CPC/2015)”; “essa dupla posição do juiz – paritária no diálogo, assimétrica na decisão – e o reforço das posições jurídicas das partes conferem marca ao modelo de processo civil cooperativo, manifestando-se ao longo de todo o procedimento comum”.⁹⁹ Diversamente de DIDIER JR., que contrapõe a cooperação aos modelos *dispositivo* e *inquisitivo*, MITIDIERO, negando que o paradigma colaborativo revogue o princípio dispositivo, prefere uma contraposição que se reporte a modelos *isonômico* e *assimétrico*; a distinção é terminológica, mas não conceitual.¹⁰⁰

Em relação ao órgão jurisdicional, mencionam-se deveres de *esclarecimento* (arts. 139, VIII, 321, 357, § 3º, do CPC), de *diálogo* (arts. 9º, 10, 191, 357, § 3º, 487, parágrafo único, 489, § 1º, IV, 493, parágrafo único), de *prevenção* (arts. 139, IX, 317, 932, parágrafo único, 1.007, §§ 2º, 4º e 7º, 1.017, § 3º, e 1.029, § 3º) e de *auxílio* (arts. 319, § 1º, 373, § 1º, 400, parágrafo único, e 772, III);¹⁰¹ ou, analogamente, consideram-se deveres de *lealdade*, de *esclarecimento*, de *consulta* e de *prevenção* para o órgão jurisdicional e deveres de *esclarecimento*, *lealdade* e de *proteção*, em relação às partes.¹⁰² Trata-se de

a formação do convencimento judicial”, cf. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas...* p. 220.

⁹⁷ Segundo o autor, a colaboração poderia “resolver, em acorde harmonioso, a tradicional contraposição entre o modelo ‘dispositivo’ e o modelo ‘inquisitivo’ do processo civil” – BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo*. In *Temas de direito processual: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 50. Ada Pellegrini Grinover também descrevera a própria garantia do contraditório em correspondência à “contraposição dialética paritária” e a “forma organizada de cooperação no processo” – GRINOVER, Ada Pellegrini. *Defesa, contraditório, igualdade e ‘par condicio’ na ótica do processo de estrutura cooperatória*. In *Novas tendências do direito processual*. p. 1-16. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 7.

⁹⁸ “Os princípios do *devido processo legal* e do Estado de Direito imputam ao juiz uma série de deveres (ou *deveres-poderes*, como se queira), que o fazem também sujeito do contraditório [...]. O exercício da função jurisdicional deve obedecer aos limites do devido processo” – DIDIER JR., Fredie. *Os três modelos de direito processual...* p. 268.

⁹⁹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil...* p. 98-9; DIDIER JR., Fredie. *Os três modelos de direito processual...* p. 267-9.

¹⁰⁰ Cf. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil...* p. 97-100; DIDIER JR., Fredie. *Os três modelos de direito processual...* p. 267-73.

¹⁰¹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil...* p. 100.

¹⁰² DIDIER JR., Fredie. *Os três modelos de direito processual...* p. 269-72. Nesse sentido, a doutrina aderente ao denominado modelo cooperativo considera que “o novo Código veio permeado por regras processuais que são reflexo dessa nova divisão do trabalho. Algumas já existiam no Código de Processo Civil anterior, e

sistematização que se aproxima àquela delineada pela doutrina portuguesa, já mencionada.¹⁰³

Essa conformação de “deveres cooperativos” alicerça-se na *boa-fé* tanto *objetiva* quanto *subjetiva* (art. 5º do CPC), que têm de ser observadas por todos os participantes do processo; “o princípio da cooperação torna *devidos* os comportamentos necessários à obtenção de um processo leal e cooperativo”.¹⁰⁴ Ressalta-se, assim, a importância da conduta processual das partes para que o processo se desenvolva sem dilações indevidas, sob a óptica do que PICÓ I JUNOY denomina de “debido proceso leal”.¹⁰⁵ Quanto a esse aspecto, MITIDIERO diverge ao destacar que, não havendo interesse comum entre as partes, sob o ponto de vista do direito material, “os deveres cooperativos no âmbito do processo civil não decorrem da boa-fé: decorrem da necessidade de revisitar a divisão do trabalho entre o juiz e as partes”.¹⁰⁶

acabam ganhando apenas nova interpretação, que melhor se coadune com o ‘estado de coisas’ almejado pela cooperação. Outras são novidades, que visam justamente a implementar e garantir que essa nova divisão seja observada na prática” – TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório...* p. 149-50.

¹⁰³ Por todos, cf. SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil...* p. 66-8.

¹⁰⁴ DIDIER JR., Fredie. *Os três modelos de direito processual...* p. 269. No mesmo sentido, cf. BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 311-2; BERALDO, Leonardo de Faria. *O dever de cooperação no Novo Código de Processo Civil*. In *Normas fundamentais*. p. 359-64. Coords. Fredie Didier Jr., Dierle Nunes e Alexandre Freire. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 361.

¹⁰⁵ Cf. JUNOY, Joan Picó i. *El debido proceso leal: reflexiones en torno al fundamento constitucional del principio de la buena fe procesal*. In *Revista Peruana de Derecho Procesal*. n. 9, p. 331-72. Lima: Palestra, 2006; Idem, *Las garantías constitucionales del proceso*. 2. ed. Barcelona: Bosch Editor, 2012, p. 149-50.

¹⁰⁶ “Fundamentá-la [a cooperação] na boa-fé – e, pois, na confiança, seu elemento último – pode levar a um *indevido esfumaçamento dos objetivos* de cada uma das partes no processo civil. É certo que os deveres cooperativos no plano do direito material decorrem da boa-fé, notadamente no campo do direito obrigacional. Existe, porém, uma diferença central em um e em outro terreno: enquanto o processo civil é marcado normalmente pela divergência, a relação obrigacional no âmbito do direito privado é permeada, em regra, pela existência de *interesses convergentes* das partes. O adimplemento é o fim do processo obrigacional e ambas as partes estão normalmente interessadas na sua obtenção: daí a necessidade de colaboração entre as partes para a promoção do interesse comum. No processo civil não há interesse comum do ponto de vista substancial entre as partes: cada uma quer perseguir o seu próprio interesse. E é por essa razão que a colaboração esperada pela ordem jurídica no processo civil é *do juiz para com as partes* – e jamais das partes entre si. Essa colação não está fundamentada na boa-fé. Os deveres cooperativos no âmbito do processo civil não decorrem da boa-fé: decorrem da necessidade de revisitar a divisão do trabalho entre o juiz e as partes por força da *natureza interpretativa do direito* e da necessidade de prestação de *tutela ao direito mediante decisão de mérito justa e efetiva*. A colaboração – os deveres cooperativos – no âmbito do processo civil decorrem da necessidade de *equilibrada participação* do juiz e das partes no processo por força da alteração do conceito de direito e do caráter instrumental do processo” – MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil...* p. 100. Em sentido contrário, entendendo que a colaboração “impõe *deveres recíprocos* entre todos que *participam do processo*, [pois] todos são partícipes da busca de um objetivo comum e, assim sendo, todos possuem deveres recíprocos”, cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Princípio da colaboração no processo civil*. In *Aspectos polêmicos do novo Código de Processo Civil*. v. I. p. 277-99. Orgs. Helder Moroni Câmara *et al.* São Paulo: Almedina, 2018, p. 292-5.

Enquanto parte dos autores portugueses considera que o princípio da cooperação não tem eficácia direta,¹⁰⁷ a doutrina brasileira, a par de identificar um amplo arcabouço de normas irradiadas do modelo cooperativo, afirma que sua “eficácia normativa independe da existência de *regras jurídicas* expressas”.¹⁰⁸

Conforme destaca MITIDIERO, a chave central para compreender o princípio da cooperação está em encará-lo como elemento organizacional de um processo que alcance, “em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (art. 6º do Código de Processo Civil de 2015), com destaque para “o *diálogo* como ferramenta essencial para condução do processo”, evitando “o *desperdício* da atividade processual”, com primazia do fundo sobre a forma (preferência por decisões de mérito), apurando “*a verdade* das alegações das partes a fim de que se possa bem aplicar o direito e *empregar as técnicas executivas* adequadas para a realização dos direitos”.¹⁰⁹ O autor declaradamente adverte que a colaboração “não pode ser confundida com um *slogan* arrolado pelo legislador a título de norma fundamental do novo processo civil – ela efetivamente informa e enfeixa todo o processo objetivando a prestação da tutela dos direitos”.¹¹⁰

A cooperação tem sido anunciada doutrinariamente, enfim, como um *princípio jurídico*,¹¹¹ sob a premissa conceitual de que “princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas”, cuja aplicação “demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”.¹¹²

¹⁰⁷ SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo...* p. 591-2.

¹⁰⁸ “Se não há regras expressas que, por exemplo, imputem ao órgão jurisdicional o dever de manter-se coerente com seus próprios comportamentos, protegendo as partes contra eventual comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) do órgão julgador, o princípio da cooperação garantirá a imputação desta situação jurídica passiva (dever) ao magistrado [...] A inexistência de regras que delimitam e/ou esclareçam o conteúdo do princípio da cooperação não é obstáculo intransponível para a efetivação desse mesmo princípio” – DIDIER JR., Fredie. *Os três modelos de direito processual...* p. 269 e 272.

¹⁰⁹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil...* p. 104-5.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 106.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 100.

¹¹² “[...] os princípios são normas imediatamente finalísticas. Eles estabelecem um fim a ser atingido. Como bem define Ota Weinberger [*Rechtslogik: Versuch Einer Anwendung Moderner Logik Auf Das Juristische Denken*, de 1970], um fim é ideia que exprime uma orientação prática. Elemento constitutivo do fim é a fixação de um *conteúdo* como pretendido. Essa explicação só consegue ser compreendida com referência à função pragmática dos fins: eles representam uma *função diretiva* (*richtungsgebende Funktion*) para a determinação da conduta. Objeto do fim é o conteúdo desejado. [...] O fim não precisa, necessariamente, representar um ponto final qualquer (*Endzustand*), mas apenas um conteúdo desejado. Daí se dizer que o fim estabelece um estado ideal de coisas a ser atingido, como forma geral para enquadrar os vários conteúdos de um fim. A instituição do fim é ponto de partida para a procura por meios. Os meios podem ser definidos

20 Cooperação e dialética processual

A contribuição dialética para o processo civil constitucional adequa-se à perspectiva da instrumentalidade metodológica, que permite, em síntese, alcançar um equilíbrio entre a reflexão especulativa dos processualistas e a concretude das soluções engendradas na contemporaneidade, frente às novas problemáticas, afinando-se “o diálogo entre os livros e a *realidade*”.¹¹³

A processualidade contemporânea deve ser analisada sob perspectiva dialética para compreender e aprimorar seus institutos à luz dos dados reais extraídos da complexidade dos conflitos da sociedade, sem iludir-se com alguma “figura ideal”. Nesse contexto, imprimindo-se uma nova *episteme*, relacionada a seu regime de historicidade,¹¹⁴ é possível traçar as linhas nucleares de um novo programa de direito processual civil, pré-anunciado por ADA PELLEGRINI GRINOVER em sua obra derradeira.¹¹⁵

As ideias subjacentes à cooperação processual realçam aspectos ínsitos à dialeticidade do processo e à própria imbricação do contraditório com o método dialético.¹¹⁶ A contraposição dialética entre os sujeitos parciais do processo é relevante

como condições (objetos, situações) que causam a promoção gradual do conteúdo do fim. Por isso a ideia de que os meios e os fins são conceitos correlatos” – ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 102-3.

¹¹³ OSNA, Gustavo. *Processo civil, cultura e proporcionalidade...* p. 77.

¹¹⁴ Adotando, por empréstimo, a expressão de François Hartog, cujo conceito destaca um modelo de articulação da tríade temporal (passado, presente e futuro) em determinados contextos e circunstâncias sociais; não basta a análise das fontes, mas a compreensão e o dimensionamento dos variados resultados dentro dos respectivos âmbitos de significação, iluminando a compreensão não apenas sobre “a totalidade do tempo, mas principalmente [sobre os] momentos de crise do tempo, aqui e lá, quando vêm justamente perder sua evidência as articulações do passado, do presente e do futuro” – HARTOG, François. *Regimes de historicidade: presentismo e experiências do tempo*. Trad. Andréa Souza de Menezes *et al.* Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013, p. 37.

¹¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 33-4.

¹¹⁶ Cf. CALAMANDREI, Piero. *La dialetticità del processo*. In *Processo e democrazia*. p. 119-41. Padova: CEDAM, 1957, p. 121-4; CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo...* p. 92-3; FAZZALARI, Elio. *Processo. Teoria generale*. In *Novissimo Digesto Italiano*. v. XIII, p. 1.067-76. Torino: UTET, 1966, p. 1.072. Assim, a “adequada compreensão do [denominado] dever de cooperação não é antagônica à dialeticidade processual” – LEONARDO, César Augusto Luiz. *Contraditório, lealdade processual e dever de cooperação intersubjetiva*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Orientador: Prof. Associado Dr. José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo, 2013, p. 89. “A ideia, hoje sustentada por boa parcela da doutrina, a respeito da importância da cooperação entre os sujeitos do processo, está presente na visão instrumentalista. [...] a efetividade do processo depende fundamentalmente da garantia de participação de todos, inclusive do juiz, com observância do contraditório” – BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Instrumentalidade e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?* In

para garantir, aliás, a imparcialidade do órgão jurisdicional: “as garantias constitucionais do *devido processo legal* convertem-se, de garantias exclusivas das partes, em garantias de jurisdição e transformam o procedimento em um processo jurisdicional de estrutura cooperatória”, ou seja, a “garantia de imparcialidade da jurisdição brota da colaboração entre partes e juiz”.¹¹⁷

Essa *colaboração*, cujo termo é empregado univocamente quanto à *cooperação*,¹¹⁸ reforça a ideia de que a “participação dos sujeitos no processo não possibilita apenas a cada qual aumentar as possibilidades de obter uma decisão favorável, mas significa cooperação no exercício da jurisdição”, apresentando-se a própria “estrutura dialética do processo” em prol da “boa qualidade da prestação jurisdicional e da perfeita aderência da sentença à situação de direito material subjacente”.¹¹⁹

Trata-se de concepção justificada pela parcialidade das partes e por seu interesse na prestação da tutela jurisdicional.¹²⁰ A participação dialética das partes, em contraditório fomentado ativamente pelo juiz, é fundamental para a consolidação dos elementos fáticos e jurídicos (definição fática e qualificação jurídica) necessários para uma justa solução do

Garantismo processual: garantias processuais aplicadas ao processo. p. 1-39. Coords. José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 6.

¹¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Defesa, contraditório, igualdade e 'par condicio'*... p. 2-3.

¹¹⁸ Em sentido diverso, propondo nuance semântica: “introduz-se no ordenamento processual [na espécie, processo civil português] a ideia de colaboração/cooperação processual, como princípio ordenador. Segundo o Dicionário da Academia ‘colaborar’ é contribuir para que determinado objetivo comum se concretize; ‘cooperar’ é trabalhar ou ‘agir’ em conjunto para determinado fim específico. A cooperação é uma colaboração mais intensa, pressupõe um ‘juntar de mãos’ numa tarefa, uma certa solidariedade. Mas não se confunde com a coautoria” – MENDONÇA, Luís Correia de. *Vírus autoritário e processo civil...* p. 87.

¹¹⁹ “Os três momentos da dialética, entendida como procedimento gnoseológico, são, em última análise, a afirmação de uma realidade (tese), sua negação (antítese), e finalmente a negativa, ou da afirmação, ou da negação. E, no processo, a dialética não se limita a operar no plano abstrato, mas atua no plano concreto, exprimindo a participação dos sujeitos no procedimento cognitivo. Nesse sentido é que se fala da dialética do processo, valendo ainda lembrar que o que neste se intenta é remontar de uma ou de várias hipóteses à verdade, mediante um método empírico, mercê do qual a atividade do juiz guarda analogia com a do historiador. Surge disso uma inarredável conclusão: as partes é que são necessárias para o desenvolvimento do processo. A proposição contrária, no sentido de o processo servir às partes, só é válida na estreita medida em que estas têm interesse no provimento. Daí a necessidade de que as partes representem interesses opostos em relação à definição e qualificação do fato a ser declarado. A parcialidade das partes é essencial à função jurisdicional no momento da análise, assim como no momento da síntese é-lhe essencial a imparcialidade do juiz” – GRINOVER, Ada Pellegrini. *Defesa, contraditório, igualdade e 'par condicio'*... p. 3.

¹²⁰ Afinal, “qualquer jurista que interprete a cooperação processual como solidariedade entre as partes estaria partindo de uma visão romântica de cooperação que induz a crença de que as partes no processo querem, por vínculos de solidariedade, chegar a um resultado mais correto para o ordenamento jurídico, quando se sabe que na realidade as partes querem ganhar o processo e o juiz dar razão à sua pesada carga de trabalho” – ALVES, Isabella Fonseca. *A cooperação processual no Código de Processo Civil.* Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 214.

conflito;¹²¹ a “justiça” da solução é mensurada exatamente em razão do grau e da qualidade da participação dos sujeitos interessados, justificando e legitimando os resultados obtidos pela prestação jurisdicional.¹²²

O contraditório, garantia processual constitucional, manifesta-se como qualidade intrínseca dos procedimentos democráticos. Um dos *slogans* adotados para destacar a revalorização contemporânea do contraditório recebe a roupagem da denominada “cooperação” processual, que traduz um aporte ideológico aceito por substancial parcela da doutrina, como ressaltado em tópico anterior. Como qualquer subsistema social, também o direito [processual] atualiza-se periodicamente à luz da enunciação de novos lemas ou ideologias.

A cooperação processual ressalta fundamentalmente o aspecto dialógico inerente ao devido processo legal e à garantia do contraditório, mediante *interpretação construtiva* (ou *evolutiva*) das respectivas cláusulas constitucionais,¹²³ impedindo-se que a atividade do órgão jurisdicional – por exemplo, mediante suposta interpretação ampliativa da regra *iura novit curia*¹²⁴ – suprima a possibilidade de participação ativa das partes em todas as questões (fáticas e jurídicas) relevantes para o processo.

¹²¹ Assumindo-se a premissa da “recíproca e contínua implicação entre fato e direito. Pensar o fato implica pensar o direito. Pensar o direito depende do fato pensado. Para que um ganhe sentido, é necessário o outro. Um sem o outro nada diz para o processo. Daí que as partes não estão adstritas exclusivamente aos fatos. Em tal perspectiva, o objeto litigioso [do processo] é constituído pela causa de pedir, pela defesa indireta e pelo pedido” – LANES, Júlio Cesar Goulart. *Fato e direito no processo cooperativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 213.

¹²² “[...] nonostante la potestà che gli è conferita, il giudice da solo non potrebbe giudicare. Il vero è che se le parti hanno bisogno di lui, egli ha bisogno delle parti, onde il rapporto tra giudice e parti, come quello tra diritto e processo, è circolare. Quella collaborazione tra il giudice e le parti, che vedemmo costituire il *quid novi* della giurisdizione in confronto con la legislazione, è fondata su un’esigenza, la quale trova nella parità tra l’*homo iudicans* e l’*homo iudicandus* la sua più profonda radice. Fatto sta che *le parti non sono giudicate se non aiutano a giudicare*. [...] Non basta, infatti, sapere cosa fanno le parti nel processo se non si scopre la ragione per le quale quello che fanno agevola il difficilissimo compito del giudicare” – CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo...* p. 92-3.

¹²³ Em típica hipótese de interpretação *construtiva*, fenômeno não raro quanto a enunciados normativos de textura aberta (v.g., o art. 5º, LIV, da Constituição Federal), que “consiste na ampliação do sentido ou extensão do alcance da Constituição – seus valores, seus princípios – para o fim de criar uma nova figura ou uma nova hipótese de incidência não prevista originariamente, ao menos não de maneira expressa” – BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 129. Sob o título de interpretação *evolutiva*, cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade...* p. 114.

¹²⁴ Assim, “a liberdade concedida ao julgador na eleição da norma a aplicar, independentemente de sua invocação pela parte interessada, consubstanciada no brocardo *iura novit curia*, não dispensa a prévia ouvida das partes sobre os novos rumos a serem imprimidos ao litígio, em homenagem ao princípio do contraditório. [...] O diálogo judicial torna-se, no fundo, dentro dessa perspectiva, autêntica garantia de democratização do processo, a impedir que o poder do órgão jurisdicional e a aplicação da regra *iura novit curia* redundem em instrumento de opressão e autoritarismo, servindo às vezes a um mal explicado tecnicismo, com obstrução à

A denominada “cooperação” não constitui via alternativa de modelo processual, que se contraste com a polarização anterior entre modelos liberais e sociais, privatistas (dispositivo) e publicistas (inquisitivo). A própria doutrina processual é, aliás, praticamente unânime em reconhecer a impossibilidade tanto teórica quanto prática de se conceber um modelo “puro”. Efetivamente importa é que todo modelo processual democrático seja lido e projetado sob a perspectiva das garantias constitucionais instituídas. O princípio do contraditório, designando um dos corolários mais tangíveis do devido processo legal, esclarece *per se* a imprescindibilidade da dialética na conformação de qualquer fenômeno processual democrático. Não é necessário conceber um novo modelo (“cooperativo”) para aferir tal circunstância ou exigência.¹²⁵

Evidentemente, sem padrões participativo-comunicativos coerentes (proporcionais), não seria possível legitimar o exercício da atividade jurisdicional democrática, instrumentalizada pelo procedimento em contraditório. A observância do contraditório pressupõe, fundamentalmente, uma “garantia de participação”, destacando-se seu inequívoco aspecto democrático.

Desse modo, não seria a rigor necessária a formulação de uma nova ideologia processual para a tomada de consciência do atual momento de revalorização do contraditório, externado pela própria dimensão dialética do processo. Significa afirmar que as funções principais do órgão judicante não se concentram apenas na “decisão”, mas também na “interlocução”, em razão da dialeticidade inerente a qualquer fenômeno processual. Por outro lado, seria inconcebível, sob a óptica constitucional, a legitimação de procedimentos decisórios que excluíssem a participação dos sujeitos envolvidos.

efetiva e correta aplicação do direito à justiça do caso” – OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil...* p. 168.

¹²⁵ “É possível afirmar, portanto, que a colaboração no processo, tal como vem sendo adotada no novo CPC, é um novo modo de enxergar o contraditório, mas que não tem força suficiente para inaugurar um novo modelo ideológico de processo, nem, muito menos, para permitir a afirmação de que estamos diante de um novo princípio processual (princípio da colaboração). É certo que o conteúdo da garantia do contraditório merece ser atualizado e que o novo CPC caminha firmemente nesse sentido, mas a concretização de tudo isso não significa que será necessário recorrer à ideologia ditada pelo modelo da colaboração processual para impormos novos rumos ao processo civil brasileiro. Trata-se, na verdade, de uma ‘adequação’ do conceito de contraditório ‘à realidade atual’ [...] A tendência detectada no novo CPC, de aproximação com o modelo de colaboração, seria então uma forte projeção do *novo conteúdo* do princípio do contraditório, estimulada pelos atuais valores dominantes na sociedade a respeito do sistema processual, que se traduzem na necessidade de o juiz promover uma *ampliação do diálogo* com as partes em relação aos rumos do processo” – BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do processo no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 84-5.

O processo jurisdicional constitui instância comunicativa, estimulada por um diálogo garantido pelo direito. As implicações da ampliação da garantia do contraditório na processualidade contemporânea, no âmbito da litigiosidade repetitiva, integram o presente objeto de estudo, esclarecendo que a ideia de “cooperação” – a *participação em cadeia* dos sujeitos do processo – designa a releitura de um fenômeno basal: a dialética, compreendida como qualidade essencial do contraditório, que ordena o exercício da linguagem no processo e informa toda a coerência do sistema processual.

A sistematização irradiada do denominado “princípio da cooperação”, empreendendo “deveres” às partes (esclarecimento, lealdade, proteção) e ao juiz (esclarecimento, diálogo, prevenção, auxílio), enfatiza, na verdade, qualidades que viabilizam a instância comunicativa necessária à interlocução processual de perfil democrático,¹²⁶ ou seja, garantida pelo contraditório em sua qualidade fundamental: a dialética. Os denominados “deveres” de colaboração constituem, assim, ou pressupostos deontológicos do diálogo em contraditório, ou modos de reger e qualificar a comunicação no processo.¹²⁷ A propósito, “na sociedade da informação, na sociedade da comunicação, a função judicial do Estado é uma entre várias e não pode desligar-se da justiça que aplica, da justiça que transmite, da justiça que comunica”.¹²⁸

A perspectiva de que o resultado da atividade jurisdicional deva resultar da participação (ou “cooperação”) dos sujeitos é inerente ao fenômeno dialético que se

¹²⁶ “Com efeito, não há dúvida de que o diálogo travado entre as partes e o juiz contribui para uma decisão mais aperfeiçoada, na medida em que favorece um juízo mais aberto e ponderado. [...] Sob a óptica da solução de conflitos mediante a intervenção estatal, o que justifica a garantia do contraditório é a exigência de legitimação das decisões que, de alguma forma, representam o resultado do exercício de poder e que, nessa medida, impõem-se a determinadas pessoas. No contexto do Estado de Direito, é a oportunidade de participação dos interessados que legitima os atos resultantes daquele exercício. Daí o acerto de se dizer que o contraditório é a expressão jurídica de uma exigência política, que é a de participação” – YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 166. Aliás, a própria doutrina aderente ao princípio da cooperação reporta-se, nesse sentido, a “deveres recíprocos e para com o Poder Judiciário, na busca de um processo justo, efetivo e célere” – FERNANDES, Jorge Luiz Reis. *Os deveres dos sujeitos processuais no processo cooperativo – as partes devem cooperar entre si? In O novo Código de Processo Civil brasileiro – Estudos dirigidos: sistematização e procedimentos*. p. 151-77. Coords. Thereza Arruda Alvim et al. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 176.

¹²⁷ Assim, por exemplo, na doutrina que defende a existência de um “novo” modelo cooperativo, registram-se: “razões de ordem ética e sociais legitimam essas limitações impostas pela lei ao direito de participação, o qual deve ocorrer sempre em conjunto com o interesse de alcançar os escopos do processo. Essa é a visão cooperativa do processo: os sujeitos do processo têm sua atuação incentivada na medida do possível para que o transforme num local em que prevalece o diálogo, mas limitando a conduta de cada qual para que o instrumento não se desvie do natural caminho traçado pelo ordenamento jurídico” – AUILO, Rafael Stefanini. *O modelo cooperativo de processo civil no novo CPC*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 128.

¹²⁸ GOUVEIA, Mariana França. *Os poderes do juiz cível na ação declarativa...* p. 55.

manifesta no processo. Os níveis de cooperação entre os participantes determinarão a qualidade do próprio modo comunicativo do procedimento.¹²⁹

Vale recordar que “o antagonismo de posições das partes não é obstáculo à dialética, antes a viabiliza. A dialética não é a morada do consenso, mas do diálogo regrado. O entrechoque de opiniões é, também ele, diálogo”.¹³⁰

A dialética processual, por intermédio do contraditório, permite o diálogo e lhe imprime coerência para que o resultado da atividade jurisdicional seja, enfim, o melhor possível: não segundo a revelação de uma “verdade” pelo juiz, mas pela obtenção de uma solução coerente à luz do debate e das garantias democráticas franqueadas no processo. Essa coerência, viabilizada pelo contraditório, representa a própria dimensão do “possível” dentro do processo, cuja síntese se representa pela instância comunicativa garantida pelo direito, que se impõe, se coordena, se reforça e se reafirma – sempre – pela argumentação; sem argumentação, sem abertura discursiva, toda tentativa democrática é falível.¹³¹

O tratamento [democrático] da litigiosidade repetitiva, que constitui o recorte temático do estudo, depende de técnicas processuais que prestigiem os valores democráticos de legitimação do exercício do poder jurisdicional, pela qualidade dos modos operativo-estruturais (LUHMANN) e comunicativo-dialógicos (HABERMAS) do procedimento. Em outras palavras, a legitimação pelo procedimento juridicamente organizado é obtida por mecanismos de interação estruturados, mediante a comunicação. Já as garantias de modos comunicativos coerentes e justificados (razão comunicativa), segundo padrões participativos nos procedimentos, são indispensáveis para legitimar o exercício decisório das instâncias de poder democráticas.

¹²⁹ LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 444; Idem, *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 35.

¹³⁰ BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial (uma visão dialética)*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 74.

¹³¹ “No nível do discurso racional, o modo performativo caracterizado por uma suposição incondicional de verdade é posto em suspenso e transformado na peculiar ambivalência dos participantes de um discurso. Eles assumem uma atitude hipotética e falibilista em relação a alegações que, na medida em que são problemáticas, precisam ser justificadas, mas que, por outro lado, na medida em que pretendem uma validade incondicional, apontam para além do conceito de justificação. Essa referência transcendente a algo situado no mundo objetivo lembra os participantes que o conhecimento em pauta surgiu em primeiro lugar do conhecimento das pessoas enquanto agentes; assim, eles não se esquecem do papel *transitório* desempenhado pela argumentação no contexto mais amplo do mundo vital” – HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. Org. Patrick Savidan. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 62-3.

A “comunicação” é a chave para equacionar o problema da “participação” do juiz no diálogo, sem lhe ferir a imparcialidade. O juiz, na participação em cadeia no processo, não se torna “parcial” ou interessado justamente porque o “modo comunicativo” no processo, assegurado pela dialeticidade, garante a contraposição das parcialidades.¹³²

A criação de instrumentos capazes de gerir a litigiosidade de massa conjugadamente à preservação dos direitos fundamentais, imprimindo resultados justos e efetivos à coletividade afetada, representa um dos grandes desafios para a ciência processual contemporânea. A crítica segundo a qual as técnicas processuais engendradas para o tratamento da litigiosidade repetitiva, no Código de Processo Civil vigente, seriam inconstitucionais pressupõe uma concepção tradicional do contraditório, não mais representada pelas exigências atuais.

O paradigma contemporâneo reclama a percepção de uma *razão comunicativa* – não meramente prática ou formal – perfilada pelo contraditório, cuja dialeticidade converge com as proposições da *cooperação*, na medida em que “i contraddittori sono collaboratori nella contrapposizione dialettica”.¹³³ Contudo, as implicações do contraditório no contexto da litigiosidade de massa (repetitiva), e dos respectivos instrumentos e técnicas, resultam do enaltecimento de sua qualidade dialética, e não propriamente de um “princípio” cooperativo, vertido de uma ideologia processual.¹³⁴

Conforme mencionado anteriormente, ideologias processuais prescrevem fórmulas ou *slogans* que permitam justificar critérios de modificação do sistema, aprimorando-o ou não, coadunados com a eleição de determinados valores (fundamentação discursiva). Constitui premissa do presente estudo o fato de que ideologias – em qualquer campo de conhecimento – são tanto recorrentes quanto transitórias (v.g., citou-se comparativamente a ideologia da oralidade processual); embora não dispensem a reflexão crítica, as respectivas

¹³² A “garantia de imparcialidade da jurisdição brota da colaboração entre partes e juiz” – GRINOVER, Ada Pellegrini. *Defesa, contraditório, igualdade e ‘par condicio’*... p. 2-3.

¹³³ CALAMANDREI, Piero. *La dialetticità del processo*... p. 128-9.

¹³⁴ É certo que “em tempos recentes a tentativa de reavaliar essa forma de atuação [no processo civil] em um sentido mais *democrático* tem sido corriqueira, abrindo espaço para novas construções. Inserem-se aqui elementos como as audiências públicas, o incremento da atuação do ‘terceiro setor’ ou a criação de ouvidorias na esfera administrativa. Em todos os casos, pretende-se conferir *legitimidade* à atividade estatal por meio do diálogo; estabelecer um panorama mais afeto ao debate e à participação. Apesar disso, destacamos ainda que também tem se tornado comum a defesa dessa recomposição no campo do processo. Por meio de ideias como *cooperação* ou *colaboração*, busca-se assim aproximar os sujeitos do conflito (o magistrado e as partes) em um sentido mais horizontal e *policêntrico*. A questão não é inteiramente nova, mas vem assumindo especial importância nos últimos anos e deixou sua marca em nosso atual Código de Processo Civil” – OSNA, Gustavo. *Processo civil, cultura e proporcionalidade*... p. 80-1.

ideias subjacentes não precisam ser rechaçadas quando respeitem os direitos humanos fundamentais, os espaços de liberdades individuais e coletivas (sociais), sejam convergentes com evidências históricas, permitam a continuidade dos debates públicos, sejam alheias a radicalismos ou fundamentalismos etc.¹³⁵

A denominada cooperação processual, a despeito de traduzir a [intrínseca] qualidade dialética do contraditório, segundo as reflexões apresentadas, compatibiliza-se com a concepção democrática de processo civil constitucional.¹³⁶ E, sendo a própria vertente da instrumentalidade metodológica do processo também um modo dialético de compreensão dos fenômenos processuais, não é despropositado que se prefira – em vez de aderir a um suposto “modelo cooperativo” – credenciar o contraditório e suas implicações no recorte temático proposto (tratamento da litigiosidade repetitiva).

¹³⁵ “Las ideologías pasan, cambian y se disfrazan una y otra vez, pues cada vez es más raro que surjan innovaciones verdaderas [...]. Pero, frente a quienes proclamaron su ocaso o decretaron su fin, no veo que las ideologías merezcan una *enmienda a la totalidad*, por así decirlo, siempre que no se constituyan en absolutos, que no engullan los innumerables espacios de libertad individual y social y que no pretendan, contra la evidencia histórica, eliminar cualquier interrogante abierto o responder con perfección a todas las preguntas que la realidad y el buen sentido suscitan” – SANTOS, Andrés de la Oliva. *El papel del juez en el proceso civil: frente a ideología, “prudentia iuris”*. Pamplona: Thomson Reuters, 2012, p. 139.

¹³⁶ Afinal, no denominado “processo cooperativo, característico do atual Estado Constitucional, não se pode conceber um procedimento que não seja estruturado senão a partir de um diálogo constante entre o juiz e as partes ao longo de todas as fases procedimentais” – LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas...* p. 218.

VI LITIGIOSIDADE REPETITIVA

21 Considerações iniciais

A noção de *justiça* é dinâmica. O incremento da complexidade social (“capacidade em expansão”) esclarece que o senso do *justo* é referencial e se amolda a variáveis sucessivas de modo, tempo e espaço; em outras palavras, “a esfera da injustiça percebida se expande dinamicamente com o crescimento do conhecimento humano, com os avanços da viabilidade técnica e os crescentes anseios de amenidade e segurança”.¹ Não é despropositado, assim, que a teoria luhmanniana relacione os conflitos com a necessidade de fortalecimento do “sistema imunológico” das sociedades, atualizando-se os respectivos padrões civilizatórios almejados pelo direito de cada época.²

No atual cenário brasileiro da litigiosidade de massa, por exemplo, cite-se o paradoxo do Poder Público perante a irrealização material das obrigações do Estado demandado judicialmente.³ O Poder Público no Brasil, na condição de grande litigante – protagonista da litigiosidade repetitiva – tem fruído tanto de vantagens estratégicas quanto sistêmicas.⁴ E, apesar da morosidade processual e da reclamação generalizada à crise de funcionamento do Poder Judiciário, os cidadãos continuam a demandar intensamente o Estado. Por outro lado, constitui fato notório que a sobrecarga dos sistemas burocráticos (v.g., a Previdência Social) não é menos sobressalente do que a identificada também nos

¹ “O domínio da injustiça não justificada e não remediada é crescente porque indissociavelmente ligada aos domínios em expansão do conhecimento humano, da viabilidade técnica e dos elevados anseios que eles geram. A busca pela justiça é movida pela produção de injustiça. O desconforto e os riscos da vida cotidiana diminuíram dramaticamente para a maioria das pessoas ao longo do século passado e há uma sensação disseminada de que a ciência e a tecnologia podem produzir soluções para, ao menos, muitos dos problemas remanescentes” – GALANTER, Marc. *Acesso à justiça em um mundo de capacidade social em expansão*. In *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*. v. 2, n. 1, p. 37-49. Trads. João Eberhardt Francisco, Maria Cecília de Araujo Asperti e Susana Henriques da Costa. Porto Alegre: ABraSD, 2015, p. 44.

² LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. Trads. Antonio C. Luz Costa et al. São Paulo: Vozes, 2016, p. 442-4.

³ “A tutela jurisdicional carente de efetividade contra a Fazenda Pública é *qualitativamente inefetiva*, pois, além de revelar a crise de eficiência do mecanismo estatal de solução das controvérsias, desvela a sobreposição de interesses secundários em prejuízo do primário interesse de *realização da justiça*” – MONTEIRO NETO, João Pereira. *Execução contra a Fazenda Pública: e sua efetividade no Código de Processo Civil*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020, p. 34.

⁴ Há inúmeros estudos empíricos a respeito. Por todos, cf. ALMEIDA, Ananda Palazzin de. *A atuação do INSS como litigante habitual no Recurso extraordinário n. 631.240*. Monografia de Especialização apresentada à Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas. Orientadora: Susana Henriques da Costa. São Paulo, 2015.

sistemas judiciários (com raras exceções de algumas justiças especializadas). O contexto, portanto, é de produção de respostas autorreferenciais ao administrado-jurisdicionado,⁵ quando se considera que tanto o Poder Judiciário quanto os órgãos componentes das demais estruturas estatais estão fragilizados na prestação dos respectivos serviços públicos.

Os problemas relacionados à litigiosidade repetitiva são complexos e, conseqüentemente, suas abordagens devem ser multifacetárias; a interdisciplinaridade, a propósito, “coloca-se como uma necessidade do direito contemporâneo de maneira a permitir-lhe gerar respostas adequadas a uma realidade de crescente complexidade jurídica e social”.⁶ A criação de instrumentos capazes de gerir a litigiosidade de massa conjugadamente à preservação dos direitos fundamentais, imprimindo resultados justos e efetivos à coletividade afetada, representa um dos grandes desafios para a ciência processual contemporânea, ante a inegável tendência à “padronização decisória” e a problemática geral da “eficácia quantitativa” cotejada com a “eficácia qualitativa”.⁷

O exame das causas da litigiosidade de massa não constitui objeto específico do presente estudo, mas, em razão do recorte proposto, são indispensáveis algumas considerações sobre o tema, dado o escopo de levantar, sob as premissas da conformação dialética do contraditório, as diversas implicações no tratamento processual da litigiosidade repetitiva.

Justifica-se, assim, a exposição de subtemas relacionados à conceituação das causas externas e internas nas trajetórias de judicialização envolvidas na litigiosidade de massa, à necessidade de tratamento adequado à tipologia dos conflitos, à proposta conceitual de distinção entre litigantes habituais e ocasionais mais conhecida no meio acadêmico (taxonomia proposta por GALANTER) e, finalmente, às interações entre isonomia,

⁵ São inúmeros os casos em que o Judiciário, assim, acaba por “modular” interesses do grande litigante público à míngua da possibilidade de avocar respostas efetivas, como, por exemplo, em relação às sucessivas moratórias constitucionais das dívidas pecuniárias da Fazenda Pública (problemática dos precatórios).

⁶ SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 18.

⁷ Nesse sentido, “embora pareça inegável que a tendencial *padronização decisória* labora para amenizar o estoque dos processos pendentes – ‘índice de congestionamento’, na terminologia empregada nas pesquisas e estatísticas do CNJ – permitindo alcançar uma eficácia *quantitativa*, daí não se extrai, todavia, que, necessariamente, fique assegurada uma resposta jurisdicional *de qualidade*, a que faz jus o jurisdicionado, valendo neste passo lembrar a parêmia pela qual a *quantidade afeta a qualidade*. Em outra sede, buscamos indicar os seis requisitos de uma resposta jurisdicional *de qualidade*: ‘justa, jurídica, econômica, tempestiva, razoavelmente previsível, com aptidão para promover a efetiva e concreta satisfação do direito, valor ou bem da vida reconhecido no julgado’. Em linha afinada com essa proposição, dispõe o art. 4º do CPC” – MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: a luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 87-8.

cooperação e contraditório, consideradas no contexto das técnicas e dos expedientes processuais concebidos para o tratamento de casos repetitivos.

22 Litigiosidade repetitiva: causas externas e internas

As curvas ascendentes de consumo da sociedade contemporânea, além de reclamarem engenhosidade na criação de alternativas renováveis que permitam a revitalização das fontes de recursos, também impactam todos os sistemas sociais, inclusive o jurídico. Como mencionado anteriormente, há uma relação de proporcionalidade direta entre o consumo exacerbado e as crescentes crises de interesse (conflitos)⁸ que pressionam os sistemas de justiça.⁹

As estruturas e os modos comunicativos relacionam-se com os fatores complexos da sociedade (jurídicos, econômicos, sociais etc.);¹⁰ identificados estados de desequilíbrio de expectativas nessa interação, desencadeiam-se conflitos. A finalidade básica do próprio

⁸ A propósito, recorde-se que, para a teoria luhmanniana, o próprio conflito pode ser definido como um sistema social *per se* muito particular com característica marginal (“parasitária”) necessária ao incremento do “sistema imunológico” das sociedades e ao estabelecimento do padrão civilizatório almejado por intermédio do direito – LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. Trads. Antonio C. Luz Costa *et al.* São Paulo: Vozes, 2016, p. 442-4 e 449.

⁹ Dentre os variados fatores, “a massificação de demandas é influenciada especialmente por: (i) massificação da informação, movimento potencializado por advogados e pela mídia; (ii) massificação do consumo e incapacidade de gestão empresarial de qualidade de bens e de serviços cada vez mais sofisticados e diversificados; (iii) massificação na captação da clientela e ponderação da relação custo vs. benefício; (iv) massificação e padronização da atuação em processos administrativos e judiciais: gestão de processos judiciais repetitivos por advogados, pelas empresas (terceirização de serviços advocatícios), pelos procuradores e pelo Judiciário” – GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross. *Considerações acerca do aumento da litigiosidade e do combate às causas da morosidade do sistema de justiça brasileiro*. In *Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva: uma análise empírica. Série Direito e Desenvolvimento – Direito GV*. p. 151-6. Coords. Luciana Gross Cunha e Daniela Monteiro Gabbay. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 153.

¹⁰ “Exatamente porque os bens e valores almejados são finitos e há feixes de interesses infinitos sobre eles, verifica-se a formação de *múltiplas relações* ou de *grupos de interesses individuais* ou ainda *interesses coletivos* que podem ser agrupados e demonstram a existência de um fenômeno social de estrutura complexa. No direito processual, isso fez com que, por necessidade prática de sobrevivência do próprio processo, situações semelhantes passassem a ter um tratamento uniforme e porque não dizer, conjunto em um único processo. Tal tratamento, por assim dizer, passa a ser gradativamente diferenciado daquele até então aplicado em relação às situações clássicas individuais, já que a visão tradicional dos instrumentos e institutos processuais é insuficiente para as relações de massa típicas da sociedade atual, sedimentadas precipuamente no século XX” – LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas: de acordo com o Novo CPC e a Lei n. 13.256/2016*. 2. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, p. 170.

sistema do direito é operar nos padrões comunicativos por intermédio da “proteção de limites erigidos pela sociedade”.¹¹

A complexidade dos caracteres conflitivos tem interessado cada vez mais a doutrina processualista, sob a perspectiva da *instrumentalidade metodológica*, movimento que, *atualizando* o ínsito caráter instrumental do processo, se volta à “construção da ideia de processualidade a partir dos conflitos existentes” na sociedade contemporânea.¹² Nesse contexto, a criação de instrumentos capazes de gerir a litigiosidade de massa conjugadamente à preservação dos direitos fundamentais, imprimindo resultados justos e efetivos à coletividade afetada, constitui um dos grandes desafios para a ciência processual contemporânea.

As características dos conflitos, os caracteres objetivos e subjetivos dos litigantes, as causas externas e internas da litigiosidade, as trajetórias de judicialização, a repercussão dos efeitos das decisões judiciais, dentre outros, são pressupostos para qualquer análise da “adequação das respostas do direito processual não apenas da perspectiva do direito material, mas da realidade social na qual está inserido”.¹³

Assim, a trajetória dos conflitos (trajeto de judicialização) constitui aspecto que tem sido paulatinamente valorizado na processualidade contemporânea, à luz da percepção recorrente de que o *caráter transsubstancial* do processo¹⁴ não fomenta *per se* –

¹¹ LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 47.

¹² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 34. Sobre a proposta original da *instrumentalidade metodológica*, cf. SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 13-27.

¹³ Com efeito, “vai-se ao problema em sua maior concreção, buscando entendê-lo a partir das peculiaridades da disciplina jurídica e social à qual deve estar conformada e identificada a resposta processual mais adequada para sua solução. Na verdade, propõe-se um pouco mais do que tomar um campo específico do direito material como ponto de partida. Isso porque, da mesma forma que o processo, também o direito não consegue dar conta de toda a complexidade dos problemas surgidos no plano fático. Há, sem dúvida, nos dois campos jurídicos, um *acréscimo de complexidade* tanto jurídica quanto fática. Daí a necessidade de identificar não apenas um campo específico do direito material, mas também o universo das possíveis situações controvertidas surgidas em relação a uma área determinada. Com isso, é possível formular, de maneira mais acurada, um juízo de adequação em relação às medidas processuais cabíveis no caso concreto e, por consequência, do melhor parâmetro interpretativo para as normas de processo” – SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos...* p. 19-20.

¹⁴ “A transsubstancialidade do processo, ainda mais em um sistema de direito codificado, corresponde à premissa, no mais das vezes implícita, de as normas e arranjos processuais serem aplicáveis a qualquer tipo de relação de direito material, indistintamente dos diversos campos fáticos e jurídicos em que possa estar inserido. O processo, enquanto forma, estaria imune às vicissitudes dos conteúdos substanciais por ele veiculados. O processo, sob essa perspectiva, apresentaria certa neutralidade em relação ao direito material e às situações a ele peculiares. Vale dizer, a transsubstancialidade refere-se ao pressuposto de que uma determinada regulamentação processual deve tender à generalidade, servindo a todas ou a um grande número

isoladamente – técnicas e meios processuais suficientes para a complexidade da sociedade atual; “a perda da capacidade do processo para responder a uma grande diversidade de situações, independentemente da matéria a que digam respeito, acaba por enfraquecer a qualidade da resposta processual”.¹⁵

No campo da litigiosidade repetitiva, a compreensão das causas externas e internas dos conflitos e dos respectivos trajetos de judicialização é importante para qualquer estudo que se proponha a analisar a adequação das técnicas processuais. A propósito, “caso as soluções pré-processuais, processuais ou gerenciais sejam pensadas isoladamente em relação ao restante do trajeto do conflito, como iniciativas pontuais, há o risco de terem um efeito perverso potencializador de demandas”.¹⁶

As denominadas “causas externas” são fatorias e ambientais, ou seja, constituem variáveis externas aos órgãos jurisdicionais; por exemplo, a “regulação administrativa e legislativa, marcos institucionais, questões socioeconômicas e prática de gestão empresarial”,¹⁷ o impacto da produção científico-doutrinária sobre temas controvertidos, dentre outros aspectos.

Na realidade brasileira, para ilustrar – didaticamente – fatores ambientais (causas externas) contextualizados em um conflito notório e com acentuada repercussão social, citem-se as demandas de expurgos inflacionários relacionadas aos famigerados “Planos Econômicos”, implementados na passagem entre a penúltima e a última décadas do século passado. Na hipótese, as principais causas externas remontam à própria tentativa histórica de delimitar a existência, em favor da Fazenda Pública, de um “poder monetário”¹⁸ que

de situações de direito material. Essa pressuposição marca tanto a disciplina legal do processo, quanto o campo específico de seu estudo. Nesse sentido, situações fáticas de grande disparidade podem ser submetidas à mesma disciplina legal e estudadas sob uma mesma perspectiva” – Ibidem, p. 20-1.

¹⁵ Ibidem, p. 20.

¹⁶ GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross. *Considerações acerca do aumento da litigiosidade...* p. 154.

¹⁷ GABBAY, Daniela Monteiro; OLIVEIRA, Fabiana Luci; CUNHA, Luciana Gross. *Hipóteses e metodologia de pesquisa*. In *Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva: uma análise empírica. Série Direito e Desenvolvimento – Direito GV*. p. 33-9. Coords. Luciana Gross Cunha e Daniela Monteiro Gabbay. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 37.

¹⁸ “A vingar a tese ínsita na expressão *Poder Monetário*, passaríamos a ter, concomitantemente, uma *inflação legal* e uma *inflação real*. Dessa sorte, de acordo com a posição creditícia eventual do cidadão, ele seria apenado ou beneficiado, em cada oportunidade, conforme se situasse como credor ou como devedor. É evidente que a prática desse privilégio, atuando sobre os direitos, sobre os contratos e sobre as decisões judiciais, alteraria substantivamente os valores por eles assegurados, determinados ou fixados, excluindo-os da proteção constitucionalmente assegurada ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. [...] a concessão desse privilégio facultaria ao Poder Público provocar, por vias transversas, transferências abruptas e imotivadas de riquezas entre setores da economia, em manifesta violação à Constituição” –

pudesse incluir o estabelecimento de uma [suposta] *inflação legal*, em contraste àquela inflação efetivamente verificada em dado período (*inflação real*), conforme registram as políticas públicas financeiro-monetárias (“Planos”) levadas a efeito naqueles tempos, que provocaram interregnos de parcial afastamento da correção monetária.¹⁹

Já as “causas internas”, no contexto da litigiosidade repetitiva, correspondem aos “impactos da judicialização dos conflitos”; ocorrem, assim, “após o ingresso da demanda no Judiciário”, como, por exemplo, os modos de articulação interna dos órgãos jurisdicionais, a coerência do entendimento judicial para casos similares, os efeitos do volume de processos no gerenciamento de casos, a insuficiência quantitativa ou qualitativa de recursos técnicos ou humanos, a conduta das partes e dos respectivos procuradores, dentre outros aspectos.²⁰

Fatores externos e internos que fomentam a litigiosidade de massa não constituem necessariamente circunstâncias isoladas ou estanques, pois as respectivas causas podem impactar-se reciprocamente nas trajetórias dos conflitos. Como exemplo típico, citem-se as demandas que versam sobre direito previdenciário, cuja dinâmica de fatores envolvidos permite compreender as interações possíveis entre causas externas e internas na trajetória de judicialização.²¹

CANÇADO, Romualdo Wilson; LIMA, Orlei Claro de. *Juros, correção monetária, danos financeiros irreparáveis: uma abordagem jurídico-econômica*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 140-1.

¹⁹ Por exemplo, o “Plano Verão” (Lei n. 7.730/1989) excluiu a inflação do mês de janeiro de 1989, observada em cerca de 70,28% (aferação do IBGE); o “Plano Collor I” (Medida Provisória n. 168/1990) arbitrou a inflação de abril de 1990 em valor “zero” e a inflação de março a valor muito aquém do verificado em termos reais (cerca da 84%, face a estipulação fictícia de 40%), estratégia também traçada no “Plano Collor II” (Medida Provisória n. 294/1991) para o mês de fevereiro de 1991.

²⁰ GABBAY, Daniela Monteiro; OLIVEIRA, Fabiana Luci; CUNHA, Luciana Gross. *Hipóteses e metodologia de pesquisa...* p. 37.

²¹ “Os conflitos envolvendo Direito Previdenciário evidenciam a dinâmica dos fatores externos e internos que impulsionam a litigiosidade. Os principais atores do sistema político e jurídico interagem nesses conflitos: os cidadãos como beneficiários e demandantes judiciais; o Estado como legislador, regulador, gestor do sistema previdenciário e julgador administrativo e judicial dos conflitos que lhe são submetidos; o mercado e o empresariado como financiadores, ao lado do Estado e do sistema previdenciário, e desencadeadores da maior ou menor procura pelos respectivos benefícios; a comunidade científica no subsídio das teses jurídicas e de hermenêutica legislativa que fundamentam demandas judiciais; os advogados e a mídia como polos de disseminação de informação e de catálise de litígios, entre outros atores eventualmente envolvidos” – GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella; ASPERTI, Maria Cecília de Araujo; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Estudo de caso em previdenciário*. In *Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva: uma análise empírica. Série Direito e Desenvolvimento – Direito GV*. p. 53-103. Coords. Luciana Gross Cunha e Daniela Monteiro Gabbay. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 53.

Esses elementos, dentre outras variáveis insuscetíveis de um rol exaustivo, catalogam causas externas e internas da litigiosidade repetitiva (de massa), justificando-se, à luz do recorte temático do estudo, as presentes considerações conceituais.

23 Tratamento adequado à tipologia dos conflitos

O caráter transsubstancial do processo esclarece uma suficiência apenas apriorística das normas processuais para o tratamento dos conflitos submetidos a exame jurisdicional. A transsubstancialidade das normas que instrumentalizam o exercício da jurisdição, circunscritas a um procedimento padrão,²² leva à configuração de um “*processo mínimo*, isto é, de um quadro de garantias básicas ao qual a disciplina processual deve se conformar, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade”.²³

Os contrastes procedimentais que levam à *diferenciação da tutela* (tutela diferenciada)²⁴ pelo próprio legislador, tanto em ritos especiais (v.g., ações monitórias)

²² No Código de Processo Civil vigente, o denominado procedimento comum “aplica-se a todas as causas”, salvo disposição em contrário relativa aos procedimentos especiais, ou seja, aplica-se subsidiariamente também aos ritos tipificados pela legislação processual (art. 318). A complementaridade entre os procedimentos está expressa também na autorização para a cumulação de pretensões submetidas a ritos distintos, desde que empregado o procedimento padrão (comum): “quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, será admitida a cumulação se o autor empregar o procedimento comum, sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum” (art. 327, § 2º). “A estratégia legislativa do Código de Processo Civil não está incorreta. Diante do cenário de grande complexidade fática e jurídica, a disciplina processual não tem outra saída senão a de caminhar no sentido de norma de maior generalidade, que, em razão de sua também maior abstração, possa abarcar um maior número de situações. Caso contrário, a alternativa seria criar um imenso número de procedimentos especiais, potencializando as contradições do sistema e dificultando a atuação dos seus operadores, como já se criticava no estatuto processual de 1939” – SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos...* p. 21.

²³ “Ao trazer para a Constituição garantias constitucionais como contraditório, ampla defesa, devido processo legal e inafastabilidade da tutela jurisdicional, para lesão ou ameaça a direito, o constituinte definiu os padrões de um *processo mínimo*, isto é, de um quadro de garantias básicas ao qual a disciplina processual deve se conformar, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade. O limite de variação das normas processuais e procedimentos passou a ser dado pela própria Constituição, quer dizer, quaisquer mudanças nessas normas não podem violar aqueles parâmetros constitucionalmente estabelecidos. Assim, também a possibilidade de adequação dessas normas e situações substanciais deve atender àquele mínimo previsto constitucionalmente” – *Ibidem*, p. 22.

²⁴ A denominada “tutela diferenciada” (*tutela differenziata*) manifesta-se como opção político-legislativa em matéria processual em razão de três fatores fundamentais, relacionados (i) ao custo do processo de atividade cognitiva integral ou completa sem razoável justificativa apriorística, especialmente em razão da baixa expectativa de resistência à pretensão; (ii) à contenção do abuso de direito das partes, em especial, na conduta do réu desassistido de razão; (iii) à efetividade do processo, quando o tempo possa aniquilar ou dificultar a reparação do direito material ameaçado – PISANI, Andrea Proto. *Appunti sulla giustizia civile*. Bari: Caccuci, 1982, p. 315-6. Cf. *Idem*, *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*. In *Rivista di Diritto*

quanto em caráter geral (v.g., no regime da tutela de urgência), justificam-se pelas especificidades objetivas e subjetivas das relações jurídicas e do direito material subjacentes, ou seja, consideram a necessidade de tratamento adequado à tipologia dos conflitos.²⁵ Em outras palavras, “o remédio tem de ajustar-se às particularidades características da enfermidade. Não há, nem pode haver, receita que se mostre igualmente adequada ao tratamento eficaz de toda e qualquer situação litigiosa”.²⁶

A rigidez do procedimento, lida tradicionalmente no processo civil brasileiro por um sistema de *legalidades das formas*,²⁷ não impede a adaptação de ritos a critério judicial ou por convenção das partes. Essa flexibilidade está expressamente prevista no Código de Processo Civil vigente, agregando-se aos poderes diretivos do juiz a possibilidade de “dilatatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova,

Processuale. anno 34, n. 4. p. 536-91. Padova: CEDAM, 1979; Idem, *Dai riti speciali alla differenziazione del rito ordinario*. In *Il Foro Italiano*. v. 131, n. 3, p. 85-9. Roma: Società Editrice Il Foro Italiano, 2006; COMOGLIO, Luigi Paolo. *Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile*. In *Le ragioni dell'uguaglianza. Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza – Università degli Studi di Milano-Bicocca*. p. 223-51. Coords. Marta Cartabia e Tiziana Vettor. Milano: Giuffrè, 2008.

²⁵ Ressalte-se que a denominada “tutela jurisdicional diferenciada” não decorre apenas de especificação procedimental, mas, especialmente, de variações na atividade cognitiva judicial (tanto no plano horizontal/extensão quanto no plano vertical/profundidade), em contraste com a tutela-padrão. Nesse sentido, constitui definição consagrada na doutrina aquela que define a “tutela jurisdicional diferenciada” como “proteção jurídica e prática outorgada pelo Estado-juiz, resultante da utilização de procedimentos especiais previstos no ordenamento processual, em que a celeridade e a efetividade da prestação jurisdicional decorram da limitação da cognição” – LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 25. Cf. Idem, *Tutela jurisdicional diferenciada no Projeto de Novo Código de Processo Civil*. In *Revista de Informação Legislativa*. v. 48, n. 190, p. 179-90. Brasília: Senado Federal, 2011.

²⁶ “A falsa crença, explícita ou implícita, em semelhante possibilidade foi um subproduto indesejável da excessiva ênfase que certa corrente de pensamento pretendeu dar à ideia da autonomia do direito processual, como se a preocupação em si, legítima e necessária de distingui-lo do direito material houvesse de traduzir-se em soberana indiferença do processo às peculiaridades da matéria sobre que verse. Seria de presumir-se evidentiíssimo para todos que a função instrumental do processo implica, por força, adaptação do instrumento às variáveis circunstâncias do meio em que ele é posto a funcionar” – BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Miradas sobre o processo civil contemporâneo*. In *Temas de Direito Processual: sexta série*. p. 45-62. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 55-6.

²⁷ Afinal, “pela índole do nosso sistema procedimental rígido, as normas do procedimento, como regra, só podem ser adaptadas à adequada tutela do direito material por força de disposição legal [...]. Isso porque a relação entre justiça e forma criou a ilusão de que a legalidade e a rigidez do procedimento são sinônimas de previsibilidade e de segurança jurídica, sem o que haveria margem para o arbítrio. Todavia, partindo do pressuposto de que a segurança jurídica reside na previsibilidade das ações futuras e de suas consequências, é possível ser evitado o arbítrio independentemente de as regras procedimentais estarem estabelecidas em norma cogente e pretérita” – GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Procedimentos, déficit procedimental e flexibilização procedimental no novo CPC*. In *Revista de Informação Legislativa*. v. 48, n. 190, p. 163-77. Brasília: Senado Federal, 2011, p. 173.

adequando-se às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito (art. 139, VI).²⁸

Ademais, a ampliação da autonomia da vontade das partes na conformação procedimental²⁹ – que podem agora “estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo” (art. 190),³⁰ ou, de comum acordo (partes e juiz) “fixar calendário para a prática dos atos processuais” (art. 191)³¹ – esclarece a abertura do sistema vigente à “adaptabilidade do procedimento”, inclusive para a complementaridade de técnicas específicas, quando sejam logicamente compatíveis.³²

A prefixação das regras, segundo critérios proporcionais (razoáveis),³³ *definidas em contraditório*, constitui requisito indispensável para a adaptação do procedimento pelo juiz, garantindo-se a legalidade do rito adaptado conforme as especificidades do conflito e, conseqüentemente, sua segurança jurídica.³⁴

²⁸ Em igual senso, também a disposição do art. 437, § 2º: “poderá o juiz, a requerimento da parte, dilatar o prazo para manifestação sobre a prova documental produzida, levando em consideração a quantidade e a complexidade da documentação”. Ademais, não despropositadamente, a hipótese de indeferimento da petição inicial por inadequação do procedimento, anteriormente prevista no art. 295, V (CPC/1973), foi retirada do correlativo art. 330 (CPC/2015).

²⁹ No regramento anterior, limitada a poucos aspectos, como a convencionalidade de critérios relativos de competência, do ônus probatório, de prazos considerados “dilatatórios”, da suspensão do processo ou da audiência. Cf. Arts. 111, 181, 265, II, § 3º, e 333, parágrafo único, 453, I, 454, § 1º, 475-C, I, do Código de Processo Civil de 1973.

³⁰ Uma especificação da norma (art. 190), contida no próprio Código de Processo Civil, refere-se à possibilidade de “delimitação consensual” de questões, na fase ordinatória (art. 357, § 2º).

³¹ Para um exame de direito comparado, entre as disposições do Código de Processo Civil de 2015 e os institutos correspectivos que as influenciaram, especialmente no direito francês (*contrat de procédure e calendrier procédural*), cf. BARROZO, Thaís Ananda. *O calendário processual no direito francês e no italiano: reflexos no novo Código de Processo Civil*. In *Principais inovações do novo Código de Processo Civil*. 2. ed. p. 215-37. Coords. Bruno Augusto Sampaio Fuga, Patrícia Ayub da Costa, Tiago Brene e Thiago Moreira de Souza Sabião. Londrina: Thoth, 2019; VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. *Convenções processuais no paradigma do processo civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Gramma, 2017, p. 165-71.

³² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade...* p. 40.

³³ Nesse sentido, configuram-se “rapporti di compatibilità fra il modello ordinario di giustizia ed i riti processuali ‘differenziati’ [...] secondo criteri di ragionevolezza e proporzionalità” – COMOGLIO, Luigi Paolo. *Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile...* p. 243-51.

³⁴ Logo, “para que as regras procedimentais tenham seu poder ordenador e organizador, coibindo o arbítrio estatal, para que promovam a igualdade das partes e emprestem maior eficiência ao processo, tudo com vistas a incentivar a justiça do provimento judicial, basta que sejam de conhecimento dos litigantes antes de sua implementação no curso do processo, sendo de pouca importância a fonte de onde provenham” – GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 85.

24 Litigantes habituais e litigantes ocasionais: taxonomia de GALANTER

Todo estudo que examine aspectos relativos à litigiosidade de massa, na sociedade brasileira contemporânea, insere-se no contexto de expansão do acesso à justiça identificado no plano democrático instaurado pela Constituição Federal de 1988, considerada verdadeiro “rito de passagem para a maturidade institucional”,³⁵ atrelado à consequente ascensão política e institucional do Poder Judiciário.³⁶

Nesse cenário de expansão democrática dos direitos, o próprio Poder Público tem figurado como um dos principais atores (litigantes habituais);³⁷ é possível afirmar, “sem qualquer receio de exagero, que o litigante mais frequente nos foros do País é, hoje, o Estado em seus vários níveis de organização política e suas várias formas de atuação no mundo jurídico”.³⁸ Aliás, o argumento tradicional da *primazia do interesse público* tem sido objeto de desconstrução teórica importante na doutrina, considerada ilegítima sua invocação perante o particular para que o Estado, por intermédio do processo judicial, amealhe benesses iníquas.³⁹

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Vinte anos da Constituição Federal de 1988: a reconstrução democrática do Brasil*. In *O novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides*. p. 295-312. Org. Lenice S. Moreira de Moura. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 302.

³⁶ “Diversas são as causas desse fenômeno, entre as quais se incluem a recuperação das garantias da magistratura, o aumento da demanda por justiça por parte de uma sociedade mais consciente, a criação de novos direitos e de novas ações pela Constituição, em meio a outros fatores. Nesse cenário, ocorreu entre nós uma expressiva judicialização das relações sociais e de questões políticas. O Supremo Tribunal Federal (STF) ou outros órgãos judiciais têm dado a última palavra em temas envolvendo servidores, sistema político e inúmeras outras questões, algumas envolvendo separação de Poderes, direitos fundamentais, políticas públicas, regimes jurídicos dos servidores, sistema política e inúmeras outras questões, algumas envolvendo o dia-a-dia das pessoas, como mensalidade de planos de saúde ou tarifa de serviços públicos. Essa expansão do papel do Judiciário, notadamente do STF, fez deflagrar um importante debate na teoria constitucional acerca da legitimidade democrática dessa atuação” – *Ibidem*, p. 307. Cf. *Idem*, *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Saraiva: São Paulo, 2009, p. 383; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 26-7.

³⁷ Fenômeno que se identifica, dentre outros aspectos, com a “desmitificação do dogma da substancial incensurabilidade do ato administrativo”, em superação à ideia, não tão remota, da existência de atos administrativos puros cuja discricionariedade seria insuscetível de controle jurisdicional – DINAMARCO, Cândido Rangel. *Discricionariedade, devido processo legal e controle jurisdicional dos atos administrativos*. In *Fundamentos do processo civil moderno*. v. I. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 434. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário*. In *As grandes transformações do processo civil brasileiro: Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. p. 109-34. Coord. Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 110-13.

³⁸ WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 5.

³⁹ “O argumento do interesse público não pode ser utilizado, por ser insuficiente para eliminar o direito reconhecido ao particular pelo Poder Judiciário. A sistemática de tutela dos direitos fundamentais é

No contexto de massificação das controvérsias, o Poder Público tem sido o “grande litigante”, o litigante habitual “por excelência”. Um dos mais conhecidos levantamentos acerca do perfil da litigância brasileira, em ranqueamento divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), posicionou o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), a Fazenda Pública Nacional e a União, respectivamente, como primeiro, terceiro e quarto lugares no quadro geral de litigiosidade repetitiva, além das demais pessoas jurídicas de direito público de outras esferas (estaduais, distrital e municipais).⁴⁰

Em célebre ensaio de 1974, a tipologia de partes (“typology of parties”) empregada por MARC GALANTER estabelece duas categorias de litigantes, dentre os usuários do sistema de justiça (atores sociais): litigantes habituais (“repeat players” ou RP) e litigantes ocasionais (“one-shooters” ou OS).⁴¹ A proposta de GALANTER constituiu um “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”,⁴² formulando teoricamente

excludente da incidência do raciocínio do interesse público” – JUSTEN FILHO, Marçal. *Emenda Constitucional n. 62/2009: Estado Democrático de Direito e Responsabilidade Civil*. In *Emenda dos precatórios. Fundamentos de sua inconstitucionalidade*. Coords. Marçal Justen Filho e Carlos Valder do Nascimento. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 91. Para uma análise epistemológica do problema, cf. FISCHGOLD, Bruno. *Direito administrativo e democracia: a inconstitucionalidade do princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

⁴⁰ Nesse levantamento nacional, por exemplo, o Estado do Rio Grande do Sul ocupa a sexta posição (responde ao volume total de 4,24% processos), o Município de Manaus ocupa a décima primeira posição (2,05%), imediatamente seguido por Goiânia (2,02%) – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA-CNJ. *100 maiores litigantes*. Relatório do Departamento de Pesquisas Judiciárias. Brasília: CNJ, 2011, p. 5-6.

⁴¹ “Because of difference 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 [*sic*] or OS) and repeat players (RP) who are engaged in many similar litigations over time. The spouse in a divorce case, the auto-injury claimant, the criminal accused are OSs; the insurance company, the prosecutor, the finance company are RPs. Obviously this is an oversimplification; there are intermediate cases such as the professional criminal. So we ought to think of OS-RP as a continuum rather than as a dichotomous pair. Typically, the RP is a larger unit and the stakes in any given case are smaller (relative to total worth). OSs are usually smaller units and the stakes represented by the tangible outcome of the case may be high relative to total worth, as in the case of injury victim or the criminal accused. Or, the OS may suffer from the opposite problem: his claims may be so small and unmanageable (the short-weighted consumer or the holder of performing rights) that the cost of enforcing them outruns any promise of benefit” – GALANTER, Marc. *Why the haves come out ahead: Speculations on the limits of legal change*. In *Law and Society Review*. v. 9, n. 1, p. 95-160. Amherst: Law and Society Association, 1974, p. 97-8.

⁴² FRANCISCO, João Eberhardt. *Filtros ao acesso individual à justiça: estudo sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas*. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Orientadora: Prof.^a Dr.^a Susana Henriques da Costa. São Paulo, 2018, p. 108.

“tipos-ideais dos litigantes habituais e eventuais, imputando a cada um deles características que entendia serem comumente verificadas nas partes do processo”.⁴³

Quanto ao grande litigante brasileiro (Poder Público),⁴⁴ identificam-se, por exemplo, inúmeras vantagens galgadas historicamente com esteio em sua posição de *repeat player*, como ilustram as denominadas “prerrogativas processuais”, em larga escala identificadas com *privilégios*⁴⁵ sistematicamente organizados.

Embora parcela relevante da doutrina brasileira sinalize, há muito, os constantes embaraços que as denominadas prerrogativas processuais fazendárias causam à administração e ao interesse da justiça,⁴⁶ o sistema jurídico brasileiro contempla multifacetárias hipóteses de “legal advantages” dispostas em favor do Poder Público; o caso mais emblemático corresponde ao instituto da “remessa necessária”.⁴⁷

⁴³ *Ibidem*, p. 108-9.

⁴⁴ “[...] Public Administration also is very frequently engaged as defendant in lawsuits brought by one-shooters (OSs versus RPs). This is the case of the large amount of claims involving the granting of social security benefits and the implementation of social rights filed by individuals against the National Social Security Institute (INSS), the federal agency responsible for granting social security benefits. According to the National Council of Justice¹⁹, in 2010 the INSS was the defendant in 22.3% of the overall lawsuits involving the 100 largest litigants. In other words, the federal agency was the defendant in about one fifth of the total share of cases involving the top 100 litigants in Brazil. This scenario demonstrates clearly the dimension that the Public Administration occupies in courts, both as plaintiff and defendant, as well as its institutional and normative influence. Over the years, Brazilian procedural rules have bestowed several regulatory prerogatives to the Public Administration. For instance, the Federal, State and Municipal Administration have considerably longer procedural terms, easier access to the superior courts (*Supremo Tribunal Federal* and *Superior Tribunal de Justiça*) and are exempted from paying court fees. These normative advantages have provided a privileged position for the Public Administration in courts” – GABBAY, Daniela Monteiro; SILVA, Paulo Eduardo Alves da; ASPERTI, Maria Cecília de Araujo; 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*. In *FGV Direito SP Research Paper Series*. n. 141, p. 1-23. São Paulo: FGV Direito SP, 2015, p. 8.

⁴⁵ Adota-se, no ponto, conhecida lição que distingue *prerrogativas* e *privilégios* com fundamento na legitimidade do discrimen; enquanto as chamadas “prerrogativas” constituem vantagens intrínsecas a certas especificidades legitimantes, os “privilégios”, por outro lado, constituem regalias ilegítimas – MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t. IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 231-2.

⁴⁶ Cf. COSTA, Regina Helena. *As prerrogativas e o interesse da Justiça*. In *Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo*. Coords. Carlos Ari Sundfeld e Cassio Scarpinella Bueno, p. 79-88. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 82-8.

⁴⁷ Além de sua previsão no art. 496 do Código de Processo Civil, a remessa necessária também está prevista na legislação esparsa; v.g., art. 14, § 1º, da Lei n. 12.016/2009 (sentença de procedência em mandado de segurança); art. 19 da Lei n. 4.717/1965 (“sentença que concluir pela ‘carência’ ou pela improcedência da ação popular”); art. 28, § 1º, do Decreto-Lei n. 3.365/1941 (sentença condenatória em valor superior ao *quantum* oferecido em demanda expropriatória). Outras hipóteses comuns de prerrogativas processuais da Fazenda Pública enumeradas pelo Código de Processo Civil remetem às previsões dos art. 91, *caput* (relativo às despesas processuais dos atos praticados a requerimento da Fazenda Pública), art. 183, *caput* (prazo em dobro para falar nos autos em geral), § 2º (intimação pessoal), arts. 534 e 535 (diferenciação do módulo executivo relativo a obrigações pecuniárias), art. 968, § 1º (dispensa de depósito prévio para a propositura de ação rescisória), art. 1.007, § 1º (dispensa de preparo recursal, inclusive do porte de remessa e retorno), art. 1.021, § 5º, art. 1.026, § 3º (recolhimento ao final de multa recursal) e art. 1.059 (óbices à concessão de tutela

Nesse contexto,⁴⁸ é pertinente a taxonomia adotada por GALANTER para descrever algumas *vantagens estratégicas* fruídas pelos litigantes habituais: (i) “advance intelligence” (antecipação estratégica), (ii) “expertise” (competências específicas); (iii) “facilitative informal relations” (relações facilitadoras); (iv) “credibility” (credibilidade); (v) “strategies of gains and loss” (visão em escala do conflito ou assunção de riscos); (vi) “rule making” (capacidade de ingerência normativa); (vii) “favorable outcome” (resultado favorável); (viii) “selective favorable rules” (normas seletivas ou seleção de normas); (ix) “resources” (recursos).

A antecipação estratégica (“advance intelligence”) reporta-se à capacidade dos litigantes habituais de anteverem, baseados em experiência prévia, desdobramentos e alternativas de solução aos conflitos, a negócios futuros adjacentes, dentre outros planejamentos, o que lhes permite uma (pré-)estruturação mais vantajosa do que a antevisão de menor alcance disposta pelo litigante ocasional.⁴⁹ Além disso, os litigantes habituais também desenvolvem competências específicas (“expertise”), têm acesso a especialistas e desfrutam de economia de escala.⁵⁰

Em toda análise que envolva a litigiosidade repetitiva, e as vantagens amealhadas pelos grandes litigantes, tem especial destaque a habilidade típica de desenvolver relações

provisória). Além das normas codificadas, também a legislação esparsa é vasta; ilustrativamente: art. 1º da Lei n. 8.437/1992 (vedações à concessão de medida assecuratória em desfavor do Poder Público), art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009 (óbices à concessão de medidas liminares em mandado de segurança), art. 4º da Lei n. 8.437/1992, art. 15 da Lei n. 12.016/2009 e art. 1º da Lei n. 9.494/1997 (incidentes processuais para a suspensão de liminar, de segurança e de tutelas de urgência em geral, concedidas contra o Poder Público), art. 22, § 2º, da Lei n. 12.016/2009 (intimação prévia obrigatória, no mandado de segurança coletivo impetrado com pedido de liminar), art. 2º-B da Lei n. 9.494/1997 (vedação de execução provisória), art. 1º da Lei n. 6.830/1980 (rito especial para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública), dentre outros – MONTEIRO NETO, João Pereira. *Execução contra a Fazenda Pública: e sua efetividade no Código de Processo Civil*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020, p. 42-4.

⁴⁸ “Although there are still few empirical studies on the topic of repeat players and repeated litigation in Brazil, findings arising from very recent researches confirm the speculation that repeat players and specially Public Administration do come ahead in litigation” – GABBAY, Daniela Monteiro; SILVA, Paulo Eduardo Alves da; ASPERTI, Maria Cecília de Araujo; COSTA, Susana Henriques da. *Why the ‘haves’ come out ahead in Brazil?...* p. 8. As entidades integrantes do Poder Público têm evidente “capacidade potencial de auferir vantagens estratégicas – se não todas as aqui discutidas, a sua maioria, e de forma significativa – em virtude de seu porte, recursos e da recorrência com que litigam em casos similares” – ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. *Acesso à justiça e técnicas de julgamento de casos repetitivos*. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Orientador: Prof. Associado Dr. Carlos Aberto de Salles. São Paulo, 2018, p. 78.

⁴⁹ “RPs, having done it before, have advance intelligence; they are able to structure the next transaction and build a record. It is the RP [v.g.] who writes the form contract, requires the security deposit [etc.]” – GALANTER, Marc. *Why the haves come out ahead...* p. 98.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 98.

facilitadoras (“facilitative informal relations”) com as instituições judiciárias;⁵¹ por exemplo, externada pela facilidade de acesso dos respectivos advogados aos membros das Cortes Superiores, quando comparada às dificuldades [não raras] de obter a mesma disponibilidade de agenda, enfrentadas por advogados de litigantes ocasionais.

Quanto à credibilidade (“credibility”), os litigantes habituais, em razão de sua frequência nas cortes, fruem de reputação (“bargaining reputation”) cuja combatividade pode constituir “vantagem para a obtenção de resultados mais vantajosos quando eventualmente se disponha[m] a transigir”.⁵² Além disso, possuem visão em escala do conflito (“strategies of gains and loss”), o que lhes permite aderir a estratégias maximizadas, relativizando o significado de eventuais perdas ante a volume de possíveis ganhos, ou seja, podem “jogar com as possibilidades”.⁵³

Outra vantagem estratégica é a capacidade de ingerência normativa dos litigantes habituais (“rule making”), tanto para a construção do resultado do conflito em si, visando a ganhos imediatos (v.g., por intermédio de gestão de acordos), quanto para influenciar (“method as lobbying”) as instâncias políticas.⁵⁴

Especialmente em ambientes judiciários de resolução massificada das controvérsias, os litigantes habituais também fruem de condições de influência na “formação de teses que lhes sejam favoráveis, fazendo acordo em casos que não desejam serem julgados, ou envidando os maiores esforços [...] em julgamento específicos”,⁵⁵ ou seja, podem construir resultados favoráveis (“favorable outcomes”) de maneira estruturada e sistemática, em prol de interesses presentes e futuros;⁵⁶ determinado resultado que, aparentemente, não seria bom para o litigante ocasional pode ser extremamente vantajoso para o litigante habitual, em razão de seu engajamento prospectivo na regulação dos temas de interesse.

⁵¹ Ibidem, p. 99.

⁵² FRANCISCO, João Eberhardt. *Filtros ao acesso individual à justiça...* p. 110.

⁵³ “RPs can play the odds. The larger matter at issue looms for OS, the more likely he is to adopt a minimax strategy (minimize the probability of maximum loss). Assuming that stakes are relatively smaller for RPs, they can adopt strategies calculated to maximize gain over a long series of cases, even where this involves the risk of maximum loss in some cases” – GALANTER, Marc. *Why the haves come out ahead...* p. 99-100.

⁵⁴ “RPs can play for rules as well as immediate gains. First, it pays an RP to expend resources in influencing the making of the relevant rules by such methods as lobbying. And his accumulated expertise enables him to do this persuasively” – Ibidem, p. 100.

⁵⁵ FRANCISCO, João Eberhardt. *Filtros ao acesso individual à justiça...* p. 110.

⁵⁶ GALANTER, Marc. *Why the haves come out ahead...* p. 100-1.

Desse modo, os litigantes habituais, que dispõem de recursos (“resources”) hábeis a sustentar estratégias ampliadas – que superam a sorte do conflito em si –, concentram “seus recursos na criação/alteração de normas [seleção de normas] que tenham efetivo poder vinculante (que promovam efetiva diferença), não sendo compromissos meramente simbólicos”.⁵⁷

No julgamento de casos repetitivos, por exemplo, análises empíricas têm identificado clara tendência de as respectivas teses serem majoritariamente favoráveis aos interesses dos “litigantes habituais” e, portanto, menos favoráveis aos “litigantes ocasionais”.⁵⁸ Em demandas repetitivas, são potencializadas as vantagens dos litigantes habituais, que podem concentrar “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 individuais”.⁵⁹

A par das vantagens estratégicas comumente fruídas pelos *repeat players*, GALANTER salienta a existência de vantagens agregadas, de caráter institucional, relacionadas ao modo de atuação dos órgãos de gestão de demandas, que, além de catalisar as próprias posturas estratégicas, podem maximizar as vantagens auferidas pelos litigantes habituais. Destacam-se, nesse contexto, a “passividade” (“passivity”) e a “sobrecarga” (“overload”) dos órgãos julgadores.⁶⁰ Identificam-se essas vantagens adicionais, por exemplo, quando a sobrecarga do sistema judiciário impinge aos jurisdicionados a adesão a transações ainda mais desvantajosas do que aquelas estruturadas pelos *repeat players* em condições “normais”, cenário em que sua própria “bargaining reputation” pode ser substancialmente incrementada.

⁵⁷ ALMEIDA, Ananda Palazzin de. *A atuação do INSS como litigante habitual no Recurso extraordinário n. 631.240...* p. 11. “RPs, by virtue of experience and expertise, are more likely to be able to discern which rules are likely to ‘penetrate’ and which are likely to remain merely symbolic commitments. RPs may be able to concentrate their resources on rule-changes that are likely to make a tangible difference. They can trade off symbolic defeats for tangible gains” – GALANTER, Marc. *Why the haves come out ahead...* p. 103.

⁵⁸ ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. *Acesso à justiça e técnicas de julgamento de casos repetitivos...* p. 243.

⁵⁹ FRANCISCO, João Eberhardt. *Filtros ao acesso individual à justiça...* p. 111.

⁶⁰ “We see then that the strategic advantages of the RP may be augmented by advantages in the distribution of legal services. Both are related to the advantages conferred by the basic features of the institutional facilities for the handling of claims: passivity and overload” – GALANTER, Marc. *Why the haves come out ahead...* p. 119. A passividade relaciona-se à inércia e à neutralidade do sistema judiciário, o que, por consequência, pode acentuar a desigualdade entre partes [já antecipadamente] desiguais. A sobrecarga trata do custo da demora, que, em suma, beneficia sempre e em última análise os detentores de melhores condições de suportar o retardo, além de desestimular novos conflitos. Em síntese, “overloaded and passive institutional facilities provide the setting in which the RP advantages in strategic position and legal services can have full play” – Ibidem, p. 122.

Finalmente, duas outras observações, à guisa de síntese, são interessantes quanto às vantagens institucionais agregadas, relativamente à posição de *repeat players* no Brasil. Voltando ao exemplo brasileiro por excelência, o Poder Público, a despeito de fruir de vantagens estratégicas arroladas na tipologia de GALANTER, detém outrossim inúmeras vantagens sistêmicas.

Apesar da morosidade processual e da reclamação generalizada à crise de funcionamento do Poder Judiciário, os cidadãos brasileiros continuam a demandar intensamente o Poder Público; logo, não há uma relação de proporcionalidade inversa entre morosidade judiciária e aumento do número de novos processos. Em outras palavras, na trajetória de judicialização dos conflitos que envolvem o Poder Público, a ineficiência do sistema de justiça não tem desestimulado novas e numerosas demandas.

Por outro lado, a *sobrecarga* do sistema judiciário tem impactado favoravelmente ao êxito de teses propugnadas pelo Poder Público nas Cortes Superiores;⁶¹ ou, ainda que a solução judicial do litígio seja desfavorável ao entendimento defendido pelo ente administrativo, identificam-se soluções engendradas em caráter contingencial, à luz da invocação frequente de risco de efeitos sistêmicos, argumentação que, típica de litigantes habituais, tem favorecido recorrentemente o Poder Público.

25 Isonomia processual, desigualdade entre litigantes e cooperação

A casuística tem demonstrado que os sistemas de justiça civil podem reproduzir, em efeito contrário a seus escopos ínsitos, padrões iníquos de distribuição da justiça.⁶² A ausência de resultados équos pode estar relacionada tanto à própria desigualdade substancial entre os litigantes quanto às estruturas dos sistemas de justiça, dados seus

⁶¹ Sob esse aspecto, importa destacar que “a litigiosidade repetitiva discutida no STJ envolve o Poder Público em uma significativa parcela dos casos” e que “os litigantes habituais são os recorrentes na maior parte dos RRCs [Recursos Representativos da Controvérsia] afetados para julgamento” – ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. *Acesso à justiça e técnicas de julgamento de casos repetitivos...* p. 245. Além disso, “quando se apura o resultado do julgamento, verifica-se que no cômputo geral e em todas as áreas específicas, os litigantes habituais obtiveram entendimentos favoráveis na maioria dos casos” – Ibidem, p. 246. Logo, o Poder Público, litigante habitual por excelência no Brasil, tem obtido elevado índice de sucesso em teses recursais levadas às Cortes Superiores (na hipótese, o Superior Tribunal de Justiça).

⁶² SANDEFUR, Rebecca L. *Access to civil justice and race, class and gender inequality*. In *Annual Review of Sociology*. v. 34, p. 339-58. Stanford: Stanford University, 2008, p. 340.

aparatos procedimentais, arranjos institucionais, organização burocrática, dentre outros aspectos capazes de potencializar desigualdades.⁶³

Identifica-se o princípio da isonomia na base de qualquer regime constitucional democrático; constitui, assim, postulado estruturante do regime geral dos direitos fundamentais,⁶⁴ cuja fonte remota de maior notoriedade é o ideal aristotélico de *justiça distributiva* ou de *reciprocidade proporcional*: tratamento igual quanto às equivalências das igualdades e tratamento desigual na medida das desigualdades.⁶⁵

As partes desiguais, conscientes das próprias forças, idealmente deveriam conduzir-se como se houvesse igualdade, pautando-se em um *agir virtuoso de justiça*.⁶⁶ Evidentemente, na realidade complexa dos fenômenos sociais – pois humanos – esse

⁶³ RUBENSTEIN, William B. *The concept of equality in civil procedure*. In *Cardozo Law Review*. v. 23, n. 5, p. 1.865-1.915. Cambridge: Harvard Law School, 2002, p. 1.893-4.

⁶⁴ “Um dos princípios estruturantes do regime geral dos direitos fundamentais é o *princípio da igualdade*. A igualdade é, desde logo, a *igualdade formal* (‘igualdade jurídica’, ‘igualdade liberal’ estritamente postulada pelo constitucionalismo liberal: os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos). Por isso se considera que essa igualdade é um pressuposto para a uniformização do regime das liberdades individuais a favor de todos os sujeitos de um ordenamento jurídico. A igualdade jurídica surge, assim, indissociável da própria liberdade individual” – CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 426. O princípio da igualdade, justaposto ao da liberdade, “compõe um eixo ao redor do qual gira toda a concepção estrutural do Estado democrático contemporâneo. De todos os direitos fundamentais, a igualdade é aquela que mais tem subido de importância no Direito Constitucional de nossos dias” – BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 376.

⁶⁵ Na reflexão aristotélica [em *Ética a Nicômaco*, Livro V], a denominada “justiça distributiva” envolve a “atribuição a *peças* de *divisões* de bens. Tal distribuição contará como *justa* se, e somente se, *peças* iguais receberem parcelas iguais. A igualdade das divisões – aquilo que conta como uma divisão igual da riqueza, da honra e da segurança – será normalmente fácil de medir. Já a igualdade das *peças* será mais difícil. [...] a parcela justa é um intermediário entre uma parcela que é demasiadamente grande e outra que é demasiadamente pequena em relação a uma mesma quantidade” – YOUNG, Charles M. *A justiça em Aristóteles*. In *Aristóteles: a ética a Nicômaco*. p. 169-85. Trad. Alfredo Storck *et al.* Coords. Richard Kraut *et al.* Porto Alegre: Artmed, 2009, p. 174-5. Cf. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 2. ed. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2007, p. 152. Para um exame das divisões da justiça em sentido estrito, contrastando a “justiça distributiva” e a “justiça corretiva”, sob a óptica aristotélica, cf. MACDONALD, Paulo Baptista Caruso. *Direito e justiça em Aristóteles*. Porto Alegre: Faculdade de Direito da UFRGS, 2019, p. 60-70.

⁶⁶ Reelaborando a premissa aristotélica, Alain aduz que a *justiça* pressupõe uma condição de *igualdade*; exemplifica afirmando que, nas relações entre fortes e fracos, cultos e ignorantes etc., um deveria supor no outro uma força e uma ciência iguais àquelas próprias, submetendo-se as respectivas trocas a um [intermediário] estado harmônico de alteridade – ALAIN. *Les passions et la sagesse*. Paris: Bibliothèque de la Pléiade, 1964, p. 1.230-1. Nesse sentido, inevitável a aproximação com o paradigma kantiano de direito, sob a óptica da liberdade (autonomia e limitação recíproca do arbítrio); o ordenamento jurídico constitui condição de coexistência das liberdades – KANT, Immanuel. *Doutrina do direito*. 4. ed. Trad. Edson Bini. São Paulo: Ícone, 2013, p. 51-2. Cf. TERRA, Ricardo Ribeiro. *A política tensa*. São Paulo: Iluminuras, 1995, p. 81-5. “O fundamento do direito, em Kant, é a liberdade, entendida enquanto autonomia da razão. [...] A liberdade fundamenta a existência de leis internas, que criam deveres internos, na forma de imperativos categóricos. Mas a mesma liberdade interna fundamenta a existência de leis exteriores, que tornam possível o convívio das liberdades individuais (arbítrios). O direito é, portanto, a liberdade exteriorizada. [...] A liberdade e a igualdade vinculam o conteúdo da ordem jurídica-positiva, e o direito só será justo se nelas for fundado” – GOMES, Alexandre Travessoni. *O fundamento de validade do direito: Kant e Kelsen*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 79 e 81.

padrão é inatingível.⁶⁷ Tal impossibilidade constitui um dos [muitos] aspectos que reclamam a própria conformação democrática do Estado de Direito,⁶⁸ que depende tanto de limites ou condições para o exercício do poder (estatal), incluindo-se um sistema mínimo de garantias, quanto do zelo institucional das liberdades, sendo a igualdade jurídica um pressuposto indissociável.⁶⁹

A defesa de interesses próprios (e, por assim dizer, sob “arbítrios”) deve ser garantida pelo Estado Democrático de Direito, segundo normas que orientem as respectivas práticas jurídicas.⁷⁰ O juiz não pode obrigar a parte (interessada) a comportar-se contrariamente a seus próprios interesses, mas essa liberdade é equalizada por um plexo de presunções (por exemplo, atinentes ao ônus probatório).⁷¹ A isonomia,⁷² no âmbito

⁶⁷ “É por isso que o combate pela justiça não terá fim. Esse Reino, pelo menos, nos é proibido, ou antes já estamos nele só quando nos esforçamos por alcançá-lo. Felizes os famintos de justiça, que nunca serão saciados” – COMTE-SPONVILLE, André. *Pequeno tratado das grandes virtudes*. Trad. Eduardo Brandão. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016, p. 95.

⁶⁸ O Estado de Direito compreendido como (i) *Estado limitado pelo direito* (juridicidade do exercício do poder) e como (ii) Estado de liberdade, que, segundo o ideal kantiano, permite a coexistência harmônica – pois jurídicas – dos arbítrios individuais – BOBBIO, Norberto. *Diritto e Stato nel pensiero di E. Kant*. Torino: Giappichelli Editore, 1969, p. 233-4.

⁶⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...* p. 426. “Em uma sociedade democrática, as normas de justiça e mérito jurídico expressarão aspirações democráticas, e a fidelidade a elas, portanto, reforçará a democracia” – SIMON, William H. *A prática da justiça: uma teoria da ética dos advogados*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 77.

⁷⁰ Se os sujeitos parciais fossem impedidos do pleno exercício de seus arbítrios, haveria inequivocamente um perfil autoritário de processo, pois as partes seriam obrigadas a atuar em prol de certa “verdade e não do seu direito ou do seu interesse” – GOUVEIA, Mariana França. *Os poderes do juiz cível na ação declarativa: em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão*. In *Julgare – Revista Jurídica*. n. 1, p. 45-65. Lisboa: Associação Sindical dos Juizes Portugueses, 2007, p. 54. Assim, não se pode “exigir das partes o desprezo pela defesa de suas próprias razões em nome de uma colaboração processual” – GALINDO, Maíra Coelho Torres. *Processo cooperativo: o contraditório dinâmico e a questão das decisões-surpresa*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 41.

⁷¹ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *As presunções e a prova*. In *Temas de Direito Processual: primeira série*. p. 55-71. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 55-6.

⁷² Com Aristóteles, o sentido formal de *isonomia* (igualdade perante a lei), já presente no ideal de democracia socrático, evolui substancialmente para uma dimensão material de justiça. “A arcaica *isomoiria* baseada na equação *timē-axia-moira* evoluirá e estabelecerá os procedimentos da isonomia de um direito constituído na *polis*. *Timē* significava atribuir uma recompensa a alguém segundo o seu mérito (*axia*). *Axia* era a recompensa, o signo exterior da estima pública, isto é, a *axia* era a recompensa conforme o mérito. Por essa razão esses conceitos estão relacionados. A expressão *es meson* significa, além do que se situa ao meio, o meio entre dois extremos, o signo de igualdade entre dois membros de uma proporção, o que está no meio, à disposição de todos, por em comum. Essa expressão perpassa toda uma tradição. Desde as assembleias de guerreiros sentados em círculo, onde os bens tomados ao inimigo são depositados ‘no centro’, até a divisão das cidades idealizadas por Platão [em *As Leis*], cujas moradias devem ser instaladas ‘no centro e em círculo’. O *meson* é o lugar público por excelência, seja por sua posição geográfica, seja pelos interesses de um grupo onde as decisões devem estar submetidas ao olhar de todos e que pertence a todos em comum. O *es meson* que representa a semelhança e centralidade presentes nas instituições e nos comportamentos do grupo de guerreiros evoluirá no futuro da sociedade grega para a cidade, como ideal de *isonomia*. O ideal de isonomia é a representação de um espaço centrado e simétrico. A isonomia implica semelhança, pois aqueles que participam da vida pública fazem-no na qualidade de iguais. O *meson* tem papel fundamental na

processual, está relacionada à ideia de que o processo depende essencialmente de sua capacidade de oferecer às partes, titulares de direitos e interesses antagonizados, uma perspectiva equânime sobre as condições de atuação (“igualdade de oportunidades” ou “paridade de armas”) e quanto aos respectivos efeitos jurídicos (“igualdade de riscos”).⁷³

As normas que regulam as atividades das partes, em suas posições recíprocas (ativas e passivas), não devem constituir vantagens ou privilégios. Todo tratamento processual diferenciado deve pautar-se em algum *discrímen* constitucionalmente admissível, para que uma “prerrogativa” (justificada) não se converta em “privilégio”.⁷⁴ Afinal, o princípio da igualdade “interdita tratamento desuniforme às pessoas”.⁷⁵ Não obstante a lei processual deva observar as exigências de igualdade formal, “nem sempre é possível obter uma igualdade substancial entre as partes”, embora os sistemas persigam esse objetivo de isonomia no processo.⁷⁶

discussão sobre o problema do mérito como critério para a reciprocidade proporcional em Aristóteles. A *mesotes* aristotélica é o meio entre dois extremos. Na discussão sobre a reciprocidade proporcional a *mesotes* não deve ser entendida como um meio-termo numérico, mas diferente para cada pessoa e de acordo com cada situação. Para Aristóteles, o *justo* no modo de relação de igualdade na distribuição se constitui como o meio entre o demasiado e o muito pouco. [...] Todavia, se as pessoas não são iguais, as coisas também devem ser distribuídas de modo desigual. O problema da distribuição reside neste ponto. Segundo Aristóteles [em *Ética a Nicômaco*, Livro V], a causa das disputas surge do fato de iguais possuírem coisas desiguais e de desiguais possuírem coisas iguais” – TABOSA, Adriana Santos. *O problema do mérito como critério para a reciprocidade proporcional segundo Aristóteles*. In *Revista Ideação*. n. 34, p. 207-28. Feira de Santana: UEFS, 2016, p. 208-9.

⁷³ “La exigencia de la igualdad *de riesgos* tiene corolarios de gran realce en lo que atañe a la carga de la prueba. [...] constituiría manifiesta iniquidad que semejantes consecuencias tuviera que sufrirlas, en cualquier caso, sólo el actor, o sólo el demandado; es decir, que el uno o el otro soportaría siempre el riesgo del fracaso de la actividad de instrucción. De ahí que las leyes (o, en su silencio, la doctrina y la jurisprudencia) cuiden de establecer una división de la carga, imputándola al actor respecto a una parte de los hechos y al demandado en cuanto a otra parte. [...] En el desarrollo de la actividad procesal, la tónica de nuestra problemática recae sobre la igualdad *de oportunidades*. Hay que asegurar a ambas partes el poder de influir igualmente en la marcha y en el resultado del pleito. Por ende, ambas deben tener las mismas posibilidades de actuar y también quedar sujetas a las mismas limitaciones” – BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *La igualdad de las partes en el proceso civil*. In *Temas de direito processual: quarta série*. p. 67-81. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 68-70.

⁷⁴ Desse modo, *privilégios* constituem, por assim dizer, “situações de vantagens não fundadas”. A Carta Constitucional não se restringe “a declarar o princípio de igualdade. Aplica-o, desde logo, a zonas mais sensíveis ou mais importantes na perspectiva da sua ideia de Direito. E daí um sistema bastante complexo e talvez demasiado ambicioso, em que se deparam decorrências puras e simples da igualdade jurídica, preceitos de diferenciação em função de diferenças de circunstâncias, imposições derivadas da igualdade social e discriminações positivas” – MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t. IV... p. 231-2. Por exemplo, sobre as denominadas “prerrogativas processuais” da Fazenda Pública, cf. MONTEIRO NETO, João Pereira. *Execução contra a Fazenda Pública...* p. 42-4.

⁷⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 12-3.

⁷⁶ Nesse contexto, ilustrando com suporte nas alterações promovidas na Reforma de 1995-6 do Código de Processo civil português de 1961 (hoje revogado pelo Estatuto vigente, Lei n. 41/2013), observam-se as seguintes situações. “A posição processual das partes é, em muitos dos seus aspectos, substancialmente distinta. Por exemplo, o autor escolhe, normalmente segundo o seu arbítrio, o momento da propositura da

Em relação a seu conteúdo preceptivo que deve ser assegurado pelo Estado-juiz, a igualdade substancial pode ser compreendida tanto sob aspecto *negativo*, que interdita o órgão jurisdicional de fomentar situações de desigualdade entre as partes (v.g., designação de prazos distintos entre as partes para providências idênticas), quanto *positivo*, que impõe uma atuação ativa do juiz nas hipóteses previstas em lei (v.g., por ocasião do despacho pré-saneador previsto no CPC português).⁷⁷ Por outro lado, a doutrina consigna duas ressalvas importantes: (i) os denominados poderes instrutórios do juiz justificam-se “não pela necessidade de obter a igualdade entre as partes, mas pela de procurar proferir uma decisão de acordo com a realidade das coisas”;⁷⁸ (ii) “o princípio da igualdade substancial não choca com o princípio da imparcialidade”.⁷⁹

acção e o réu tem sempre um prazo limitado para a apresentação da sua defesa, o que origina uma desigualdade substancial entre as partes a favor do autor; em contrapartida, ao autor cumpre satisfazer todos os pressupostos processuais – mesmo aqueles que respeitam ao réu –, pelo que, quanto a esse aspecto, é a parte activa que se encontra numa posição desfavorecida perante o demandado; finalmente, qualquer das partes onerada com a prova encontra-se substancialmente desfavorecida perante a sua contraparte, porque esta pode obter uma sentença favorável, mesmo que nada prove no processo. Assim, nem sempre é possível obter uma igualdade substancial entre as partes. Por outro lado, devem ser respeitadas todas as situações de igualdade formal entre as partes determinadas pela lei processual” – SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 42-3.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 43-5. No mesmo sentido, cf. FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil – conceito e princípios gerais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 117-8. Nos termos do Artigo 590.º do CPC português vigente: “[...] 2 – Findos os articulados, o juiz profere, sendo caso disso, despacho pré-saneador destinado a: a) Providenciar pelo suprimento de exceções dilatórias, nos termos do n.º 2 do artigo 6.º; b) Providenciar pelo aperfeiçoamento dos articulados, nos termos dos números seguintes; c) Determinar a junção de documentos com vista a permitir a apreciação de exceções dilatórias ou o conhecimento, no todo ou em parte, do mérito da causa no despacho saneador. 3 – O juiz convida as partes a suprir as irregularidades dos articulados, fixando prazo para o suprimento ou correção do vício, designadamente quando careçam de requisitos legais ou a parte não haja apresentado documento essencial ou de que a lei faça depender o prosseguimento da causa. 4 – Incumbe ainda ao juiz convidar as partes ao suprimento das insuficiências ou imprecisões na exposição ou concretização da matéria de facto alegada, fixando prazo para a apresentação de articulado em que se complete ou corrija o inicialmente produzido. [...] 7 – Não cabe recurso do despacho de convite ao suprimento de irregularidades, insuficiências ou imprecisões dos articulados”.

⁷⁸ Nesse sentido, ilustra-se: “mesmo que, por exemplo, a testemunha que o juiz pretende ouvir officiosamente possa provar um facto favorável à parte mais forte, ainda assim o juiz não deve deixar de a convocar para depor em juízo [...] os poderes instrutórios e inquisitórios não são concebidos como meios de promover a igualdade substancial entre elas [partes]” – SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil...* p. 44.

⁷⁹ Com efeito, a “imparcialidade traduz-se numa independência perante as partes, mas, no contexto do princípio da igualdade, imparcialidade não é sinónimo de neutralidade: a imparcialidade impõe que o juiz auxilie do mesmo modo qualquer das partes necessitadas ou, dito de outra forma, implica, verificadas as mesmas condições, o mesmo auxílio a qualquer delas; a neutralidade determina a passividade do juiz perante a desigualdade substancial das partes. Portanto, o juiz não tem de ser neutro perante as situações de desigualdade que existam ou que possam criar entre as partes, mas deve ser imparcial perante elas, dado que, quando tal se justifique, deve auxiliar qualquer delas” – *Ibidem*, p. 45. Com efeito, a “imparcialidade não se confunde com passividade e neutralidade absoluta. Observando uma situação de extrema desigualdade entre as partes litigantes, deve o julgador intervir no sentido de propiciar o tratamento paritário” – LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Garantia do tratamento paritário das partes*. In *Garantias constitucionais do processo civil*. p. 91-131. Coord. José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 110. Nesse

A isonomia processual está na base do “direito a um processo equitativo”,⁸⁰ tendente aos ideais – igualmente constitucionais – de *justiça* e de *efetividade* da tutela jurisdicional, pois o “direito à jurisdição” (e sua garantia de inafastabilidade) não poderia ser compreendido meramente em sentido formal (acesso ao sistema).⁸¹

Logo, é inequívoca a correlação entre o direito à *igualdade entre as partes* (“*uguaglianza tra le parti*”) e o *contraditório*.⁸² O “processo equitativo” representa *per se* o processo que se legitima – sempre – pelo contraditório. A *igualdade formal* (participação paritária) no processo reporta-se ao “senso debole” do contraditório, cujo sentido “forte”, por sua vez, remete ao valor da *igualdade substancial* e à garantia de efetividade da tutela jurisdicional.⁸³

Portanto, há uma evidente imbricação (união funcional) entre isonomia e contraditório,⁸⁴ cujos contrastes conceituais correspondem estritamente à dialeticidade processual, que qualifica a atividade jurisdicional (realizada em contraditório), viabilizando a instância comunicativa necessária à interlocução processual. Nesse contexto, percebe-se também que os subpostulados da denominada “cooperação processual” estão presentes no ideário substanciado pelo “senso forte” do contraditório (“*il contraddittore è un collaboratore nella contrapposizione dialettica che coinvolge anche il*

sentido, cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Reflexões sobre a imparcialidade do juiz*. In *Temas de Direito Processual: sétima série*. p. 19-30. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 29-30.

⁸⁰ Utilizando de empréstimo a expressão consagrada no Artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 1950 (“Direito a um processo equitativo”): “1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. [...]”. O dispositivo inspirou, por exemplo, o Artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa (“Acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva”): “4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo”.

⁸¹ “O direito à jurisdição não pode ser entendido em sentido meramente formal: ele não implica apenas o direito de aceder aos tribunais, propondo acções e contraditando as acções alheias, mas também o direito *efectivo* a uma jurisdição (*Rechtsschutzeffectivität*) que a todos seja acessível em termos equitativos e conduza a resultados individual e socialmente justos” – FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil...* p. 107.

⁸² “La domanda di una parte sola basta a far muovere il processo, ma non a farlo giungere a buon fine. Affinché giunga a buon fine, occorre che *audiatur el altera pars*. Questo è il principio del *contraddittorio*, il quale non è altro, in fondo, che *uguaglianza tra le parti*; ciascuna parte deve poter fare quello che fa l’altra per farsi ragione” – CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano Editore, 1958, p. 99-100.

⁸³ Nesse sentido, cf. PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2010, p. 228-9 e 232.

⁸⁴ “Portanto, é correto afirmar que é também de seu interesse [do juiz] a observância do contraditório, a fim de fazer prevalecer a isonomia processual. Daí ser correto afirmar a existência de verdadeira união funcional entre igualdade e contraditório, pois ambos representam verdadeiros pilares da democracia, na qual o moderno direito processual está completamente inserido” – LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Garantia do tratamento paritário das partes...* p. 108.

giudice”),⁸⁵ inerente a seu reposicionamento como princípio “cardine della ricerca dialettica”.⁸⁶

Em outras palavras, a isonomia e o contraditório são suficientes para o feixe de garantias processuais constitucionais que a ideologia do “processo cooperativo” visa a colmatar. Conforme mencionado anteriormente, a ideologia da cooperação não inaugura um novo modelo de processo; não se desconsideram, contudo, os impactos atuais desse *slogan* doutrinário – que influenciou, inclusive, a edição do Código de Processo Civil vigente e tem reverberado na praxe judiciária –, mas é importante destacar que sua ideia central remonta à percepção dialética da atividade jurisdicional (o processo como *diálogo entre contraditores*); não é despropositada, assim, a aproximação histórica com a ideologia da oralidade, outrora abordada.

26 Verticalização das decisões e contraditório

A estabilidade do ordenamento jurídico constitui fator de segurança; para a unidade do direito, deve existir coerência, o que remete à “harmonia entre as normas, entre as normas e a jurisprudência, e entre os diversos julgados que a compõe, ou seja, da jurisprudência entre si”.⁸⁷

⁸⁵ “Il principio del contraddittorio somiglia come due gocce d’acqua al principio dell’opposizione parlamentare. L’uno e l’altro sono fondati su certe idee così semplici che posson parere perfino ingenui: che gli uomini siano esseri ragionevoli, capaci di persuadere colle buone ragioni proprie e di lasciarsi persuadere dalle buone ragioni altrui; che la verità si può conoscere intera solo se si osserva da diverse parti, girandole attorno per scoprirne le tre dimensioni; e che il contraddittorio è un collaboratore, non un nemico, perchè colle sue obiezioni aiuta a scoprire e a correggere gli errori e alimenta quella gara di emulazione che è stimolo e fermento d’ogni progresso umano. [...] E così nel processo è indispensabile il contraddittorio: non per inasprire la litigiosità delle parti o per dare occasione di sfoggiare all’eloquenza degli avvocati, ma nell’interesse della giustizia de del giudice, che proprio nella contrapposizione dialettica delle oporte difese trova senza fatica il miglior mezzo per vedere dinanzi a sè, illuminata sotto i più diversi profili, la verità tutt’intera” – CALAMANDREI, Piero. *La dialetticità del processo*. In *Processo e democrazia*. p. 119-41. Padova: CEDAM, 1957, p. 121-4; CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano Editore, 1958, p. 128-9.

⁸⁶ PICARDI, Nicola. *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 247.

⁸⁷ “A coerência é uma das principais características do ordenamento jurídico, considerado como instituição que preside a toda a normatividade e jurisprudência de uma determinada sociedade, sempre aderente aos princípios e normas constitucionais. Sem coerência, perde-se também a unidade do ordenamento jurídico, outra de suas principais características. E a coerência exige harmonia entre as normas, entre as normas e a jurisprudência, e entre os diversos julgados que a compõe, ou seja, da jurisprudência entre si. Sem essa unidade e essa coerência, a autoridade – em geral – e o Poder Judiciário perdem credibilidade, gerando perplexidade e incertezas no corpo social” – GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade...* p. 150.

Na teoria habermasiana, “a tensão entre facticidade e validade, imanente ao direito, manifesta-se na jurisdição como tensão entre o princípio da segurança jurídica e a pretensão de tomar decisões corretas”.⁸⁸ Significa afirmar que o direito vigente garante “a implementação de expectativas de comportamento sancionadas pelo Estado e, com isso, segurança jurídica”, sendo que “os processos racionais da normatização e da aplicação do direito prometem legitimidade das expectativas de comportamento assim estabilizadas”.⁸⁹

No plano da atividade jurisdicional, são necessárias condições tanto de aceitabilidade racional quanto de consistência das decisões para que se alcance unidade e coerência. A ausência dessas qualidades constitui efeito de um direito instável e, portanto, imprevisível e inseguro. O equilíbrio entre “segurança jurídica” e “correção” deve orientar a racionalidade da jurisprudência.⁹⁰ Os órgãos jurisdicionais devem considerar a justiça um “empreendimento comum”, incluindo a “comunicação pública dos cidadãos” como um de seus pressupostos.⁹¹

Por outro lado, as técnicas e os instrumentos processuais devem sistematizar-se, dentre seus diversos aspectos, em busca do equacionamento de eventuais problemas de desequilíbrio substancial entre as partes, observação que se mostra especialmente relevante quanto aos mecanismos de solução dos conflitos de massa, ante o efeito multiplicador da decisão engendrada em casos-piloto (paradigmáticos), para a viabilização do *acesso à ordem jurídica justa*,⁹² ou seja, para o tratamento adequado da litigiosidade

⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 245.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 245-6.

⁹⁰ “O problema da racionalidade da jurisprudência consiste, pois, em saber como a aplicação de um direito contingente pode ser feita internamente e fundamentada racionalmente no plano externo, a fim de garantir simultaneamente a *segurança jurídica* e a *correção*” – *Ibidem*, p. 247.

⁹¹ *Ibidem*, p. 278. “Assim, através da teoria do discurso jurídico, Habermas pretende também tirar o “juiz Hércules” da solidão solipsista e colocá-lo no discurso, vale dizer, retirar a jurisdição do ideal da personalidade de um juiz (ideal de virtude e de acesso privilegiado à verdade) para colocá-la no ideal político de uma sociedade com autonomia para a interpretação da Constituição” – SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas*. 2. imp. Curitiba: Juruá, 2016, p. 198. Nesse contexto, o contraditório revela, como síntese teórica, a imprescindibilidade do “estabelecimento de estruturas que garantam uma efetiva participação do jurisdicionado nos diversos *locus* de produção de normas. Tais iniciativas são relevantes, pois, à medida em que se reforça a participação dos sujeitos *de* Direito na construção desse ordenamento inacabado – como pontuado por Ost –, cumprem-se os ditames do paradigma vigente no que toca à participação e à pluralidade, equilibrando-se, no bojo do processo, as tensões inerentes à autonomia privada e o interesse público, o que demonstra o alinhamento entre o Direito Processual Civil e a Constituição da República” – DUTRA, Victor Barbosa. *Precedentes vinculantes: contraditório efetivo e técnicas repetitivas*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018, p. 59.

⁹² Quanto à origem da expressão, hoje recorrente na doutrina, cf. WATANABE, Kazuo. *Assistência judiciária e o Juizado Especial de Pequenas Causas*. In *Juizado Especial de Pequenas Causas*. p. 161-7.

repetitiva. Eventuais desvios ou omissões do modelo legal de procedimento que inviabilize ou prejudique a participação paritária dos litigantes violariam frontalmente a garantia do devido processo legal.⁹³

O contraditório adequado para procedimentos voltados a decisões aptas à eficácia vertical, essencialmente prospectivas, como nas técnicas adotadas pelo Código de Processo Civil vigente, deve ser redimensionado à luz da necessidade de ampliar qualitativamente a interlocução processual. Como manifestação tangível do devido processo legal, o contraditório passa a constituir exigência de padrões participativo-comunicativos coerentes (proporcionais) no exercício da atividade jurisdicional democrática (ampliação qualitativa do diálogo entre contraditores).

No contexto da litigiosidade repetitiva, a dialeticidade processual passa a circunscrever em cadeia os jurisdicionados afetados, não se resumindo às partes e aos juízes do caso paradigmático. A ampliação dos interesses envolvidos, própria dos caracteres complexos que tangenciam os conflitos de massa, informa a exigência de abertura comunicativa do canal jurídico-processual. A comunicação tem potencial, aliás, para atuar na própria equalização de forças no processo, suprimindo eventual desequiparação substancial entre as partes e realizando, assim, importante função isonômica nos mecanismos de tratamento da litigiosidade repetitiva.

Como opção legislativa para o tratamento dos conflitos de massa, a denominada verticalização das decisões, resultado das técnicas e dos expedientes processuais que concebem julgados de eficácia vinculante (arts. 926-7 do CPC), é informada por valores como “segurança jurídica”, “economia processual”, “duração razoável do processo” e, especialmente, “isonomia”, que se traduz, na espécie, como *necessidade de igualdade de*

Org. Kazuo Watanabe. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. Atualizando o conceito sinteticamente, “a) o direito de acesso à Justiça é, fundamentalmente, direito de acesso à ordem jurídica justa; b) 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 socioeconômica 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 anteponham ao acesso efetivo à Justiça com tais características” – WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa...* p. 10.

⁹³ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Garantia do tratamento paritário das partes...* p. 99.

juízo.⁹⁴ Considerada sua imbricação com o princípio da igualdade, o contraditório constitui valor fundamental para as técnicas e instrumentos de uniformização das decisões.

Aliás, a compatibilidade constitucional de quaisquer instrumentos e técnicas processuais a serviço da denominada *força expansiva da jurisprudência* dependerá da estrita observância do devido processo legal, atrelado aos caracteres do contraditório no âmbito dos respectivos expedientes jurídicos.

A “valorização da jurisprudência” e “os mecanismos de vinculação dos juízes a pronunciamentos ou razões de decidir utilizadas em casos anteriores são resultado das tentativas de promover a unidade do sistema”.⁹⁵ A criação de *standards* decisórios reforça a credibilidade externa (social) da jurisdição, que deriva da manutenção da própria coerência interna do sistema. Contudo, o argumento de *certeza* ou de *previsibilidade* da prestação jurisdicional desconsidera a possibilidade de os casos particulares, embora aparentemente associados ao *standard* decisório, merecerem tratamento adequado às peculiaridades concretas.⁹⁶ Não é sequer completamente apropriado atribuir força vinculante *necessária* ao precedente típico da *common law*; no próprio sistema anglo-saxão, há técnicas interpretativas disponíveis ao magistrado que não pretenda pautar sua decisão em um precedente (*v.g.*, o *distinguishing* e o *overruling*), sempre que necessário resolver o conflito com maior justiça.

Consideradas as particularidades próprias da litigiosidade repetitiva e da cultura judiciária brasileiras, todas as técnicas processuais destinadas ao tratamento dos conflitos

⁹⁴ “Não é possível, e atenta contra a credibilidade do Poder Judiciário, que duas causas idênticas, com as mesmas questões de fato e de direito, sejam julgadas de forma diferente. Coisas julgadas contraditórias constituem um fenômeno que acentua a desigualdade e demandam a utilização de outros instrumentos processuais e até dúvidas doutrinárias sobre a prevalência de uma ou outra, quando as consequências de seus comandos são incompatíveis, no plano dos fatos” – GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade...* p. 149. A “potencialidade de múltiplas demandas resulta em uma ameaça direta à segurança jurídica, porque a eclosão de múltiplos processos pode dar ensejo a diversas interpretações para uma mesma questão”, circunstância que reforça a necessidade de tratamento molecular das demandas repetitivas, por intermédio de casos paradigmáticos – LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Segurança jurídica no Novo CPC*. In *Panorama atual do Novo CPC*. p. 325-44. Coords. Paulo Henrique dos Santos Lucon e Pedro Miranda de Oliveira. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 340. Escalonando fundamentos deontológicos (segurança jurídica e isonomia) e práticos (duração razoável do processo, desestímulo à litigância e solução para as causas repetitivas) para a adoção de um sistema de precedentes, cf. CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Forense: Rio de Janeiro, 2016, p. 51-66.

⁹⁵ SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Acesso à Justiça, litigiosidade e o modelo processual civil brasileiro*. Tese de Livre Docência. Departamento de Direito Privado e Processo Civil. Ribeirão Preto: Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP, 2018, p. 209.

⁹⁶ ZUFELATO, Camilo. *Precedentes Judiciais à Brasileira no Novo CPC: aspectos gerais*. In *O novo código de processo civil: questões controvertidas*. p. 89-112. Org. Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Atlas, 2015, p. 96.

de massa devem ser pensadas dialeticamente, e não como um simples transplante instrumental afeto aos sistemas de tradição do sistema de *common law*.

No Brasil, como nos demais países de direito codificado (integrantes do chamado sistema de *civil law*), o precedente não consubstancia sequer propriamente “norma”, mas “unidade de sentido para aqueles preceitos normativos encontrados em nossas leis”.⁹⁷ Por outro lado, conforme mencionado anteriormente, o denominado “tema dos precedentes é universal porque é a maneira por excelência de se buscar, igualmente, pois para casos iguais, soluções jurídicas iguais”.⁹⁸ Contudo, o Código de Processo Civil vigente, “a par de oferecer um repertório de novos mecanismos capazes de instituir um novo modelo processual, tem [efetivamente] baixa correspondência ao nosso perfil de litigância judicial”.⁹⁹ Com base na constatação comum de que, no Brasil, o sistema de precedentes [sob a peculiaridade nacional] tem sido utilizado como técnica para o tratamento da litigiosidade de massa, o modelo *de lege lata*, a par de produzir um ideal quantitativo (numérico) a princípio consentâneo com os objetivos visados, tem de ser examinado também qualitativamente.

Esse aspecto qualitativo fundamental decorre da observância do contraditório, que representa condição indeclinável tanto para a formação quanto para a aplicação dos julgados paradigmáticos com aptidão à eficácia vinculante (arts. 10 e 927, § 1º, do CPC).¹⁰⁰ Afinal, conforme abordado ao longo do estudo, “o tratamento do precedente vinculante, pelo Código em vigor, é disfuncional e poderia ser aperfeiçoado, utilizando técnicas melhores e já prudentes”.¹⁰¹

⁹⁷ SALLES, Carlos Alberto de. *Precedentes e jurisprudência no Novo CPC: novas técnicas decisórias*. In *O novo código de processo civil: questões controvertidas*. p. 77-88. Org. Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Atlas, 2015, p. 83.

⁹⁸ ZUFELATO, Camilo. *Precedentes Judiciais à Brasileira no Novo CPC...* p. 90.

⁹⁹ SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Acesso à Justiça, litigiosidade e o modelo processual civil brasileiro...* p. 209.

¹⁰⁰ Compreendendo os “precedentes judiciais” como fonte do direito, apresentados sob quatro dimensões ou perspectivas, conforme enunciadas por Taruffo [*Dimensioni del precedente giudiziario*] – *institucional* (origem do precedente à luz da organização judiciária e a forma de subordinação dos respectivos órgãos), *objetiva* (definição das partes do precedente com propensão vinculativa, esclarecendo o contraste entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*), *estrutural* (precedente como expressão de um entendimento reiterativo) e de *eficácia* (quanto ao efeito vinculativo, o que esclarece o contraste entre eficácia *vinculante* e *persuasiva*) –, cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. *O precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 304-7.

¹⁰¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade...* p. 155. “Na incessante busca de reafirmar a importância das decisões dos tribunais superiores, o nosso novo Código de Processo Civil valoriza os precedentes judiciais, embora sem critério científico algum” – TUCCI, José Rogério Cruz e. *O regime do precedente judicial no novo CPC*. In *Precedentes*. 2. ed. p. 445-57. Coords. Fredie Didier Jr., Leonardo

O aprimoramento do sistema, cujas propostas constituem objeto da segunda parte do estudo, depende fundamentalmente da percepção de uma *razão comunicativa* – não meramente prática ou formal – perfilada pelo contraditório na contemporaneidade, apta a engendrar técnicas processuais adequadas para o tratamento da litigiosidade repetitiva. A concepção tradicional do contraditório seria insuficiente *per se* para o tratamento de casos repetitivos. Já a cooperação processual constitui aspecto ínsito à dialeticidade processual que se manifesta pelo contraditório (“il contraddittore come collaboratore nella contrapposizione dialettica”),¹⁰² estabelecendo o [por assim dizer] ambiente “colaborativo” ou “cooperativo” possível para a legitimação constitucional do processo civil no contexto da litigiosidade de massa.

O processo deve conter, enfim, um *procedimento de justificação estruturada* da atividade jurisdicional, orientado pelo contraditório e à base de uma razão dialética, que é, essencialmente, *comunicativa*. Eis o perfil adequado para legitimar constitucionalmente os instrumentos processuais concebidos para o tratamento da litigiosidade repetitiva.

Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr. e Lucas Buril de Macêdo. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 453.

¹⁰² CALAMANDREI, Piero. *La dialetticità del processo...* p. 128-9.

Segunda Parte
IMPLICAÇÕES NO TRATAMENTO DA LITIGIOSIDADE
REPETITIVA

VII CONTRADITÓRIO E REPERCUSSÃO GERAL

27 Retrospectiva histórica

O instituto da “repercussão geral”, embora concebido originariamente como requisito ou pressuposto específico de admissibilidade do recurso extraordinário, tem-se consolidado como instrumento de tratamento da litigiosidade repetitiva em controvérsias sobre questões constitucionais, associado tanto à tendência de “objetivação [ou abstração] do controle difuso de constitucionalidade”¹ quanto às tentativas crescentes de racionalização e redução do volume de processos no Brasil; que não devem – jamais – significar um “fechamento de portas” das garantias democráticas.²

¹ A expressão, que é notória na doutrina constitucional brasileira, pauta-se na função de “guarda da Constituição” (art. 102) imputada ao Supremo Tribunal Federal para justificar a atribuição de efeito vinculante não apenas às decisões em sede de controle concentrado e abstrato, mas também àquelas realizadas em controle difuso e concreto de constitucionalidade, sob a premissa, dentre outros argumentos sistemáticos (v.g., a dispensa de *reserva de plenário* [art. 97] quando haja pronunciamento de inconstitucionalidade pelo STF), de uma “incompletude normativa” do art. 52, X, da Constituição (“compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”). Essa intrincada problemática não constitui objeto de exame, cuja análise exorbitaria dos limites propostos para o estudo, que parte do atual *status quaestionis* quanto à utilização do instituto da repercussão geral como instrumento de tratamento da litigiosidade repetitiva, para investigar as respectivas implicações do contraditório. Para uma análise crítica da tese de mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal, cf. RODRIGUES, Nina Trícia Disconzi; PINÓS, Ondina Maria Paulino. *A participação do Senado no controle difuso de constitucionalidade*. In *Revista de Informação Legislativa*. v. 50, n. 198, p. 141-68. Brasília: Senado Federal, 2013. Para um estudo das fontes, cf. DANTAS, Bruno. *Repercussão geral: perspectiva histórica, dogmática e de direito comparado. Questões processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

² Segundo a advertência do célebre processualista italiano do século passado, em uma de suas obras mais peculiares: “convém abster-se de tachar gratuitamente como demandista qualquer homem de bem que bata à porta do tribunal para pedir ajuda contra a prepotência e a má-fé de outrem, assim como de alegrar-se à toa quando as estatísticas judiciárias dizem que a litigiosidade está em diminuição. Se algumas vezes a tendência no litígio é reveladora de institutos antissociais doentios, recorrer aos tribunais, outras vezes, é prova da firme decisão de defender a ordem social contra os prepotentes, e da sadia fé na administração da justiça. Litigar pode querer dizer (como no caso do célebre moleiro de Sans-Souci [‘Le Meunier de Sans-Souci’, de François Andrieux, fábula poética sobre a independência da justiça]) ter fé na seriedade do Estado: pode querer dizer, também, prestar um serviço ao Estado, porque este encontra na defesa do direito sua mais elevada expressão e deve agradecer ao cidadão que, ao lhe pedir justiça, lhe dá, assim, ocasião de reconfirmar, defendendo o direito, sua razão de ser mais essencial. Não esqueçamos que Sólon, segundo Aristóteles, havia redigido suas leis de forma propositadamente obscura, para que dessem lugar a muitas controvérsias e oferecessem assim ao Estado o meio de aumentar, com o julgamento destas, sua autoridade entre os cidadãos. No dia em que eu visse os tribunais fecharem por falta de causas cíveis, não sei se me alegraria ou entristeceria. Me alegraria se, num mundo em que não se encontrasse mais ninguém disposto a fazer mal a seu semelhante, isso significasse o advento do amor universal; me entristeceria se, num mundo em que não se encontrasse mais ninguém disposto a rebelar-se contra a prepotência alheia, isso significasse o triunfo da vilania universal” – CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 151-2.

A “Reforma do Poder Judiciário”, empreendida pela Emenda Constitucional (EC) n. 45, de 30 de dezembro de 2004, incluiu a seguinte disposição no art. 102 da Constituição Federal: “no recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros” (§ 3º). A aplicabilidade da norma constitucional adveio dois anos depois, com a Lei n. 11.418/2006, sob a inclusão dos arts. 543-A e 543-B no Código de Processo Civil de 1973, mas, na prática, a incidência mais efetiva do instituto acabou diferida à edição da Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007, que alterou as disposições do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) necessárias para a operacionalização do instituto por meio deliberativo eletrônico.

A análise de temas e questões para adjetivá-los ou não com “repercussão geral” constitui método investigativo da jurisdição constitucional brasileira para, a par de considerar argumentos [por assim dizer] “jurídicos”, enfatizar as controvérsias também à luz de argumentos éticos, empíricos, pragmáticos (socioeconômicos, políticos etc.), o que é inerente ao funcionamento da democracia e fornece “uma base racional para as pretensões de legitimidade do direito vigente”.³ Na democracia deliberativa, a própria teoria do direito revela, na verdade, uma teoria da prestação jurisdicional, ou seja, do discurso jurídico;⁴ a jurisdição lida, assim, com a “tensão entre o princípio da segurança jurídica e a pretensão de tomar decisões corretas”.⁵

A repercussão geral constitui um modelo atualizado da denominada “arguição de relevância”, prevista no texto constitucional editado pela Emenda n. 1/1969, mediante a

³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 352.

⁴ Assim, “a prática da decisão está ligada ao direito e à lei, e a racionalidade da jurisdição depende da legitimidade do direito vigente. E esta depende, por sua vez, da racionalidade de um processo de legislação, o qual, sob condições da divisão de poderes no Estado de direito, não se encontra à disposição dos órgãos da aplicação do direito. Ora, o discurso político e a prática da legislação constituem, sob pontos de vista do direito constitucional, um tema importante da dogmática jurídica; mesmo assim, uma teoria do direito, que leva em conta discursos jurídicos, só se abre a eles na perspectiva da jurisprudência” – Ibidem, p. 297.

⁵ Ibidem, p. 245. A prática discursiva, na teoria habermasiana, é o elemento que viabiliza o *exercício democrático do poder* pelas instituições credenciadas da sociedade, conduzindo ao ideal de democracia deliberativa, em que se destacam a comunicação e o diálogo no debate acerca dos rumos políticos e dos diversos “pontos de vista sobre as questões de interesse público” – SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 86.

inclusão dos §§ 1º e 3º no art. 119 pela EC n. 7/1977,⁶ que incorporou disposição do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF/1970), dada pela Emenda Regimental n. 3/1975 (art. 308). A norma utilizava critério de conceituação negativa das hipóteses de cabimento do recurso extraordinário⁷ e disciplinava o procedimento de exame da “arguição de relevância da questão federal” (art. 308, §§ 3º a 5º). Exigia-se a arguição de relevância em controvérsias de natureza infraconstitucional, dadas as características da competência recursal do Supremo Tribunal Federal naquele tempo, que abrangia a devolução de caráter extraordinário também para decisões questionadas à luz de “questão federal”; nos casos de “ofensa à Constituição Federal”, a admissibilidade do recurso extraordinário não dependia daquele requisito formal, o que evidencia o primeiro traço distintivo quanto ao atual instituto da “repercussão geral”.

A partir da Emenda Regimental (ER) n. 2, de 4 de dezembro de 1985, sob o Regimento Interno vigente (RISTF/1980), alterou-se o critério de cabimento do recurso extraordinário, que, deixando de adotar a conceituação negativa da admissibilidade recursal (reproduzida na redação original de 1980), passou a taxar as respectivas hipóteses de cabimento (art. 325 do RISTF), incluindo, porém, uma situação residual de conhecimento do recurso, “em todos os demais feitos, quando reconhecida a relevância da questão federal” (inc. XI). Na ocasião, a doutrina advertia que a denominada “arguição de relevância da questão federal” para “todos os demais feitos”, pautada em norma contrastante com as hipóteses rígidas de cabimento do recurso extraordinário, representara uma “flexibilidade do tipo aberto”, viabilizando o possível cabimento de recursos extraordinário que, a princípio, seriam inadmissíveis.⁸ Já o art. 327, § 1º, do RISTF definia como “relevante a questão federal que, pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigir[gisse] a apreciação do recurso extraordinário pelo Tribunal”.

Também foi alterado o procedimento de exame da “arguição de relevância da questão federal”, anteriormente previsto no art. 308, §§ 3º a 5º, do RISTF/1970 (incluídos

⁶ “Art. 119. [...] § 1º As causas a que se refere o item III, alíneas *a* e *d*, deste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal. [...] § 3º O regimento interno estabelecerá: [...] c) o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal e da arguição [ortografia atualizada] de relevância da questão federal [...]”.

⁷ “Art. 308. Salvo nos casos de ofensa à Constituição ou relevância da questão federal, não caberá o recurso extraordinário, a que alude o seu artigo 119, parágrafo único, das decisões proferidas: [...]”.

⁸ ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. *A arguição de relevância no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 67.

pela Emenda Regimental n. 3/1975).⁹ Os arts. 327 a 329 do RISTF (1980), com redação dada pela Emenda Regimental n. 2/1985, estabeleciam o procedimento aplicável ao exame da arguição de relevância da questão federal, pelo “Supremo Tribunal Federal, em sessão de Conselho” (art. 327), apresentada em “capítulo destacado” na peça recursal e com a prévia indicação de peças integrativas de eventual instrumento (caso a arguição fosse conhecida sob essa modalidade). Assim, a arguição de relevância poderia ser apreciada tanto nos autos originais, se o recurso fosse admitido na origem (art. 328, § 1º), quanto em apartado, na hipótese de inadmissibilidade originária, nos autos de instrumento próprio ou de agravo interposto contra a denegação, a depender do caso (§§ 2º e 3º).¹⁰

Desse modo, a arguição de relevância poderia chegar ao Supremo Tribunal Federal nos autos originais, no traslado de agravo de instrumento (contra denegação originária do extraordinário) ou, ainda, em instrumento próprio, autuado autonomamente. A arguição de relevância, examinada como questão preliminar, poderia ser acolhida pelo voto favorável de “quatro ou mais Ministros, sendo a decisão do conselho, em qualquer caso, irrecurável” (art. 328, § 5º, VI e VII, do RISTF), realizando-se a ciência dos interessados apenas pela publicação da ata da sessão (a deliberação era secreta),¹¹ em que seriam relacionadas “as arguições acolhidas no todo ou em parte, e as rejeitadas, mencionada, no primeiro caso, a questão federal havida como relevante” (§ 5º, VIII). Com o reconhecimento da relevância da questão federal, cujo exame era de competência privativa do Supremo Tribunal Federal, “em sessão de conselho” (art. 327) – como previsto, aliás, desde a Emenda Regimental n. 3/1975 (RISTF/1970) –, o recurso seria apreciado pelo órgão competente turmário ou plenário, a depender da hipótese (art. 329).

⁹ A arguição de relevância era processada exclusivamente “por instrumento”, nos termos do art. 308, § 4º, do RISTF/1970, incluído pela Emenda Regimental n. 3/1975, com procedimento mantido pelo RISTF/1980 (art. 328) até sua posterior alteração pela Emenda Regimental n. 2/1985.

¹⁰ “Art. 328. [...] 2º Se o recurso extraordinário não for admitido na origem (art. 326), e o recorrente agravar do despacho denegatório, deverá, para ter apreciada a arguição de relevância, reproduzi-la em capítulo destacado na petição de agravo, caso em que um único instrumento subirá ao Supremo Tribunal Federal, com as peças referidas no caput deste artigo. § 3º A arguição de relevância subirá em instrumento próprio, em dez dias, com as peças referidas no caput deste artigo e a eventual resposta da parte contrária, quando o recurso não comportar exame de admissibilidade na origem (art. 326), e também quando, inadmitido o recurso, o recorrente não agravar do despacho denegatório”.

¹¹ Sobre a crítica da doutrina ao caráter sigiloso das sessões, apontava-se, como alternativa, o direito de os advogados das partes solicitarem “certidões que revelem o fundamento das decisões, tanto mais porque a negativa seria abusiva e somente seria aceitável se justificada no interesse público de se manter o [próprio] sigilo, mas [sempre] comprovadamente” – LEITE, Evandro Gueiros. *A Emenda 2/85 (RISTF) e a boa razão*. In *Revista dos Tribunais*. v. 76, n. 615, p. 7-31. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 15.

Mais de uma década antes da Emenda Regimental n. 3/1975, que alterou o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal editado em 1970, já se apontava o “requisito da relevância para a redução dos encargos do Supremo Tribunal”¹² como instrumento de filtragem recursal, pautado principalmente no “interesse público” que se caracterizaria pela transcendência da controvérsia, assim identificada em casos cujo interesse na solução jurídica não estivesse exclusivamente relacionado às expectativas e aos interesses dos próprios sujeitos parciais do processo, critério que igualmente se identifica na criação do requisito da repercussão geral: “será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa” (art. 543-A, § 1º, do CPC/1973, incluído pela Lei n. 11.418/2006).

Em conhecido ensaio sobre o tema, VITOR NUNES LEAL, então Ministro do Supremo Tribunal Federal,¹³ propõe que sejam consideradas *relevantes* (i) questões constitucionais em geral; e (ii) questões de natureza legal específicas, que versem sobre temas como (ii.i) atribuições administrativas de alto escalão ou acerca de conduta que atingisse potencial ou efetivamente uma ampla esfera de interesses (coletividade); (ii.ii) questões relativas a institutos tributários cuja controvérsia abranja centenas ou milhares de pessoas; (ii.iii) controvérsias que abrangessem com amplitude o funcionalismo público; (ii.iv) controvérsias sobre interpretação de norma legal apta a atingir massivamente a atividade econômica; e (ii.v) questões envolvendo dissídio jurisprudencial sobre normas legais de aplicação recorrente, salvo na hipótese de a divergência não caracterizar uma autêntica “corrente jurisprudencial” dissidente de interpretação razoável da lei. O requisito da relevância, além de filtrar – quantitativamente – os processos, imprimiria um melhor padrão qualitativo às decisões do Supremo Tribunal Federal, franqueando um “melhor teor doutrinário às suas decisões, em correspondência com sua posição de Tribunal de cúpula”.¹⁴

¹² LEAL, Vitor Nunes. *O requisito da relevância para redução dos encargos do Supremo Tribunal*. In *Revista de Direito Processo Civil*. v. 6, p. 12-29. São Paulo: Saraiva, 1962.

¹³ Nomeado por decreto de 26 de novembro de 1960, editado por Juscelino Kubitschek, foi “aposentado” compulsoriamente em 1969, com base no Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968; o afastamento *ad nutum* foi impingido também a outros dois Ministros (Evandro Lins e Silva e Hermes Lima), determinação que culminou na renúncia e subsequente afastamento a pedido, solidariamente, do então presidente da Corte (Antonio Gonçalves de Oliveira) e do decano Lafayette de Andrada.

¹⁴ *Ibidem*, p. 17-8. No mesmo sentido, respondendo à objeção de que a aferição da relevância seria demasiadamente subjetiva, aponta-se que essa norma aberta não é estranha ao sistema estadunidense, que inspirou a criação da “arguição de relevância”. Assim, quanto ao exame, “ao tino, à circunspeção, à

Em razão do próprio caráter sigiloso das sessões deliberativas das arguições de relevância, não são fartas as fontes estatísticas nem a casuística relacionada à aplicação do instituto durante os seus anos de incidência, até a promulgação da Constituição Federal de 1988,¹⁵ que deixou de estabelecer esse pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário, restaurado, dezesseis anos depois, pela “Reforma do Poder Judiciário” (EC n. 45/2004), agora atualizado sob o requisito da “repercussão geral”.

28 Aspectos iniciais do procedimento

A repercussão geral retoma, em síntese, o escopo de seu instituto antecedente (arguição de relevância), prevalecendo a ideia de que não seria plausível conferir ao órgão de cúpula do Poder Judiciário uma competência ampla e ilimitada em matéria de recurso, descaracterizando a própria natureza *extraordinária* dessa espécie de devolução recursal.¹⁶

A ausência de previsão da “arguição de relevância” no texto constitucional originalmente promulgado (1988) está diretamente relacionada à então nova configuração

sabedoria, à sensatez dos juízes do STF fica a interpretação do que é relevante, ou seja, aquilo que merece ou exige seu exame e seu julgamento. A Corte não ficará imune de críticas nas suas decisões e será estimável que ela consiga encontrar razões convincentes para admitir ou rejeitar a delicada preliminar de relevância, nos casos concretos. O STF terá de enfrentar as responsabilidades de corajosa reforma efetuada [referência à Emenda Regimental n. 3/1975 do RISTF/1970]. Os seus juízes têm um longo cabedal de experiência e empregarão seu ‘notável saber’ nas opções em que definirão o que é relevante, verdadeiro e justo para a preservação do interesse público e para a salvaguarda das liberdades e das garantias dos cidadãos” – SILVA, Evandro Lins e. *O recurso extraordinário e a relevância da questão federal*. In *Revista Forense*. n. 485, p. 10-5. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 14.

¹⁵ Sobre os dados, Djaci Falcão, Ministro do Supremo Tribunal Federal (1967-89), considerando positivos os resultados alcançados com o emprego do instituto e o definindo como “instrumento político-jurídico útil ao processamento do recurso extraordinário, não obstante as críticas que lhe são feitas, principalmente em razão do julgamento secreto e não expressamente motivado”, apresenta a seguinte evolução numérica: “de 647 [arguições de relevância apresentadas] para 1.178, 1.179, 2.427 etc. até 5.979 em 1987, como registram nossos dados estatísticos. Ao lado disso, enquanto no último ano houve 7.927 agravos de instrumento contra despacho denegatório de recurso extraordinário, sendo providos 807, de 5.979 arguições de relevância foram acolhidas 1.121. Portanto, num percentual [cerca de 19% dos casos] superior ao dos agravos de instrumento providos” – FALCÃO, Djaci. *O Poder Judiciário e a nova Carta Constitucional*. In *Revista de Processo*. n. 53, p. 201-8. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 206. Para um exame casuístico na doutrina, cf. ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. *A arguição de relevância no recurso extraordinário...* p. 111-43.

¹⁶ Como informam os fundamentos da própria arguição de relevância, “não é plausível conferir a um tribunal competência para julgar recurso extraordinário, indiscriminadamente, sem ponderáveis limitações, contra decisões proferidas por todos os tribunais do país. Impõe-se adotar uma orientação descentralizadora das tarefas atribuídas aos órgãos judicantes colegiados” – FALCÃO, Djaci. *O Poder Judiciário e a nova Carta Constitucional...* p. 206-7.

do Poder Judiciário, sob orientação “descentralizadora” das cortes brasileiras,¹⁷ mediante a reestruturação da justiça federal (organizada em regiões sediadas por tribunais respectivos, com a extinção do Tribunal Federal de Recursos, criado pela CF/1946) e a criação do Superior Tribunal de Justiça, que passou a deter competência recursal de caráter extraordinário (via recurso especial) para as “questões federais” anteriormente compreendidas na competência do Supremo Tribunal Federal.¹⁸

O incremento do volume de demandas, após o advento da Constituição Federal de 1988, insere-se no contexto de expansão democrática do acesso à justiça e da, assim propalada, “passagem para a maturidade institucional”.¹⁹ O Supremo Tribunal Federal (STF) passou a deter “a última palavra” nas diversas controvérsias da sociedade, o que se viabilizaria tanto pelo caráter analítico da Constituição brasileira, permitindo à Corte identificar argumentativamente os recursos “admissíveis”, quanto pela própria ascensão política e institucional do Poder Judiciário (v.g., com a recuperação das garantias da magistratura).²⁰

No entanto, passados dezesseis anos da promulgação do texto constitucional, a admissibilidade aprioristicamente ampla do cabimento do recurso extraordinário mostrou-se incompatível com o acervo de processos, renovando-se a exigência de um filtro recursal específico para a “redução dos encargos do Supremo Tribunal”, como sugerido há mais de cinquenta anos,²¹ declaradamente inspirado no sistema recursal estadunidense, cuja referência também lastreava as objeções às críticas de excessiva discricionariedade franqueada pelo requisito antecedente (arguição de relevância).²²

¹⁷ Aliás, trata-se de escopo descentralizador assinado desde 1965, com a edição da EC n. 16/1965, que acrescentou os §§ 1º e 2º ao art. 103 da CF/1946, prevendo a possibilidade de criação de outros Tribunais Federais de Recursos, mediante lei de iniciativa do Presidente da República “ouvidos o próprio Tribunal [TFR] e o Supremo Tribunal Federal” (§ 2).

¹⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil: vol. V (arts. 476 a 565)*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 543-5.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Vinte anos da Constituição Federal de 1988: a reconstrução democrática do Brasil*. In *O novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides*. p. 295-312. Org. Lenice S. Moreira de Moura. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 302.

²⁰ *Ibidem*, p. 307.

²¹ LEAL, Vitor Nunes. *O requisito da relevância para redução dos encargos do Supremo Tribunal...* p. 12-29.

²² Nesse sentido, cf. SILVA, Evandro Lins e. *O recurso extraordinário e a relevância da questão federal...* p. 10-5. Para uma interessante síntese comparativa, desde o “writ of error”, previsto na Seção 25 do “Judiciary Act of 1789” norte-americano, norma que inspirou o “recurso para o Supremo Tribunal Federal” previsto no art. 9º, parágrafo único, do Decreto n. 848/1890 (Governo Provisório da então recente República brasileira), até o subseqüente “writ of certiorari”, curiosamente instituído no ano seguinte (1891) à norma orgânica

A restauração de um filtro específico para o recurso extraordinário, comparativamente ao mecanismo presente no instituto da arguição de relevância, constituiu um dos temas centrais da denominada “Reforma do Poder Judiciário” (EC n. 45/2004). As principais diferenças entre ambos os institutos apresentam-se quanto: (i) ao objeto do exame, em razão das respectivas regras de competência e de cabimento do próprio recurso extraordinário;²³ (ii) ao quórum deliberativo, que se alternou de *positivo* (mínimo de quatro votos favoráveis) para *negativo* (recusa pela manifestação de dois terços dos membros, ou seja, mínimo de oito votos desfavoráveis); (iii) ao caráter da sessão, afastado o sigilo das deliberações (não obstante ocorram em plenário virtual, há publicidade das manifestações sobre a repercussão geral); (iv) à motivação, sempre exigida

brasileira, que estipulava a relevância da “federal question” para a admissibilidade recursal (discricionariedade incrementada com o “Judiciary Act of 1925”, que se tornou conhecido como “Judge’s Bill”), apontando ainda correspondências com a “arguição de relevância” e a “repercussão geral” brasileiras, cf. MACIEL, Adhemar Ferreira. *Restrição à admissibilidade de recursos na Suprema Corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal do Brasil*. In *Revista de Informação Legislativa*. v. 43, n. 170, p. 7-15. Brasília: Senado Federal, 2006. “Em 1925, depois de muito lobby, o Congresso [norte-americano] cedeu e alterou a lei orgânica do Judiciário: o ‘Judge’s Bill’ aumentou ainda mais o ‘discretionary power’ da Suprema Corte. Por outras palavras, as apelações de conhecimento obrigatório (‘mandatory appeals’) diminuíram e, em compensação, cresceu o número de ‘petitions for writ of certiorari’. Nesse último caso, o recurso só seria conhecido se contasse com o aval de quatro dos nove juízes da Corte. Seu primeiro requisito era que a causa ou controvérsia, julgada em última instância pelos tribunais estaduais ou federais, se apresentasse substancialmente relevante para todo o país. Na prática, o critério da relevância funcionava da seguinte maneira: os assessores (‘law clerks’) dos juízes, pessoas altamente gabaritadas e contratadas por um ano, faziam uma primeira triagem. Estudavam a ‘petition’ e elaboravam relatório com a minuta de seu entendimento pela concessão (‘for granting’) ou pela denegação (‘for denying’) do recurso. O ‘justice’ muitas vezes discutia previamente o caso com seu assessor antes de mandar (facultativamente) seu voto (‘opinion’) para seus colegas (‘brethren’). O presidente da Corte, então, elaborava uma lista de feitos (‘discuss list’) para que os diversos recursos nela incluídos fossem debatidos em sessão reservada (‘conference’). As pautas continuavam congestionadas. Muitos recursos de ‘certiorari’ demoravam às vezes mais de ano para serem julgados. Com a criação de entidades que podiam editar normas próprias (‘agencies’ e ‘commissions’), o número de conflitos de interpretação da legislação federal e da própria Constituição cresceu expressivamente. Na década de 1960, na presidência de Earl Warren (1953-1969), o serviço judicial aumentou muito em razão dos ‘civil rights’. Na década seguinte (1970), a ‘caseload’ ficou mais carregada ainda com as demandas relativas a seguro social e a aposentadoria de empregados. Em 1972, o ‘justice’ Lewis Powell (1972-1987) teve uma ideia, fruto de observação. Sugeriu a criação de uma ‘cesta’ (‘pool’), onde os ‘law clerks’ dos diversos gabinetes (‘chambers’) trabalhassem em conjunto. O serviço ficou racionalizado. O denominado ‘certiorari pool’, de imediato, deu bons resultados. Em 1988, o Congresso alterou mais uma vez a lei orgânica da magistratura: as ‘mandatory appeals’ na prática desapareceram. Em outras palavras, o acesso recursal hoje só mesmo por intermédio da ‘petition for writ of certiorari’, cuja admissão fica, primeiramente, sujeita aos critérios objetivos do Regimento Interno da Suprema Corte (‘USSC Rules – Rule n. 10’), e, em segundo lugar, ao critério subjetivo da relevância, que consiste em avaliação discricionária [‘review on a writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion’ – Rule n. 10]. O ‘writ of certiorari’ só vai para a ‘discuss list’ se pelo menos 4 dos 9 juízes entenderem que a questão é relevante para o país e para a sociedade de um modo geral. Se não figurar na lista, o recurso não é conhecido” – Ibidem, p. 8-9. Para um esboço histórico do recurso extraordinário, cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil...* p. 570-5.

²³ Vale recordar que a norma regimental do Supremo Tribunal Federal utilizava critério de conceituação negativa das hipóteses de cabimento do recurso extraordinário (“salvo nos casos de ofensa à Constituição ou relevância da questão federal, não caberá o recurso extraordinário [...] das decisões proferidas: [...]”) e disciplinava o procedimento de exame da “arguição de relevância da questão federal” (art. 308, §§ 3º a 5º, do RISTF/1970, modificado pela ER n. 3/1975).

na análise da repercussão geral (art. 93, IX, da CF), porém dispensada na deliberação sobre a arguição de relevância, cuja ciência do resultado era limitada à divulgação da ata de sessão (secreta).

As semelhanças também estão presentes em diversos aspectos: (i) abertura das balizas semânticas da relevância/repercussão, definidas sob o “ponto de vista econômico, político social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo” (art. 1.035, § 1º, do CPC vigente), em variação aos anteriores “reflexos na ordem jurídica” e “aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa” (art. 327, § 1º, do RISTF/1980, incluído pela ER n. 2/1985); (ii) irrecorribilidade da deliberação acerca da relevância/repercussão; (iii) exigência formal de “capítulo destacado” no recurso extraordinário; (iv) precedência da deliberação sobre a relevância/repercussão (julgamento preliminar); (v) competência privativa do Supremo Tribunal Federal para a análise do requisito.

Atualmente, o procedimento da repercussão geral está disciplinado no Código de Processo Civil (arts. 1.035 a 1.041) e no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (arts. 322 a 329). Interposto o recurso extraordinário, com fundamentação vinculada às hipóteses constitucionais de cabimento (art. 102, III, “a” a “d”, da CF), o recorrente deve demonstrar a existência de repercussão geral por intermédio de capítulo destacado (art. 1.035, § 2º, do CPC), que será objeto de deliberação preliminar pelo Supremo Tribunal Federal, a quem compete privativamente o exame da questão, em decisão irrecorrível.

Desse modo, o primeiro juízo de admissibilidade, realizado pelo presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido, não pode perscrutar a adjetivação em si da repercussão geral; a prelibação originária deve ater-se aos demais requisitos de admissibilidade recursal. Na hipótese de o presidente ou vice-presidente do tribunal entender que a questão recorrida, objeto do extraordinário, pende de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral já reconhecida, o recurso será sobrestado na origem; essa decisão comporta agravo interno ou, se for o caso, o interessado pode formular (ou reiterar, se já articulada a preliminar em contrarrazões) requerimento de inadmissibilidade recursal por intempestividade, apreciado monocraticamente; seu indeferimento comporta agravo interno (arts. 1.030, III, § 2º, 1.035, §§ 6º, 7º, do CPC).

Nas hipóteses tanto de rejeição da “repercussão geral” da controvérsia quanto de julgamento de mérito já realizado (em regime de repercussão geral), o presidente ou vice-

presidente do tribunal negará seguimento ao recurso, caso esteja em desconformidade com o entendimento exarado para o respectivo tema; essa decisão monocrática é passível de agravo interno, mas, se mantida, não comporta agravo dirigido ao Supremo Tribunal Federal (art. 1.042, do CPC).²⁴ Por outro lado, caso o presidente ou vice-presidente do tribunal considere que o acórdão recorrido diverge do entendimento do Supremo Tribunal Federal, os autos serão enviados ao órgão fracionário para “juízo de retratação”; caso não seja alterado o entendimento, o recurso extraordinário deverá ser processado (art. 1.030, I, “a” II, V, “a”, “c”, §§ 1º, 2º).

29 Reconhecimento da repercussão geral

O recorrente deve demonstrar, no extraordinário, a presença de “questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo” (art. 1.035, §§ 1º, do CPC; art. 322, parágrafo único, do RISTF); assim, exigem-se tanto relevância das questões controvertidas quanto transcendência dos interesses envolvidos. A arguição da repercussão geral dependerá de uma fundamentação estruturada acerca dos pontos que o recorrente considera suficientemente relevantes para a viabilidade do extraordinário. Inclusive, quando o recurso extraordinário for considerado representativo de controvérsia constitucional – identificada a repetitividade da controvérsia –, o presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido deve selecionar recursos que articulem argumentação e discussão *abrangentes* a respeito das questões a serem decididas (arts. 1.030, IV, 1.036, § 6º, do CPC).

Se o tópico articulado pelo recorrente for insuficiente para a arguição da repercussão geral, ainda que o relator, por hipótese, cogite de eventual transcendência das questões de fundo da controvérsia, o recurso extraordinário deve ser inadmitido, em razão de irregularidade formal. A repercussão geral deve analisada pelo Supremo Tribunal Federal sempre que estejam atendidos todos os demais pressupostos de admissibilidade, inclusive a regularidade formal, que, no caso, corresponde à articulação adequada da

²⁴ Situação de equívoco na aplicação do tema de repercussão geral poderia ser levada ao Supremo Tribunal Federal, em tese, pela estrita via da reclamação constitucional (art. 102, I, “I”, da CF; art. 988, II, § 5º, II, do CPC), que não deve constituir sucedâneo recursal (ao agravo), mas, sim, via impugnativa autônoma com fundamentação vinculada ao pressuposto constitucional de cabimento (na espécie, “garantia de autoridade das decisões” do Supremo Tribunal Federal).

questão preliminar.²⁵ Além do próprio relator, o presidente do Supremo Tribunal Federal também poderá inadmitir *in limine*, por decisão sujeita a agravo interno, recursos extraordinários que “não apresentem preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, bem como aqueles cuja matéria carecer de repercussão geral, segundo precedente do Tribunal, salvo se a tese tiver sido revista ou estiver em procedimento de revisão” (art. 327 do RISTF, com redação dada pela ER n. 21/2007).

Desse modo, a submissão do extraordinário ao regime de repercussão geral será deliberada pelo Supremo Tribunal Federal sempre que não seja “caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão” (art. 323 do RISTF). Afinal, a “irrelevância menor” impede a análise da “relevância maior” (interpretação *a contrario sensu* do brocardo latino *a majori ad minus*). Embora nem sempre seja possível afirmar que o argumento *a minori ad majus* prevaleça em termos lógicos,²⁶ a presença dos pressupostos de admissibilidade do recurso extraordinário, cujo atendimento seja [previamente] aferido pelo relator, deveria ser inafastável para o [posterior] exame da repercussão geral.

A casuística, no entanto, contém exemplos de situações diversas, em que recursos inaptos ao preenchimento dos elementos prévios de admissibilidade (intrínsecos e extrínsecos)²⁷ acabaram por constituir paradigmas para temas de grande relevância, o que evidentemente inibe o contraditório no exame deliberativo, com outras implicações

²⁵ “[...] a verificação da existência de demonstração formal e fundamentada da repercussão geral das questões discutidas no recurso extraordinário pode fazer-se tanto na origem quanto no Supremo Tribunal Federal, cabendo exclusivamente a este Tribunal, no entanto, a decisão sobre a efetiva existência da repercussão geral” – STF, Pleno, QO-AI n. 664.567/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 18.6.2007, DJ 6.9.2007. Norma regimental estabelece também a possibilidade de afetação direta ao plenário virtual pelo presidente do Supremo Tribunal Federal, nos “recursos indicados como representativos de controvérsia constitucional pelas instâncias de origem e os feitos julgados no Superior Tribunal de Justiça sob a sistemática de recursos repetitivos”, com a subsequente distribuição a relator, sorteado dentre aqueles que tenham se manifestado favoravelmente à repercussão geral do extraordinário representativo” (art. 326-A).

²⁶ “[...] se é vedado o menos, conclui[-se] que o será também o mais; a condição imposta ao caso de menor importância prevalece para o de maior valor e da mesma natureza; por exemplo, se alguém é privado de administrar os bens, não os poderá vender. A conclusão do *a minori ad majus* nem sempre será lógica e verdadeira. Basta lembrar que os textos *proibitivos* e os que impõem condições quase sempre se incluem no Direito Excepcional, sujeito a exegese *estrita* e incompatível com o *processo analógico*, ao qual pertencem os três argumentos – *a pari*, *a majori ad minus*, *a minori ad majus*” – MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 200-1.

²⁷ “Os requisitos de admissibilidade dos recursos podem classificar-se em dois grupos: requisitos *intrínsecos* (concernentes à própria existência do poder de recorrer) e requisitos *extrínsecos* (relativos ao modo de exercê-lo). Alinham-se no primeiro grupo: o cabimento, a legitimação para recorrer, o interesse em recorrer e a inexistência de fato impeditivo ou extintivo. O segundo grupo compreende: a tempestividade, a regularidade formal e o preparo. Esses requisitos são genéricos, embora possa a lei dispensar algum deles, em tal ou qual hipótese [...]. Podem os requisitos genéricos, todavia, como é intuitivo, assumir *aspectos específicos*, variáveis de um para outro recurso” – BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil...* p. 262-3.

problemáticas, conforme será apontado adiante. Essa circunstância ressalta tanto a tendência de objetivação do controle difuso de constitucionalidade quanto a utilização do regime de repercussão geral como ferramenta de gestão de processos repetitivos, hipótese não abarcada originariamente pela norma constitucional (art. 102, § 3º).²⁸

29.1 Afirmação expressa

O atendimento aos requisitos gerais e específicos de admissibilidade do extraordinário viabiliza a deliberação plenária acerca da repercussão geral, que será realizada por meio eletrônico (remoto) e assíncrono (diferido), em ambiente que se convencionou denominar de “plenário virtual”. O prazo de julgamento no plenário virtual é de vinte dias, comuns e contínuos (art. 324 do RISTF). Com a inclusão do tema no plenário virtual é possível determinar o sobrestamento dos recursos extraordinários que tratem, no tribunal de origem, da mesma questão jurídica (art. 1.030, III, do CPC).

O relator prepara a manifestação prévia e seu voto pelo reconhecimento ou não da repercussão geral, considerando a densidade constitucional (relevância sob as perspectivas jurídica, social, política ou econômica) das questões discutidas e a transcendência dos interesses envolvidos, e submete ao escrutínio do Supremo Tribunal Federal. Tradicionalmente, o painel de votação do plenário eletrônico é composto por três quesitos: (i) questão constitucional (há/não há); (ii) repercussão geral (há/não há); (iii) reafirmação de jurisprudência (sim/não). Registrada a inexistência de questão constitucional, a própria repercussão geral será negativa (prejudicada). Reconhecida a repercussão geral, a votação do primeiro quesito (questão constitucional) também é presuntiva, porém, positiva (por esse motivo, o primeiro item comumente não é sequer computado). Já a terceira hipótese reporta-se aos casos em que a repercussão geral arguida pretende reafirmar, sob o

²⁸ Nesse sentido, dados levantados pela Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça apontam que a sistemática da repercussão geral, desde sua regulamentação infraconstitucional, tem atuado como “filtro recursal, capaz de reduzir significativamente a quantidade de recursos julgados pelo STF”, ou seja, tem funcionado “como mecanismo de gestão de processos repetitivos” – SECRETARIA DE ASSUNTOS DE LEGISLATIVO-SAL. MINISTERIO DA JUSTIÇA-MJ (BRASIL). *Repercussão geral e o sistema brasileiro de precedentes*: versão simplificada, pesquisa realizada pela Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP) para o Projeto Pensando o Direito, 2010, p. 6 e 23. Cf. MEDINA, Damares. *A seletividade do relator no exame da repercussão geral no Supremo Tribunal Federal*. In *Teorias da decisão e realismo jurídico* [Recurso eletrônico on-line]. Coords. Eloy P. Lemos Junior, Jerônimo Siqueira Tybusch e Lorena de Melo Freitas. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 100-14.

respectivo regime, jurisprudência já dominante no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em temas ainda não afetados. Nessa situação, a indicação de reafirmação jurisprudencial não é incompatível com a negativa dos quesitos anteriores, mas o processamento do extraordinário dependerá, evidentemente, do reconhecimento da repercussão geral da questão constitucional; um dos seus efeitos é a possibilidade de o julgamento de mérito dos respectivos recursos ocorrer por meio eletrônico (art. 323-A do RISTF, com redação dada pela ER n. 42/2010).

Conforme as disposições regimentais consolidadas até junho de 2020, existia um procedimento de deliberação plenária e monofásica acerca da repercussão geral. Após a inclusão do tema, acompanhado da manifestação/voto do relator, os demais ministros encaminhavam eletronicamente suas manifestações, no prazo comum de vinte dias contínuos. Caso não houvesse votos suficientes contrários (quórum constitucional de dois terços), seria reputada presente a repercussão geral arguida no extraordinário, salvo se o relator concluísse pela natureza infraconstitucional dos temas recorridos, hipótese em que a ausência de manifestação expressa (pronunciamento no prazo de vinte dias) resultaria na inexistência de afetação, viabilizando a negativa de seguimento dos recursos extraordinários sobrestados nos tribunais de origem (art. 1.035, § 8º, do CPC), se alcançada a maioria de dois terços de seus membros (art. 324, §§ 1º e 2º, do RISTF, com redação [§ 1º] dada pela ER n. 31/2009 e [§ 2º] pela ER n. 47/2012).²⁹

Nesse caso, a inadmissibilidade do recurso extraordinário não decorre, a rigor, da inexistência de “repercussão geral”, mas da ausência de *fundamentação constitucional vinculada* do próprio extraordinário. Logo, trata-se de um efeito análogo à “negativa de repercussão geral”, criado pela norma regimental (logo, de juridicidade questionável), para viabilizar extensivamente a aplicação do dispositivo legal: “negada a *repercussão geral*, o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos extraordinários sobrestados na origem que versem sobre matéria idêntica” (art. 1.035, § 8º, do CPC, anteriormente previsto no art. 543-A, § 5º, do CPC/1973). No mesmo sentido, “negada a existência de repercussão geral no recurso extraordinário afetado [recurso repetitivo], serão considerados automaticamente inadmitidos os recursos extraordinários cujo processamento tenha sido sobrestado” (art. 1.039, parágrafo único, do CPC).

²⁹ A exigência de quórum deliberativo de dois terços foi objeto da alteração regimental de 2012 (ER n. 47); a redação anterior do § 2º do art. 324 do RISTF, dada pela ER n. 31/2009, não previa tal exigência, implementada a pretexto de compatibilizar-se com o quórum constitucional.

Trata-se de constatação relevante porque a verificação da existência ou não de “questão constitucional” nas diversas controvérsias tem-se revelado bastante variável e sujeita a diversas vicissitudes, como a qualidade técnico-argumentativa do recurso. Nesse contexto, observe-se que não é possível identificar, na jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal, critérios objetivos suficientemente claros, por exemplo, para definir a denominada arguição de “ofensa reflexa”, inviabilizadora do conhecimento do extraordinário. A casuística tem demonstrado que, em determinadas circunstâncias, a existência de questões infraconstitucionais antecedentes à análise do tema constitucional não inviabiliza o conhecimento do recurso extraordinário; em outras, sim (v.g., quando invocada violação às garantias processuais constitucionais, que impactam, evidentemente, norma legais de processo).

Logo, a identificação de inexistência de “questão constitucional” arguida em determinado caso concreto não deveria autorizar a inadmissão automática dos recursos sobrestados na origem, versados sobre o mesmo tema. A par de inexistir autorização legal para essa negativa (prevista em norma interna do Supremo Tribunal Federal), a hipótese significa vedação de acesso recursal injustificada sob a óptica do contraditório.

Não obstante essas circunstâncias, a operosidade do mecanismo de filtragem recursal foi, agora, “incrementada” por um *plus* na “ferramenta” de quesitação prévia acerca da existência de “questão constitucional” (há/não há), mediante novas disposições regimentais. Pretende-se racionalizar a gestão dos processos, no Supremo Tribunal Federal, por um procedimento plenário diferenciado na análise da existência de repercussão geral. Conforme alteração editada em 1º de julho de 2020, o procedimento deliberativo da repercussão geral foi significativamente modificado pela Emenda Regimental n. 54, objeto da quinta sessão administrativa eletrônica de 2020 (realizada no período de 29 de junho a 1º de julho). A análise da repercussão geral dependerá do prévio reconhecimento – também plenário – da existência de matéria constitucional pela maioria absoluta dos ministros.

Agora, preliminarmente à análise da repercussão geral, o plenário virtual deliberará acerca da existência de matéria constitucional na controvérsia recorrida. Apenas se houver a prévia confirmação do primeiro quesito pela *maioria absoluta* dos ministros, será analisada a repercussão geral da questão. O critério de fixação do quórum passa a ser *positivo* para a “questão preliminar” (reconhecimento da existência de questão

constitucional), embora seja *negativo* em relação à própria repercussão geral, por exigência constitucional (recusa pela manifestação de dois terços dos membros, ou seja, mínimo de oito votos *desfavoráveis*).³⁰

Diversamente da regra regimental anterior, em que a ausência de quórum deliberativo (via manifestação expressa no plenário virtual) implicava o reconhecimento automático da repercussão geral (por ausência de rejeição de dois terços) – salvo se o relator concluísse pela natureza infraconstitucional dos temas recorridos³¹ –, a Emenda Regimental n. 54/2020 estabelece que, caso “não alcançado o quórum necessário para o reconhecimento da natureza infraconstitucional da questão ou da existência, ou não, de repercussão geral, o julgamento será suspenso e automaticamente retomado em sessão em meio eletrônico imediatamente seguinte, com a coleta das manifestações dos ministros ausentes” (art. 324, § 4º, do RISTF).³² Na ausência de votos expressos de todo o plenário, mas atingido o quórum deliberativo, o julgamento será concluído; porém, os ministros que não se manifestarem terão “sua não participação registrada na ata de julgamento” (§ 3º).

Observam-se, no ponto, duas aproximações relevantes. A primeira, em relação ao próprio critério de quórum *positivo* para o reconhecimento da existência de matéria constitucional, restaurando parâmetro utilizado na antecedente arguição de relevância, acolhida pela manifestação de quatro votos favoráveis (art. 328, § 5º, VII, do RISTF, com redação incluída pela ER n. 2/1985). Além de positivo, a exigência numérica é mais expressiva, pois o reconhecimento da natureza constitucional ou não depende de, no mínimo, seis votos (maioria absoluta).

³⁰ Assim intitulado como “quórum prudencial”, por parcela da doutrina, ao considerar que basta uma minoria (v.g., um terço) vislumbrar a “relevância” para que a repercussão do caso seja reconhecida, em razão do grau de subjetivismo (abertura semântica) dos requisitos estabelecidos. Nesse sentido, cf. ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. *Repercussão geral: impressões gerais e perspectivas*. In *Repercussão geral da questão constitucional*. Coords. Luiz Fux *et al.* p. 107-28. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 117.

³¹ Nesse caso, a eficácia vinculativa para autorizar a inadmissão dos recursos extraordinários sobrestados na origem dependeria da maioria de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal (art. 324, § 2º, do RISTF, com redação dada pela ER n. 47/2012).

³² A regra de redação do acórdão do plenário virtual permaneceu inalterada, apenas com reorientação topológica (do § 3º para o § 5º): “no julgamento realizado por meio eletrônico, *se vencido o relator*, redigirá o acórdão o ministro sorteado dentre aqueles que dele divergirem ou não se manifestaram, a quem competirá relatar o caso para o exame do mérito ou de eventuais incidentes processuais” (art. 324, § 5º, do RISTF, com redação dada pela ER n. 54/2020). Igualmente inalterada a regra regimental de prevenção do relator do recurso paradigma quanto os processos relacionados ao mesmo tema (art. 325-A). Essa disposição é de pouca relevância prática, pois, em casos de subida de recursos versados sobre temas afetados, o Supremo Tribunal Federal tem determinado o retorno dos autos à origem, para que aguarde o julgamento do paradigma (art. 1.030, III, do CPC).

A segunda observação comparativa refere-se à adoção de uma sistemática dual, que se identificou no Supremo Tribunal Federal antes da operacionalização do plenário virtual, a partir da Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007 (casos abrangidos entre a Lei n. 11.418/2006 e a alteração da norma regulamentar interna). Na hipótese, dispensava-se a remessa dos autos para a deliberação plenária quando o órgão turmário do Supremo Tribunal Federal, no exame preliminar do extraordinário, reconhecesse a existência de repercussão geral por 4 (quatro) membros, pois, nesse caso, estaria matematicamente afastada a possibilidade de conformação qualificada pela recusa (dois terços).³³

29.2 Repercussão presumida

O reconhecimento da repercussão geral pode ser *presumido*, em razão do critério constitucional de fixação de quórum negativo; apenas se admite a recusa do recurso extraordinário pela manifestação de dois terços dos membros, ou seja, quando haja pelo menos oito votos desfavoráveis. Assim, o procedimento monofásico de deliberação plenária acerca da repercussão geral, instituído por meio eletrônico desde a Emenda Regimental n. 21/2007 (RISTF), estipulava que, na hipótese de inexistência de votos contrários à preliminar, segundo o quórum constitucional de dois terços, seria considerada existente a repercussão geral. Conforme apontado no item anterior, havia uma ressalva importante, quando o voto do relator concluísse pela existência de natureza infraconstitucional dos temas recorridos; nesse caso, os votos ausentes eram computados em adesão à manifestação do relator, viabilizando a negativa de seguimento dos recursos extraordinários sobrestados nos tribunais de origem, se alcançada a maioria de dois terços de seus membros. Relevante recordar que essa exigência de quórum qualificado, para a aplicação do efeito legal de inadmissibilidade dos extraordinários sobrestados, adveio por alteração regimental superveniente (ER n. 47/2012), a pretexto de compatibilizar-se com o quórum constitucional.

³³ Não obstante, em sessão plenária de 18 de junho de 2007, o Supremo Tribunal Federal resolveu, à unanimidade, por exigir a demonstração formal e fundamentada de repercussão geral apenas para recursos extraordinários interpostos contra acórdãos cuja intimação, pelo recorrente, tenha se efetivado a partir de 3 de maio de 2007 (data de publicação da ER n. 21/2007) – STF, Pleno, QO-AI n. 664.567/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 18.6.2007, DJ 6.9.2007.

A lógica jurídica para esse mecanismo de filtragem parece bastante clara: permitir a possibilidade de uma “prevalência natural” do voto do relator sempre que não houvesse divergência expressa (fundamentada), ao contrário da consequência [não prevalência] resultante do quórum constitucional negativo (recusa da repercussão geral). Assim, para que o voto do relator seja prevalecente, apesar da ausência de recusa expressa da repercussão geral pelos demais ministros, o fundamento da “descaracterização” de questões constitucionais (ou “caracterização de questões infraconstitucionais”) permite uma espécie de “adesão automática”, ao entendimento do relator, dos votos não expressos; afinal, para divergir é necessário voto fundamentado.

Há perplexidade, nesse caso, pelo fato de que cabe ao plenário virtual deliberar acerca da repercussão geral das “questões constitucionais”, cuja configuração, portanto, deveria estar previamente reconhecida; afinal, o extraordinário constitui espécie recursal de fundamentação vinculada às hipóteses constitucionais de cabimento (art. 102, III, “a” a “d”, da CF) e a repercussão geral apenas deveria ser analisada pelo Supremo Tribunal Federal quando estivessem atendidos os [antecedentes] pressupostos de admissibilidade. Assim, a rigor, se o relator do recurso entende que o extraordinário não abarca questão constitucional, deveria considerá-lo inadmissível monocraticamente (art. 21, § 1º, do RISTF). Mas essa inadmissão, estando sujeita a agravo interno, seria contraproducente em relação ao gerenciamento dos extraordinários e do acervo de processos de um modo geral, quando considerados os impactos sobre os processos sobrestados na origem.

Ressalvada a observação anterior, além da presunção de repercussão geral decorrente da inexistência de contrariedade à preliminar em quórum suficiente, outro caso presuntivo refere-se à hipótese de desconformidade da decisão recorrida com o entendimento [já] aplicado em julgamento sob regime de repercussão geral³⁴ ou com “súmula ou jurisprudência dominante”, dispensando-se deliberação plenária acerca da preliminar (art. 1.035, § 3º, I, do CPC e art. 323, § 2º, do RISTF).

Caso o recurso impugne “acórdão que tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal”,³⁵ também estará

³⁴ Quando o recurso paradigma estiver ainda pendente de julgamento em regime de repercussão geral, os extraordinários posteriores, que eventualmente cheguem ao Supremo Tribunal Federal, serão reenviados à origem para fins de sobrestamento perante a presidência ou vice-presidência do tribunal recorrido (art. 1.030, III, do CPC).

³⁵ Acerca da regra constitucional (“full bench”), recorde-se, ademais, o Enunciado n. 10 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal: “viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão

aprioristicamente configurada a existência de repercussão geral (art. 1.035, § 3º, III, do CPC). Finalmente, o Código de Processo Civil estabeleceu outra hipótese de presunção de “repercussão geral” para os recursos extraordinários interpostos em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 987, § 1º), conforme será tratado em capítulo futuro.

29.3 Rejeição expressa

O reconhecimento da repercussão geral pode ser presumido, em razão do critério constitucional de fixação de quórum negativo. Desse modo, *a contrario sensu*, a rejeição do recurso por inexistência de repercussão geral depende de manifestação expressa, ou seja, da recusa do extraordinário pela manifestação de dois terços dos membros (mínimo de oito votos contrários à existência do pressuposto de admissibilidade).

O procedimento dual trazido pela Emenda Regimental de 1º de julho de 2020 constitui uma segunda fase das medidas de gerenciamento iniciadas com a ER n. 31/2009, que passou a aplicar um efeito análogo à “negativa de repercussão geral”, para fins de inadmissão dos extraordinários na origem, também quando considerada ausente “questão constitucional”, ou seja, quando a controvérsia detivesse natureza “infraconstitucional”. Agora, essa ferramenta de quesitação prévia foi reforçada, pois “a decisão da maioria absoluta dos ministros no sentido da natureza infraconstitucional da matéria terá os mesmos efeitos da ausência de repercussão geral, autorizando a negativa de seguimento aos recursos extraordinários sobrestados na origem que versem sobre matéria idêntica” (art. 324, § 2º, do RISTF).

Além da alternância do critério (*positivo*), o quórum para a inadmissão do extraordinário é de maioria absoluta dos ministros, ou seja, contrasta com a qualificação de dois terços designada pela Constituição Federal para a recusa da repercussão geral (art. 102, § 3º). E, dentro dos limites inerentes ao requisito constitucional, o Código de Processo Civil associa a negativa de seguimento dos recursos extraordinários sobrestados na origem apenas para a hipótese de *negativa de repercussão geral* (art. 1.035, § 8º). Portanto, a extensão do efeito vinculante empreendida pela disposição regimental, positivando uma

de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

analogia com um dos efeitos típicos da repercussão geral, é contrária à norma processual, a par de também se dissociar do quórum qualificado previsto pela Constituição Federal.

29.4 Deliberação plenária

A Emenda Regimental n. 21, editada em 30 de abril de 2007 pelo Supremo Tribunal Federal, estabeleceu o procedimento deliberativo da repercussão geral por meio eletrônico; a propósito, a partir da publicação desse ato, inaugurou-se a exigência de demonstração formal e fundamentada da preliminar nos recursos extraordinários.

Já no momento de deliberação plenária da análise de repercussão geral, ou seja, antes do julgamento de mérito do caso paradigmático, o relator, de ofício ou a requerimento, em decisão irrecorrível, pode admitir a manifestação de terceiros (subscrita por procurador habilitado) acerca da “questão da repercussão geral” (art. 1.035, § 4º, do CPC e art. 323, § 3º, do RISTF, incluído pela ER n. 42/2010).

O julgamento da preliminar de repercussão geral deve ocorrer sob “ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça”, sincronizando-se informações atualizadas de cadastros próprios dos tribunais (bancos eletrônicos de dados) sobre as questões de direito afetadas a temas de repercussão geral para possibilitar a identificação dos processos respectivamente abrangidos pelas decisões em sede de repercussão geral (art. 979, § 3º, do CPC). Os registros eletrônicos das teses jurídicas constantes dos referidos cadastros conterão, no mínimo, “os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos [constitucionais] a ela relacionados” (§ 2º).³⁶

³⁶ Ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, a Resolução n. 160, de 19 de outubro de 2012, editada pelo Conselho Nacional de Justiça criou o denominado “Núcleo de Repercussão Geral e Recursos Repetitivos no Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleitoral, Superior Tribunal Militar, Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e nos Tribunais Regionais Federais – Nurer”, que passou a integrar de forma permanente a estrutura dessas cortes, cujas atribuições, dentre outras, referem-se ao auxílio na identificação de recursos representativos das controvérsias, o acompanhamento dos recursos paradigmas e a elaboração e encaminhamento trimestral de relatórios ao Supremo Tribunal Federal e ao Conselho Nacional de Justiça, com dados relativos aos processos sobrestados em razão da pendência de julgamento de mérito dos temas tanto de repercussão geral quanto de recursos repetitivos. Com o início da vigência do Código de Processo Civil de 2015, foi editada a Resolução CNJ n. 235, de 13 de julho de 2016, atualizando e ampliando os respectivos procedimentos administrativos para abranger as então novas figuras dos incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência. Tanto a infraestrutura quanto os servidores atuantes nos Núcleos de Repercussão Geral e

A deliberação eletrônica é assíncrona e realizada em ambiente que se convencionou denominar de “plenário virtual”. O prazo de julgamento no plenário virtual é de vinte dias, comuns e contínuos (art. 324 do RISTF). O relator prepara a manifestação prévia e seu voto pelo reconhecimento ou não da repercussão geral, considerando a densidade constitucional (relevância sob as perspectivas jurídica, social, política ou econômica) das questões discutidas e a transcendência dos interesses envolvidos, e submete ao escrutínio do Supremo Tribunal Federal.

A votação é computada em um painel com três quesitos – questão constitucional (há/não há), repercussão geral (há/não há) e reafirmação de jurisprudência (sim/não) –, justificados, principalmente, em razão das circunstâncias de gestão e tramitação processuais já mencionadas.³⁷ A partir da Emenda Regimental n. 54, de 1º de julho de 2020, a deliberação passou a ter caráter dual, em contraste com o exame monofásico anterior, que se destinava exclusivamente ao julgamento da repercussão geral arguida no extraordinário, não obstante o primeiro quesito (existência de “questão constitucional”) fosse relevante para a definição dos votos tácitos: aderentes ao voto do relator, se a controvérsia fosse reputada infraconstitucional, ou não aderentes, computando-se contrariamente à recusa da repercussão geral, em razão do caráter negativo do quórum qualificado previsto na Constituição Federal.

Com a alteração regimental no mecanismo de deliberação plenária, “somente será analisada a repercussão geral da questão se a maioria absoluta dos ministros reconhecerem a existência de matéria constitucional” (art. 324, § 1º, do RISTF). Portanto, a disposição visa ao exame plenário (virtual) de um requisito antecedente à própria admissibilidade recursal sob o reconhecimento da repercussão geral, embora o Regimento Interno autorize “os mesmos efeitos”, com a consequente “negativa de seguimento aos recursos extraordinários sobrestados na origem que versem sobre matéria idêntica” (§ 2º). Conforme mencionado anteriormente, esse procedimento constitui mecanismo de filtragem

Recursos Repetitivos (Nurer) foram aproveitados em uma nova unidade permanente, vinculada à presidência ou vice-presidência do respectivo tribunal, criada pela Resolução CNJ n. 235 (art. 6º), sob a denominação “Núcleo de Gerenciamento de Precedentes” (Nugep), que tem o escopo geral de monitorar e gerenciar processos submetidos ao regime de repercussão geral, à sistemática de casos repetitivos e ao incidente de assunção de competência (art. 7º). Editada em 25 de junho de 2019, a Resolução CNJ n. 286 alterou algumas disposições, para a “melhoria do banco nacional de demandas repetitivas e precedentes obrigatórios”.

³⁷ Assim, por exemplo, na hipótese de tema de repercussão geral que vise à reafirmação de jurisprudência dominante, o julgamento de mérito do respectivo recurso extraordinário pode ocorrer por meio eletrônico (art. 323-A do RISTF, com redação dada pela ER n. 42/2010).

recursal, pois viabiliza a *prevalência do voto do relator*³⁸ mediante manifestação tácita ou por simples adesão (já que para divergir seria necessário voto fundamentado) dos demais ministros em plenário virtual.

Na hipótese de não se alcançar “o quórum necessário para o reconhecimento da natureza infraconstitucional da questão ou da existência, ou não, de repercussão geral, o julgamento será suspenso e automaticamente retomado em sessão em meio eletrônico imediatamente seguinte, com a coleta das manifestações dos ministros ausentes” (art. 324, § 4º, do RISTF). Na ausência de votos expressos de todo o plenário, mas atingido o quórum deliberativo, o julgamento será concluído; porém, os ministros que não se manifestarem terão “sua não participação registrada na ata de julgamento” (§ 3º).

29.5 Efeitos imediatos e prospectivos

A partir da inclusão de determinado tema na pauta virtual, para a deliberação plenária acerca da existência ou não de repercussão geral, as informações são processadas eletronicamente e passam a integrar o “banco nacional de dados com informações da repercussão geral, dos casos repetitivos e dos incidentes de assunção de competência”.³⁹ A integração eletrônica das informações processadas pelos “Núcleos de Gerenciamento de Precedentes – Nugep” dos tribunais (anteriormente, o “Nurer”)⁴⁰ viabiliza o sobrestamento

³⁸ É consabida a importância do voto do relator na tomada de decisão colegiada, embora sua principal função seja “informativa e condutora da marcha processual [...] incumbindo, a ele, a distribuição dessas informações aos demais ministros que integrarão o colégio decisório” – MEDINA, Damares. *A seletividade do relator no exame da repercussão geral no Supremo Tribunal Federal*. In *Teorias da decisão e realismo jurídico* [Recurso eletrônico on-line]. p. 100-14. Coords. Eloy P. Lemos Junior, Jerônimo Siqueira Tybusch e Lorena de Melo Freitas. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 108-9.

³⁹ “Art. 5º. Fica criado, no âmbito do CNJ, banco nacional de dados com informações da repercussão geral, dos casos repetitivos e dos incidentes de assunção de competência do Supremo Tribunal Federal (STF), do STJ, do TST, do TSE, do STM, dos Tribunais Regionais Federais [TRFs], dos Tribunais Regionais do Trabalho [TRTs] e dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal. § 1º O banco nacional de dados será alimentado continuamente pelos tribunais, com a padronização e as informações previstas nos Anexos I a V desta Resolução. § 2º O CNJ disponibilizará as informações para toda a comunidade jurídica, separando em painéis específicos os dados relativos à repercussão geral, aos recursos repetitivos, ao incidente de resolução de demandas repetitivas e ao incidente de assunção de competência admitidos e julgados pelos tribunais. [...]” (Resolução CNJ n. 235/2016).

⁴⁰ “Art. 6º. O STJ, o TST, o TSE, o STM, os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais Regionais do Trabalho devem organizar, como unidade permanente, o Núcleo de Gerenciamento de Precedentes (Nugep) no âmbito de suas estruturas administrativas com as atribuições previstas no art. 7º. [...] § 2º Para a organização do Nugep, os tribunais deverão aproveitar os servidores e a estrutura administrativa dos Núcleos de Repercussão Geral e Recursos Repetitivos (Nurer), que atuem diretamente com a gestão da repercussão geral e dos recursos repetitivos. § 3º

na origem, desde a enumeração de determinado tema para o exame plenário da repercussão geral, dos recursos extraordinários versados sobre questões de direito idênticas àquelas apresentadas no recurso paradigma. Dentre as atribuições de cada Nugep, compete à unidade judiciária uniformizar “o gerenciamento dos procedimentos administrativos da aplicação da repercussão geral” e “manter, disponibilizar e alimentar o banco [nacional] de dados [do CNJ], com informações atualizadas sobre os processos sobrestados no estado ou na região, conforme o caso” (art. 7º, II, VII, da Resolução CNJ n. 235/2016).

Constitui efeito imediato do reconhecimento da repercussão geral a possibilidade de “trancamento” dos recursos extraordinários que versem sobre a mesma questão jurídica afetada (tema), ou o respectivo retorno à origem, no caso de devolução de autos já remetidos ao Supremo Tribunal Federal. Os processos são sobrestados pelo presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido até o julgamento de mérito do recurso paradigmático, o que deveria ocorrer, em tese, “no prazo de 1 (um) ano”, com “preferência sobre os demais feitos” (art. 1.035, § 9º, do CPC).⁴¹

A relatoria do recurso paradigma competirá ao ministro originariamente designado ou, caso vencido o relator na análise da repercussão geral, ao ministro sorteado dentre os prolores dos votos divergentes ou que não se manifestaram, que também receberá, por prevenção, os processos relacionados ao mesmo tema, tanto em distribuição inicial quanto em redistribuição (arts. 324, § 5º, e 325-A do RISTF).

Há uma previsão legal digna de nota no sistema da repercussão geral. A literalidade da norma, cuja interpretação tem sido assim chancelada pela jurisprudência, permite concluir que apenas a intempestividade constitui pressuposto recursal (extrínseco) cujo desatendimento é suficientemente grave para impedir a suspensão processual: “o interessado pode requerer, ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal de origem, que exclua da decisão de sobrestamento e inadmita o recurso extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente, tendo o recorrente o prazo de 5 (cinco) dias para manifestar-

O Nugep será vinculado à Presidência ou à Vice-Presidência do tribunal e será supervisionado por uma Comissão Gestora composta por Ministros ou Desembargadores, conforme o caso, representativa de Seção ou Grupo de Câmaras ou congêneres, de acordo com o regimento interno de cada tribunal, por matéria de competência” (Resolução CNJ n. 235/2016).

⁴¹ Em razão da revogação do § 10 do art. 1.035 do Código de Processo Civil (previa a cessação automática do sobrestamento após um ano) pela Lei n. 13.256/2016, o Supremo Tribunal Federal tem considerado como prazo “impróprio”, pois “a realidade presente demonstrou a impossibilidade de concretização da dinâmica pretendida ante a enorme quantidade de processos que pendem de análise [...] inviabilizando o seu julgamento no prazo fixado” – STF, Pleno, RE n. 860.631/SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. 2.8.2019, DJe 21.8.2019.

se sobre esse requerimento” (art. 1.035, § 6º, do CPC). Caso indeferido o requerimento de exclusão de sobrestamento, a decisão está sujeita a agravo interno (§ 7º).

Desse modo, o *juízo de conformação* estaria sobreposto ao *juízo de admissibilidade* (art. 1.030, II, III e V, do CPC), sendo-lhe prejudicial apenas a extemporaneidade recursal, priorizando-se a interpretação jurídica uniformizada[dora] dos tribunais superiores em sua alçada constitucional de competência.⁴² Portanto, o extraordinário, à luz dessa sistemática, dota-se de um novo efeito recursal, mesclando características dos tradicionalmente denominados efeitos “diferido”, “obstativo” e “regressivo”; como proposta terminológica, há um “efeito conformativo”.⁴³ Pelo *efeito conformativo*, a interposição recursal [tempestiva] de natureza extraordinária viabiliza *per se* a adequação do entendimento recorrido à orientação já firmada ou passível de afirmação em sede de repercussão geral (efeito também aplicável aos recursos de natureza extraordinária em casos repetitivos).

Além dessa medida, o “requerimento de distinção de casos” também constitui expediente hábil para afastar o sobrestamento processual, hipótese em que o interessado deverá diferenciar os temas versados no recurso sobrestado daqueles afetados ao regime de repercussão geral (art. 1.037, § 9º, do CPC). Na hipótese específica de sobrestamento em fase de extraordinário, o requerimento será apreciado pelo relator do acórdão recorrido, após a oitiva da parte contrária no prazo de cinco dias, em decisão suscetível de agravo interno, que porta inclusive o denominado efeito regressivo (art. 1.021, § 2º).⁴⁴

⁴² Nesse sentido, a redação do art. 328-A do RISTF, incluído pela ER n. 23/2008 sob a vigência do Código de Processo Civil anterior, estabelece que “o tribunal de origem não emitirá juízo de admissibilidade sobre os recursos extraordinários já sobrestados, nem sobre os que venham a ser interpostos, até que o Supremo Tribunal Federal decida” o caso paradigmático.

⁴³ Adota-se, por empréstimo, expressão consagrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo português, para designar uma espécie de consequência “inibitória”, sob a alcunha de “efeito conformativo, que exclui a possibilidade de edição de atos do Poder Público que reproduzam vícios individualizados e designados como antijurídicos em entendimento anterior da Corte. Conforme esse efeito, a Administração Pública deve reconstituir a situação juridicamente ideal, que seria antecedente ao reconhecimento da antijuridicidade, ou seja, caso o Poder Público praticasse o ato sem o vício afastado pelo tribunal administrativo.

⁴⁴ Tanto o acolhimento quanto o desacolhimento do requerimento comportam agravo interno, nos termos do art. 1.037, § 13, do CPC. Logo, trata-se de previsão contrastante com o requerimento de exclusão do sobrestamento em razão de intempestividade, cuja decisão apenas comporta agravo interno na hipótese de indeferimento (art. 1.035, § 6º), ou seja, quando o presidente ou vice-presidente do tribunal de origem decida pela manutenção da suspensão processual do recurso arguido como intempestivo. Interpretando as normas processuais em tela, o Superior Tribunal de Justiça tem firmado entendimento de que a determinação de sobrestamento dos recursos de natureza extraordinária não comporta agravo interno para tratar da distinção de casos, pois o Código de Processo Civil, estabelece que apenas a decisão que aprecia o requerimento de distinção será agravável (art. 1.037, § 3º).

Caso reconhecida a distinção de casos, a decisão será comunicada ao presidente ou vice-presidente que houver determinado o sobrestamento, para que o recurso extraordinário seja submetido a juízo originário de admissibilidade (art. 1.037, §§ 9º a 13, do CPC).⁴⁵ Portanto, no caso de reconhecimento do *distinguishing*, a decisão é vinculativa para o presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido.

Na hipótese de o próprio Supremo Tribunal Federal determinar a devolução dos autos ao tribunal recorrido para a fixação de tese jurídica firmada sob repercussão geral ou para o aguardo do julgamento de mérito do paradigma, tem-se considerado irrecorrível a determinação de retorno à origem, sob a justificativa de inexistência de conteúdo “decisório” propriamente dito, passível de recurso imediato, à luz da sistemática do art. 1.037 do Código de Processo Civil. Assim, considera-se que a parte interessada deve suscitar a distinção de casos no tribunal de origem, não competindo ao Supremo Tribunal Federal adentrar aprioristicamente o exame do juízo de conformação. A conclusão pela inexistência de conteúdo decisório na determinação de devolução dos autos – não apreciado o requerimento de distinção de casos diretamente pelo próprio Supremo Tribunal Federal – apoia-se, ademais, na ausência de “vinculação absoluta do entendimento do juízo de origem à aplicação do tema indicado” em sede de repercussão geral.⁴⁶ Não obstante, casuisticamente, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a possibilidade de revogação da decisão (ou “despacho”) de devolução dos autos, em certas situações que comportem embargos de declaração (quando haja algum vício de expressão decisório) ou por simples petição do interessado, “para evitar-se desnecessária devolução do processo ao tribunal de origem”.⁴⁷

⁴⁵ O art. 1.037, § 12, II, faz remissão ao art. 1.030, em sua redação original; previa-se apenas um parágrafo único que eliminava o primeiro juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, situação que fora alterada ainda na *vacatio legis*, pela Lei n. 13.256/2016; obviamente, a alteração legislativa foi omissa quanto à atualização do texto, mas é evidente, que, restituída a técnica de duplo juízo prelibatório, a remissão substitutiva reporta-se atualmente ao inciso V do art. 1.030 do Código de Processo Civil.

⁴⁶ Assim, *v.g.*, “constata-se que a negativa parcial de seguimento do extraordinário, com remessa dos autos ao Tribunal de origem para adequação ao disposto no artigo 1.036 do Código de Processo Civil, não detém conteúdo decisório. É firme a orientação desta Corte no sentido de que não cabe recurso contra ato de mero expediente, como no caso em exame. A conclusão é reforçada pela ausência de vinculação absoluta do juízo de origem à aplicação do tema indicado” – STF, RE n. 1.121.319-ED-AgR/RS, Rel. Min. Edson Fachin, j. 31.7.2019, DJe 2.8.2019, decisão monocrática do relator.

⁴⁷ Nesse sentido, por todos: “a decisão pela qual se devolve o recurso à origem para aplicação da sistemática da repercussão geral é irrecorrível. Recebo, pois, os embargos opostos como simples petição. A petionária suscita distinção entre as questões trazidas nos autos e aquela objeto do Tema 827, havendo plausibilidade jurídica na argumentação apresentada a impor o prosseguimento da tramitação do feito neste Supremo Tribunal para evitar-se desnecessária devolução do processo ao Tribunal de origem. Pelo exposto, torno sem efeito o despacho de devolução dos autos à origem e determino à Secretaria Judiciária a distribuição deste

Trata-se de lógica que consiste em designar o sistema da repercussão geral (e na sistemática de julgamento de recursos repetitivos em geral) como *filtragem de larga escala* dos processos, imputando aos tribunais recorridos a atribuição prevalente de tornar efetivo o juízo de conformação dos recursos extraordinários, sob a premissa de que as cortes originárias poderiam ater-se, inclusive, a um confronto mais adequado para o *distinguishing*, em razão da profundidade e das características da análise recursal ordinária, se for o caso, como o exame de elementos da demanda cujo cotejo, em sede de extraordinário, poderia ser menos efetivo.

A compatibilidade constitucional dessa sistemática de gerenciamento de processos por intermédio da repercussão geral depende, contudo, da higidez da via de reclamação; ainda que não constitua sucedâneo recursal, tem de ser admitida quando, exaurida a instância ordinária, haja equívoco no tribunal de origem acerca da aplicação do tema de repercussão geral, como remédio autônomo constitucionalmente previsto para, no caso, garantir a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, “I”, da CF; art. 988, II, § 5º, II, do CPC). Afinal, se apenas a divergência entre a decisão do presidente (ou vice-presidente) do tribunal e o entendimento colegiado recorrido garante a continuidade do exame de admissibilidade originário, ante a refutação do “juízo de retratação” (art. 1.030, V, “c”, do CPC) – passível de posterior subida por agravo em recurso extraordinário (arts. 1.030, § 1º, 1.042) –, a reclamação deve ser admitida nos casos em que haja rejeição do agravo interno interposto na hipótese do art. 1.030, § 2º, do Código de Processo Civil.⁴⁸

Por outro lado, caso a parte interessada argua o *distinguishing* para que o recurso extraordinário fique sobrestado no tribunal de origem, em relação a tema de repercussão geral ainda não apreciado, observe-se que o Código de Processo Civil prevê requerimento

processo na forma regimental” – STF, ARE n. 1.094.255-ED/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 19.1.2018, DJe 1º.2.2018, decisão monocrática da relatora.

⁴⁸ Nesse sentido, “após a vigência do art. 988, do CPC/2015, passou a ser admitida a reclamação para garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de recurso especial repetitivo após o esgotamento das instâncias ordinárias com o julgamento pelo Órgão Especial da Corte de Origem do agravo interno previsto no art. 1.030, § 2º, do CPC/2015, interposto da decisão que inadmitiu o recurso especial por considerar o acórdão recorrido em conformidade com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos. Precedentes do STF em casos análogos” – STJ, Primeira Seção, Rcl n. 32.391/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 13.12.2017, DJe 18.12.2017. Esse entendimento foi revisto pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça para considerar que, após a promulgação do CPC, houve “a supressão do cabimento da reclamação para a observância de acórdão proferido em recursos especial e extraordinário repetitivos, em que pese a mesma Lei 13.256/2016, paradoxalmente, tenha acrescentado um pressuposto de admissibilidade – consistente no esgotamento das instâncias ordinárias – à hipótese que acabara de excluir” – STJ, Corte Especial, Rcl n. 36.476/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 5.2.2020, DJe 6.3.2020; excerto da ementa.

específico apenas para “afastar”, mas não para efetivar o sobrestamento (art. 1.035, § 6º). Assim, se o presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido não suspender o feito, a afetação temática que prejudique o seguimento imediato do extraordinário deverá ser suscitada em agravo, eventualmente interposto para destrancar do extraordinário (art. 1.042).⁴⁹ Na sequência, caso o Supremo Tribunal Federal reconheça a vinculação de temas arguida na irresignação recursal (agravo), e não repute mais conveniente o sobrestamento em seu próprio âmbito, determinará a devolução dos autos ao tribunal de origem para o aguardo do julgamento de mérito do paradigma.

Um último aspecto relativo aos efeitos do reconhecimento da repercussão geral corresponde à denominada “suspensão nacional” dos processos, ou seja, à possibilidade de o relator no Supremo Tribunal Federal, em razão da repetitividade da controvérsia e de outros aspectos considerados relevantes, determinar “a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão [do tema de repercussão geral] e tramitem no território nacional” (arts. 1.035, § 5º, 1.037, II, do CPC).

A suspensão nacional dos processos, portanto, deve ser aferida discricionária e casuisticamente pelo relator, quando identificado que o sobrestamento geral constitui medida adequada e necessária – logo, proporcional⁵⁰ – para a preservação da segurança

⁴⁹ A mesma constatação aplica-se aos recursos especiais, com recursos representativos de controvérsia ainda não apreciados. Assim, “para o caso de repetitivos ainda não julgados e com ordem de sobrestamento dos demais feitos que versem sobre a mesma questão, o novo Código de Processo Civil prevê expressamente apenas requerimentos e recursos com o objetivo de caracterizar a distinção (*distinguishing*) para afastar o sobrestamento (ver art. 1.030, § 2º; art. 1.035, §§ 6º e 7º; art. 1.036, §§ 2º e 3º; art. 1.037, §§ 9º a 13º, do CPC/2015). Não há previsão específica para os casos onde a parte deseja justamente a equiparação ao repetitivo com o objetivo de aplicar o sobrestamento e paralisar o feito. Para essa segunda situação (equiparação para sobrestamento), resta a regra geral de procedimento onde a parte que teve o seu recurso especial inadmitido pela Presidência (no caso, o Órgão especial), por força do art. 1.030, V, e § 1º, do CPC/2015, deverá ingressar com o agravo em recurso especial, nos termos do art. 1.042, do CPC/2015, veiculando na petição, além dos argumentos próprios do agravo em recurso especial e do recurso especial, o argumento de equiparação a repetitivo pendente que será analisado pelo Superior Tribunal de Justiça, podendo até ser requerido o efeito suspensivo ao recurso, caso cumpridos os requisitos próprios. Dito de outra forma, se há recurso cabível em tese para se pedir a equiparação ao repetitivo (agravo em recurso especial do art. 1.042, do CPC/2015), não pode ser o caso de reclamação constitucional” – STJ, Primeira Seção, Rcl n. 32.391/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 13.12.2017, DJe 18.12.2017.

⁵⁰ Circunstância que deve ser perscrutada, especialmente, com fulcro no art. 1.030, III, do Código de Processo Civil, que se traduz em garantia de tratamento isonômico ao prever um juízo de conformação de largo espectro, determinando-se o sobrestamento indiscriminado (exceto na hipótese de intempestividade) dos recursos que versem sobre matéria afetada às cortes superiores. Nesse sentido, “a previsão normativa constante do artigo 1.030, III, do novo codex processual civil é suficiente para resguardar o direito material das partes, sem prejuízo de ordem processual, porquanto viabiliza, ao lado da aplicação da tese a ser firmada por esta Corte, a efetividade dos princípios do acesso à justiça, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da razoável duração do processo” – STF, Pleno, RE n. 860.631/SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. 2.8.2019, DJe 21.8.2019.

jurídica e como modo de garantia de tratamento isonômico na solução da controvérsia, conforme a situação particular de cada tema pendente de exame pelo Supremo Tribunal Federal.⁵¹ Assim, não se trata de um efeito *ope legis* incidente sobre os processos que versem sobre a mesma controvérsia do paradigma, com recursos extraordinários que viabilizem o juízo de conformação, mas de uma determinação *ope judicis* para que todos os processos sejam sobrestados em território nacional, independentemente de sua fase de tramitação. Nesse caso, a competência e a recorribilidade quanto à apreciação do *distinguishing* dependerá, evidentemente, da instância de tramitação do feito (art. 1.037, §§ 9º a 13).

Durante o período de *vacatio legis* do Código de Processo Civil, a Lei n. 13.256/2016 revogou o dispositivo que estabelecia a cessação automática do sobrestamento processual, caso os recursos afetados não fossem julgados no prazo de um ano (art. 1.037, §§ 4º e 5º). Embora o prazo para julgamento continue estabelecido, o Supremo Tribunal Federal considera-o “impróprio”, a exemplo da interpretação conferida ao âmbito de incidência do prazo correlato estipulado no Estatuto Processual (art. 1.035, § 9º).⁵² Por esse motivo, o número de casos de repercussão geral sob “suspensão nacional” é relativamente pequeno, quando cotejado com o quantitativo de temas afetados.

30 Negativa de repercussão geral e sua vinculatividade

O julgamento do tema de repercussão geral franqueia a observância do respectivo entendimento nos processos com recursos extraordinários sobrestados. A norma processual estabelece mecanismos que operacionalizam essa vinculatividade, concentrando-a no âmbito de competência dos tribunais de origem. Desse modo, apenas excepcionalmente o juízo de conformação será efetivado diretamente pelo Supremo Tribunal Federal.

Contudo, esse efeito não é produzido apenas pelo julgamento de mérito da repercussão geral. A negativa de repercussão geral também produz efeitos vinculativos, autorizando a inadmissão de recursos extraordinários interpostos para tratar da mesma

⁵¹ “A suspensão de processamento prevista no § 5º do art. 1.035 do CPC não é consequência automática e necessária do reconhecimento da repercussão geral realizada com fulcro no caput do mesmo dispositivo, sendo da discricionariedade do relator do recurso extraordinário paradigma determiná-la ou modulá-la” – STF, Pleno, RE n. 966.177 RG-QO, Rel. Min. Luiz Fux, j. 7.6.2017, DJe 31.1.2019.

⁵² Cf. STF, Pleno, RE n. 860.631/SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. 2.8.2019, DJe 21.8.2019.

questão jurídica, quando o Supremo Tribunal Federal já tenha anteriormente considerado que o tema não é relevante, sob as premissas legais (art. 1.035, § 1º, do CPC).

Aspecto importante, nesse ponto, refere-se à problemática inerente ao quórum qualificado constitucional (dois terços) necessário para a *recusa* da repercussão geral (art. 102, § 3º). É possível, como já afirmado, que o reconhecimento da repercussão geral seja presumido, em razão de ser negativo o critério constitucional de fixação do quórum. Logo, a rigor, a negativa de repercussão geral para fins de trancamento recursal nos tribunais de origem deveria resultar dessa recusa expressa, dentro das exigências qualificadamente trazidas pela Constituição Federal, que estatui um quórum “prudencial”.

Porém, o Supremo Tribunal Federal, em suas normas regimentais, tem engendrado outros expedientes de filtragem com quórum deliberativo diverso e mediante pressupostos também contrastantes com a hipótese legal (inadmissão dos extraordinários na origem apenas quando haja a *negativa de repercussão geral*: art. 1.035, § 8º, do CPC).

Como modos de compatibilização jurídica desses “subfiltros”, houve duas fases de alterações regimentais. A primeira, com a Emenda Regimental n. 31/2009, que passou a aplicar um efeito análogo à “negativa de repercussão geral”, para fins de inadmissão dos extraordinários na origem, também quando considerada ausente “questão constitucional”, ou seja, quando a controvérsia detivesse natureza “infraconstitucional” (art. 324, § 2º, do RISTF). A alteração subsequente prevista na ER n. 47/2012, que passou a exigir quórum qualificado (dois terços), sobreveio, aliás, como tentativa de compatibilização com a exigência constitucional (art. 102, § 3º). Nesse caso, a inadmissibilidade do recurso extraordinário não decorre, a rigor, da inexistência de “repercussão geral”, mas da ausência de *fundamentação constitucional vinculada* do próprio extraordinário. Logo, há um efeito análogo à “negativa de repercussão geral” para viabilizar extensivamente a aplicação do trancamento de recursos na origem (art. 1.035, § 8º, do CPC, anteriormente previsto no art. 543-A, § 5º, do CPC/1973).

A etapa seguinte, e atual, corresponde à edição da Emenda Regimental n. 54/2020, que criou um procedimento dual, mediante o reforço da ferramenta de quesitação prévia – preliminar ao exame *per se* da repercussão geral – relativa à natureza “constitucional” ou “infraconstitucional” da controvérsia. Agora, “a decisão da maioria absoluta dos ministros no sentido da natureza infraconstitucional da matéria terá os mesmos efeitos da ausência de

repercussão geral, autorizando a negativa de seguimento aos recursos extraordinários sobrestados na origem que versem sobre matéria idêntica” (art. 324, § 2º, do RISTF).

As críticas a esse procedimento já foram anteriormente tecidas, e seria despidendo reproduzi-las.

Porém, cabe avançar, no ponto, sobre o conjunto de alterações empreendidas pela nova redação do art. 326 (incluídos os §§ 1º a 4º) do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Como já observado, a deliberação plenária de negativa da repercussão geral é irrecorrível. Agora, a repercussão geral também poderá ser rejeitada *monocraticamente* (pelo relator), hipótese em que a respectiva decisão terá eficácia restrita ao caso concreto, não constituindo óbice à subida de novos recursos extraordinários que tratem da mesma questão.

Não obstante a definição plenária de negativa da repercussão geral seja irrecorrível (art. 1.035 do CPC), a decisão monocrática prolatada com fulcro no art. 326, § 1º, do RISTF está sujeita a “recurso” (agravo interno). Interposto o recurso, “a decisão do relator de restringir a eficácia da ausência de repercussão geral ao caso concreto deverá ser confirmada por *dois terços* dos ministros para prevalecer” (§ 2º). Essa deliberação, embora qualificada por dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal, *confirma a decisão* do relator, prevalecendo, portanto, a inexistência de vinculatividade. O mecanismo visa a ratificar a negativa de repercussão geral inicialmente constatada pelo relator, respeitando-se o quórum qualificado previsto na Constituição Federal. No entanto, pelo caráter “*sui generis*” da negativa “individualizada” de repercussão geral, não se restringem futuros recursos com base nesse entendimento, ainda que “ratificado”.

Desse modo, na hipótese de não se confirmar colegiadamente a limitação aplicada pelo relator, dentro do quórum qualificado (dois terços), a análise inicialmente “particular” da repercussão geral do tema invocado no extraordinário converte-se *a priori* no regime deliberativo padrão, por intermédio do plenário virtual, com a prévia redistribuição do feito para novo relator (art. 326, § 3º, do RISTF), designado segundo as regras regimentais,⁵³ que “prosseguirá no exame de admissibilidade do recurso, na forma dos arts. 323 e 324” regimentais. Portanto, caso o novo relator considere o extraordinário inadmissível por

⁵³ “No julgamento realizado por meio eletrônico, *se vencido o relator*, redigirá o acórdão o ministro sorteado dentre aqueles que dele divergirem ou não se manifestaram, a quem competirá relatar o caso para o exame do mérito ou de eventuais incidentes processuais” (art. 324, § 5º, do RISTF, com redação dada pela ER n. 54/2020).

alguma preliminar, poderá inadmitir o recurso “por outra razão” (art. 323), não sendo a inclusão em plenário virtual um desdobramento obrigatório ou necessário da hipótese anterior (art. 326, § 2º).

Por fim, outra representativa inovação, também em 2020 (ER n. 54), refere-se à possibilidade de o relator propor, igualmente por meio eletrônico, uma espécie de “retratação” plenária acerca de temas de repercussão geral, nas hipóteses em que não tenha ocorrido o julgamento de mérito (art. 323-B do RISTF).

31 Julgamento do recurso afetado

O julgamento da preliminar de repercussão geral por meio eletrônico foi inicialmente instituído pela Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007. A partir da alteração regimental trazida pela ER n. 42, de 2 de dezembro de 2010, o meio eletrônico foi autorizado também para os julgamentos de mérito de questões com repercussão geral, desde que se trate de “reafirmação de jurisprudência dominante” do Supremo Tribunal Federal (art. 323-A do RISTF). Anteriormente, cabia ao relator estabelecer as hipóteses de reafirmação jurisprudencial. No entanto, com a vigência da Emenda n. 54/2020, “quando o relator não propuser a reafirmação de jurisprudência dominante, outro ministro poderá fazê-lo, mediante manifestação devidamente fundamentada” (art. 323-A, parágrafo único).

Apesar da possibilidade de o julgamento de mérito dos recursos afetados ao regime de repercussão geral ocorrer por meio eletrônico, nos casos de reafirmação da jurisprudência, as hipóteses tanto de julgamento remoto quanto presencial devem, evidentemente, resguardar as garantias processuais. Assim, por exemplo, a ampla publicidade dos temas afetados ao regime de repercussão geral, o que tem ocorrido por intermédio do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, constitui um dos elementos de compatibilização constitucional do procedimento.⁵⁴

⁵⁴ Observe-se, com propósito comparativo, a relevância atribuída à publicidade no sistema de precedente norte-americano: “a publicação de decisões precisa ser acurada, pronta e facilmente utilizável. As publicações precisam incluir um registro suficiente da decisão da Corte para permitir que o leitor entenda os fatos que são relevantes para as decisões da Corte e as regras de direito aplicadas aos fatos. Um registro acurado e adequado permitirá que os estudiosos das decisões determinem que precedentes estão estabelecidos e como tais precedentes deveriam ser aplicados em casos análogos no futuro. O precedente vinculante é de boa utilidade para a cultura jurídica dos Estados Unidos, tornando o direito de casos uniforme e previsível na maioria das vezes, sem inibir a evolução. Assim sendo, o método de ensino jurídico e sistema de apoio

Um dos problemas relativos ao denominado plenário eletrônico é seu caráter assíncrono. Em uma das críticas internas mais abalizadas, no Supremo Tribunal Federal, já se registrou que o procedimento eletrônico aplicado também ao julgamento de mérito seria “contrário à organicidade do Direito”, pois estenderia “ao julgamento de fundo do extraordinário essa ‘ficção jurídica da colegiatura’, ou seja, o denominado Plenário Virtual, em que não se reúnem os integrantes do Tribunal para a troca de ideias, em sadia complementação”.⁵⁵

É consabida a importância do voto do relator na tomada de decisão colegiada, embora sua principal função seja “informativa e condutora da marcha processual [...] incumbindo, a ele, a distribuição dessas informações aos demais ministros que integrarão o colégio decisório”.⁵⁶ No Supremo Tribunal Federal, dados empíricos apontam que “o voto do relator formou maioria em 96% [noventa e seis por cento] das vezes em que a repercussão geral foi julgada, tanto no plenário virtual quanto no plenário presencial, especialmente quando reconhece a existência da preliminar”, revelando altos índices de adesão à opinião prévia do relator.⁵⁷

Contudo, “há pouca troca de argumentos em plenário virtual. Poucos são os ministros que decidem oferecer novos argumentos para definir a questão constitucional discutida e a existência de repercussão geral”.⁵⁸ Em outras palavras, “o mecanismo do plenário virtual não favorece a troca de argumentos, havendo, na maior parte das vezes, adesão ao raciocínio colocado pelo relator”.⁵⁹ Por outro lado, “há indício[s] de que o tema do recurso [extraordinário] é um fator de impacto na declaração da existência de

necessários para o uso eficaz do precedente jurídico nos Estados Unidos são, na opinião do autor, justificados pela estabilidade e previsibilidade das decisões judiciais que a doutrina do precedente vinculante torna possível” – COLE, Charles D. *Stare decisis na cultura jurídica dos Estados Unidos. O sistema de precedente vinculante do common law*. Trad. Maria Cristina Zucchi. In Revista dos Tribunais. ano 87, v. 752, p. 11-21. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 21.

⁵⁵ Trata-se de excerto da manifestação do Min. Marco Aurélio, em voto-divergente, no julgamento do RE n. 596.542-RG/DF, Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 16.6.2011, DJe 16.9.2011.

⁵⁶ MEDINA, Damascos. *A seletividade do relator no exame da repercussão geral...* p. 108.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 109.

⁵⁸ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. SECRETARIA DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS – SAL/MJ (BRASIL). *Repercussão geral e o sistema brasileiro de precedentes: versão simplificada*. Pesquisa realizada pela Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP) para o Projeto Pensando o Direito. p. 6-59. Brasília: SAL/MJ, 2010, p. 17.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 17.

repercussão geral, já que a variação entre os recursos com e sem repercussão geral nos grupos de incidência de cada matéria é notável”.⁶⁰

À luz dessas considerações, o incremento de maior dialeticidade no debate acerca da preliminar de repercussão geral (v.g., com o enfrentamento efetivo das considerações do recorrido quanto à não-transcendência da questão constitucional) poderia contribuir para restaurar a finalidade original do instituto, à luz do pressuposto engendrado pelo constituinte derivado (EC n. 45/2004).

É necessário que, consoante o contraditório, o procedimento eletrônico fomente a dialética processual segundo as particularidades tecnológicas. O debate síncrono entre os ministros constitui um dos aspectos primordiais do julgamento presencial; o plenário virtual, operando como sucedâneo instrumental inclusive para julgamentos de mérito de recursos extraordinários (no caso de reafirmação da jurisprudência), deve incrementar ferramentas que permitam uma efetiva confirmação do caráter colegiado.

31.1 Participação plurissubjetiva

A participação plurissubjetiva simultânea é possível em deliberações presenciais, por exemplo, mediante a sustentação oral de terceiros admitidos como *amici curiae*. No plenário virtual, cujo procedimento se aplica tanto à análise da repercussão geral quanto ao próprio julgamento de mérito do extraordinário, no caso de reafirmação da jurisprudência – hipótese agora fomentada pela ER n. 54/2020 (art. 323-A, parágrafo único) –, devem ser também garantidas ferramentas próprias, viabilizadas pelos recursos tecnológicos, sob pena de impossibilitar a ampla discussão do tema constitucional.⁶¹

A partir da inclusão de determinado tema na pauta virtual, para a deliberação plenária acerca da existência ou não de repercussão geral, as informações são processadas eletronicamente e passam a integrar o “banco nacional de dados com informações da repercussão geral, dos casos repetitivos e dos incidentes de assunção de competência”

⁶⁰ Ibidem, p. 20.

⁶¹ Nesse sentido, cf. MEYER, Emilio Peluso Neder. *Repercussão geral e separação de poderes: uma perspectiva procedimentalmente adequada do instituto ante a relação entre legislativo e judiciário no estado democrático de direito*. In *Repercussão geral da questão constitucional*. p. 223-57. Coords. Luiz Fux *et al.* Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 230-1.

(Resolução CNJ n. 235/2016), além de comporem o painel de temas disponibilizado no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

Já no momento de deliberação plenária da análise de repercussão geral, ou seja, antes do julgamento de mérito do caso paradigmático, o relator, de ofício ou a requerimento, em decisão irrecorrível, pode admitir a manifestação de terceiros (subscrita por procurador habilitado) acerca da “questão da repercussão geral” (art. 1.035, § 4º, do CPC e art. 323, § 3º, do RISTF, incluído pela ER n. 42/2010).⁶²

Contudo, inexistente um prazo legal ou regimental específico para garantir a participação mais efetiva de interessados, mediante requerimento próprio, não obstante a previsão regimental supramencionada. O conhecimento “geral” dos temas que serão submetidos ao plenário virtual é *simultâneo à própria deliberação* no prazo regimental de vinte dias (art. 324 do RISTF). Assim, é evidente que o requerimento de interessados perante o plenário virtual não constitui intervenção *prévia*, apta a influenciar de modo efetivo o convencimento dos ministros. Apenas na hipótese de determinação “de ofício” pelo relator – ainda assim, quando seja *prévia* à inclusão de sua manifestação no plenário eletrônico –, seria franqueada uma participação mais concreta dos interessados.

Na hipótese de acolhimento da preliminar de repercussão geral, considerando a continuidade do julgamento, as consequências de eventual déficit de participação são menos graves do que as identificadas na hipótese contrária, quando a negativa de repercussão geral ou o efeito análogo da inexistência de “questão constitucional” (tratado criticamente em tópico anterior) autorizam a inadmissão automática dos recursos sobrestados na origem, versados sobre o mesmo tema.

É evidente que, à luz do princípio do contraditório, o esboço normativo atual é insuficiente, não apenas quando se verifica a criação do efeito análogo à “negativa de repercussão geral” – representado pela hipótese regimental de inexistência de “questão constitucional” e que porta extensivamente as consequências legais da inadmissão originária dos recursos sobrestados –, mas também quando se observa uma acentuada tendência à primazia do juízo de conformação, em sobreposição ao juízo de admissibilidade.

⁶² Nesse sentido, “para além de os participantes dos feitos sobrestados intervirem com argumentação em prol da existência de repercussão geral, é possível que haja manifestação [*a posteriori*] que tenha por objeto o julgamento de mérito desses recursos, isso após ser reconhecida a repercussão geral da matéria” – WOLKART, Erik Navarro. *Precedente judicial no processo civil brasileiro: mecanismos de objetivação do processo*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 60-1.

Em outras palavras, se a repercussão geral tem funcionado como um pressuposto prevalente, em relação aos demais requisitos gerais e específicos de admissibilidade dos extraordinários, é evidente que sua disciplina tem de guardar a estrita observância de um contraditório adequado ao âmbito da litigiosidade repetitiva. Essa qualificação é também indispensável para que o sistema da repercussão geral possa operacionalizar-se, sob a óptica das garantias processuais constitucionais, segundo a lógica de gerenciamento de casos impressa pelo Supremo Tribunal Federal.

Outro aspecto fundamental quanto à participação plurissubjetiva no regime de repercussão geral refere-se à figura do *amicus curiae*, não despropositadamente já tratado na doutrina como “terceiro enigmático”.⁶³ A realidade tem demonstrado que, na maioria dos casos, o postulante como “amigo da corte” figura como autêntico “amigo da parte”, com interesses próprios ou credenciado para a defesa de interesses alheios (substituição processual).⁶⁴ O instituto do *amicus curiae* tem funcionado, assim, para viabilizar o acesso formal à participação no processo paradigmático, em razão de previsão legal e regimental (art. 138 do CPC e art. 323, § 3º, do RISTF), mas o conteúdo de mérito de seus respectivos aportes é parcial (interessado), ressalvadas hipóteses específicas em que a manifestação dos *amici* está associada a conhecimentos técnicos ou científicos próprios de *experts* desinteressados no resultado do processo.⁶⁵

⁶³ Cf. BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.

⁶⁴ Contrariamente, assim, à noção essencial do instituto, segundo a qual “o *amicus curiae* é [seria] um colaborador da Justiça que, embora possa deter algum interesse no desfecho da demanda, não se vincula processualmente ao resultado do seu julgamento. É que sua participação no processo ocorre e se justifica, não como defensor de interesses próprios, mas como agente habilitado a agregar subsídios que possam contribuir para a qualificação da decisão a ser tomada pelo Tribunal. A presença de *amicus curiae* no processo se dá, portanto, em benefício da jurisdição, não configurando, conseqüentemente, um direito subjetivo processual do interessado” – STF, Pleno, ADI n. 3.460-ED, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 12.2.2015, DJe 12.3.2015, excerto da ementa.

⁶⁵ Trata-se de constatação igualmente identificada no âmbito das cortes judiciárias norte-americanas. “As *amicus* practice has grown, the role of the majority of these briefs has evolved from theoretical neutrality to overt party advocacy. Recently, this shift has been the target of judicial scrutiny in courts across the country. Justice Posner’s remarks in the 1997 case, *Ryan v. Commodity Futures Trading Commission*, have sparked an ongoing debate regarding the appropriate role of an *amicus curiae*. In this case, Justice Posner rejected the brief of an *amicus curiae* stating, ‘After 16 years of reading *amicus curiae* briefs the vast majority of which have not assisted the judges, I have decided that it would be good to scrutinize these motions in a more careful, fish-eyed, fashion. The vast majority of *amicus* briefs are filed by allies of litigants and duplicate the arguments made in the litigants’ briefs, in effect, merely extending the length of the litigants’ briefs. Such *amicus* briefs should not be allowed. They are an abuse” – CORBALLY, Sarah F.; BROSS, Donald C. *A practical guide for filing amicus curiae briefs in State Appellate Courts*. Artigo publicado em meio eletrônico (2001). 12p. Disponível em: <<https://www.naccchildlaw.org>>. No mesmo sentido, para uma perspectiva interna do instituto no judiciário estadunidense, cf. FLANGO, Victor E.; BROSS, Donald C.;

É evidente a importância da pluralização dos debates relativos a temas de repercussão geral, tendente a qualificar *democraticamente* os pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal.⁶⁶ Contudo, as pessoas habilitadas à luz do art. 1.035, § 4º, do Código de Processo Civil,⁶⁷ regulamentado pelo art. 323, § 3º, do RISTF,⁶⁸ reportadas genericamente como “terceiros”, devem ser distinguidas entre *partes interessadas* e pessoas, entes etc. *desinteressados*, pois, apenas neste segundo caso, seria mais apropriado adjetivar a respectiva manifestação em processos de repercussão geral sob o instituto do *amicus curiae*. A propósito, a doutrina tem qualificado como “institucional” o interesse que legitima a pretensão de ingresso como *amicus curiae*.⁶⁹

A efetividade do contraditório imporia, a rigor, que toda pessoa efetiva ou potencialmente afetada pelo julgamento do recurso extraordinário sob o regime de repercussão geral pudesse participar nos autos, seja por interesse próprio, seja na qualidade de substituto processual, autorizando-se o aporte de razões escritas (petição, memoriais) e orais (sustentação em sessão de julgamento), a juntada de documentos etc.

A admissão ampla de pessoas, em processos afetados ao regime de repercussão geral, cujo ingresso no processo é nominalmente identificado como *amicus curiae*, demonstra que os requisitos estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal para a aceitação da intervenção têm funcionado como *filtro qualitativo* para o ingresso de “terceiros” em geral (art. 1.035, § 4º, do CPC e art. 323, § 3º, do RISTF). Considerando a extensão dos efeitos da repercussão geral sobre os inúmeros casos que tratem da mesma questão

CORBALLY, Sarah F. *Amicus curiae briefs: the Court's perspective*. In *The Justice System Journal*. v. 27, n. 2, p. 180-90. Oxfordshire: Taylor & Francis, 2006.

⁶⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Anotações sobre a repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário*. In *Revista de Processo*. v. 32, n. 145, p. 151-62. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 159.

⁶⁷ “Art. 1.035. § 4º O relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”.

⁶⁸ “Art. 323. § 3º Mediante decisão irrecorrível, poderá o(a) Relator(a) admitir de ofício ou a requerimento, em prazo que fixar, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, sobre a questão da repercussão geral”.

⁶⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro...* p. 504. “O estudo desta figura faz nascer a necessidade de se começar a desenhar com alguma precisão o conceito de interesse *institucional*, que justifica sua atuação no processo, interesse este que deve ser concebido num espírito diferente daquele a partir do qual se criaram os conceitos de interesse *de parte*, ou seja, daquele que se alega titular do direito sobre o qual se há de decidir, ou mesmo interesse *de terceiro*, ou seja, daquele que sofrerá os efeitos indiretos ou reflexos da sentença. Trata-se, como a própria expressão sugere, de um *amigo do juiz*, de um *colaborador* do juiz, que deve agir no sentido de que o Poder Judiciário, ao decidir, leve em conta, de algum modo, por exemplo, como vetor interpretativo, os valores adotados pela sociedade, representada pelas suas instituições” – WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Amicus curiae – afinal quem é ele?* In *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*. n. 34, p. 241-5. Curitiba: IAP, 2006, p. 242-3.

jurídica, a admissão de pessoas deve obedecer a determinados parâmetros, que, com esteio na jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal, originalmente em sede de controle concentrado de constitucionalidade (v. art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/1999),⁷⁰ têm sido “aproveitados” à luz dos pressupostos exigidos para o *amicus curiae*: (i) relevância da matéria; (ii) representatividade adequada; (iii) pertinência temática entre os fins institucionais ou pessoais do postulante e o tema debatido; (iv) requerimento fundamentado (quando não determinada “de ofício” a participação), apresentado antes da inclusão do processo em pauta de julgamento, subscrito por procurador habilitado.⁷¹

Desse modo, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que “o mero interesse do ente postulante no julgamento da causa não o qualifica automaticamente como *amicus curiae*”, competindo ao relator realizar a efetiva “seleção” das pessoas admitidas, excluindo-se “diversos outros interessados na causa, independente da sua capacidade representativa, o que se faz necessário para a fluidez dos trabalhos e para evitar repetições despiciendas de argumentos”.⁷²

⁷⁰ “O ordenamento positivo brasileiro processualizou, na regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, a figura do *amicus curiae*, permitindo, em consequência, que terceiros, desde que investidos de representatividade adequada, sejam admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. A intervenção do *amicus curiae*, para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional” – STF, Pleno, ADI n. 2.321-MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 25.10.2000, DJ 10.6.2005, excerto da ementa. Identificado como instituto que confere “caráter pluralista ao processo objetivo de controle concentrado abstrato de constitucionalidade, permitindo que o Tribunal [STF] decida com pleno conhecimento dos diversos aspectos envolvidos na questão” – MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 218. Ressalta-se, contudo, que o instituto está positivado desde 1978, com a Lei n. 6.616/1978, que incluiu o art. 31 na Lei n. 6.385/1976, para possibilitar à Comissão de Valores Mobiliários (CVM) o oferecimento de parecer ou para prestar esclarecimentos, em processos judiciais que tenham por objeto matéria incluída na sua competência fiscalizadora. De igual modo, à luz da Lei n. 8.884/1994 (art. 89), o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) poderá intervir na qualidade de “assistente”, em processos judiciais que discutam a aplicação de dispositivos inerentes à sua alçada legal de atuação. Cf. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da intervenção da União Federal, como “amicus curiae”*. In *Revista Forense*. v. 98, n. 363, p. 181-92. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

⁷¹ Por todos, cf. STF, RE n. 590.415/SC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 29.9.2011, DJe 7.10.2011, decisão monocrática do relator.

⁷² STF, ADI n. 4.832/DF, Rel. Min. Rosa Weber, j. 28.1.2013, DJe 6.2.2013, decisão monocrática da relatora. Nesse contexto, comparando-se com o fenômeno também identificado na experiência norte-americana, “os *amici curiae* ao longo do tempo perderam sua presumida imparcialidade. [...] O *amicus curiae* presta sua potencial contribuição com a jurisdição, mas não se submete à sucumbência – nem genérica, nem específica – apta a ensejar o interesse de recorrer da decisão que, apreciando o pedido de ingresso, não vislumbra aptidão contributiva suficiente para a participação no caso concreto. A manifestação do *amicus* não pode ser imposta à Corte, como um inimigo da Corte. [...] Na mesma linha, o Plenário também já definiu que o *amicus curiae* não tem direito a intervir nos autos, pois é do julgador a competência para avaliar a conveniência de sua participação, além do que, em caso de inúmeros requerimentos de ingresso, a pluralidade de *amici* atrapalha a marcha processual e o fracionamento do tempo de sustentação oral entre vários *amici*

O problema dessa interpretação extensiva,⁷³ incorporando um instituto inicialmente vocacionado ao *processo objetivo* (controle concentrado de constitucionalidade), na linha da hipótese geral levantada no presente capítulo,⁷⁴ é a limitação da dialética processual, que deveria ser fomentada nos expedientes processuais de tratamento da litigiosidade repetitiva, que são intersubjetivos e multilaterais. Imprescindível, assim, a admissão de *peessoas interessadas* na solução a ser engendrada em sede de repercussão geral, independentemente do denominado “interesse institucional”, sob pena de não se observar a efetividade do contraditório. Aliás, no próprio controle concentrado de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal já tem reconhecido a intrínseca *parcialidade* de grande parte dos ingressantes sob a figura de *amici curiae*, que se podem qualificar, assim, como “terceiros efetivamente interessados no desfecho do processo”, não apenas como meros informantes (ou autênticos “amigos da corte”).⁷⁵ E, ainda quando inadmitido o ingresso, tem-se reconhecido a possibilidade de elaboração e distribuição de “memoriais e/ou documentos, que poderão ser [eventualmente] considerados pela Corte por ocasião do julgamento”.⁷⁶

Com essa concepção extensiva do “amicus curiae”, para designá-lo como figura geral de controle do acesso de interessados, aplicável inclusive em relação às pessoas físicas ou jurídicas que serão futuramente afetadas pelo resultado do julgamento do

prejudica a própria colaboração” – STF, Pleno, RE n. 602.584-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, j. 17.10.2018, DJe 19.3.2020, excerto do voto do relator para o acórdão.

⁷³ Na doutrina, essa concepção está geralmente associada à ideia de que “o interesse jurídico na solução da controvérsia constitucional não deslegitima a intervenção do *amicus*, uma vez que a função informacional por ele exercida pode contribuir para o aperfeiçoamento e pluralização do processo de tomada de decisão” – MEDINA, Damares. *Amicus Curiae: Amigo da Corte ou Amigo da Parte?* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 169.

⁷⁴ O tratamento empregado ao instituto da repercussão geral associa-se tanto à “objetivação [ou abstração] do controle difuso de constitucionalidade” quanto às tentativas crescentes de racionalização e redução do volume de processos no Brasil.

⁷⁵ “Em sua expressão contemporânea, o *amicus curiae* não é apenas aquele terceiro absolutamente desinteressado, um técnico que se limita a fornecer informações à Corte, mas sobretudo o terceiro que, apesar de não ser parte no processo, está efetivamente interessado numa decisão favorável à parte com a qual colabora (ABRAHAM, Henry J. *The Judicial Process: an Introductory Analysis of the Courts of The United States, England and France*. 3. ed. New York: Oxford University Press, 1975, p. 234). Com base nessa noção, a ‘Supreme Court’ dos Estados Unidos chega a negar a atuação como *amicus curiae* quando o postulante não esteja interessado em algum outro processo que será afetado pela decisão ou em suprir eventual deficiência de representação da parte com que almeja colaborar (TAYLOR, Hannis. *Jurisdiction and Procedure of the Supreme Court of the United States*. Rochester: E. R. Andrews Printing, 1905, p. 645). A despeito das divergências acerca do conceito e das funções do *amicus curiae*, a importância da sua atuação nos processos que envolvem interesses supraindividuais vem sendo progressivamente reconhecida, quer atue como mero informante ou como terceiro efetivamente interessado no desfecho do processo” – STF, ADI n. 4.832/DF, Rel. Min. Rosa Weber, j. 28.1.2013, DJe 5.2.2013, decisão monocrática da relatora.

⁷⁶ STF, ADI n. 5.403-MC-Amicus-AgR/RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 28.8.2019, DJe 29.8.2019, decisão monocrática do relator.

Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral, acaba-se por imprimir um baixo grau de efetividade do contraditório. É evidente que o relator deve zelar pela ordem processual, pela duração razoável do processo etc., mas os parâmetros de admissão dos *amici curiae*, a pretexto de desqualificar como legítimas interessadas pessoas afetadas pelo deslinde da controvérsia, são inidôneos para esse controle. A experiência prática tem demonstrado que a admissão casuística de *amici curiae* tem ampliado quantitativamente o debate, mas não qualitativamente à luz de um contraditório efetivo e substancial. A esse propósito, basta observar que as diferenças substanciais entre os litigantes do caso paradigmático têm impactado o número de intervenções admitidas, sob as respectivas proporções de desigualdade.

Portanto, quanto à participação efetiva – e em contraditório – de pessoas interessadas no julgamento dos processos de repercussão geral, os parâmetros de admissão deveriam ser distintos para sujeitos neutros (“informantes”) ou detentores de interesses meramente “institucionais” e para sujeitos parciais. Quanto aos interessados, no entanto, não se pretende aproximar da figura da “assistência simples”⁷⁷ (exceto se o próprio interessado assim o requerer), cujo tratamento legal é específico, com o exercício de posições processuais e consequências bem definidas pelo Código de Processo Civil (v.g., arts. 94, 119 a 123), incompatíveis com a espécie examinada, sob pena de desestimular a participação plurissubjetiva nos processos afetados ao regime de repercussão geral.

A participação de interessados (pessoas físicas ou jurídicas parciais) na hipótese de repercussão geral deveria constituir uma intervenção *sui generis*, a ser disciplinada *de lege ferenda*. Por exemplo, mediante “participação adesiva” às razões aduzidas pelas partes com as quais se pretenda colaborar, sob a forma de articulados agregados. No caso de coincidência de alegações, podem-se condensar as razões em manifestações sucessivamente consolidadas, por meio eletrônico (v.g., com expedientes de catalogação). De todo modo, sem uma disciplina legal específica, a admissão dos interessados tem fundamento legal no art. 1.035, § 4º, do Código de Processo Civil, que se tem demonstrado, com sua regulamentação por norma regimental, pouco efetivo à luz da dialeticidade processual, ou seja, do próprio contraditório adequado ao âmbito da litigiosidade repetitiva.

⁷⁷ Em sentido contrário, sob a proposta de que os “participantes dos feitos sobrestados” intervenham como assistentes simples, cf. WOLKART, Erik Navarro. *Precedente judicial no processo civil brasileiro...* p. 61-2.

31.2 Fixação da tese e parâmetros da motivação

Além da garantia de participação plurissubjetiva, sem a qual estaria inviabilizado o efetivo contraditório nos julgamentos de repercussão geral, é fundamental que tanto as partes recorrente e recorrida do extraordinário afetado quanto todos os potenciais afetados pela decisão paradigmática possam conhecer previamente os limites exatos do tema que será julgado. Eis a importância da disponibilização dos temas que serão apreciados, por intermédio de ampla publicidade, atualmente realizada por bancos de dados públicos no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.⁷⁸

O tema jurídico a ser objeto de apreciação sob o regime da repercussão geral deve estar clara e previamente delimitado. Desse modo, não é apenas fundamental a motivação adequada da tese enunciada pelo pronunciamento final de mérito; igualmente relevantes são os fundamentos apresentados pelo relator na submissão do tema à deliberação da repercussão geral, possibilitando a exata compreensão da controvérsia e as variáveis de solução possíveis, o que se viabiliza por uma problematização clara das questões jurídicas envolvidas. Em outras palavras, caso acolhida a preliminar, deve haver uma perfeita congruência entre o tema afetado ao regime de repercussão geral e a tese firmada no julgamento de mérito.

Portanto, o acórdão que acolhe a preliminar, resultado da deliberação do Supremo Tribunal Federal em plenário virtual, deve balizar os limites do julgamento subsequente quanto à formulação da tese de repercussão geral. Sob a óptica do contraditório, seria inadmissível que a tese posteriormente firmada contivesse elementos jurídicos exorbitantes daqueles inicialmente identificados, no acórdão do plenário virtual, para o deslinde da controvérsia em sede de repercussão geral.

O aperfeiçoamento do contraditório, em relação à delimitação jurídica do tema que será julgado em repercussão geral, depende da criação *de lege ferenda* de um instrumento efetivo de participação dos interessados. Embora o relator possa, de ofício ou a requerimento, admitir a manifestação de “terceiros” (com interesses próprios ou

⁷⁸ Desde 29 de maio de 2017 (Edição n. 1, de 29.5 a 2.3.2017), são também emitidos periodicamente boletins informativos (“Repercussão Geral em pauta”), elaborados pelo Núcleo de Apoio à Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal, que compilam informações acerca (i) das teses com mérito julgado, tanto em plenário presencial quanto em plenário eletrônico (no caso de reafirmação da jurisprudência), (ii) dos temas submetidos à deliberação da repercussão geral (julgamento em andamento), (iii) dos temas com preliminares acolhidas ou desacolhidas e, ainda, (iv) das pautas de julgamento dos respectivos casos.

institucionais) quanto à deliberação plenária da análise de repercussão geral (art. 1.035, § 4º, do CPC e art. 323, § 3º, do RISTF), a inexistência de uma disciplina normativa específica tem inviabilizado a participação efetiva de pessoas físicas ou jurídicas afetadas pelo caso paradigmático. A propósito, conforme mencionado anteriormente, se o conhecimento “geral” dos temas que serão submetidos ao plenário virtual é *simultâneo à própria deliberação* no prazo regimental de vinte dias (art. 324 do RISTF), o requerimento de interessados perante o plenário virtual não constitui intervenção *prévia*, apta a influenciar de modo efetivo o convencimento dos ministros. Apenas na hipótese de determinação “de ofício” pelo relator – ainda assim, quando seja *prévia* à inclusão de sua manifestação no plenário eletrônico –, seria franqueada uma participação mais concreta dos interessados.

Essa circunstância agrava-se nos casos de negativa da repercussão geral ou do efeito análogo (inexistência de “questão constitucional”), cujas soluções autorizem a inadmissão automática dos recursos sobrestados na origem, versados sobre o mesmo tema. Afinal, no caso de acolhimento da repercussão geral, considerando a continuidade do julgamento, as consequências de eventual déficit de participação são menos graves do que as identificadas na hipótese anterior. A ausência de normas capazes de equalizar os interesses plurissubjetivos envolvidos e as exigências pragmáticas do exame da repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal constitui, evidentemente, um problema a ser superado, o que se constata *a fortiori* à luz da primazia do juízo de conformação, em sobreposição ao juízo de admissibilidade dos extraordinários. Se a repercussão geral constitui um requisito prevalente ou prioritário, em relação aos demais requisitos recursais gerais e específicos, conforme se constata da lógica de gerenciamento de casos que tem sido aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, a disciplina da participação de pessoas interessadas deve observar um contraditório estritamente adequado ao âmbito da litigiosidade repetitiva.

O tratamento institucional que tem sido impresso ao regime de repercussão geral, a exemplo das características do procedimento regimental definido pelo Supremo Tribunal Federal (*v.g.*, o caráter assíncrono do plenário virtual), alinha-se a uma tendência de julgamento de “teses” – em vez de “casos” –, identificada nos modos de deliberação dos tribunais superiores no Brasil, congruentes com um modelo “*per seriatim*”, em contraste ao

padrão deliberativo “per curiam”.⁷⁹ Provavelmente, a prática deliberativa do Supremo Tribunal Federal brasileiro constitui um dos mais fidedignos exemplos do denominado “modelo de decisão *seriatim* ou de publicação dos resultados da deliberação em forma de texto composto”, pois as sessões deliberativas são públicas e “marcadas pela sucessão ordenada dos pronunciamentos orais individuais de cada magistrado, dotados de sua própria *ratio decidendi*, que são posteriormente apresentados ao público em formato de texto composto (o denominado acórdão), o qual agrega todos os votos e os debates orais em sua íntegra”.⁸⁰

Os parâmetros da motivação devem ser extraídos, evidentemente, do percurso deliberativo traçado pelo colegiado, com o enfrentamento dos argumentos submetidos ao contraditório, permitindo-se a adequada discussão, reflexão e resolução *colegiadamente* da controvérsia jurídica.⁸¹ A própria repercussão geral do recurso extraordinário, inserida pela

⁷⁹ “Em contraste com o modelo de decisão *per curiam*, que privilegia a apresentação do resultado da deliberação como ‘opinião do tribunal’ em texto único, o modelo de decisão ‘*seriatim*’ se caracteriza pela produção de um agregado das posições individuais de cada membro do colegiado, cujos votos são expostos ‘em série’ em um texto composto – aí está o significado do termo em latim ‘*seriatim*’. Nos tribunais que adotam esse modelo, a deliberação comumente não se desenvolve com o objetivo de produzir um texto final com uma única *ratio decidendi* que possa representar a posição institucional da Corte (unívoca e impessoal), mas como uma proclamação sucessiva das decisões individuais dos membros do tribunal, normalmente precedidas de um discurso que cada juiz tem o direito de realizar, seja através de um texto escrito por ele preparado previamente ou por meio da improvisação oral, para apresentar publicamente sua própria argumentação e seu julgamento individual do caso. O resultado da deliberação é apresentado em texto composto pelos diversos votos e suas respectivas *ratio decidendi*, tornando bastante complicada em algumas ocasiões a tarefa de definir com precisão o fundamento determinante da decisão do tribunal, a qual normalmente pode ser realizada pela extração do ‘mínimo comum’ entre os distintos argumentos individuais. Assim, na prática, uma das consequências da adoção desse modelo é a maior importância que adquirem as *ratio decidendi* de cada juiz individualmente consideradas para a técnica de precedentes. Cada juiz passa a estar mais vinculado a suas próprias decisões e argumentos, de modo que não são estranhas a esses sistemas a produção de um ‘*overruling* pessoal’, na hipótese em que determinado juiz tenha que rever seu próprio posicionamento. Os modelos de decisão *seriatim* estão relacionados com os modelos de deliberação aberta ou pública. A realização de sessões públicas de deliberação, nas quais cada magistrado profere seu voto como sendo um discurso pessoal, com suas próprias razões de decidir, encontra nesse modelo *seriatim* uma forma idônea de apresentar o resultado final de sua deliberação mediante a exposição, em texto composto, da íntegra de todos os pronunciamentos individuais” – VALE, André Rufino do. *Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais*. Tese de Doutorado apresentada à Universidade de Brasília, em regime de cotutela com a Universidade de Alicante. Orientadores: Prof.^a Dr.^a Claudia Roesler e Prof. Dr. Manuel Atienza. Brasília, Alicante, 2015, p. 115.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 116.

⁸¹ “Conectado à colegialidade está o princípio de cooperação, que qualifica a deliberação colegiada como um debate cooperativo e não uma disputa adversarial, isto é, no qual os participantes se compreendem não como oponentes, mas como partes de um grupo integrado que compartilha o mesmo objetivo de buscar interativamente soluções fundamentadas para as questões discutidas. Nos tribunais constitucionais, a cooperação é uma diretriz para que cada magistrado encare a deliberação como uma empresa comum, um processo decisório igualmente compartilhado com os demais magistrados, em que cada qual é dotado das mesmas capacidades e oportunidades argumentativas e atua cooperativamente para a construção em conjunto da melhor justificativa possível para a decisão. A cooperação assim se caracteriza por ser uma das principais virtudes do deliberador e um valor ético inerente à colegialidade, que se opõe à individualidade e prega a consciência de grupo. Nesse aspecto, ela deve ser desenvolvida e cultivada nas práticas deliberativas, em que

Reforma do Judiciário (EC n. 45/2004), sinaliza a crescente objetivação (abstração) do controle de constitucionalidade, com primazia da via concentrada, sob justificativas pragmáticas relativas ao volume de processos; significa afirmar que as cortes superiores estão cada vez mais preocupadas com as “teses” jurídicas, não com os “casos”, imputando-se o zelo pela “justiça concreta” às instâncias ordinárias. Nesse contexto, vale recordar a responsabilidade que tem sido atribuída aos tribunais locais e regionais em efetivar o juízo de conformação dos extraordinários, inclusive nas hipóteses em que os recursos já tenham chegado ao Supremo Tribunal Federal, determinando-se a consequente devolução dos autos às cortes de origem.

Assim, essas características do regime de repercussão geral, viabilizando uma *filtragem de larga escala* dos processos, e consequentemente um expediente de seletividade de teses, permitem observar a relevância dos mecanismos de deliberação das cortes, que assumem fundamental importância à luz das reformas processuais recentes e visam “cada vez mais a padronização no âmbito do Judiciário”.⁸² No Supremo Tribunal brasileiro, observam-se “as consequências da adoção de um peculiar modelo de decisão *seriatim* para a necessária construção de uma cultura de precedentes, com base em exigências de coerência e integridade”.⁸³

Os padrões de colegialidade identificados no Brasil revelam, de fato, uma cultura decisória *seriatim*, condizente com o modelo de deliberação aberta ou pública, em que os votos individualmente tomados assumem grande importância (v.g., podem subsidiar a efetivação de “distinguishing”), inclusive quando sejam dissidentes, em “salvaguarda da integridade do próprio processo de tomada de decisão, o qual reflete o *iter* procedimental” deliberativo.⁸⁴ De todo modo, a escolha (política) do modelo deliberativo decisório não

os deliberadores devem aceitar as diferenças de estilo pessoal no interior do colegiado e, com isso, primar pela conversa, pelas trocas argumentativas, pelo debate amigável, pela construção coletiva de entendimentos comuns, pela opção consensuada por terceiras vias etc.; e rejeitar os comportamentos egocêntricos, as posturas isolacionistas, os posicionamentos intransigentes, a adoção de soluções extremadas e polarizadas etc.” – VALE, André Rufino do. *Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais...* p. 379-80.

⁸² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Súmulas, Praticidade e Justiça: um olhar crítico sobre o direito sumular e a individualização do direito à luz do pensamento de Misabel de Abreu Machado Derzi*. In *Segurança Jurídica: Irretroatividade das Decisões Judiciais Prejudiciais aos Contribuintes*. p. 65-106. Coord. Sacha Calmon Navarro Coelho. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 73.

⁸³ VALE, André Rufino do. *Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais...* p. 393.

⁸⁴ “Os órgãos colegiados, porque formados de mais de um juiz, detêm esta configuração exatamente para que todos os argumentos trazidos pelas partes sejam debatidos e enfrentados na corte. Acaso não se atinja o consenso, antes de se preferir por um *compromisso interno* pela unanimidade, o voto dissidente representa a

afasta a observância estrita do contraditório, que representa uma constante necessária para a legitimação da atividade jurisdicional.⁸⁵

32 Aplicação da tese de repercussão geral

Os ideais de previsibilidade, estabilidade, eficiência (fundamentos pragmáticos) e igualdade (fundamento ontológico) têm norteado, de modo geral, a paulatina aproximação dos sistemas jurídicos ocidentais contemporâneos à doutrina do *stare decisis* (“to abide by the decision”),⁸⁶ inerente ao sistema de “precedentes vinculantes” da tradição jurídica

salvaguarda da integridade do próprio processo de tomada de decisão, o qual reflete o *iter* procedimental que se passou durante a deliberação do órgão colegiado. O colegiado, ao contrário do juízo monocrático, não pode perseguir uma decisão singular, mas sim a deliberação que reflete as discussões fundamentadas justificadas travadas no órgão. O voto divergente possui a mesma carga argumentativa do voto condutor da maioria e o conjunto das deliberações formará não a decisão individual de cada juiz, mas o pronunciamento da corte, posto que com divergência” – BOTELHO, Cristiane Miranda; FIORINDO, Regivano. *Deliberação nas cortes superiores. Julgamento ‘per seriatim’ e ‘per curiam’. Importância da fixação da ‘ratio decidendi’. Delineamento de técnicas processuais de distinção – ‘distinguishing’. Exame de caso paradigmático julgado pela Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federal*. In *Revista de Processo*. n. 258, p. 317-40. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 336.

⁸⁵ Parcela da doutrina, contudo, associa um ou outro modelo como mais consentâneo ao sistema processual brasileiro. Em favor da deliberação *per curiam*, por exemplo, observem-se as seguintes ponderações: “resulta de uma atuação cooperativa dos membros integrantes do órgão jurisdicional colegiado, o que permite afirmar que se trata de método de deliberação muito mais compatível com um sistema processual participativo, que se apoia no disposto no art. 6º do CPC/2015 [...]. Resulta daí, portanto, um dever de todos os integrantes do colegiado (já que também os magistrados que atuam no processo se sujeitam a esse dever de cooperação) de atuar juntos na construção da decisão, especialmente (mas não exclusivamente) daquela que será empregada como padrão decisório dotado de eficácia vinculante. Somente com a adoção do sistema de deliberação *per curiam* é que se conseguiria evitar ‘o grande problema da identificação da *ratio decidendi* ao final do julgamento’, que é o mais grave defeito do método de deliberação *seriatim*” – CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 259. Por outro lado, demonstrando que deliberações públicas e abertas melhor se vocacionam ao outro sistema, pois “a realização de sessões públicas de deliberação, nas quais cada magistrado profere seu voto como sendo um discurso pessoal, com suas próprias razões de decidir, encontra nesse modelo *seriatim* uma forma idônea de apresentar o resultado final de sua deliberação mediante a exposição, em texto composto, da íntegra de todos os pronunciamentos individuais” – VALE, André Rufino do. *Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais...* p. 115.

⁸⁶ A doutrina do *stare decisis* (*stare decisis et non quieta movere*) tem como premissa fundamental a constatação de que casos similares devem receber tratamento similar, quanto às respectivas soluções jurídicas, à medida que haja compatibilidade entre as funções jurisdicionais, mas com observância ao entendimento das cortes máximas, segundo as respectivas esferas de competência e as vicissitudes fático-jurídico-temporais envolvidas. Norteia-se, enfim, pelo ideal geral de segurança (estabilidade) jurídica e isonomia. “The doctrine of *stare decisis et non quieta movere* has been well stated thus: ‘A deliberate or solemn decision of a court or judge, made after argument on a question of law fairly arising in a case, and necessary to its determination, is an authority, or binding precedent, in the same court or in other courts of equal or lower rank, in subsequent cases, where *the very point* is again in controversy; but the degree of authority belonging to such a precedent depends, of necessity, on its agreement with the spirit of the times or the judgment of subsequent tribunals upon its correctness as a statement of the existing or actual law, and the compulsion or exigency of the doctrine is, in the last analysis, moral and intellectual, rather than arbitrary or inflexible’. [...] It must be remembered constantly, however, that the rule of *stare decisis* is not a contrivance

anglo-saxã.⁸⁷ Uma das divisas históricas entre os sistemas de *common law* e de *civil law* é, respectivamente, a aceitação ou não de “precedentes” (judiciais) como fonte autônoma de direito.⁸⁸ Não significa afirmar, contudo, que os sistemas jurídicos de *civil law* tenham deixado de reconhecer ao longo dos anos, também segundo suas respectivas tradições, o poder persuasivo de julgados “precedentes”, implícita ou explicitamente, em maior ou menor grau.⁸⁹

Na cultura jurídica de *common law*, eventuais disposições normativas acerca da vinculatividade constituiriam, aliás, previsões tautológicas, ao passo que nos países de *civil law* constantemente se identificam normas atributivas de eficácia vertical aos julgados,

to hamper the judge in administering justice, but is intended to advance the general usefulness of the law and thus benefit the greatest number. It expedites the work of the courts by preventing the constant reconsideration of settled questions; it enables lawyers to advise their clients with a reasonable degree of certainty and safety; it assures individuals that, in so far as they act on authoritative rules of conduct, their contract and other rights will be protected in the courts; and, finally, it makes for equality of treatment of all men before the law and lends stability to the judicial arm of government” – MOSCHZISKER, Robert von. *Stare decisis in courts of law resort*. In *Harvard Law Review*. v. 37, n. 4, p. 409-30. Cambridge: The Harvard Law Review Association, 1924, p. 409-10.

⁸⁷ “A cultura jurídica americana herdou o uso da doutrina do *stare decisis* da tradição inglesa do *common law*; contudo, os Estados Unidos gradualmente deixaram de seguir os precedentes ingleses e formaram um sistema jurídico baseado no direito casuístico americano adaptado de outros Estados dos Estados Unidos quando não houvesse nenhum precedente vinculante no Estado em questão, em vez de voltar-se genericamente à tradição inglesa. Ainda hoje, porém, não é incomum que uma corte estadual americana use o direito inglês como autoridade persuasiva quando não exista nenhuma outra autoridade. [...] O uso de precedente vinculante na cultura jurídica dos Estados Unidos, tanto no sistema judiciário federal quanto estadual, é um dos atributos mais notáveis do direito americano. Precedente vinculante, tal como usado nos Estados Unidos, fornece uma base para que estudantes de direito, advogados, professores de direito e legisladores possam prever o que a Corte deverá decidir num caso sujeito a um precedente estabelecido. Precedente vinculante nos Estados Unidos não significa, porém, que o precedente de um caso esteja escrito em pedra. O precedente mudará previsivelmente quando o legislador mudar a lei sobre a qual o precedente se baseia, quando o tempo e a evolução cultural requererem, ou quando a filosofia jurídica da maioria da Corte, com autoridade para o precedente aplicável, mudar. Deve-se reconhecer que o transplante do conceito de precedente vinculante dos Estados Unidos para outras culturas jurídicas poderia demandar uma reavaliação do método de ensino jurídico adotado. A metodologia de ensino precisa ser compatível com o uso de precedente vinculante e a participação do aluno no processo de ensino precisa estar assegurada. Além disso, enquanto a prática do direito e o processo decisório obteriam grande benefício pela previsibilidade das decisões que o precedente vinculante oferece, advogados e magistrados precisam estar devidamente adaptados ao uso do precedente vinculante na prática para operar apropriadamente. [...] O precedente vinculante é de boa utilidade para a cultura jurídica dos Estados Unidos, tornando o direito de casos uniforme e previsível na maioria das vezes, sem inibir a evolução. Assim sendo, o método de ensino jurídico e sistema de apoio necessários para o uso eficaz do precedente jurídico nos Estados Unidos são, na opinião do autor, justificados pela estabilidade e previsibilidade das decisões judiciais que a doutrina do precedente vinculante torna possível” – COLE, Charles D. *Stare decisis na cultura jurídica dos Estados Unidos...* p. 12 e 20-21.

⁸⁸ Nesse sentido, por exemplo, não seria possível a revisão de um precedente judicial anterior com fundamento exclusivo em entendimento posterior, caso o precedente não fosse considerado fonte jurídica independente.

⁸⁹ Em estudo célebre, para uma ampla abordagem comparística, citando, dentre outros, os casos de Polônia, Finlândia, França, Espanha, Noruega, Suécia, Itália etc. Cf. MACCORNICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Dartmouth Publishing, 1997, p. 82, 117, 141, 199, 219, 271 e 293.

conforme obedecem a determinados padrões ou parâmetros decisórios.⁹⁰ Logo, a aceitação dos “precedentes judiciais” como fonte autêntica do direito,⁹¹ superando ideias anteriormente arraigadas no clássico modelo positivista liberal,⁹² tem permitido a crescente aproximação dos sistemas jurídicos.⁹³

Os sistemas de direito contemporâneos que adotam a vinculatividade de determinados padrões decisórios abarcam, comparativamente, variações comuns que permitem identificar a interação entre a “força normativa” e a respectiva argumentação jurídica relacionadas aos “precedentes”. Para uma exposição didática, mencionem-se *v.g.* os seguintes critérios indicadores de “variações no grau de vinculatividade dos precedentes

⁹⁰ “Thus, the normative power of precedents is strongly felt, whether or not judge-made law is considered a separate source of law. There is no legislation governing the use of precedents in the common law jurisdictions studied, other than a provision in the United Kingdom regarding decisions of the Europe Court of Justice. In Norway and Sweden, there are statutory provisions that imply that judicial precedents have normative power. Express legislation is found in three civil law jurisdictions, although the legislations only targets the rulings of constitutional courts. These jurisdictions are Poland, Spain and Germany where statutory provisions make some decisions of their constitutional courts expressly binding on courts and on governmental institutions. According to section 31(1) of the Federal Constitutional Court Act (BVerfGG), decisions of that court are binding ‘on the federal constitutional institutions, on the states, and on all courts and agencies’” – LUNDMARK, Thomas. *Book Review: Interpreting precedents: a comparative study*. By Neil MacCornick and Robert S. Summers. In *The American Journal of Comparative Law*. v. 46, n. 1, p. 211-24. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 216-7.

⁹¹ Compreendendo os “precedentes judiciais” como fonte do direito, apresentados sob quatro dimensões ou perspectivas, conforme enunciadas por Taruffo [*Dimensioni del precedente giudiziario*] – *institucional* (origem do precedente à luz da organização judiciária e a forma de subordinação dos respectivos órgãos), *objetiva* (definição das partes do precedente com propensão vinculativa, esclarecendo o contraste entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*), *estrutural* (precedente como expressão de um entendimento reiterativo) e de *eficácia* (quanto ao efeito vinculativo, o que esclarece o contraste entre eficácia *vinculante* e *persuasiva*) –, cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. *O precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 304-7.

⁹² “Precedent, we have seen, is inadequately accounted for by classical legal positivists. Part of the reason for this is that classical positivists wanted to explain the validity of laws. Validity, being a non-variable concept, is poorly suited to analyses of precedential authority. The idea of judges formulating decisions so that they might bind as a statute binds is not inconceivable. But it is simply not what common-law judges do. Lord Wright seemed to think differently when, writing during the era when the House of Lords considered itself bound by its own precedents, he observed that, if the House determines a principle on a particular set of facts then, should the materially same facts arise again, the earlier decision ‘is to be treated as if part of an Act of Parliament’. But according to Lord Reid, although judges will sometimes interpret earlier decisions of the House ‘as if they were provisions in an Act of Parliament’ – especially when the decision is composed of a single speech – such interpretations are never appropriate, for: it is not the function of noble and learned Lords or indeed of any judges to frame definitions or to lay down hard and fast rules. It is their function to enunciate principles and much that they say is intended to be illustrative or explanatory and not to be definitive” – DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 58-110. “Assim, o conceito tradicional do princípio da separação dos Poderes, oriundo do Estado Liberal, transforma-se em uma nova interpretação e nela o Poder Judiciário tem função de *controle, equilíbrio e garantia*. Este é o modelo também adotado no Brasil pela Constituição de 1988” – GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 125-6.

⁹³ Para um interessante estudo comparativo, cf. CROCE, Marco. *Precedente giudiziale e giurisprudenza costituzionale*. In *Contratto e impresa*. v. 4-5/2006, p. 1.114-61. Padova: Cedam, 2006.

judiciais”: (i) precedentes vinculantes em *sentido forte* (“must-sources”), considerados autêntica fonte de direito e dotados de normatividade estrita; (ii) precedentes vinculantes em *sentido fraco* (“should-sources”), considerados fonte *prima facie*, mas não estritamente obrigatórias à medida que admitam aberturas interpretativas; e (iii) precedentes *persuasivos* (“may-sources”), considerados elementos de reforço argumentativo, não propriamente fonte de direito forte nem fraca.⁹⁴

De todo modo, a ideia de “fonte de direito”, correspondente a uma qualidade intrínseca de *precedentes que vinculam*, deve incluir a razão comunicativa como pressuposto fundamental: “apenas os [sujeitos] que participam no discurso jurídico podem *discutir* racionalmente acerca do conteúdo de suas normas”; afinal, o “conteúdo do direito não é algo previamente dado em normas inequívocas, algo para ser descoberto, mas uma prática construtiva e interpretativa de formação de significados por meio da argumentação”.⁹⁵

A estruturação de qualquer procedimento tendente à formação de julgados dotados de vinculatividade deve observar, assim, o contraditório, por meios de interação organizados, que assegurem a comunicação coerente (razoável e justificada) e padrões participativos legitimantes das “fontes” jurídicas emanadas dos “precedentes”.

⁹⁴ A classificação é de Aarnio, à luz de proposta originariamente sintetizada por Peczenik. Cf. AARNIO, Aulis. *Lo Racional como lo Razonable – Un Tratado sobre la Justificación Jurídica*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 135-9; PECZENIK, Aleksander. *The binding force of precedent*. In *Interpreting Precedents – A Comparative Study*. p. 461-79. Orgs. Neil MacCormick e Robert Summers. Aldershot: Ashgate, 1997, p. 463. Adotando essa classificação, na doutrina brasileira, “a caracterização dos precedentes como fontes do Direito cuja vinculatividade pode variar nesses três níveis [“must-”, “should-”, “may-sources”] constitui, pelo menos para a grande maioria dos casos, um modelo adequado para a argumentação jurídica. [...] Dizer que o precedente vale como fonte do Direito ainda deixa em aberto muitos problemas para a argumentação judicial. Revela-se importante, então, uma sistematização dos fatores que aumentam ou diminuem a força de uma norma adscrita a partir de um precedente judicial. É pela ponderação desses fatores que se poderá, em cada caso concreto, determinar em qual desses níveis se encontra a força de um dado precedente judicial” – BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *O direito e a incerteza de suas fontes: um problema em aberto para a dogmática jurídica contemporânea*. In *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Número Especial: “Jornadas Jurídicas Brasil-Canadá”. p. 299-325. Belo Horizonte: UFMG, 2013, p. 321.

⁹⁵ “A prática do Direito é uma prática comunicativa, ou seja, um processo de troca de atos de fala que geram sentido para os textos normativos. Os atos de fala dos juristas devem ser entendidos “de modo que o significado é [gradualmente] gravado” no resultado de qualquer discurso jurídico e pode ser revisitado – e às vezes revisto – em uma futura situação argumentativa. Portanto, nem as concepções *formais* nem as concepções *materiais* de fontes do Direito são apropriadas. A concepção formal é insuficiente porque nem todas as razões que contam no discurso jurídico derivam de um ato normativo institucionalmente regulado; e a concepção material é insuficiente porque não há uma causalidade ou implicação estrita entre os fatores extrajurídicos que geram o Direito e o conteúdo das decisões individuais que resultam da sua aplicação. O Direito é algo construído por meio de uma prática social, não um mero reflexo de uma lei natural (como um platonista iria sustentar) ou uma mera superestrutura imposta por uma classe dominante (como um marxista iria sugerir)” – *Ibidem*, p. 306.

A repercussão geral, no Brasil, ainda não está suficientemente estruturada (disciplinada) para comportar, à luz da garantia constitucional do contraditório, o grau de vinculatividade estabelecido pelo Código de Processo Civil e pelas disposições regimentais do Supremo Tribunal Federal.⁹⁶ Os incrementos que têm sido efetivados (v.g., a Emenda Regimental n. 54/2020) apontam uma preocupação quantitativa com o mecanismo de filtragem de processos, mas sem correspondente enfoque qualitativo sob a óptica do contraditório.

32.1 Eficácia instrumental e técnica de modulação temporal

A observância do contraditório representa uma condição indeclinável tanto para a formação quanto para a aplicação dos julgados paradigmáticos com aptidão à eficácia vinculante.

A sistemática do Código de Processo Civil, no tratamento da repercussão geral e dos recursos repetitivos, estabelece uma clara sobreposição do *juízo de conformação*, em relação ao *juízo de admissibilidade*, apenas com a ressalva do defeito “mais grave” da intempestividade recursal. Desse modo, priorizam-se as interpretações jurídicas uniformizadas[doras] dos tribunais superiores em sua alçada constitucional de competência.

Esse aspecto é fundamental para dimensionar a [elevadíssima] importância do contraditório na disciplina de quaisquer expedientes processuais de tratamento da litigiosidade repetitiva. A disposição legal de um “efeito conformativo” dos recursos de natureza extraordinária, consoante tratado em tópico anterior,⁹⁷ deve[ria] acompanhar-se, sob a óptica das garantias processuais constitucionais, de um adequado equacionamento do

⁹⁶ Ilustrativamente, conforme já tratado, cite-se a inexistência de prazo legal ou regimental específico para garantir a participação efetiva de interessados, de modo prévio à deliberação do plenário virtual acerca da preliminar de repercussão geral.

⁹⁷ O recurso extraordinário, à luz da sistemática legal (CPC) e regimental (STF), dota-se de um novo efeito recursal, mesclando características dos tradicionalmente denominados efeitos “diferido”, “obstativo” e “regressivo”; como proposta terminológica, há um “efeito conformativo”. Adota-se, por empréstimo, expressão consagrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo português, para designar uma espécie de consequência “inibitória”, sob a alcunha de “efeito conformativo, que exclui a possibilidade de edição de atos do Poder Público que reproduzam vícios individualizados e designados como antijurídicos em entendimento anterior da Corte. Consoante esse efeito, a Administração Pública deve reconstituir a situação juridicamente ideal, que seria antecedente ao reconhecimento da antijuridicidade, ou seja, caso o Poder Público praticasse o ato sem o vício afastado pelo tribunal administrativo.

contraditório. Os efeitos *erga omnes* da repercussão geral, tanto reconhecida quanto rejeitada colegiadamente,⁹⁸ esclarecem a necessidade de expansão de mecanismos que fomentem de modo efetivo a dialeticidade no âmbito dos instrumentos de resolução *em escala* dos conflitos.

O processo jurisdicional constitui instância comunicativa, estimulada por um diálogo garantido pelo direito. As funções principais dos órgãos judicantes democráticos, com destaque evidentemente às cortes superiores, não podem concentrar-se apenas na “decisão”, mas também na “interlocução”, em razão da dialeticidade inerente a qualquer fenômeno processual analisado sob a [imprescindível] óptica do contraditório.

Afirmada determinada tese de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, os recursos extraordinários sobrestados são denegados na origem (quando as pretensões sejam dissonantes com o entendimento paradigmático) ou submetidos à conformação (pelo próprio colegiado cujo entendimento seja contrastante com a tese).

Desse modo, nas hipóteses tanto de rejeição da “repercussão geral” da controvérsia quanto de julgamento de mérito já realizado (em regime de repercussão geral), o presidente ou vice-presidente do tribunal negará seguimento ao recurso, caso esteja em desconformidade com o entendimento exarado para o respectivo tema; essa decisão monocrática é passível de agravo interno, mas, se mantida, não comporta agravo dirigido ao Supremo Tribunal Federal (art. 1.042, do CPC). Por outro lado, caso o presidente ou vice-presidente do tribunal considere que o acórdão recorrido diverge do entendimento do Supremo Tribunal Federal, os autos serão enviados ao órgão fracionário para “juízo de retratação”; caso não seja alterado o entendimento, o recurso extraordinário deverá ser processado (art. 1.030, I, “a” II, V, “a”, “c”, §§ 1º, 2º), submetendo-se a primeiro juízo de admissibilidade.

Ilustrando a ênfase dada pelo Supremo Tribunal Federal ao juízo de conformação, recorde-se que os próprios tribunais de origem têm sido considerados competentes prioritários para *conformar* os entendimentos, ainda que o recurso extraordinário já tenha subido (hipótese de devolução dos autos).

⁹⁸ Ressalvada a hipótese de “eficácia apenas para o caso concreto”, ainda que haja a confirmação plenária (virtual) da decisão monocrática do relator denegatória da repercussão geral (art. 326, §§ 1º e 2º, do RISTF, com redação dada pela ER n. 54/2020). O mecanismo visa a ratificar a negativa de repercussão geral inicialmente constatada pelo relator, respeitando-se o quórum qualificado previsto na Constituição Federal. No entanto, pelo caráter “*sui generis*” da negativa “individualizada” de repercussão geral, não se restringem futuros recursos com base nesse entendimento, ainda que “ratificado”.

A aptidão para produzir efeitos que se espraíem sobre outros processos com idêntica controvérsia, a partir da fixação de tema de repercussão geral ou da negativa de sua configuração, corresponde a uma eficácia “instrumental” (ou “executiva”), adotando-se por empréstimo a terminologia utilizada pelo Supremo Tribunal Federal para designar o “efeito vinculante, consistente em atribuir ao julgado uma qualificada força impositiva e obrigatória” (no controle concentrado de constitucionalidade).⁹⁹

A eficácia instrumental do julgamento de repercussão geral não afeta os processos com decisões imunizadas pela coisa julgada ou, ainda antes do trânsito em julgado, quando não haja a interposição de recurso extraordinário que permita a incidência do efeito conformativo.¹⁰⁰ Em outras palavras, a eficácia da decisão do Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral, não produz a reforma automática, nem porta efeito rescisório análogo, de decisões anteriores firmadas com entendimento contrastante à tese fixada.

Além disso, o Supremo Tribunal Federal pode modular os efeitos de incidência da tese de repercussão geral, emprestando, novamente, técnica inerente ao controle concentrado de constitucionalidade, agora expressamente prevista no Código de Processo Civil: “na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica” (art. 927, § 3º).

⁹⁹ Nesse sentido, confira-se o ilustrativo excerto: “a sentença do STF que afirma a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo gera, no plano do ordenamento jurídico, a consequência (= eficácia normativa) de manter ou excluir a referida norma do sistema de direito. Dessa sentença decorre também o efeito vinculante, consistente em atribuir ao julgado uma qualificada força impositiva e obrigatória em relação a supervenientes atos administrativos ou judiciais (= eficácia executiva ou instrumental), que, para viabilizar-se, tem como instrumento próprio, embora não único, o da reclamação prevista no art. 102, I, “I”, da Carta Constitucional. A eficácia executiva, por decorrer da sentença (e não da vigência da norma examinada), tem como termo inicial a data da publicação do acórdão do Supremo no Diário Oficial (art. 28 da Lei 9.868/1999). É, conseqüentemente, eficácia que atinge atos administrativos e decisões judiciais supervenientes a essa publicação, não os pretéritos, ainda que formados com suporte em norma posteriormente declarada inconstitucional. Afirma-se, portanto, como tese de repercussão geral que a decisão do STF declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das sentenças anteriores que tenham adotado entendimento diferente; para que tal ocorra, será indispensável a interposição do recurso próprio ou, se for o caso, a propositura da ação rescisória própria, nos termos do art. 485, V, do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (CPC, art. 495). Ressalva-se desse entendimento, quanto à indispensabilidade da ação rescisória, a questão relacionada à execução de efeitos futuros da sentença proferida em caso concreto sobre relações jurídicas de trato continuado” – STF, Pleno, RE n. 730.462/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 28.5.2015, DJe 9.9.2015, excerto do voto do relator.

¹⁰⁰ Admitem-se também, se for o caso, embargos de declaração com efeitos infringentes para modificar o entendimento que não tenha observado o entendimento do Supremo Tribunal Federal (arts. 489, § 1º, VI, VI, art. 1.022, II, parágrafo único, II, do CPC).

A modulação temporal dos efeitos, em sede de repercussão geral, tem sido crescente no Supremo Tribunal Federal, o que se justifica especialmente à luz do tempo de espera de julgamento dos casos paradigmáticos e da indefinição de um prazo legal “próprio”.¹⁰¹

Essa circunstância ressalta tanto a tendência de objetivação do controle difuso de constitucionalidade quanto a utilização do regime de repercussão geral como ferramenta de gestão de processos repetitivos, hipótese não abarcada originariamente pela norma constitucional (art. 102, § 3º). A propósito, a modulação temporal de efeito dependerá de quórum qualificado de dois terços em processos de repercussão geral, a exemplo das disposições normativas para as ações de controle concentrado (art. 27 da Lei n. 9.868/1999)¹⁰² e para o próprio reconhecimento da repercussão geral.¹⁰³

A princípio, a modulação temporal de efeitos é definida por ocasião do próprio julgamento do tema de repercussão geral, mas, inexistindo manifestação expressa no ponto, deve-se garantir a participação dos jurisdicionados afetados pelo paradigma, exatamente em razão do interesse em suscitar a flexibilização eficaz da decisão, por imperativo de interesse social ou de segurança jurídica, em especial nas hipóteses de alteração de jurisprudência dominante (art. 927, § 3º, do CPC). Contudo, por ora, o Supremo Tribunal Federal tem inadmitido o ingresso desses jurisdicionados nos processos paradigmáticos, como intervenientes portadores de legitimidade recursal para a oposição de embargos de declaração que visem a suscitar a questão de ordem relativa à eficácia da decisão ou, quando já aberta a via integrativa, para figurarem como “intervenientes

¹⁰¹ O Supremo Tribunal Federal considera “impróprio” (sem repercussão prática) o prazo de um ano disposto no art. 1.035, § 9º, do Código de Processo Civil, pois “a realidade presente demonstrou a impossibilidade de concretização da dinâmica pretendida ante a enorme quantidade de processos que pendem de análise [...] inviabilizando o seu julgamento no prazo fixado” – STF, Pleno, RE n. 860.631/SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. 2.8.2019, DJe 21.8.2019.

¹⁰² “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

¹⁰³ Por ocasião do julgamento do RE n. 586.453/SE, cite-se excerto de pronunciamento do Min. Celso de Mello: “é indubitável, no entanto, que o mecanismo da repercussão geral mostra-se relevante nesse processo de crescente objetivação do recurso extraordinário” – STF, Pleno, RE n. 586.453/SE, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ acórdão Min. Dias Toffoli, j. 20.2.2013, DJe 5.6.2013. E, na mesma, oportunidade, o Supremo Tribunal Federal resolveu questão de ordem para firmar a “a tese da necessidade do quórum qualificado de 2/3 [dois terços] para modulação de efeitos em processos de repercussão geral, tal como existe para as ações objetivas”.

adesivos” dos processos, modalidade por enquanto invocada genericamente sob a figura do “amicus curiae”.¹⁰⁴

Retomando crítica anterior, a inadmissão genérica de interessados (jurisdicionados afetados pela decisão de repercussão geral), à míngua de disciplina legal que garanta a efetiva oportunidade de participação, esclarece um baixo grau de dialeticidade processual, com prejuízo, portanto, ao contraditório adequado ao âmbito da litigiosidade repetitiva.

Essa inadmissão implica grave obstáculo a que os interessados aduzam aspectos concretos inerentes à realidade dos bens jurídicos envolvidos, ponderando-se as consequências da adoção ou não da técnica de modulação temporal e seus respectivos termos ou marcos temporais, conforme as vicissitudes possíveis.¹⁰⁵ Na verdade, a modulação temporal dos efeitos da decisão deveria constituir questão da alçada ordinária dos tribunais brasileiros, à luz da evidente circunstância de o Supremo Tribunal Federal não deter condições de examinar, caso a caso, as diversas vicissitudes abrangidas.

De modo coerente com o próprio raciocínio adotado pelo Supremo Tribunal Federal quanto à primazia do juízo de conformação nas instâncias ordinárias, já tratado em tópico anterior, a modulação de efeitos aplicada pelas cortes superiores não deve[ria] impedir *per se* que o tribunal de origem, considerando as circunstâncias concretas e os bens jurídicos envolvidos, aplique modulação temporal específica, ainda que contrastante

¹⁰⁴ Nesse sentido, considera-se que “não é devido o ingresso em feito, na qualidade de terceiro interveniente, após a ocorrência do julgamento do mérito do recurso extraordinário, sob a sistemática da repercussão geral. Ademais, a existência de embargos declaratórios com pleito de atribuição de efeitos infringentes e de modulação de efeitos não gera excepcionalidade à jurisprudência do STF. Não há direito subjetivo à figuração em feito na qualidade de *amicus curiae*, sendo o crivo do Relator caracterizado por um juízo não só de pertinência e representatividade, mas também de oportunidade e utilidade processual. Após julgado o mérito de repercussão geral e fixada súmula de julgamento com eficácia no sistema de precedentes obrigatórios, mostra-se pouco eficaz os subsídios instrutórios e técnicos a serem apresentados pela parte Agravante [interessado interveniente]. O advento do novo CPC não possui aptidão para alterar a jurisprudência do STF quanto à negativa de participação depois do julgamento de mérito, pois é inviável equiparar a figura do *amicus curiae* a do assistente, pois somente a este é possível a admissão em qualquer procedimento e em todos os graus de jurisdição, recebendo o processo no estado em que se encontre. Arts. 119, parágrafo único, e 138 do CPC” – STF, Pleno, RE n. 593.849-AgR/MG, Rel. Min. Edson Fachin, j. 22.9.2017, DJe 2.10.2017. Divergiu, na ocasião, o Min. Marco Aurélio, que considerou viável a admissão do “terceiro interessado após o julgamento do mérito do extraordinário [...] como *amicus curiae* no processo, recebendo-o no estágio em que se encontra”. A respeito, observem-se as críticas realizadas em tópico anterior: “a participação de interessados (pessoas físicas ou jurídicas parciais) na hipótese de repercussão geral deveria constituir uma intervenção *sui generis*, a ser disciplinada *de lege ferenda*. Por exemplo, mediante ‘participação adesiva’ às razões aduzidas pelas partes com as quais se pretenda colaborar, sob a forma de articulados agregados”.

¹⁰⁵ A título ilustrativo, imagine-se a hipótese de credor de prestação pecuniária periódica, que receba a quantia há vários anos, desde a concessão de tutela de urgência lastreada em jurisprudência dominante dos tribunais superiores, cujo entendimento seja posteriormente modificado pelo Supremo Tribunal Federal, que, negando a modulação temporal dos efeitos, desconsidere tal circunstância concreta.

com a modulação inicialmente definida em caráter geral. Trata-se de proposta *de lege ferenda* que parece ser de fundamental importância para garantir a efetividade da tutela jurisdicional, que é inafastável à realidade sensível dos fatos submetidos ao exame judiciário.

A própria repercussão geral do recurso extraordinário, como tem sido afirmado, sinaliza a crescente objetivação do controle de constitucionalidade, sob justificativas pragmáticas relativas ao volume de processos; significa afirmar que as cortes superiores estão cada vez mais preocupadas com as “teses” jurídicas, não com os “casos”, imputando-se o zelo pela “justiça concreta” às instâncias ordinárias. E justamente para a atuação “concreta” dessa justiça, no âmbito brasileiro, circunscrita à alçada dos tribunais locais, deve-se estabelecer *de lege ferenda* a competência para as cortes de origem equacionarem os limites temporais da tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, conforme as particularidades concretas.

Afinal, é no processo intersubjetivo que a argumentação jurídica se aperfeiçoa à inteireza para as partes afetadas, ainda que futura tese sobre o tema controvertido possa ser fixada como padrão decisório. Em outras palavras, a “observância do padrão decisório” (*em abstrato*) não é incompatível com a modulação temporal (*em concreto*) da tese quanto aos casos julgados pelos tribunais. Não se excluem, porém, instrumentos de eventual revisão pelas cortes superiores, à guisa do próprio escopo da reclamação constitucional (não necessariamente com igual disciplina), quando se considere que a modulação temporal aplicada na instância ordinária possa “desafiar” a autoridade da decisão superior.

32.2 Mecanismos de distinção de casos

A doutrina do *stare decisis*, cujos ideais de previsibilidade, estabilidade, eficiência e igualdade têm influenciado a adoção de sistemas de “precedentes vinculantes” também em países de tradição de *civil law*, tem como premissa fundamental a necessidade de tratamento uniforme de casos similares: “treat like cases alike”.¹⁰⁶ Não significa, porém, a incidência automática e mecanizada do padrão decisório aos casos concretos sem que

¹⁰⁶ Utilizando a expressão para reportar a “força gravitacional” dos precedentes, que se deduz da necessidade de tratamento uniforme dos casos na medida de suas similaridades. Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 176.

exista, antes, um controle [prévio] da aplicação do precedente. Nos próprios países de *common law*, o precedente constitui, acima de tudo, um *principium*.¹⁰⁷

Com o propósito de evitar a reprodução em escala dos precedentes judiciais, sem que haja o adequado enquadramento comparativo dos substratos fático-jurídicos da hipótese paradigmática e do caso concreto, concebe-se tradicionalmente, na *common law*, uma técnica de distinção de casos (“distinguishing” ou “distinguish”). Desse cotejo, entre a “integralidade de pelo menos duas situações fáticas (a já julgada e a que está sob julgamento), o julgador estabelece a relação de precedente aplicável ou não ao caso concreto”.¹⁰⁸ Logo, a aplicação do “distinguishing” visa a um cotejo analítico que culminará ou não na incidência do entendimento paradigmático, conforme haja correspondência entre os substratos fático-jurídicos das espécies vinculante e concreta.¹⁰⁹ Em síntese, a técnica do “distinguishing” permite ao julgador identificar a existência de subsunção entre o caso concreto e o paradigma vinculante.¹¹⁰

O fato de o precedente impactar, por sua vinculatividade, a tomada de decisão dos órgãos jurisdicionais não significa uma *obligatoriedade* irrestrita e ilimitada. Dentre as próprias jurisdições filiadas à *common law*, observa-se uma maior ou menor tendência à adoção dos padrões decisórios vinculantes, mas nem por isso se aponta uma supressão do *stare decisis* ou a inibição da autoridade dos precedentes ou dos tribunais respectivamente competentes.¹¹¹ A técnica do “distinguishing”, assim, constitui método que, a par de

¹⁰⁷ RE, Edward. *Stare decisis*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. In *Revista de Processo*. v. 73, p. 47-57. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 48.

¹⁰⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade...* p. 135.

¹⁰⁹ Aliás, por esse motivo parcela da doutrina prefere classificar dois aspectos ou acepções da técnica de distinguish, classificando-os como método (“distinguish-método”) e como resultado (“distinguish-resultado”), quando se infira, no segundo caso, a diferenciação das espécies cotejadas que conclua pela inaplicabilidade do precedente. Por todos, cf. DIDIER Jr. Fredie. *Curso de direito processual civil: v. 2*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 454.

¹¹⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. *O precedente judicial como fonte do direito...* p. 174.

¹¹¹ “A precedent may be a guide to action, but decision-makers do not always accept the guidance. Moreover, expectations that decision-makers will accept the guidance tend to vary from one adjudicative system to the next. Such variance is obvious even among common-law jurisdictions: traditionally, for example, lower court judges in the United States have, for a variety of reasons, been far more willing than have their English counterparts not to follow a precedent, even when it is not within their power to overrule it. When judges seem quite comfortable declining to heed precedent, it is no surprise to find legal theorists arguing that *stare decisis* has little constraining power. That judges often will not follow, and will be entirely within their rights not following, precedents can make it seem odd (even if not technically incorrect) to talk of a doctrine of *binding* precedent. It would be a mistake, nevertheless, to think that the judicial capacity to act appropriately by not following a precedent necessitates the conclusion that precedents are a weak form of authority. Just as judges might be acting appropriately, so too they might be acting inappropriately, in not following a precedent: the precedent, that is, might be soundly decided and on all fours with the case at hand,

conferir uma flexibilidade de justa [ou concreta] medida do precedente, evita a estagnação decisória nos sistemas jurisdicionais.¹¹² Esse “controle concreto” da obrigatoriedade do precedente é condição *sine qua non* para a estabilidade dinâmica da própria atividade jurisdicional e, conseqüentemente, para a higidez do sistema de justiça.¹¹³

Nesse contexto, além do mecanismo de distinção de casos (“distinguishing”), outros dois conceitos são fundamentais para garantir a organicidade de todo sistema de precedentes vinculantes: (i) “ratio decidendi” ou “holding”, que constitui a própria *razão de decidir* do julgado paradigmático;¹¹⁴ e (ii) “obiter dictum” ou “consideração marginal ao caso”, que corresponde aos *elementos adjacentes* à decisão, ou seja, não esteiam o julgado e, portanto, não vinculam.¹¹⁵ Os *obiter dicta*, embora não se confundam com a “ratio

so that there is no good reason for a court to avoid following it. A precedent might inhibit, furthermore, even where it is not followed” – DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent...* p. 111-49.

¹¹² Ibidem, p. 117.

¹¹³ “There are many reasons for not following precedents. Unswerving adherence to precedents might be indicative of a judge's lack of courage, maturity, initiative, industry or sound judgment. [...] The primary objective of the court which produced the precedent was to decide a dispute, not issue an edict which later courts can readily identify and accept; and so, even when a precedent is followed, the judges who follow it know that they must do much of the working out of principle for themselves. In some areas of law, the implicit understanding might well be that decision-makers do not simply seek a precedent. This is classically understood to be the case in US constitutional law, where the Supreme Court takes a more relaxed approach to stare decisis than do American courts when dealing with most non-constitutional matters; similarly, in US administrative law it is broadly recognized that an administrative agency should be free to consider a problem in its fullness, as it were, without being constrained by its own or another agency's prior handling of the matter. Sometimes it will be the case not only that precedents are not followed, but that there is no great expectation that they be followed” – Ibidem, p. 150-83.

¹¹⁴ Cf. MACÊDO, Lucas Buril de. *Contributo para a definição de ‘ratio decidendi’ na teoria brasileira dos precedentes judiciais*. In *Revista de Processo*. v. 234, p. 303-27. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. “La ricerca della *ratio decidendi* o ‘regola base’ della decisione consiste soprattutto nella ricerca dei fatti rilevanti ai fini della pronuncia: poiché è il caso il presupposto essenziale della decisione, se gli elementi del caso non emergono sarà difficile cogliere il senso del provvedimento e, quindi, solo impropriamente la sentenza potrà essere considerata quale precedente e solo approssimativamente essa potrà essere massimata” – BONINI, Roberta S. *Rinunciabilità dell’effetto risolutivo: un principio da ridimensionare*. Pisa: Edizioni ETS, 2017, p. 24.

¹¹⁵ “Para a teoria do precedente, a *ratio decidendi* é a porção de um julgado, extraída do caso concreto, que vincula os demais órgãos judiciais. A sua definição pressupõe a plena verificação dos fatos juridicamente relevantes para a causa, da questão de direito que eles colocam, bem como o exame dos fundamentos utilizados pelo tribunal para decidir o caso concreto. A partir desses elementos, produz-se a descrição dos motivos que determinaram a decisão do tribunal naquele caso. É justamente esta descrição que vinculará o julgamento de casos futuros. O *obiter dictum* indica a discussão de questão não indispensável para se chegar à solução do caso concreto, como eventuais opiniões manifestadas pelos membros do tribunal, fundamentos não acolhidos pela maioria ou afirmações sobre matérias ligadas ao tema, mas prescindíveis para o desfecho da causa. Tudo isto constitui considerações à margem das questões de direito efetivamente postas pela demanda e, por isso, não vinculam as demais instâncias. [...] Uma vez proferida uma decisão e, portanto, uma vez gerado um precedente vinculante, compete aos juízos vinculados interpretá-lo e aplicá-lo aos novos casos semelhantes – desde que sejam efetivamente semelhantes. Assim, caberá aos juízos vinculados produzir a primeira interpretação do precedente gerado pela corte vinculante (de sua *ratio decidendi*), bem como confrontar a causa que gerou o precedente com o novo processo que têm em mãos, para aferir se constituem casos idênticos ou não. Com esse objetivo, as instâncias vinculadas identificarão os fatos relevantes de cada caso, as questões jurídicas que suscitam e os fundamentos utilizados para decidir a primeira causa. E

decidendi”, podem ser importantes para compreender a interpretação jurídica adotada pelos tribunais quanto a determinados temas e, por isso, podem identificar “insights” sobre argumentos indicativos e significativos de futuras orientações e tendências.¹¹⁶

Conforme tem sido destacado ao longo do estudo, a observância do contraditório representa condição indeclinável tanto para a formação quanto para a aplicação dos julgados paradigmáticos com aptidão à eficácia vinculante. O efetivo controle do mecanismo de aplicação dos precedentes depende, evidentemente, de motivação adequada.¹¹⁷ A propósito, não se considera adequadamente motivada a decisão (i) que se limite a invocar precedente “sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”; ou (ii) que deixe de seguir “precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do seu entendimento” (art. 489, § 1º, V, VI, do CPC). A hipótese de omissão decisória quanto ao cotejo entre paradigma e caso concreto comporta embargos de declaração (art. 1.022, II, parágrafo único, II).

A problemática relativa à correspondência entre paradigmas e casos concretos, a fim de aferir a efetiva aderência entre soluções decisórias, constitui uma das questões mais intrincadas do novo regime de “precedentes vinculantes” formatado pelo Código de Processo Civil, que se mostra em vários aspectos “disfuncional e poderia ser aperfeiçoado,

avaliarão se tais fundamentos são suficientes para solucionar a nova causa. Quando os fatos juridicamente relevantes são diferentes e impõem a apreciação de uma questão de direito diversa, o precedente não se aplica. Trata-se de caso de distinção” – GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade...* p. 141-3. Acerca da relevância do exame contrastante entre *ratio decidendi* e *obiter dicta* para a aferição do “valore del precedente giudiziario”, cf. GORLA, Gino [*Raccolta di saggi sull’interpretazione e sul valore del precedente giudiziario in Italia*. In *Quaderni del Foro italiano*. v. 89, n. 9. Roma: Società Editrice Il Foro Italiano, 1966] apud CHIARLONI, Sergio. *Efficacia del precedente giudiziario e tipologia del contrasti di giurisprudenza*. In *Revista de Processo*. n. 229, p. 403-32. São Paulo: Revista de Processo, 2014.

¹¹⁶ “Os *obiter dicta* podem ser importantes para indicar como o tribunal decidirá casos futuros que tenham relação com aquele em exame; contêm *insights* importantes sobre argumentos que não foram acolhidos pela maioria hoje, mas que podem vir a ser adotados no futuro; sugerem a direção em que determinada questão de direito será desenvolvida pelos tribunais. Podem ter, por isso, considerável importância para a argumentação e para a fundamentação de decisões judiciais, mas os demais órgãos julgadores não estão obrigados a segui-los” – GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade...* p. 142.

¹¹⁷ “É na fundamentação da decisão judicial, portanto, que se fará a distinção entre o precedente e o novo caso sob julgamento, de forma a assegurar que os padrões decisórios só sejam aplicados a casos aos quais se ajustem. E vem daí a relevância de se examinar como se manifestará o princípio do contraditório quanto ao ponto. Afinal, o contraditório não deve ser observado apenas quando da formação, mas também quando da aplicação dos padrões decisórios dotados de eficácia vinculante. A ligação que aqui se afirma entre a exigência de que a distinção seja apresentada na fundamentação da decisão e a necessidade de observância do contraditório resulta da inequívoca ligação entre o princípio do contraditório e o princípio da fundamentação das decisões judiciais” – CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério...* p. 288-9.

utilizando técnicas melhores e mais prudentes” à luz do contraditório efetivo.¹¹⁸ A principal problemática na aplicação dos precedentes refere-se justamente ao caráter argumentativo envolvido na distinção de casos, dependente de mecanismos viabilizadores da plena participação dos sujeitos processuais, permitindo, inclusive, a compatibilização do sistema de precedentes com a própria dinâmica do direito, o que inclui uma percepção ativa da *ratio decidendi* pela atividade interpretativa dos julgadores.¹¹⁹

Ressaltando a insuficiência dos atuais mecanismos *de lege lata*, o Código de Processo Civil trata da distinção de casos, além do já mencionado art. 489, § 1º, V, VI, apenas quando prevê “requerimento” específico como expediente hábil para afastar o sobrestamento processual no órgão de origem, hipótese em que o interessado deve diferenciar os temas versados no caso concreto daqueles afetados ao regime de repercussão geral (art. 1.037, § 9º, do CPC). A competência e a recorribilidade quanto à apreciação do *distinguishing* dependerá, evidentemente, da instância de tramitação do feito (art. 1.037, §§ 9º a 13). Na hipótese específica de sobrestamento em fase de extraordinário, o requerimento será apreciado pelo relator do acórdão recorrido, após a oitiva da parte contrária no prazo de cinco dias, em decisão suscetível de agravo interno, dotado de efeito regressivo (art. 1.021, § 2º).

Na doutrina do *stare decisis*, reconhece-se que a efetivação do “distinguishing” não nega a autoridade ou a vinculatividade do precedente, mas apenas afasta sua aplicabilidade ao caso concreto, motivadamente em razão das circunstâncias de contraste identificadas pelos mecanismos de distinção. Nesse ponto, aliás, os “precedentes” estabelecidos pelo Código de Processo Civil denotam a característica autopoiética do regime adotado, o que condiz com o fechamento operativo do direito, conferindo tanto identidade própria ao sistema jurídico quanto permitindo a necessária interação ambiental com os demais subsistemas sociais.¹²⁰ Em outras palavras, um dos pressupostos para que sistemas de

¹¹⁸ “A garantia do contraditório não é desrespeitada na aplicação do precedente vinculante, pois foi plenamente observada no processo que gerou o precedente. E, de qualquer maneira, quanto à sua aplicação, sempre haverá contraditório posterior, com os meios de impugnação em defesa ou contrários à aplicação do precedente previsto no CPC. Reconhecemos que o tratamento do precedente vinculante, pelo Código em vigor, é disfuncional e poderia ser aperfeiçoado, utilizando técnicas melhores e mais prudentes. Mas este é outro problema, que nesta sede já foi apontado, cabendo à doutrina e à jurisprudência resolvê-lo” – GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade...* p. 154-5.

¹¹⁹ Cf. PEIXOTO, Ravi. *O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015. Uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (distinguishing) e a distinção inconsistente (inconsistent distinguishing)*. In *Revista de Processo*. v. 248, p. 331-55. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

¹²⁰ LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 82-3.

precedentes possam funcionar em ambientes jurisdicionais democráticos é a garantia de autorreferência, englobando a exigência de cotejo motivado,¹²¹ que permita câmbios efetivos na construção de *sentidos* orientados a soluções legítimas (e legitimadas) conforme as expectativas da sociedade.

A qualidade intrínseca de um regime de precedentes não se constitui apenas por características operacionais legitimantes na conformação de um paradigma, mas, também, por intermédio de mecanismos que permitam equacionar as necessidades e expectativas dos conflitos *reais* à luz da solução *ideal* engendrada pelos tribunais superiores. Caso contrário, os conflitos [da vida real] seriam precipitadamente “interiorizados” pelo “sistema de precedentes”, sem que os procedimentos dos quais resultem os paradigmas sejam socialmente reconhecidos como legitimantes na conformação das respectivas fontes de direito.¹²²

A complexidade do sistema do direito, como de qualquer outro subsistema social,¹²³ deve ser problematizada e resolvida pela comunicação,¹²⁴ o que destaca, no sistema jurisdicional, a relevância da interlocução processual e da garantia constitucional a ela inerente (contraditório).¹²⁵ O contraditório, afinal, representa um dos principais postulados do sistema do direito, responsável pela legitimação da atividade jurisdicional,

¹²¹ Cf. MACÊDO, Lucas Buri de. *O regime jurídico dos precedentes judiciais no Projeto do novo Código de Processo Civil*. In *Revista dos Tribunais*. v. 237, p. 369-401. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 376

¹²² Assim, reportando-se ao marco teórico luhmanniano, “para legitimar-se, o procedimento não pode permitir que os conflitos da vida real sejam interiorizados pelo sistema, sem perder seu caráter de conflito. Isso significa que o procedimento só acolhe determinados conflitos sob a condição de estarem previamente fadados a uma solução intrassistêmica, mesmo que tal solução não seja ‘real’, no sentido de resolver de fato o conflito. Quem perde uma ação judicial pode continuar achando que foi lesado, mas não mais pode reclamar. A decisão foi legítima sob esse prisma, porque ambas as partes estão submetidas às regras decisórias do sistema” – ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 91-2. O próprio sistema previsto pelo Código de Processo Civil pressupõe uma “interpretação construtiva do direito”, competindo ao julgador determinar o alcance do julgado paradigmático para que se concretize a própria dinâmica do direito informado pelo precedente. Cf. MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 350. No ponto, é pertinente a célebre imagem dworkiniana do “romance em cadeia”, em que o julgador é o romancista de uma obra inacabada e em contínua concepção – DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 236.

¹²³ LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade...* p. 45-6.

¹²⁴ “[...] a comunicação é o *unit act* dos sistemas sociais” – RODRIGUES, Léo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. *A sociologia de Niklas Luhmann*. Petrópolis: Vozes, 2017, p. 119-20.

¹²⁵ Para parte da doutrina, vê-se autêntica manifestação da cooperação ou “concepção comparticipativa de processo, em que todos, partes e órgão jurisdicional, atuam juntos, em simétrica paridade, sem qualquer subordinação, na construção do resultado do processo” – CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério...* p. 288-9.

que, por sua qualidade dialética, viabiliza a instância comunicativa necessária à interlocução processual.

33 Superação ou revisão do entendimento

A fixação da tese de repercussão geral ou a rejeição da repercussão geral de determinado tema pelo Supremo Tribunal Federal não deve constituir entendimento estático ou insuscetível de revisitação, sob pena de se negar a qualidade dinâmica do direito. A própria ideia de “fonte de direito” (aspecto inerente aos *precedentes vinculantes*) insere a razão comunicativa como um de seus pressupostos fundamentais, sendo o conteúdo do direito resultado de práticas construtivas e interpretativas de “formação de significados por meio da argumentação”.¹²⁶ Não se justifica, contudo, que o entendimento firmado em precedentes vinculantes seja oscilante, deixando de promover estabilidade e segurança jurídica: “if courts could overrule precedents whenever they liked it would make no sense to speak of a doctrine of *stare decisis*”.¹²⁷ A dificuldade concreta consiste em equalizar essa estabilidade sistêmica com mecanismos que assegurem, por outro lado, a abertura argumentativa que permeia todo sistema jurisdicional democrático.¹²⁸

Segundo a função constitucional das cortes superiores, o *judicial review* constitui aspecto inerente à atividade jurisdicional democrática,¹²⁹ assegurada pela manutenção de pressupostos comunicativos e de condições procedimentais de formação da opinião e da

¹²⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *O direito e a incerteza de suas fontes...* p. 306

¹²⁷ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent...* p. 117.

¹²⁸ “É incompatível com o Estado Democrático de Direito o estabelecimento de mecanismos de fechamento argumentativo capazes de levar ao engessamento da interpretação jurídica. Impende, assim, buscar encontrar no próprio ordenamento mecanismos que permitam provocar o STJ e o STF para que tenham meios hábeis a permitir a superação dos precedentes que anteriormente tenham estabelecido. Afinal, não existindo mecanismos de superação, cada um daqueles tribunais só se pronunciaria sobre cada tema uma única vez, ficando absolutamente vedado que se suscitasse a mesma matéria novamente. [...] É preciso, então, buscar no ordenamento jurídico elementos que permitam afirmar a possibilidade de se reconduzir matérias já debatidas e decididas aos tribunais de superposição, evitando-se o aqui criticado engessamento do Direito; [...] interposto recurso especial ou extraordinário contra decisão proferida em conformidade com padrão decisório estabelecido no julgamento de recursos repetitivos [ou em sede de repercussão geral], *ao fundamento de existir motivo para sua superação*, deverá o recurso excepcional ser admitido (desde que, evidentemente, todos os demais requisitos de admissibilidade tenham sido preenchidos)” – CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério...* p. 318-20. Percebe-se, assim, que o recorrente, ao invocar o *overruling*, suporta autêntico ônus argumentativo quanto à demonstração da superação ou revisão do entendimento.

¹²⁹ Cf. DIMOND, Paul R. *The Supreme Court and judicial choice: the role of provisional review in a democracy*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1989.

vontade como forma de legitimação do direito, à luz do ideal de democracia deliberativa¹³⁰ e de justiça.¹³¹ Na própria doutrina do *stare decisis*, não há uma “obediência cega a decisões passadas”, permitindo-se que “os tribunais se beneficiem da sabedoria do passado, mas rejeitem o que seja desarrazoado ou errôneo”.¹³² Assim, “o precedente mudará previsivelmente quando o legislador mudar a lei sobre a qual o precedente se baseia, quando o tempo e a evolução cultural requererem, ou quando a filosofia jurídica da maioria da Corte, com autoridade para o precedente aplicável, mudar”.¹³³ Portanto, a previsibilidade inerente ao regime de precedentes vinculantes não inibe a evolução jurídica nem a dinâmica do direito.¹³⁴

A superação ou revisão do entendimento compatibiliza-se com a exigência democrática de que as fontes de direito resultem da prática discursiva. Na hipótese de insubsistência [superveniente] argumentativa do precedente, a aplicação da denominada técnica de *overruling* justifica-se tanto sob aspectos *formais* quanto *substanciais* e de *segurança jurídica*.¹³⁵

¹³⁰ HABERMAS, Jürgen. *Três modelos de democracia*. Trad. Gabriel Cohn e Álvaro de Vita. In *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*. n. 36, p. 39-53. São Paulo: Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, 1995, p. 51. “O princípio da democracia não deve apenas estabelecer um processo legítimo de normatização, mas também orientar a produção do próprio *medium* do direito. Na visão do princípio do discurso, é necessário estabelecer as condições às quais os direitos em geral devem satisfazer para se adequarem à constituição de uma comunidade de direito e possam servir como *medium* da auto-organização desta comunidade. Por isso, é preciso criar não somente o sistema dos direitos, mas também a *linguagem* que permite à comunidade entender-se enquanto associação voluntária de membros do direito iguais e livres” – Idem, *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 143.

¹³¹ “[...] o paradigma do direito é o processual, de modo que a legitimidade seja eficiência, estabilizando-se a tensão entre eficácia e vigência. [...] No caso de Habermas, poderíamos acrescentar que justiça é a liberdade de deliberar”, viabilizando-se “pelas ‘regras do jogo’ procedimentalmente entendidas” – ENCARNAÇÃO, João Bosco da. *Filosofia do direito em Habermas: a hermenêutica*. Taubaté: Cabral Editora Universitária, 1997, p. 195-7.

¹³² RE, Edward. *Stare decisis*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. In *Revista de Processo*. v. 73, p. 47-57. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 51.

¹³³ COLE, Charles D. *Stare decisis na cultura jurídica dos Estados Unidos...* p. 21.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 20-1.

¹³⁵ Nesse sentido, “a justificação para a superação dos precedentes precisa levar em conta três diferentes aspectos: 1) o substancial, o tribunal precisa demonstrar que a *ratio decidendi* em voga causa injustiças ou é inadequada, e que determinado princípio determina sua mudança por uma norma que demonstre ser mais adequada ou justa para a situação; 2) o formal, o tribunal precisa demonstrar que as razões substanciais para a mudança superam as razões formais para a continuidade, isto é, que é mais importante a prevalência do princípio material do que do *stare decisis*; 3) o da segurança na mudança, aspecto final, que consiste na proteção da confiança legítima, ou seja, depois de o tribunal posicionar-se pela necessidade de mudança, deve passar a se preocupar com a proteção dos jurisdicionados que atuaram com expectativa legítima na aplicação dos precedentes, seja determinando um regime de transição ou aplicando o *prospective overruling*” – MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil...* p. 397-8.

Além da possibilidade de revisão ou modificação do entendimento pelo próprio órgão responsável pela enunciação do precedente, outra técnica difundida na doutrina do *stare decisis* corresponde à hipótese de superação antecipada (“anticipatory overruling”), que consiste, basicamente, em uma “revogação profilática” pelos órgãos inferiores à luz da [alta] probabilidade de a própria corte superior, da qual emanou o precedente, vir a revisar ou modificar o entendimento firmado.¹³⁶ Esse mecanismo tem caráter excepcional e não autoriza, assim, ilegítima “esquiva para os juízos inferiores deixarem de seguir os pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal”.¹³⁷

Importante observação refere-se à recorribilidade da inadmissão do recurso extraordinário que argua o *overruling*, conforme interpretação sistemática dos dispositivos legais e regimentais aplicáveis (arts. 1.035-41 do CPC e arts. 322-9 do RISTF). Interposto o recurso extraordinário, o primeiro juízo de admissibilidade, realizado pelo presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido, não perscruta a adjetivação em si da repercussão geral alegada pelo interessado. A prelibação originária atém-se aos demais requisitos de admissibilidade recursal. Nas hipóteses tanto de rejeição da “repercussão geral” da controvérsia quanto de julgamento de mérito já realizado (em regime de repercussão

¹³⁶ Trata-se de técnica que, na origem, começou a ser empregada pelas cortes de cassação norte-americanas, ao “preverem” ou “anteciparem” que a Suprema Corte deixaria de seguir algum ou alguns de seus precedentes (“anticipatory overruling”). “The device of anticipatory overruling has been used by courts of appeals for a number of stated reasons, among them: belief that the precedent has been eroded (but not overruled) by subsequent Supreme Court decisions; perception of a trend in Supreme Court decisions toward another rule; and awareness that the Supreme Court has indicated in other opinions that it is awaiting an appropriate case as a vehicle for overturning the precedent. Other reasons, employed in combination with these, include: the likelihood that changes in Supreme Court membership or in particular Justices' views will result in the overturning of the precedent; a sense that the Supreme Court may have erred or been misled in the earlier decision and therefore would decide differently now; and the experience of the Supreme Court and other courts in practical application of the precedent” – KNIFFIN, Margaret N. *Overruling Supreme Court precedents: anticipatory action by United States courts of appeals*. In *Fordham Law Review*. v. 51, p. 53-89. New York: Fordham University, 1982, p. 53-4. Cf. SARTOR, Giovanni. *Precedente giudiziale*. In *Contratto e impresa*. v. 4-5/1995, p. 1.300-55. Padova: Cedam, 1995, p. 1.345-6; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 409.

¹³⁷ “Impõe-se deixar claro que se trata de uma exceção do sistema. Portanto, bem fundamentada a razão para a não adoção da tese anteriormente fixada pela Corte Superior brasileira e procedida a superação antecipada pelo juízo de origem, o entendimento exarado no acórdão do órgão *a quo* estará em conflito com o posicionamento do STF. Desse modo, negado o juízo de retratação pelo órgão fracionário julgador no tribunal recorrido, oportunizado diante de eventual interposição de recurso extraordinário, mantendo-se o acórdão divergente em relação à tese fixada pelo STF, a impugnação deve ser encaminhada ao respectivo Tribunal Superior, por força do disposto no artigo 1.030, V, ‘c’, do CPC/2015. No caso do recurso extraordinário, interposto em face do pronunciamento que contrarie súmula ou jurisprudência dominante do STF, existe a presunção absoluta de presença do requisito da repercussão geral. A impugnação ascenderá ao Supremo e o presidente, vice-presidente, ou relator do recurso extraordinário, antes de exercer suas prerrogativas de aplicar a tese já firmada sobre a matéria impugnada, poderá suscitar, mediante questão de ordem, a revisão do entendimento estabelecido anteriormente que esteja desgastado” – MATTA, Darilê Marques da. *Repercussão geral no Supremo Tribunal Federal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2018, p. 293-4.

geral), o presidente ou vice-presidente do tribunal negará seguimento ao recurso, caso esteja em desconformidade com o entendimento exarado para o respectivo tema; essa decisão monocrática é passível de agravo interno, mas, se mantida, não comporta agravo dirigido ao Supremo Tribunal Federal (art. 1.042 do CPC).¹³⁸

Contudo, caso exista capítulo recursal fundamentado em *overruling*, acompanhado da desincumbência do respectivo ônus argumentativo (aspectos extrínsecos de admissibilidade do recurso), a presidência ou vice-presidência do tribunal *a quo* não deve negar seguimento ao extraordinário, a fim de preservar a própria competência do Supremo Tribunal Federal (corte responsável pela enunciação do precedente que se almeja superar) para a revisitação de seu entendimento.¹³⁹ Na hipótese de interposição de agravo interno contra a negativa de seguimento do recurso extraordinário interposto sob a arguição de *overruling*, se a decisão monocrática for colegiadamente mantida, caberá [um novo] recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, com fundamento na violação à sua competência constitucional (art. 102).¹⁴⁰ Afinal, também a recorribilidade se compreende como aspecto inerente ao “giudizio dialettico che definisce la controversia organizzata nel contraddittorio processuale”.¹⁴¹

¹³⁸ Caso o presidente ou vice-presidente do tribunal considere que o acórdão recorrido diverge do entendimento do Supremo Tribunal Federal, os autos serão enviados ao órgão fracionário para “juízo de retratação”; caso não seja alterado o entendimento, o recurso extraordinário deverá ser processado (art. 1.030, I, “a” II, V, “a”, “c”, §§ 1º e 2º, do CPC).

¹³⁹ Comparativamente com a técnica do *distinguishing*, observe-se que situação de equívoco na aplicação do tema de repercussão geral pode ser levada ao Supremo Tribunal Federal, em tese, pela estrita via da reclamação constitucional (art. 102, I, “I”, da CF; art. 988, II, § 5º, II, do CPC), que não constitui sucedâneo recursal (ao agravo do art. 1.042), mas, sim, via impugnativa autônoma com fundamentação vinculada ao pressuposto constitucional de cabimento (na espécie, “garantia de autoridade das decisões” do Supremo Tribunal Federal). Do mesmo modo, a subsistência da negativa de processamento *a quo* do extraordinário que argua *overruling* comporta excepcionalmente a via da reclamação, agora, sob o fundamento do art. 988, I, do CPC “para preservar a competência” do Supremo Tribunal Federal (art. 102 da CF).

¹⁴⁰ No mesmo sentido, cf. MATTA, Darilê Marques da. *Repercussão geral no Supremo Tribunal Federal...* p. 296-8; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério...* p. 325-8. “A função de guarda da Constituição da República é, pois, atribuída ao STF pelo *caput* do seu art. 102. É preciso, então, considerar que o Supremo foi criado ‘para assegurar a supremacia da Constituição’. E no exercício desta função deve caber a este tribunal o papel de *reinterpretar* normas constitucionais sempre que presentes os requisitos que justifiquem mudanças de orientação” – *Ibidem*, p. 324-4.

¹⁴¹ “La possibilità di impugnare sempre e in ogni tempo la decisione giudiziaria è la conferma giuridica di una questione filosofica che riguarda l’inconclusività e la problematicità di ogni giudizio dialettico che definisce la controversia organizzata nel contraddittorio processuale. L’atto del giudicare è un atto limitato e riformabile di mediazione che, per sua stessa natura, si qualifica nella ripartizione di ciò che distingue le opposte pretese controverse e nel riconoscimento del processo di tensione unificante che le accomuna” – MORO, Paolo. *Sul valore topico del precedente giudiziale*. In *Res iudicata. Figure della positività giuridica nell’esperienza contemporanea*. p. 177-208. Coords. Claudio Sarra e Daniele Velo Dalbrenta. Padova: Padova University Press, 2013, p. 185.

A superação de um entendimento dominante firmado pelos tribunais superiores remete ao lado oposto da previsibilidade (“standards of social congruence”) e da estabilidade (“systemic consistency”)¹⁴² objetivados pela adoção de um regime de precedentes vinculantes. Quando o jurisdicionado, diante de uma pretensão resistida, promove sua demanda sob a [legítima] expectativa do entendimento uniforme sobre determinada questão jurídica, *confia* na estabilidade do sistema do direito como promotor de igualdade na solução das controvérsias (“treat like cases alike”).

Nessas circunstâncias, a *surpresa* ocasionada pela guinada do entendimento anteriormente consubstanciado pelo paradigma não deveria portar todos os drásticos efeitos consequentes, tanto em relação à própria eficácia instrumental da nova decisão paradigmática quanto aos efeitos decorrentes da *inesperada* sucumbência. Um dos aspectos fundamentais da garantia do contraditório é a vedação de “decisões-surpresa”, o que compreende, extensivamente, a vedação do “precedente-surpresa”. Esse é um dos aspectos que justifica, inclusive, a modulação temporal prevista no art. 927, § 3º, do Código de Processo Civil: “na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”.

Apesar dessa previsão legal, a adoção *de lege ferenda* da proposta apresentada em tópico anterior, relativa à modulação temporal de efeitos como veículo de “justiça concreta” promovida pelas instâncias ordinárias, seria de grande importância para o aprimoramento da dialeticidade processual também nas hipóteses superação ou de revisão do entendimento firmado em sede de repercussão geral. Considerando que não compete ao Supremo Tribunal Federal examinar, caso a caso, as diversas vicissitudes abrangidas nos processos singulares, o julgamento da repercussão geral não deveria *per se* obstaculizar a análise concreta pelo Poder Judiciário, perante as instâncias ordinárias.

Se o próprio regime de repercussão geral do recurso extraordinário não impede a primazia do juízo de conformação nas instâncias ordinárias, a modulação de efeitos aplicada pelo Supremo Tribunal Federal (art. 927, § 3º, do CPC) não deveria impedir que o tribunal de origem, considerando as circunstâncias concretas e os bens jurídicos

¹⁴² Cf. EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988, p. 105-6.

envolvidos, aplicasse modulação temporal específica, ainda que contrastante com a eficácia instrumental definida em caráter geral. Em outras palavras, ainda que o Supremo Tribunal Federal não estabeleça um “prospective overruling”¹⁴³ de caráter geral, os tribunais ordinários, *de lege ferenda*, ao definirem os limites temporais da tese de repercussão geral revisitada, podem entender que determinado caso concreto mereça tratamento diferenciado; inclusive para considerar, por exemplo, aspectos relativos ao tempo de tramitação dos processos, não se permitindo que o fator “tempo” (v.g., a espera de julgamento) constitua um iníquo “discrímen” na diferenciação de casos similares.

Considerando que as cortes superiores estão cada vez mais preocupadas com as “teses” jurídicas, não com os “casos”, as instâncias ordinárias devem zelar pela “justiça concreta”, especialmente quando haja a superação ou a revisão do entendimento paradigmático anterior. O “precedente-surpresa” remete à ideia de um efeito colateral diametralmente oposto aos próprios ideais prevalentes na instituição de um regime de precedentes (previsibilidade, estabilidade, proteção da confiança). Caso o jurisdicionado tenha instaurado seu processo para requerer proteção jurídica à luz de determinada tese [já firmada] de repercussão geral, eventual superação ou revisão do entendimento não poderia impedir a efetivação da “justiça concreta”, por intermédio de modulação temporal específica aferida pelas instâncias ordinárias, conforme as particularidades dos bens jurídicos envolvidos.

De todo modo, ainda que a instância ordinária repute prevalente a aplicação da tese revisada ou reformulada, nos termos da eficácia geral e instrumental conferida pelo Supremo Tribunal Federal, não deveriam ser fixados, conforme critérios *de lege ferenda*, os efeitos da sucumbência (condenação em honorários advocatícios, despesas processuais etc.) em desfavor da parte que submeteu a controvérsia ao Poder Judiciário sob a égide do entendimento superado. Afinal, um dos aspectos fundamentais da garantia do contraditório é a vedação de “decisões-surpresa” (e do “precedente-surpresa”).

¹⁴³ Expressão (“prospective overruling”) que designa efeitos *ex nunc* para a alteração do entendimento paradigmático (a *ratio decidendi* permanece aplicada a fatos anteriores ao marco temporal definido pela corte constitucional), consagrada na doutrina e jurisprudência de tradição da *common law*, como imperativo de segurança jurídica (proteção da *confiança* ou da *legítima expectativa*). Contrasta-se com a ideia de um “retrospective overruling”, cuja eficácia temporal é *ex tunc* e o precedente revisado ou alterado deixa de constituir fonte legítima de solução para casos ainda não julgados – Ibidem, p. 131. Assim, no “retrospective overruling”, o “entendimento inovador se aplica a fatos e situações ocorridos no passado e ainda não decididos (e a fatos e situações ocorridos no passado, ainda que não deduzidos em juízo) e [também] aos casos futuros” – ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 331.

Um regime de precedentes vinculantes não pode significar um “absolutismo” dos precedentes, sob pena de comprometimento dos sistemas jurisdicionais estabelecidos sob padrões democráticos e deliberativos. Assim, a recorrente preocupação com o engessamento da atividade decisória, em razão do estabelecimento de precedentes vinculantes, também comporta a problemática do “engessamento da justiça”, quando a atividade jurisdicional de cortes superiores “de teses” possa [eventualmente] comprometer o concreto exercício da jurisdição, aferindo-se a resposta adequada a cada caso.

Trata-se de reconhecer um “sentido forte” do contraditório na aplicação – não apenas na formação – dos precedentes vinculantes,¹⁴⁴ preservando-se o diálogo processual também nos *casos reais*, ainda que à luz de teses firmadas em caráter *geral* (paradigma), o que, no contexto da litigiosidade repetitiva, é inerente à característica de multilateralização dos destinatários da referida garantia processual constitucional. Sem essa abertura do sistema jurisdicional, cuja efetivação no Brasil é *de lege ferenda*, estaria comprometido o contraditório como vetor “dell’*uguaglianza sostanziale* e della *effettività* della tutela giuridica” e o valor do “giusto processo”.¹⁴⁵

Conforme tem sido enunciado ao longo do estudo, o processo [justo] deve conter um *procedimento de justificação estruturada* da atividade jurisdicional, orientado pelo contraditório e à base de uma razão dialética, que é, essencialmente, *comunicativa*. Eis o perfil adequado para legitimar constitucionalmente os instrumentos processuais concebidos para o tratamento da litigiosidade repetitiva.

É evidente, assim, a necessidade de mecanismos que resguardem a participação plurissubjetiva, como exigência do contraditório, nos julgamentos que envolvam propostas de revisão ou alteração de tese jurídica anteriormente firmada, a exemplo do que estabelece o art. 927, § 2º, do Código de Processo Civil: “a alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese”. Essa garantia de participação deve abranger, ademais, tanto as partes do recurso extraordinário submetido a regime de repercussão geral

¹⁴⁴ A propósito, vale recordar que o art. 927, § 1º, do Código de Processo Civil contém remissão expressa ao art. 10 (“o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”).

¹⁴⁵ PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2010, p. 228-9 e 232.

quanto todos os potenciais afetados pela decisão paradigmática sujeita à proposta de revisão ou alteração.

No cenário de massificação das controvérsias, o contraditório passa a representar também – como manifestação tangível do devido processo legal – uma exigência de padrões participativo-comunicativos coerentes (proporcionais) no exercício da atividade jurisdicional democrática, que ampliem qualitativamente a interlocução processual. A existência de padrões decisórios vinculativos não pode comprometer a *razão comunicativa* que se estabelece à base de qualquer sistema democrático.

Em outras palavras, a dialética – qualidade essencial do contraditório, que ordena o exercício da linguagem no processo e informa toda a coerência do sistema processual – adquire um novo significado, o que evidentemente se justifica pela circunscrição em cadeia dos jurisdicionados afetados. Assim, ampliam-se os próprios aspectos da “*struttura policentrica ed a svolgimento dialettico*”,¹⁴⁶ justificando uma disciplina normativa processual que fomente o contraditório em todas as circunstâncias, inclusive quando os argumentos jurídicos em curso – articulados nos casos concretos em tramitação – estejam em contraste (original¹⁴⁷ ou superveniente) com teses firmadas em caráter geral.

Para o adequado equilíbrio de um sistema de precedentes *em contraditório*, preservando-se a estabilidade e a segurança jurídica desejadas pelo *stare decisis*, a autoridade das decisões das cortes superiores pode ser preservada por intermédio de expedientes específicos.

Conforme mencionado anteriormente, é no processo intersubjetivo que a argumentação jurídica se aperfeiçoa à inteireza para as partes afetadas, ainda que futura tese sobre o tema controvertido possa ser fixada como padrão decisório. Em outras palavras, a “observância do padrão decisório” (*em abstracto*) não é incompatível com a

¹⁴⁶ Ibidem, p. 226.

¹⁴⁷ Exatamente por esse motivo, a doutrina anota, por exemplo, que a existência de um precedente vinculante não obsta novas demandas “aparentemente contrárias” à tese fixada em caráter geral: “exige-se, pois, o modelo de processo estabelecido para o Direito brasileiro que se submeta *previamente* ao demandante a questão atinente à aplicabilidade, no caso concreto, de determinado padrão decisório que pode vir a ser empregado como *principium* da sentença de improcedência liminar. Por esta razão, não tendo o demandante, em sua petição inicial, já buscado promover a distinção entre aquele padrão decisório e o caso que submete a julgamento, incumbirá ao juiz, verificando a possibilidade de prolação de sentença de improcedência liminar por ser a causa *aparentemente contrária* ao padrão decisório previamente estabelecido, suscitar de ofício a questão, assinando prazo para que o demandante tente promover a distinção. Neste caso, apenas depois de ultrapassado o prazo assegurado ao demandante (tenha ele se manifestado expressamente ou não), poderá ser proferida uma sentença *constitucionalmente legítima* – e, portanto, correta – de improcedência liminar” – CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério...* p. 299-300.

modulação temporal (*em concreto*) da tese quanto aos casos julgados pelos tribunais. Nesse contexto, incluem-se, evidentemente, instrumentos de revisão pelas cortes superiores, à guisa do próprio escopo da reclamação constitucional, quando se considere que a modulação temporal aplicada na instância ordinária possa “desafiar” a autoridade da decisão geral (paradigmática) firmada pela corte superior.

É evidente que essa sistemática imporia um volume agregado de processos, em comparação à *sistematização gerenciada de casos* que se tem verificado nos últimos anos (v.g., vejam-se as mencionadas modificações regimentais), com a crescente caracterização da repercussão geral como filtro recursal específico para a “redução dos encargos do Supremo Tribunal”, como fora sugerido, aliás, há mais cinquenta anos.¹⁴⁸ Contudo, a complexidade social não se resolve com soluções reducionistas de massificação de teses, em detrimento da concretização da justiça. Recorde-se, no ponto, tanto em LUHMANN quanto em HABERMAS, que a evolução social representa um “processo de expansão da capacidade de solucionar problemas por meio de mudanças estruturais”, sob padrões sociais de interação imbuídos de valores culturais.¹⁴⁹

O contraditório constitui um valor cultural indeclinável para o processo e para a atividade jurisdicional como um todo. É importante “pensar sempre como a ‘sociedade’ pode ser melhor, e não simplesmente como um único indivíduo, um sujeito [ou grupos de interesses], ou um ‘eu’ se destacam”.¹⁵⁰ Ainda que ferramentas de gerenciamento de processos sejam efetivamente relevantes no cenário de massificação das controvérsias, os *casos* são [ainda] igualmente importantes para que as ferramentas operacionais dos sistemas de justiça não se iludam acriticamente com a confiança tecnocrata ou científica da sociedade moderna,¹⁵¹ implicando, em última análise, uma assunção inconsciente da “auto-objetificação do homem” na contemporaneidade.¹⁵²

¹⁴⁸ LEAL, Vitor Nunes. *O requisito da relevância para redução dos encargos do Supremo Tribunal...* p. 12-29.

¹⁴⁹ INGRAM, David. *Habermas e a dialética da razão*. 2. ed. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994, p. 181.

¹⁵⁰ WEBBER, Suelen da Silva. *Decisão judicial e estabilização social: legitimação pelo procedimento na sociedade complexa*. Curitiba: Juruá, 2017, p. 327.

¹⁵¹ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Na esteira da tecnocracia: pequenos escritos políticos XII*. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora Unesp, 2014, p. 97-103; Idem, *Teoria e práxis: estudos de filosofia social*. Trad. Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2013, p. 507-39.

¹⁵² Idem, *Técnica e ciência como “ideologia”*. Trad. Felipe Gonçalves Silva. São Paulo: Editora Unesp, 2014, p. 126.

Vale recordar que, mesmo para a doutrina do *stare decisis*, a premissa “*treat like cases alike*” não significa uma incidência automática e mecanizada do padrão decisório aos casos concretos, sem que exista, antes, um controle prévio e justo da aplicação do precedente.¹⁵³

Afinal, a atividade jurisdicional, como um todo, não pode prescindir do pressuposto dialético que integra as práticas lógico-argumentativas envolvidas em qualquer processo. E a base de verificação dos efeitos jurídicos materiais da aplicação do precedente não pode ser outra senão o próprio caso concreto. Entendimento contrário, negaria tanto a intrínseca qualidade dialética informada pela garantia constitucional do contraditório quanto o “*dibattito nel dominio pratico [degli] standards di razionalità*” constitutivos dos próprios precedentes judiciais.¹⁵⁴

Em outras palavras, seria [democraticamente] inconcebível um sistema de precedentes vinculantes que desconsiderasse a própria “dialética do precedente” ou o “valor tópico” do precedente judicial,¹⁵⁵ que compreenda não apenas a integração efetiva do contraditório na formação de julgados paradigmáticos com força vinculante, mas, com igual relevância constitucional, a aplicação de teses firmadas em “caráter geral” (vinculantes) à luz de perspectivas *reais e argumentativas* sobre a “justiça concreta”, para

¹⁵³ RE, Edward. *Stare decisis*... p. 48.

¹⁵⁴ Nessa mesma linha, “la nostra ipotesi, perciò, è che a costituire la base di riferimento per valutare la consistenza del ragionamento giuridico sia un ideale dialettico, incentrato sulla discussione. Questo ideale è definito, e parzialmente determinato, da principi di razionalità discorsiva, vale a dire da *standards di razionalità*, su cui riposa il dibattito nel dominio pratico, mancando i quali, non è possibile alcuno scambio razionale di opinioni che possa portare ad una decisione, razionalmente fondata, su questioni di interesse comune. Pertanto, il ragionamento giuridico sarà qui inteso come un'attività dialettica ‘equipaggiata’ per la soluzione discorsiva di dispute giuridiche. [...] Ciò che rende il ragionamento in giudizio *dialettico*, perciò, è il suo dispiegarsi come una strutturata sequenza di argomenti e contro argomenti, o domande e risposte, che i soggetti posti su lati opposti di una certa questione, si scambiano, con lo specifico impegno di sottoporre a prova la tenuta logica dei propri assunti, sicché ogni rilievo critico nei confronti di una tesi non può essere ignorato e comporta precisi obblighi argomentativi da assolversi” – BERTEA, Stefano; SARRA, Claudio. *Dialettica del precedente. Appunti per una collocazione teorica dell'uso del precedente straniero*. In *Ars Interpretandi. Rivista di ermeneutica giuridica*. n. 1/2016, p. 13-46. Bologna: il Mulino, 2016, p. 16-8.

¹⁵⁵ “Originária da retórica, a tópica é uma técnica: a técnica do pensamento a partir de problemas, ou, mais sinteticamente, a técnica do pensamento problemático. Nada que se assemelhe a um axioma: as premissas dialéticas classificam-se, à vista do problema, como ‘relevantes ou irrelevantes’, ‘admissíveis ou inadmissíveis’, ‘aceitáveis ou inaceitáveis’, ‘defensáveis ou indefensáveis’, comportando, inclusive, graus intermediários de aceitação: ‘apenas defensável’, ‘contudo defensável’. Numa discussão dialética esses tópicos podem ser utilizados como argumentos ‘pró’ e ‘contra’: o processo moderno espelha admiravelmente essas possibilidades de uso da argumentação dialética. [...] Com a tópica, ingressamos no território do pensamento problemático” – BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial (uma visão dialética)*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 31.

não se comprometer a instância comunicativa [e dialética] que caracteriza todo processo jurisdicional democrático.¹⁵⁶

¹⁵⁶ “Dunque, nel modello dialettico, il precedente giudiziale assume un valore tópico e anipotetico, proponendosi come premessa defettibile (*defeasible*), ossia come enunciato che può essere sottoposto ad obiezione dalle parti nella discussione del contraddittorio processuale: pertanto, la disapplicazione critica del precedente topico è compito primario delle parti nella trattazione del processo e solo nella successiva fase decisoria è una prerogativa del giudice. In particolare, nel modello dialettico, il precedente giudiziale non è un’ipotesi o un protocollo, come accade nel modello analitico, ma è un *éndoxon*. Con il termine di *éndoxa*, che pare opportuno custodire nella sua origine greca rinvenibile nella nota definizione classica del primo libro dei *Topici*, Aristotele indica ‘le opinioni condivise da tutti, o dalla maggior parte, o dai competenti, e tra questi da tutti, o dalla maggior parte, o dai più noti e stimati’. Ammettendo un criterio gerarchico di ‘endossalità’, Aristotele afferma che queste ‘opinioni notevoli’ o ‘luoghi comuni’ sono individuabili sia tenendo conto della quantità dei soggetti che condividono l’*éndoxon* (tutti o la maggior parte), sia della loro qualità (i competenti, i più noti, i più stimati). Richiamando tale nozione aristotelica, pare indubbio che la *ratio decidendi* di una decisione giudiziaria, che costituisce la più diffusa determinazione interpretativa del ‘precedente’ e che innerva il *corpus* dell’argomentazione forense, assume il valore dell’opinione notevole (*éndoxon*) la quale, in quanto degna di stima e di importanza, appare agevolmente accoglibile da un uditorio tecnico, come quello composto dai magistrati o dagli avvocati che partecipano al processo, ma si espone all’esame dialettico delle obiezioni che qualificano la discussione del caso giuridico. L’argomentazione, o dimostrazione retorica, è il tipico procedimento logico che connette un luogo comune (*éndoxon*) soggetto a discussione e posto come premessa con la tesi che ne deriva e che rappresenta la conclusione sulla quale si vuole attrarre il consenso. Questo valore topico del precedente, che è strettamente connesso alla struttura dialettica del processo ed alla discussione retorica che lo caratterizza, consente di pervenire ad almeno tre considerazioni caratterizzanti la natura dell’antecedente giudiziario nell’argomentazione forense. a) Il precedente è una premessa problematica del ragionamento giudiziale, non essendo un’ipotesi stabile che va ricercata ad ogni costo per risolvere il caso o comporre l’argomentazione forense. D’altronde, nel metodo scientifico, anche il ‘protocollo’ costituisce una premessa stipulata come assioma, ma pur sempre rintracciata con il metodo topico dallo scienziato attraverso la verifica di teorie contrastanti e l’eventuale discussione retorica degli specialisti competenti. b) Il precedente è una premessa illuminante che si rinviene razionalmente nello spazio ampio e disordinato degli orientamenti della giurisprudenza, ma non attraverso un reperimento casuale o automatico di un mero riferimento al caso in esame. Il vero precedente è uno solo. c) Il precedente è una premessa efficace e non inutile o inadeguata. Utilizzato in forma topica, l’antecedente giudiziario non è mai realmente vincolante, se non fino a prova contraria, ma è certamente dotato di forza persuasiva, in quanto influisce sulla decisione del giudice e sulla soluzione del caso” – MORO, Paolo. *Sul valore topico del precedente giudiziale...* p. 191-2.

VIII CONTRADITÓRIO E RECURSOS REPETITIVOS

34 Evolução do instituto no direito brasileiro

A “Reforma do Judiciário”, empreendida pela Emenda Constitucional (EC) n. 45, de 30 de dezembro de 2004, constitui marco de uma nova conformação funcional imputada às cortes superiores brasileiras. Um dos aspectos centrais desse rearranjo corresponde às atribuições recursais originariamente prospectadas pela Constituição Federal de 1988, consideradas, passados dezesseis anos, uma das principais causas de aumento do acervo de processos nas instâncias de cúpula do Poder Judiciário.

Deve-se recordar, a propósito, que a ausência de previsão da “arguição de relevância”¹ no texto constitucional originalmente promulgado está relacionada à então nova configuração judiciária, sob orientação “descentralizadora” das cortes brasileiras, mediante a reestruturação da justiça federal (organizada em regiões sediadas por tribunais respectivos, com a extinção do Tribunal Federal de Recursos, criado pela CF/1946) e a criação do Superior Tribunal de Justiça, que passou a deter competência recursal de caráter extraordinário (via recurso especial) para as “questões federais” anteriormente abrangidas pela competência do Supremo Tribunal Federal.²

Apesar de reduzida a amplitude da competência recursal extraordinária do Supremo Tribunal Federal, com a assunção de parcela das atribuições anteriores pelo Superior Tribunal de Justiça, o poder constituinte derivado restaurou, em 2004, o requisito da repercussão geral. O instituto retoma, em síntese, o escopo de seu instituto antecedente (arguição de relevância), prevalecendo a ideia de que não seria plausível conferir ao órgão de cúpula do Poder Judiciário uma competência ampla e ilimitada em matéria de recurso, descaracterizando a própria natureza extraordinária da espécie recursal.

¹ Conforme exposto no capítulo anterior, a repercussão geral constitui um modelo atualizado da denominada “arguição de relevância”, prevista no texto constitucional editado pela Emenda n. 1/1969, mediante a inclusão dos §§ 1º e 3º no art. 119 pela EC n. 7/1977, que incorporou disposição do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF/1970), dada pela Emenda Regimental n. 3/1975 (art. 308).

² Trata-se de proposta consagrada na doutrina brasileira desde meados do século XX, que propugnava por uma reforma constitucional tendente à redistribuição de competência e atribuições dos órgãos judiciários da União. Cf. SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 454.

Menos de duas décadas depois de promulgada a Constituição Cidadã, não apenas no Supremo Tribunal Federal, mas também no Superior Tribunal de Justiça, a admissibilidade aprioristicamente ampla do cabimento de recursos de natureza extraordinária mostrou-se incompatível tanto com os padrões necessários à qualidade da prestação jurisdicional quanto com o gerenciamento adequado dos casos, no cenário de expansão democrática do acesso à justiça e de massificação das controvérsias.

A exigência de renovação de um filtro recursal específico para a “redução dos encargos do Supremo Tribunal”, como sugerido em meados do século passado por VITOR NUNES LEAL, em conhecido ensaio,³ estendeu-se, outrossim, à criação de mecanismos de controle de acesso recursal ao Superior Tribunal de Justiça.

Para regulamentar a norma constitucional emendada dois anos antes pela “Reforma do Judiciário” (art. 102, § 3º), foi editada a Lei n. 11.418/2006, que incluiu os arts. 543-A e 543-B no Código de Processo Civil de 1973, estabelecendo a disciplina legal do instituto da repercussão geral dos recursos extraordinários, conforme foi objeto de análise no capítulo anterior. No mesmo contexto, sobreveio a Lei n. 11.672/2008, denominada “Lei de Recursos Repetitivos”, resultado da aprovação do Projeto (PL) n. 1.213/2007, apresentado com base em proposta capitaneada pelo Ministro ATHOS GUSMÃO CARNEIRO (STJ), sob o escopo específico de criar um “mecanismo que amenize o problema representado pelo excesso de demanda daquele Tribunal”, inspirado na dinâmica de tratamento da repetitividade recursal impressa pelo art. 543-B do CPC/1973, incluído pela Lei n. 11.418/2006.⁴

³ LEAL, Vitor Nunes. *O requisito da relevância para redução dos encargos do Supremo Tribunal*. In *Revista de Direito Processo Civil*. v. 6, p. 12-29. São Paulo: Saraiva, 1962.

⁴ “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. Com o intuito de amenizar esse problema, o presente anteprojeto inspira-se no procedimento previsto na Lei no 11.418/06 que criou mecanismo simplificando o julgamento de recursos múltiplos, fundados em idêntica matéria, no Supremo Tribunal Federal. Conforme a redação inserida no diploma processual pela norma mencionada, em caso de multiplicidade de recursos fundados na mesma matéria, a Corte Suprema poderá julgar um ou mais recursos representativos da controvérsia, sobrestando a tramitação dos demais. Proferida decisão pela inadmissibilidade dos recursos selecionados, será negado seguimento aos demais processos idênticos. Caso a decisão seja de mérito, os tribunais de origem poderão retratar-se ou considerar prejudicados os recursos. Mantida a decisão contrária ao entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal, o recurso seguirá para aquela Corte, que poderá cassar a decisão atacada. Na proposta [...] busca-se disponibilizar mecanismo semelhante ao Superior Tribunal de Justiça para o julgamento do recurso especial. De acordo com a regulamentação proposta, verificando a multiplicidade de recursos especiais fundados na mesma matéria, o Presidente do Tribunal de origem poderá selecionar um ou mais processos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Superior Tribunal de Justiça, suspendendo os demais recursos idênticos até o pronunciamento definitivo dessa Corte. Sobrevindo a decisão da Corte Superior, serão denegados os recursos

A síntese da ideia que inspira as sistemáticas das Leis n. 11.418/2006 (art. 543-B do CPC/1973) e n. 11.672/2008 (art. 543-C) é, com efeito, a mesma: a seleção de caso ou casos-piloto (recurso representativo da controvérsia – RRC), na hipótese de multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, cuja solução passa a ser paradigmática para outros processos (“*treat like cases alike*”). Enfatizam-se, igualmente, em ambos os marcos legais, a relevância das disposições regulamentares internas do STF e do STJ para os respectivos procedimentos.⁵

Já em consonância com as normas do Estatuto Processual de 1973 (aditadas em 2006 e 2008), a afetação do recurso paradigmático (representativo da controvérsia) poderia ser realizada tanto pela corte superior quanto pela presidência ou vice-presidência dos tribunais recorridos, com o consequente sobrestamento dos [demais] recursos extraordinários ou especiais que versassem sobre a mesma controvérsia jurídica “até o pronunciamento definitivo da Corte” (arts. 543-B, § 1º, 543-C, § 1º).

No Superior Tribunal de Justiça, o julgamento de recurso representativo da controvérsia compete a uma de suas três seções ou à corte especial, conforme as respectivas atribuições regimentais em razão da matéria afetada. Outro aspecto relevante, já presente no Código de Processo Civil revogado, com dinâmica de processamento reproduzida no Estatuto de 2015, refere-se à sobreposição do *juízo de conformação* em relação ao *juízo de admissibilidade*, priorizando-se a interpretação jurídica uniformizada[dora] dos tribunais superiores em sua alçada constitucional de competência. Assim, publicado o acórdão do caso paradigmático, sendo divergente do entendimento firmado na instância ordinária, os recursos sobrestados são encaminhados à retratação do colegiado (prolator da decisão recorrida); caso contrário, sendo coincidentes os entendimentos, os recursos sobrestados são inadmitidos (já na origem). A admissibilidade recursal do feito sobrestado depende, desse modo, da manutenção de divergência entre os acórdãos paradigma e recorrido (art. 543-C, §§ 7º e 8º, do CPC/1973).

que ataquem decisões proferidas no mesmo sentido. Caso a decisão recorrida contrarie o entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça, será dada oportunidade de retratação aos tribunais de origem, devendo ser retomado o trâmite do recurso, caso a decisão recorrida seja mantida. Para assegurar que todos os argumentos sejam levados em conta no julgamento dos recursos selecionados, a presente proposta permite que o relator solicite informações sobre a controvérsia aos tribunais estaduais e admita a manifestação de pessoas, órgãos ou entidades, inclusive daqueles que figurarem como parte nos processos suspensos. Além disso, prevê a oitiva do Ministério Público nas hipóteses em que o processo envolva matéria pertinente às finalidades institucionais daquele órgão” (Exposição de Motivos [EM] n. 40-MJ, de 5 de abril de 2007, anexada ao PL n. 1.213/2007, de iniciativa do Poder Executivo, convertido na Lei n. 11.672/2008).

⁵ No ponto, destacam-se aspectos exorbitantes na atual disciplina regimental da repercussão geral, à luz do art. 22, I, da Constituição Federal, conforme apontado no capítulo anterior.

O Código de Processo Civil de 2015 sobreleva tanto a valorização da atividade jurisprudencial quanto a tendência de tratamento molecularizado dos conflitos. Conforme será examinado nos tópicos seguintes, a sistemática legal de processamento dos recursos repetitivos não se alterou de forma substancial, embora diversos aspectos processuais precisem ser aperfeiçoados à luz do contraditório.

35 Aspectos iniciais do procedimento

A tendência tanto de objetivação do controle difuso de constitucionalidade quanto de utilização do regime de repercussão geral como ferramenta de gestão de processos repetitivos paraleliza-se, sob generalidade de premissas e escopos, com os “mecanismos de objetivação” dos processos engendrados pelo tratamento legal e regulamentar do “sistema de precedentes” que se tem estabelecido no processo civil brasileiro.⁶

Técnicas processuais que viabilizem julgamentos “por amostragem” têm inegáveis vantagens pragmáticas perante o fenômeno da litigiosidade repetitiva. Contudo, uma adequada óptica gerencial deve necessariamente pressupor, também, um enfoque qualitativo dos expedientes e instrumentos processuais empregados, à luz da garantia constitucional do contraditório. Não é possível imaginar instrumentos processuais constitucionalmente legítimos que se antagonizem, em qualquer medida, com o contraditório, intrinsecamente caracterizado por sua qualidade dialética.

Nesse contexto, tem-se destacado, ao longo do estudo, que o momento de valorização dos denominados “precedentes judiciais” e a adoção da *segurança jurídica* e da *isonomia* como vetores para a construção de resultados que se pretendam *justos* – e de legítima eficácia vinculante para casos homogêneos – ressaltam a importância do significado dialético do processo para o direito, à base da razão comunicativa presente na sociedade contemporânea.

Ideais “eficientistas” e seus impactos transformadores no exercício de todas as feições do poder estatal, incluindo-se evidentemente a atividade jurisdicional, anunciam a

⁶ “Os mecanismos de objetivação do processo são, antes de tudo, uma reação prática do legislador à grave crise que, de há muito, assola o poder judiciário brasileiro e, principalmente, as cortes superiores” – WOLKART, Erik Navarro. *Precedente judicial no processo civil brasileiro: mecanismos de objetivação do processo*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 247.

urgência de novas abordagens do direito processual, em contraposição à desenfreada tendência de ênfases exclusivamente pragmáticas nos eixos de estruturação do sistema de justiça civil contemporâneo.⁷ Premissas de uma “ideologia” efficientista não garantem *per se* a qualidade nem a efetividade da técnica processual; basta observar, sob esse ângulo, a experiência brasileira dos juizados especiais, em especial dos juizados especiais federais.⁸ Em outras palavras, a eficiência do processo deve ser aquilatada conforme a efetividade das garantias constitucionais, com destaque evidentemente ao contraditório, constitutivo de um dos corolários mais tangíveis da cláusula do devido processo legal.⁹

Atualmente, o procedimento dos recursos repetitivos está disciplinado no Código de Processo Civil (arts. 1.036 a 1.041) e, quanto aos recursos especiais, no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (arts. 256, 256-A a 256-X, 257, 257-A a 257-E), com redação dada pela Emenda Regimental n. 24, de 28 de setembro de 2016.¹⁰

A seleção inicial do recurso paradigmático (representativo da controvérsia – RRC) pode ser realizada tanto pela corte superior quanto pela presidência ou vice-presidência dos tribunais recorridos (art. 256 do RISTJ), com o consequente sobrestamento dos demais recursos extraordinários ou especiais que versem “sobre controvérsia de caráter repetitivo ainda não decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça” (art. 1.030, III, do CPC). Contudo, por decisão do relator no tribunal superior, admite-se “a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional” (art. 1.037, II), sujeita à confirmação colegiada na respectiva proposta de afetação (ProAfR) levada ao órgão competente (arts. 256-I a 256-M do RISTJ), obrigatoriamente por meio eletrônico (art.

⁷ Tendência que, para alguns autores, corresponde a uma “perspectiva processual neoliberal”, que visualiza o “sistema processual tão-somente sob a ótica da produtividade (art. 93, inc. II, alínea c, CRFB/88, com nova redação dada pela EC/45) e associa a figura pública do cidadão-jurisdicionado à de um mero espectador privado (consumidor) da ‘prestação jurisdicional’, como se o poder-dever estatal representasse, e fosse, um mero aparato empresarial que devesse fornecer soluções (produtos e serviços) do modo mais rápido possível, à medida que os insumos (pretensões dos cidadãos) fossem apresentados (propostos)” – NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. *Teoria geral do processo*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 111.

⁸ Para relevante pesquisa e abordagem acadêmica sobre a questão, cf. PEREIRA, Julia Lafayette. *Implicações do discurso efficientista liberal no movimento de ampliação do acesso à justiça: a experiência dos juizados especiais federais*. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Orientadora: Prof.^a Dr.^a Jânia Maria Lopes Saldanha. São Leopoldo, 2013.

⁹ BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do processo no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 76.

¹⁰ A Emenda Regimental n. 24, de 28 de setembro de 2016, revogou a Resolução STJ n. 8, de 7 de agosto de 2008, que disciplinava anteriormente o regime dos recursos especiais repetitivos à luz do art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973.

257). A ProAfR tem caráter *ad referendum*, ou seja, pressupõe que o relator considere *inicialmente* – pois pode alterar seu entendimento durante a deliberação colegiada (a despeito do caráter assíncrono da deliberação eletrônica) – a hipótese recursal como representativa da controvérsia.¹¹

Após a publicação da deliberação colegiada (ProAfR), caso positiva pela afetação, os demais processos em trâmite no Superior Tribunal de Justiça (com recursos especiais versados sobre a mesma controvérsia) serão (i) “se já distribuídos, devolvidos ao tribunal de origem, para neles permanecerem suspensos, por meio de decisão fundamentada do relator”; (ii) “se ainda não distribuídos, serão devolvidos ao tribunal de origem por decisão fundamentada do Presidente do STJ” (art. 256-L, II e II, do RISTJ).

Nos recursos extraordinários (submetidos ao requisito da repercussão geral), a denominada “suspensão nacional” dos processos também está prevista em dispositivo apartado (art. 1.035, § 5º, do CPC). O relator no Supremo Tribunal Federal, tanto em razão da repetitividade da controvérsia quanto de outros aspectos considerados relevantes, pode determinar “a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão [do tema de repercussão geral] e tramitem no território nacional” (art. 1.035, § 5º, do CPC). O sobrestamento deve emergir de aferição criteriosa e proporcional, perscrutada como situação excepcional à luz da primazia do art. 1.030, III, do Código de Processo Civil (regra geral), para que não se comprometam os bens jurídicos concretamente envolvidos nem a garantia da duração razoável dos processos.¹²

No caso dos recursos especiais repetitivos, a “suspensão nacional” (art. 1.037, II, do CPC) também não constitui um efeito *ope legis* incidente sobre todos os processos que versem sobre a mesma controvérsia do paradigma, mas uma determinação *ope judicis* para que os feitos sejam sobrestados, independentemente de sua fase de tramitação. Além disso, o relator, *ad referendum* do colegiado competente no Superior Tribunal de Justiça para o

¹¹ Nesse sentido, cf. art. 256-F, § 4º, do RISTJ: “caso o relator inadmita o recurso especial representativo da controvérsia porque a matéria não é apta a julgamento repetitivo ou porque não caracterizada a multiplicidade de recursos capaz de ensejar a afetação do processo para julgamento pelo sistema dos recursos repetitivos à Seção ou à Corte Especial, os processos suspensos em todos o território nacional retomarão seu curso normal” (art. 256-F).

¹² Nesse sentido, “a previsão normativa constante do artigo 1.030, III, do novo codex processual civil é suficiente para resguardar o direito material das partes, sem prejuízo de ordem processual, porquanto viabiliza, ao lado da aplicação da tese a ser firmada por esta Corte, a efetividade dos princípios do acesso à justiça, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da razoável duração do processo” – STF, Pleno, RE n. 860.631/SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. 2.8.2019, DJe 21.8.2019.

exame da proposta de afetação (ProAfR), pode limitar os efeitos da própria suspensão, não apenas para a [constitucionalmente inafastável] ressalva de incidentes ou da apreciação de questões urgentes, como também para delinear hipóteses ou fases processuais específicas sobre as quais o sobrestamento deva incidir, zelando-se para que não haja prejuízos irreparáveis à tutela de determinados bens jurídicos violados ou sob violação iminente.¹³

Em outras palavras, é imprescindível que os limites da suspensão nacional sejam razoáveis (como todo exercício de poder democrático); o sobrestamento justifica-se, assim, quando preencha os requisitos de cabimento (adequação), necessidade e proporcionalidade. Trata-se de leitura compatível, inclusive, com interpretação sistemático-evolutiva das alterações promovidas pela Lei n. 13.256/2016, que, ainda durante o período de *vacatio legis* do Código de Processo Civil, revogou o dispositivo que estabelecia a cessação automática do sobrestamento processual (art. 1.037, § 5º), se os recursos afetados não fossem julgados no prazo de um ano. Embora o lapso temporal (§ 4º) continue previsto no Código (“os recursos afetados deverão ser julgados no prazo de 1 [um] ano”), as cortes superiores têm entendido que se trata de prazo “impróprio”, cuja extrapolação não produz efeito automático obstativo do sobrestamento.¹⁴

¹³ Por exemplo, o tribunal superior pode definir que os efeitos da suspensão se limitem aos próprios recursos especiais, coincidindo com o efeito legal do art. 1.030, III, do Código de Processo Civil. Nesse sentido, deixando de aplicar a suspensão nacional, em controvérsia versada sobre o art. 30, § 1º, da Lei n. 9.656/1998 (sobrevida do plano de saúde após ruptura do vínculo laboral que lastreava a cobertura), o Superior Tribunal de Justiça, considerando as peculiaridades envolvidas, delimitou o seguinte: “sobre a suspensão dos processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão em trâmite no território nacional prevista pelo art. 1.037, II, do NCPC, a medida se revela desnecessária e imprópria, pelas razões a seguir expostas: a) Indubitavelmente, existem milhares de processos em andamento perante os tribunais do país, bem como no âmbito desta Corte, versando sobre a (im)possibilidade de prorrogação do prazo de cobertura previsto no § 1º do art. 30 da Lei nº 9.656/98 na hipótese de o beneficiário necessitar de constante tratamento médico; e b) A paralisação de todos os processos no país, por até 1 (um) ano, poderia acarretar efeito diverso à celeridade e segurança jurídica que o julgamento sob o rito dos recursos repetitivos anseia. Desse modo, seria temerário, a fim de evitar a instabilidade jurisprudencial de franca minoria de decisões dissonantes, sobrestar a maioria dos julgamentos que se filiam a entendimento já consolidado nesta Corte Superior. Ademais, o quadro retratado mostra que se debaterá sobre o real direito personalíssimo à vida, que não deve sofrer limitações. Desse modo, o presente recurso especial, ante as especificidades da hipótese e pelos motivos acima transcritos, deve ser processado, em caráter excepcional, sem a suspensão das ações que tenham por objeto o mesmo tema controvertido. Nessas condições, propõe-se: a) afetar o presente recurso especial ao rito do art. 1.036 do NCPC; b) delimitar a seguinte tese controvertida: Definir a (im)possibilidade de prorrogação do prazo de cobertura previsto no § 1º do art. 30 da Lei nº 9.656/98 na hipótese de o beneficiário continuar precisando de constante tratamento médico para a moléstia que o acomete; c) não suspender os processos pendentes que versem sobre a mesma questão jurídica” – STJ, Segunda Seção, ProAfR no REsp n. 1.836.823/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 18.2.2020, DJe 21.2.2020, excerto do voto do relator.

¹⁴ Por todos, cf. STF, Pleno, RE n. 860.631/SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. 2.8.2019, DJe 21.8.2019.

Do mesmo modo, o art. 1.036, § 1º, do Código de Processo Civil¹⁵ deve ser *a fortiori* interpretado cautelosamente, à luz da própria circunstância não-vinculativa da decisão *a quo* perante a instância extraordinária (art. 1.036, § 4º). Esse caráter excepcional e *ope judicis* do sobrestamento processual pelas cortes locais (quando sejam responsáveis pela seleção de RRCs), ainda que circunscritas a seu âmbito de atuação, decorre de *interpretação conforme* a Constituição Federal do art. 1.036, § 1º, do Código de Processo Civil, à luz do regime constitucional de competências judiciárias.

Nesse contexto, basta observar que o próprio grupo de processos (dois ou mais) selecionado pelo tribunal local, cuja proposta de afetação não é evidentemente vinculativa para a corte superior, pode ser substituído por outros RRCs. O ministro relator ou o colegiado responsável pela afetação pode, inclusive, selecionar processos oriundos de Estados ou região diversos, *sem determinar a suspensão nacional* autorizada pelo art. 1.037, II, do Código de Processo Civil, o que demonstra a razoabilidade de se interpretar o sobrestamento local ou regional, previsto no dispositivo imediatamente anterior (art. 1.036, § 1º), como situação excepcional, casuística e dependente de motivação adequada, não constituindo um efeito automático (*ope legis*) derivado da simples seleção [inicial e não-vinculativa] de casos.

Em sentido contrário, poderia ser argumentado que o art. 1.037, § 1º, do Código de Processo Civil¹⁶ militaria a favor de um efeito *ope legis* do sobrestamento local (art. 1.036, § 1º). Contudo, a relevância do comunicado de negativa de afetação realizado pelo relator (no tribunal superior) à corte recorrida é apenas *eventual* quanto à finalidade de revogação da decisão de suspensão local ou regional, pois, pressupõe, evidentemente, que tenha ocorrido o sobrestamento.

Previsão importante, não expressamente disposta no regramento processual anterior, refere-se à exigência de que os recursos selecionados (RRCs) sejam “admissíveis” e que “contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida” (art. 1.036, § 6º, do CPC). Contudo, conforme será tratado adiante, isso não

¹⁵ O dispositivo legal autoriza a presidência ou a vice-presidência do tribunal recorrido a suspender o “trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso”, quando seleccione “dois ou mais recursos representativos da controvérsia” para subseqüente exame de afetação pela corte superior.

¹⁶ “Art. 1.037. § 1º Se, após receber os recursos selecionados pelo presidente ou pelo vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, não se proceder à afetação, o relator, no tribunal superior, comunicará o fato ao presidente ou ao vice-presidente que os houver enviado, para que seja revogada a decisão de suspensão referida no art. 1.039, § 1º”.

significa que os recursos especiais sobrestados na origem, que aguardem a solução paradigmática, deixem de ter seus *efeitos conformativos* sobrepostos ao juízo de admissibilidade recursal (à exceção do vício de extemporaneidade).

Endereçado ao Superior Tribunal de Justiça,¹⁷ com fundamentação vinculada às hipóteses constitucionais de cabimento (art. 105, III, “a” a “c”, da CF), o recurso especial deve ser admissível, ou seja, devem-se satisfazer as questões processuais preliminares ao exame de mérito. O primeiro juízo de prelibação, realizado pelo presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido – selecionando ou não o especial como recurso representativo da controvérsia (art. 1.030, IV e V, do CPC) –, atém-se estritamente aos requisitos de admissibilidade (pressupostos intrínsecos e extrínsecos).¹⁸

Se o presidente ou vice-presidente do tribunal entender que a questão recorrida, objeto do especial, pende de julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, o recurso será sobrestado na origem; essa decisão comporta agravo interno ou, se for o caso, o interessado pode formular (ou reiterar, se já articulada a preliminar em contrarrazões) requerimento de inadmissibilidade recursal por intempestividade, apreciado monocraticamente; seu indeferimento comporta agravo interno (arts. 1.030, III, § 2º, 1.036, §§ 2º e 3º, do CPC).

O “requerimento de distinção de casos” também constitui expediente hábil para afastar o sobrestamento processual, hipótese em que o interessado deverá diferenciar os temas versados no recurso sobrestado daqueles afetados ao RRC (art. 1.037, § 9º, do CPC). No caso de suspensão do feito com recurso especial interposto, o requerimento será apreciado pelo relator do acórdão recorrido, após a oitiva da parte contrária no prazo de cinco dias, em decisão suscetível de agravo interno, que porta inclusive efeito regressivo (art. 1.021, § 2º).

Tanto o deferimento quanto o indeferimento do requerimento de distinção de casos comportam agravo interno, nos termos do art. 1.037, § 13, do CPC. A previsão contrasta, portanto, com o requerimento de exclusão do sobrestamento em razão de intempestividade,

¹⁷ Situação análoga, aplicável à interposição do recurso extraordinário com demonstração de repercussão geral perante o Supremo Tribunal Federal, foi objeto do capítulo anterior.

¹⁸ “Os requisitos de admissibilidade dos recursos podem classificar-se em dois grupos: requisitos *intrínsecos* (concernentes à própria existência do poder de recorrer) e requisitos *extrínsecos* (relativos ao modo de exercê-lo). Alinham-se no primeiro grupo: o cabimento, a legitimação para recorrer, o interesse em recorrer e a inexistência de fato impeditivo ou extintivo. O segundo grupo compreende: a tempestividade, a regularidade formal e o preparo. Esses requisitos são genéricos, embora possa a lei dispensar algum deles, em tal ou qual hipótese [...]. Podem os requisitos genéricos, todavia, como é intuitivo, assumir *aspectos específicos*, variáveis de um para outro recurso” – BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil: vol. V (arts. 476 a 565)*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 262-3.

cuja decisão apenas admite agravo interno na hipótese de indeferimento (art. 1.036, § 3º), ou seja, quando o presidente ou vice-presidente do tribunal de origem decida pela manutenção da suspensão processual do recurso arguido como intempestivo. Interpretando as normas processuais em tela, o Superior Tribunal de Justiça tem firmado entendimento de que a determinação de sobrestamento dos recursos de natureza extraordinária não comporta agravo interno para tratar da distinção de casos, pois o Código de Processo Civil, estabelece que apenas a decisão que aprecia o requerimento de distinção será agravável (art. 1.037, § 3º).¹⁹

Caso reconhecida a distinção de casos, a decisão será comunicada ao presidente ou vice-presidente que houver determinado o sobrestamento, para que o recurso especial seja submetido a juízo originário de admissibilidade (art. 1.037, §§ 9º a 13, do CPC).²⁰ Portanto, no caso de reconhecimento do *distinguishing*, a decisão é vinculativa para o presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido.

Na hipótese de o próprio Superior Tribunal de Justiça determinar a devolução dos autos ao tribunal recorrido para a fixação de tese jurídica firmada em RRC ou para o aguardo do julgamento de mérito paradigmático, tem-se considerado irrecurável a determinação de retorno à origem, sob a justificativa da inexistência de conteúdo “decisório” propriamente dito, passível de recurso imediato, à luz da sistemática do art. 1.037 do Código de Processo Civil. Assim, considera-se que a parte interessada deve suscitar a distinção de casos no tribunal de origem, não competindo ao Superior Tribunal de Justiça adentrar aprioristicamente o exame do juízo de conformação.

A conclusão pela inexistência de conteúdo decisório na determinação de devolução dos autos – não apreciado o requerimento de distinção de casos diretamente pelo próprio Superior Tribunal de Justiça – apoia-se, ademais, na ausência de vinculação absoluta do entendimento do juízo de origem à aplicação do tema indicado no recurso especial

¹⁹ “De acordo com o CPC/2015, a parte deve demonstrar, no caso concreto, a distinção entre o tema trazido em seu especial e a tese jurídica com repercussão geral pendente de julgamento no STF, por meio de requerimento previsto no art. 1.037, § 9º, de modo que o agravo interno é cabível da decisão que resolver esse requerimento (art. 1.037, § 13)” – STJ, Terceira Turma, AgInt no AgInt no AREsp n. 517.626/SC, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 9.3.2020, DJe 13.3.2020; excerto da ementa.

²⁰ O art. 1.037, § 12, II, faz remissão ao art. 1.030, em sua redação original; previa-se apenas um parágrafo único que eliminava o primeiro juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, situação que fora alterada ainda na *vacatio legis*, pela Lei n. 13.256/2016; obviamente, a alteração legislativa foi omissa quanto à atualização do texto, mas é evidente, que, restituída a técnica de duplo juízo prelibatório, a remissão substitutiva reporta-se atualmente ao inciso V do art. 1.030 do Código de Processo Civil.

representativo da controvérsia.²¹ Não obstante, casuisticamente, o próprio Superior Tribunal de Justiça reconhece a possibilidade de revogação da decisão (ou “despacho”) de devolução dos autos, em certas situações que comportem embargos de declaração (quando haja algum vício de expressão decisório) ou por simples petição do interessado, para evitar a desnecessária devolução do processo ao tribunal de origem, quando esteja “demonstrado, efetivamente, erro ou equívoco”.²²

Trata-se de lógica que consiste em designar a sistemática dos recursos repetitivos, a exemplo de igual circunstância identificada no tratamento da repercussão geral, como *filtragem de larga escala* dos processos, imputando aos tribunais recorridos a atribuição prevalente de tornar efetivo o juízo de conformação dos recursos especiais, sob a premissa de que as cortes recorridas poderiam ater-se, inclusive, a um confronto mais adequado para o *distinguishing*, em razão da profundidade e das características da análise recursal ordinária, se for o caso, como o exame de elementos da demanda cujo cotejo, em sede de especial, poderia ser menos efetivo.

Finalmente, nas hipóteses de julgamento já realizado do mérito do tema recursal repetitivo, o presidente ou vice-presidente do tribunal negará seguimento ao recurso especial, caso esteja em desconformidade com o entendimento exarado para o respectivo tema; essa decisão monocrática é passível de agravo interno, mas, se mantida, não comporta agravo dirigido ao Superior Tribunal de Justiça (art. 1.042, do CPC).²³ Por outro

²¹ Assim, *v.g.*, “é firme a orientação desta Corte [STJ] segundo a qual a decisão que determina a devolução dos autos para que, após publicado o acórdão relativo ao recurso repetitivo, o recurso especial seja novamente examinado pelo Tribunal de origem, não gera prejuízo à parte recorrente. Nesse contexto, a determinação de sobrestamento, com o efetivo retorno dos autos à Corte *a quo*, a fim de que lá seja exercido o competente juízo de retratação/conformação (arts. 1.040 e 1.041 do CPC/2015), não possui carga decisória, sendo irrecurável, salvo se demonstrado, efetivamente, erro ou equívoco patente, o que não é o caso dos autos. Nesse sentido: AgInt no REsp n. 1.140.843/PR, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, j. 23.10.2018, DJe 30.10.2018 e AgInt no AREsp n. 1.151.542/DF, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, j. 25.10.2018, DJe 6.11.2018” – STJ, Segunda Turma, AgInt no REsp n. 1.656.585/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 12.3.2019, DJe 18.3.2019; excerto da ementa. “É irrecurável ato deste Tribunal Superior que determina o sobrestamento de recursos a fim de se aguardar a fixação de tese jurídica pelo STF, já que desprovido de caráter decisório” – STJ, Primeira Seção, AgInt nos EDcl nos EREsp n. 1.126.385/MG, Rel. Min. Og Fernandes, j. 13.9.2017, DJe 20.9.2017; excerto da ementa.

²² “Na forma da jurisprudência desta Corte [STJ], ‘o ato judicial que determina o sobrestamento e o retorno dos autos à Corte de origem, a fim de que lá seja exercido o competente juízo de retratação/conformação (arts. 1.040 e 1.041 do CPC/2015), não possui carga decisória e não acarreta prejuízo às partes, por isso, se trata de provimento irrecurável’ (STJ, AgInt na Pet no AREsp 712.380/PR, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 8.2.2019), salvo se demonstrado, efetivamente, erro ou equívoco, nos termos do art. 1.037, §§ 9º e 10, do CPC/2015” – STJ, Segunda Turma, AgInt no AREsp n. 1423616/AL, Rel. Min. Assusete Magalhães, j. 13.8.2019, DJe 22.8.2019; excerto da ementa.

²³ Situação de equívoco na aplicação do tema definido em RRC poderia ser levada ao Superior Tribunal de Justiça, em tese, pela estrita via da reclamação constitucional (art. 105, I, “F”, da CF; art. 988, II, § 5º, II, do

lado, caso o presidente ou vice-presidente do tribunal considere que o acórdão recorrido diverge do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, os autos serão enviados ao órgão fracionário para “juízo de retratação”; caso não seja alterado o entendimento, o recurso especial deverá ser processado (art. 1.030, I, “a” II, V, “a”, “c”, §§ 1º, 2º).

36 Critérios de afetação dos recursos

Os recursos especiais, para a afetação ao regime repetitivo, devem ser admissíveis, ou seja, devem atender a todos os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de cognoscibilidade recursal. A assertiva seria óbvia se não fosse a assimetria de tratamento impressa paralelamente pelo sistema processual aos recursos submetidos à afetação (paradigmáticos) e aos recursos sujeitos ao sobrestamento ou ao juízo de conformação (art. 1.030, II e III, do CPC), segundo o caso, a exemplo do que também ocorre no regime da repercussão geral.²⁴

Consoante destacado no capítulo anterior, por força de interpretação sistemática dos arts. 1.030, II, III e V, 1.035, § 6º, e 1.036, § 2º, do Código de Processo Civil, a jurisprudência tem chancelado a interpretação de que somente a intempestividade constitui pressuposto recursal (extrínseco) cujo desatendimento seria suficientemente grave para impedir o sobrestamento dos recursos versados sobre os temas repetitivos ou de repercussão geral. Portanto, os recursos cingidos pela controvérsia repetitiva, ainda que sejam em tese formalmente inadmissíveis (exceto a intempestividade), teriam um efeito conformativo dominante.²⁵

O problema desse entendimento é que, levado a efeito, aniquila a trajetória dialética instaurada nas instâncias ordinárias.

Caso inicialmente selecionado pela corte de origem como RRC (portanto, com juízo *a quo* prelibatório positivo), outra *incongruência sistêmica* corresponde ao fato de o

CPC), que não deve constituir sucedâneo recursal (ao agravo), mas, sim, via impugnativa autônoma com fundamentação vinculada ao pressuposto constitucional de cabimento (na espécie, “garantia de autoridade das decisões” do Superior Tribunal de Justiça).

²⁴ Nesse sentido, recorde-se que o art. 328-A do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) estabelece que “o tribunal de origem não emitirá juízo de admissibilidade sobre os recursos extraordinários já sobrestados, nem sobre os que venham a ser interpostos, até que o Supremo Tribunal Federal decida” o caso paradigmático.

²⁵ Sobre a terminologia adotada e suas justificativas, cf. capítulo anterior.

recuso especial cuja representatividade seja *a posteriori* afastada pelo Superior Tribunal de Justiça, por inadmissibilidade formal, receber tratamento *in pejus*, ante a hipótese de o recurso ter sido pré-selecionado pelo próprio Poder Judiciário (arts. 256-A a 256-F do RISTJ).

Há, na espécie, evidente violação à lógica de não-contradição. Caso o recurso “inadmissível” seja *sobreestado* na origem, porque outros especiais admissíveis foram escolhidos como representativos, o *sobreestamento* processual poderá culminar em futuro *juízo de conformação* (dominante em relação ao juízo de admissibilidade). Contudo, se o próprio Poder Judiciário (cortes locais) admitir inicialmente um recurso que depois não venha a ser confirmado como RRC pelo Superior Tribunal de Justiça (que irá inadmiti-lo), a parte interessada receberá, pelo “bem maior” da pré-seleção, um tratamento pior àquele que teria sido emprestado pelo “bem menor” (suspensão processual).

Não se reputa admissível, sob a óptica do contraditório, que recursos infundados permitam a guinada da orientação jurisdicional firmada para o caso concreto, sob o pretexto da *primazia do efeito conformativo*, ainda que haja previsão na norma processual (arts. 1.030, II, III e V, 1.035, § 6º, e 1.036, § 2º, do CPC).²⁶ Mediante interpretação compatível com a garantia constitucional do contraditório, deve-se coordenar a hipótese do requerimento legal (art. 1.036, § 2º) como exame *a posteriori*, quando, tendo sido positivo o juízo prelibatório originário – e por isso justificado o sobreestamento processual –, a parte interessada argua a intempestividade como vício extrínseco mal examinado.

Consequentemente, as providências do art. 1.030 do Código de Processo Civil também devem ser lidas à luz do contraditório, que condiciona o *efeito conformativo* dos recursos de natureza extraordinária à respectiva admissibilidade recursal. Em outras palavras, se o recurso especial repetitivo (ou extraordinário) interposto no caso concreto desatender aos requisitos de admissibilidade, a presidência ou vice-presidência do tribunal recorrido deve inadmiti-lo, independentemente da conjunção subordinativa condicional “desde que” inserida no texto legal (art. 1.030, V, *in fine*). Trata-se de interpretação constitucional da norma processual que não gera incompatibilidade interna no sistema recursal. Observe-se, a propósito, que, interposto o agravo de instrumento contra a inadmissão *a quo* (art. 1.042), a providência pleiteada poderá ater-se ao controle formal

²⁶ Uma exceção prevista em norma regimental remete apenas à inadmissibilidade originária de recursos especiais que apresentem “o mesmo óbice de admissibilidade reconhecido pelo Presidente do STJ ou pelo relator no julgamento de recurso representativo de idêntica questão de direito” (art. 256-F, § 2º, do RISTJ).

(juízo de admissibilidade) do recurso pela corte superior, com subsequente providência de retorno dos autos à origem para o sobrestamento até a apreciação do RRC, caso ainda não julgado.

A intrínseca qualidade dialética do contraditório inadmite que recursos de natureza extraordinária formalmente incabíveis ensejem a posterior reforma do julgado firmado pela instância ordinária.

Intepretação contrária, a exemplo da tendência jurisprudencial até o momento, significa comprometer a integridade da atividade jurisdicional sob a perspectiva do contraditório, segundo a qual o resultado do exercício de poder decisório deve resultar da participação (ou “cooperação”) dos sujeitos interessados. Autorizar que, à míngua dessa efetiva participação, o resultado do processo possa ser diverso daquele haurido sob o contraditório, autorizando-se a *conformação jurídica* sob o paradigma de um “sistema de precedentes”, constitui conduta que viola a Constituição Federal.

Nesse sentido, é premente que, ainda antes das necessárias alterações *de lege ferenda* no Código de Processo Civil, interpretando-se o texto atual conforme as garantias processuais constitucionais, os recursos inadmissíveis não sejam sobrestados nem franqueiem a alteração do resultado substancial do julgamento.

Portanto, a incidência do art. 1.030, II e III, do Código de Processo Civil pressupõe que o recurso de natureza extraordinária seja admissível. Se o recurso especial repetitivo (também o recurso extraordinário) não atende aos pressupostos de admissibilidade, deve prevalecer o entendimento firmado no acórdão recorrido, sob pena de menoscabo constitucionalmente injustificável de toda a instância comunicativo-argumentativa realizada ao longo do processo.

Afinal, a valorização da atividade jurisprudencial, sob os parâmetros de um “sistema de precedentes” [ainda] em construção no direito brasileiro, deve realizar-se conjugadamente à ênfase do significado dialético do processo, segundo os imperativos da razão comunicativa que orientam a atividade democrática deliberativa. Deve ser recordado que ideologias “eficientistas” não garantem *per se* a qualidade nem a efetividade da técnica processual e, portanto, a eficiência do processo deve ser aquilatada conforme a efetividade das garantias constitucionais, com destaque ao contraditório, constitutivo de um dos corolários mais tangíveis da cláusula do devido processo legal.

Nesse contexto, comparativamente com o regramento anterior, é salutar a inovação normativa trazida pelo Código de Processo Civil vigente: “somente podem ser selecionados recursos *admissíveis* que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser discutida” (art. 1.036, § 6º).²⁷ Assim, o recurso não deve ser apenas formalmente cognoscível; há um novo requisito extrínseco de cabimento, relacionado à *abrangência qualitativa da fundamentação*, especificamente previsto para a hipótese de afetação do recurso como representativo da controvérsia.

Aperfeiçoando a sistemática regimental de processamento, sob o escopo de regulamentação do art. 1.036 do Código de Processo Civil, o Superior Tribunal de Justiça editou a Emenda Regimental n. 24, de 28 de setembro de 2016, revogando a Resolução STJ n. 8, de 7 de agosto de 2008, que disciplinava anteriormente o regime dos recursos especiais repetitivos à luz do art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973.

Com a dinâmica estabelecida a partir de 2016, há uma série de requisitos a serem observados pelas cortes locais, taxativamente dispostas na norma regimental, quando a seleção de dois ou mais recursos representativos da controvérsia seja inicialmente realizada pela presidência ou vice-presidência das cortes de origem (art. 256, § 2º, I a VI, do RISTJ),²⁸ inclusive com a previsão de oitiva do Ministério Público para manifestar-se no prazo improrrogável de quinze dias acerca dos “pressupostos de admissibilidade do recurso especial como representativo da controvérsia” (art. 256-B, II). Nesse módulo inicial de processamento, as respectivas atribuições no Superior Tribunal de Justiça estão imputadas à presidência (*caput*),²⁹ autorizada a delegação de atribuições (se houver concordância do

²⁷ No mesmo sentido, quando os RRCs sejam inicialmente selecionados na origem, a presidência ou vice-presidência do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal “deverá levar em consideração o preenchimento dos requisitos de admissibilidade e, preferencialmente: (i) a maior diversidade de fundamentos constantes do acórdão e dos argumentos no recurso especial; (ii) a questão de mérito que puder tornar prejudicadas outras questões suscitadas no recurso; (iii) a divergência, se existente, entre órgãos julgadores do tribunal de origem, caso em que deverá ser observada a representação de todas as teses em confronto” (art. 256, § 1º, I a III, do RISTJ).

²⁸ “O Tribunal de origem, no juízo de admissibilidade: I – delimitará a questão de direito a ser processada e julgada sob o rito do recurso especial repetitivo, com a indicação dos respectivos códigos de assuntos da Tabela Processual Unificada do Conselho Nacional de Justiça; II – informará, objetivamente, a situação fática específica na qual surgiu a controvérsia; III – indicará, precisamente, os dispositivos legais em que se fundou o acórdão; IV – informará a quantidade de processos que ficarão suspensos na origem com a mesma questão de direito em tramitação no STJ; V – informará se outros recursos especiais representativos da controvérsia estão sendo remetidos conjuntamente, destacando, na decisão de admissibilidade de cada um deles, os números dos demais; VI – explicitará, na parte dispositiva, que o recurso especial foi admitido como representativo da controvérsia” (art. 256, § 2º, I a VI, do RISTJ).

²⁹ Com ou sem o parecer do Ministério Público, a Presidência decidirá, por despacho irrecorrível, se o recurso especial inicialmente selecionado como representativo da controvérsia preenche às exigências regimentais (art. 256). Na hipótese de admissão do feito como RRC, será determinada a sua distribuição “por

delegado) à vice-presidência ou aos presidentes das seções, conforme as respectivas atribuições fracionárias, e, ainda, a subdelegação a membro integrante da respectiva seção (art. 256-X, §§ 1º e 2º).³⁰

É interessante, também, observar a hipótese de *rejeição tácita* da representatividade, prevista no art. 256-G do RISTJ,³¹ quando o relator não reexamine a admissibilidade do recurso especial no prazo máximo de sessenta dias úteis, previsto no art. 256-E. A regra da rejeição tácita está excluída, contudo, no caso de “recursos especiais interpostos em julgamento de mérito do incidente de resolução de demandas repetitivas” (art. 256-H).

Os critérios de representatividade dos recursos especiais estão submetidos, desde a reforma regimental de 2016, à denominada proposta de afetação (ProAfR) perante o órgão competente, ou seja, a seção ou a corte especial, conforme o caso (arts. 256-I a 256-M do

dependência, para os recursos especiais representativos da controvérsia que contiverem a mesma questão de direito” ou “de forma livre, mediante sorteio automático, para as demais hipóteses” (art. 256-D do RISTJ). A análise no módulo inicial pela Presidência não é vinculativa ao relator, que deverá, no prazo máximo de sessenta dias úteis (a contar da data da conclusão do processo), “reexaminar a admissibilidade do recurso representativo da controvérsia a fim de: I – rejeitar, de forma fundamentada, a indicação do recurso especial como representativo da controvérsia devido à ausência dos pressupostos recursais genéricos ou específicos e ao não cumprimento dos requisitos regimentais, observado o disposto no art. 256-F deste Regimento; II – propor à Corte Especial ou à Seção a afetação do recurso especial representativo da controvérsia para julgamento sob o rito dos recursos repetitivos, nos termos do Código de Processo Civil e da Seção II deste Capítulo” (art. 256-E). Na hipótese de inadmissão do “recurso especial como representativo da controvérsia devido à ausência dos pressupostos recursais genéricos ou específicos ou ao não cumprimento dos requisitos previstos neste Regimento, indicará recursos especiais existentes em seu acervo em substituição ao recurso inadmitido ou determinará a comunicação ao presidente ou vice-presidente do Tribunal de origem para que remeta ao STJ, em substituição, dois ou mais recursos especiais aptos que tratem da mesma questão de direito. § 1º Será inadmitido na origem recurso especial que apresente o mesmo óbice de admissibilidade reconhecido pelo Presidente do STJ ou pelo relator no julgamento de recurso representativo de idêntica questão de direito. § 2º Os recursos especiais aptos encaminhados pelo Tribunal de origem em substituição, nos termos do *caput* deste artigo, seguirão, no STJ, o mesmo procedimento do recurso representativo da controvérsia. § 3º Os recursos anteriormente suspensos nos Tribunais de origem permanecerão nessa condição, contendo a indicação do número sequencial da controvérsia de que trata o parágrafo único do art. 256-D deste Regimento. § 4º Caso o relator inadmita o recurso especial representativo da controvérsia porque a matéria não é apta a julgamento repetitivo ou porque não caracterizada a multiplicidade de recursos capaz de ensejar a afetação do processo para julgamento pelo sistema dos recursos repetitivos à Seção ou à Corte Especial, os processos suspensos em todos o território nacional retomarão seu curso normal” (art. 256-F).

³⁰ Nos termos da lição clássica administrativista, na hipótese de subdelegação, o delegante (presidente do tribunal) participará da subdelegação, indicada pelo presidente da seção, conforme autoriza o RISTJ (art. 256-X). Afinal, “a subdelegação nada mais é do que uma delegação da delegação e, como tal, não poderia verificar-se sem suporte legal, ao nuto do delegante, que só tem essa faculdade quando a lei o autoriza e para as atribuições que especifica” – DUARTE, Clenício da Silva. *Delegação de competência*. In *Revista do Serviço Público*. v. 108, n. 1, p. 53-64. Brasília: ENAP, 1973, p. 61.

³¹ “Não adotadas as providências previstas nos incisos I e II do art. 256-E deste Regimento [dispositivo supracitado] no prazo estabelecido no seu *caput*, presumir-se-á que o recurso especial representativo da controvérsia teve sua indicação rejeitada pelo relator. § 1º A rejeição, expressa ou presumida, do recurso especial representativo da controvérsia será comunicada aos Ministros do STJ e aos presidentes ou vice-presidentes dos Tribunais de origem. § 2º Os processos suspensos em todo o território nacional em razão de recurso especial representativo da controvérsia rejeitado retomarão seu curso normal” (art. 256-G do RISTJ).

RISTJ). O relator deve inicialmente analisar a repetitividade do tema versado (“multiplicidade de processos com idêntica questão de direito”) e, assim entendendo, encaminha a proposta de afetação ao colegiado competente. Esse sistema visa a evitar desafetações temáticas tardias, quando a representatividade da controvérsia era *ab initio* aferida monocraticamente (regramento anterior), e favorece a publicidade das questões jurídicas discutidas, fomentando também o contraditório.³²

A proposta de afetação (ProAfR), no Superior Tribunal de Justiça, deve ser obrigatoriamente encaminhada à seção ou à corte especial por meio eletrônico (art. 257 do RISTJ, com redação dada pela ER n. 24/2016), mediante expediente análogo ao julgamento em plenário eletrônico da repercussão geral dos recursos extraordinários no Supremo Tribunal Federal.³³ O julgamento da ProAfR é assíncrono, realizado no “prazo de sete dias corridos” (art. 257-A),³⁴ com critérios deliberativos associados tanto à admissibilidade recursal (pressupostos recursais genéricos e específicos) quanto à “multiplicidade de processos com idêntica questão de direito ou potencial de multiplicidade” (art. 257-A, § 1º).

Quanto aos problemas decorrentes do caráter assíncrono da deliberação eletrônica, confirmam-se as observações apresentadas no capítulo anterior, relativamente ao predecessor “plenário eletrônico” no âmbito do Supremo Tribunal Federal e à tendência de “monocratização” ou “ficção jurídica” da colegiatura.³⁵ A respectiva crítica, contudo, na

³² “Como forma de solucionar o impasse existente à época do Código Processual revogado, acerca da falta de controle sobre os representativos de controvérsia indicados pelo Tribunal *a quo*, e a respeito das afetações monocráticas que tinham pouca divulgação interna na Corte, o que levava à situação de embaraço e constrangimento jurídico da desafetação tardia do recurso, o STJ editou a Emenda Regimental 23/16, por meio da qual foram estabelecidos dispositivos acerca dos novos procedimentos da Corte para proceder à afetação e ao processamento dos recursos especiais repetitivos” – GONZALEZ, Anselmo Moreira. *Repetitivos ou “ineditivos”? Sistematização do recurso especial repetitivo*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 76-7.

³³ Cf. Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007, que alterou as disposições do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) necessárias para a operacionalização da repercussão geral por meio deliberativo eletrônico.

³⁴ O prazo de sete dias corridos está padronizado para as sessões virtuais no Superior Tribunal de Justiça, desde a autorização regimental para o julgamento recursal assíncrono, por “órgãos julgadores virtuais correspondentes à Corte Especial, às Seções e às Turmas”, de embargos de declaração e agravo interno/regimental, conforme dispõem os arts. 184-A a 184-C, com redação dada pelas ERs n. 27/2016 e 36/2020.

³⁵ Em uma das críticas mais abalizadas, já se registrou que o procedimento eletrônico aplicado também ao julgamento de mérito seria “contrário à organicidade do Direito”, pois estenderia “ao julgamento de fundo do extraordinário essa ‘ficção jurídica da colegiatura’, ou seja, o denominado Plenário Virtual, em que não se reúnem os integrantes do Tribunal para a troca de ideias, em sadia complementação” – STF, Pleno, RE n. 596.542-RG/DF, Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 16.6.2011, DJe 16.9.2011; excerto de voto-vencido do Min. Marco Aurélio.

hipótese dos recursos especiais repetitivos, é mitigada pela inexistência de autorização regimental para o prosseguimento do julgamento de mérito do recurso sob a modalidade virtual, em contraste com o permissivo regimental (RISTF) aplicável aos julgamentos de mérito dos recursos extraordinários, com repercussão geral reconhecida, no caso de reafirmação da jurisprudência (art. 323-A do RISTF, com redação dada pela ER n. 42/2010).

No colegiado eletrônico instaurado no Superior Tribunal de Justiça, a ausência de manifestação implica adesão ao encaminhamento de afetação apresentado pelo relator, o que reforça o caráter *ad referendum* da proposta, salvo as hipóteses de “impedimento ou suspeição, ou licença ou afastamento que perdurem pelos cinco últimos dias de votação” (art. 257-B do RISTJ). O critério de fixação de quórum é positivo e formado pela *maioria simples* dos ministros, ou seja, consideram-se apenas os magistrados aptos à deliberação (art. 257-C, parágrafo único). Transcorrido o prazo da votação assíncrona (sete dias corridos), operam-se (i) a contabilização dos votos e o lançamento automatizado, na respectiva plataforma eletrônica, da “suma do resultado da deliberação colegiada sobre a afetação do processo à sistemática dos recursos repetitivos”; (ii) a inclusão dos dados no sistema informatizado do STJ, mediante atribuição de “número sequencial referente ao enunciado de tema; e (iii) a publicação eletrônica (DJe) da decisão de acolhimento da ProAfR, “acompanhada das manifestações porventura apresentadas pelos demais Ministros” (arts. 257-C a 257-E).

Também em reforço à publicidade processual, “o Superior Tribunal de Justiça manterá, em sua página na internet, em destaque, relação dos recursos especiais afetados, com a respectiva descrição da questão de direito e com o número sequencial correspondente ao tema afetado” (art. 256-I, parágrafo único, do RISTJ).³⁶ Outra medida relevante, no âmbito das alterações regimentais de 2016, é a instituição de uma comissão permanente, denominada “Comissão Gestora de Precedentes” (art. 40, § 1º, V),

³⁶ Do mesmo modo, quando os recursos sejam inicialmente selecionados pelas cortes de origem como RRC, com módulo procedimental no STJ inicialmente imputado à Presidência, será mantida, “em sua página na internet, com destaque, relação dos recursos especiais representativos da controvérsia aptos, com a respectiva descrição da questão de direito e com o número sequencial correspondente à controvérsia” (art. 256-D, parágrafo único, do RISTJ).

³⁶ Com ou sem o parecer do Ministério Público, a Presidência decidirá, por despacho irrecurável, se o recurso especial inicialmente selecionado como representativo da controvérsia preenche às exigências regimentais (art. 256). Na hipótese de admissão do feito como RRC, será determinada a sua distribuição “por dependência, para os recursos especiais representativos da controvérsia que contiverem a mesma questão de direito” ou “de forma livre, mediante sorteio automático, para as demais hipóteses” (art. 256-D do RISTJ).

responsável por “supervisionar os trabalhos do Núcleo de Gerenciamento de Precedentes – Nugep [Nugep/STJ], em especial os relacionados à gestão dos casos repetitivos e dos incidentes de assunção de competência”,³⁷ e por controlar o “acompanhamento de processos sobrestados na Corte em razão da aplicação da sistemática dos recursos repetitivos e da repercussão geral”, dentre outras atribuições (art. 46-A, I a VI).³⁸

Já para assegurar a participação plurissubjetiva, destacando a relevância democrática da pluralização dos debates relativos a temas representativos da controvérsia, “o relator poderá solicitar informações aos tribunais de origem a respeito da questão afetada e autorizar, [embora] em decisão irrecorrível, ante a relevância da matéria, a manifestação escrita de pessoas naturais ou jurídicas, órgãos ou entidades especializadas, com representatividade adequada, a serem prestadas no prazo improrrogável de quinze dias” (art. 256-J).

Ademais, “a fim de instruir o procedimento, pode o relator [...] fixar data para ouvir pessoas ou entidades com experiência e conhecimento na matéria em audiência pública” (art. 256-K). Essa participação plurissubjetiva antecede, portanto, a própria deliberação da ProAfR, e não se confunde com a amplificação do debate *a posteriori*, caso confirmado o recurso como representativo da controvérsia (RRC).

36.1 Prevalência da sistemática do recurso especial

O Código de Processo Civil, ao disciplinar o regime de recursos repetitivos, estipula um tratamento conjunto tanto para os recursos extraordinários (STF) quanto para os recursos especiais (STJ). No entanto, em razão do requisito da repercussão geral do extraordinário, há um regime próprio inerente ao pressuposto recursal estabelecido pela EC

³⁷ A integração eletrônica das informações processadas pelos “Núcleos de Gerenciamento de Precedentes – Nugep” dos tribunais (anteriormente, os Núcleos de Repercussão Geral e Recursos Repetitivos – Nurer) viabiliza o sobrestamento na origem, desde a identificação de determinado tema como representativo da controvérsia, que recebe identificação própria no sistema informatizado do STJ. Dentre as atribuições de cada Nugep, compete à unidade judiciária uniformizar “o gerenciamento dos procedimentos administrativos da aplicação da repercussão geral, de julgamentos de casos repetitivos e de incidente de assunção de competência” e “manter, disponibilizar e alimentar o banco [nacional] de dados [do CNJ], com informações atualizadas sobre os processos sobrestados no estado ou na região, conforme o caso” (art. 7º, II, VII, da Resolução CNJ n. 235/2016).

³⁸ Assim, a Comissão Gestora e Precedentes também desenvolve “trabalho de inteligência e comunicação em conjunto com CNJ, TJs e TRFs para identificação de matéria repetitivas” – GONZALEZ, Anselmo Moreira. *Repetitivos ou “ineditivos”?*... p. 77.

n. 45/2004. A disciplina conjunta prevista nos arts. 1.036 a 1.041 do Código de Processo Civil (“recursos extraordinário e especial repetitivos”) integram, assim, um procedimento padrão do “microssistema” de precedentes vinculantes. Um dos exemplos mais significativos, que confirmam a existência de um “microssistema” legal orientado à formação de padrões decisórios que devam ser observados à guisa de “precedentes”, é a hipótese de presunção de “repercussão geral” para os recursos extraordinários interpostos em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 987, § 1º), conforme será tratado em capítulo futuro.

Desde a sistemática do Código de Processo Civil de 1973, houve um tratamento simétrico entre as alterações promovidas pelas Leis n. 11.418/2006 (inclusão dos arts. 543-A e 543-B) e n. 11.672/2008 (art. 543-C). Conforme destacado no início do presente capítulo, o próprio Projeto (PL) n. 1.213/2007 foi inspirado na dinâmica de tratamento da repetitividade recursal impressa pelo art. 543-B do CPC/1973, incluído pela Lei n. 11.418/2006, visando à criação de um mecanismo que amenizasse o crescimento do acervo de processos no Superior Tribunal de Justiça.³⁹

Sob a vigência do Estatuto anterior, a hipótese normativa da “multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito [ou em idêntica controvérsia]” estava igualmente prevista para o recurso extraordinário (art. 543-B) e para o recurso especial (art. 543-C), designando uma inequívoca unidade de escopos entre os institutos da “repercussão geral” do extraordinário (concebido como *requisito recursal*, mas regulamentado como modelo de julgamento recursal *por amostragem*) e da “repetitividade” do recurso especial representativo de controvérsia infraconstitucional. Portanto, a ideia central que já informava as sistemáticas das Leis n. 11.418/2006 (art. 543-B do CPC/1973) e n. 11.672/2008 (art. 543-C) era a mesma: a seleção de caso ou casos-piloto (recurso representativo da controvérsia), na hipótese de multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia constitucional (recurso extraordinário) ou infraconstitucional (recurso especial), para que a solução adotada seja paradigmática.

³⁹ No mesmo sentido, “o procedimento criado para o julgamento de recursos especiais repetitivos é uma espécie de transplante, com adaptações para a seara dos recursos especiais, daquilo que já ficara estabelecido para o julgamento dos recursos extraordinários quando a análise da repercussão geral se desse *por amostragem* (art. 543-B do CPC [de 1973]) – WOLKART, Erik Navarro. *Precedente judicial no processo civil brasileiro...* p. 127.

O Código de Processo Civil de 2015 consolidou, assim, as implicações procedimentais do fator *repetitividade* em uma disciplina conjunta para os recursos extraordinário e especial.

Contudo, a definição de um recurso extraordinário como modalidade “repetitiva” é apenas *circunstancial* para a formação de padrões decisórios vinculativos. Em outras palavras, ainda que o recurso extraordinário não seja “repetitivo”, a decisão emanada do regime de repercussão geral também impacta outros processos que tratem da mesma controvérsia. Conforme demonstrado no capítulo anterior, o instituto da repercussão geral tem-se consolidado como instrumento de tratamento da litigiosidade repetitiva em controvérsias sobre questões constitucionais e, historicamente, está atrelado às sucessivas tentativas de racionalização e redução de acervo processual. Porém, ao contrário do requisito da repercussão geral, cuja ausência inviabiliza o extraordinário, a negativa de qualificação do recurso especial como RRC não impede o acesso à corte superior.

Observa-se, assim, uma relação de integração-complementaridade entre a disciplina da “repercussão geral” e dos “recursos repetitivos”, o que se denota não apenas das disposições correlativas existentes entre os arts. 1.035 e 1.036-7, mas, principalmente, da ênfase regulamentar identificada nos Regimentos Internos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, cuja tônica recai sobre a “repercussão geral” e a “repetitividade”, respectivamente.

A circunstância da *repetitividade*, no caso do recurso extraordinário, é irrelevante para adjetivar a técnica de processamento e julgamento dos temas de repercussão geral como mecanismo de filtragem recursal (art. 1.030, I e III, do CPC). Os impactos procedimentais dessa [eventual] circunstância, quando o Supremo Tribunal Federal considere o recurso extraordinário representativo de controvérsia constitucional, foram analisados no capítulo antecedente.⁴⁰

Justifica-se, assim, em contraste com o exame apartado do instituto da repercussão geral, a abordagem em capítulo próprio dos recursos repetitivos, especificamente sob a

⁴⁰ Um dos principais aspectos corresponde à denominada “suspensão nacional” dos processos, ou seja, à possibilidade de o relator no Supremo Tribunal Federal, em razão da repetitividade da controvérsia e de outros aspectos considerados relevantes, determinar “a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão [do tema de repercussão geral] e tramitem no território nacional” (arts. 1.035, § 5º, 1.037, II, do CPC). Outro aspecto importante é a possibilidade de o recurso extraordinário, considerado representativo de controvérsia constitucional, ser selecionado nos próprios tribunais recorridos (com dois ou mais casos-piloto).

óptica dos recursos especiais representativos da controvérsia e da respectiva disciplina legal e regulamentar no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, cuja afetação (RRC) depende da identificação de uma condição *sine qua non*, qual seja, a efetiva aferição [colegiada] da “multiplicidade de processos com idêntica questão de direito ou potencial de multiplicidade” (art. 257-A, § 1º, do RISTJ, incluído pela ER n. 24/2016).

A legitimidade constitucional da sistemática dos recursos repetitivos pauta-se, fundamentalmente, na estrita observância de um contraditório adequado ao âmbito da litigiosidade repetitiva.

36.2 Repetitividade e arguição de relevância

A simetria normativa entre os regimes da repercussão geral e dos recursos repetitivos, identificada desde as edições sucessivas das Leis n. 11.418/2006 e 11.672/2008, repercutiu também na Proposta de Emenda à Constituição Federal (PEC), apresentada em 23 de agosto de 2012 (PEC n. 209/2012),⁴¹ que, renumerando o atual parágrafo único, insere o § 1º no art. 105, com a seguinte redação: “no recurso especial, o recorrente deverá demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços dos membros do órgão competente para o julgamento”.

O texto de justificação da PEC n. 209/2012 realiza um inequívoco cotejo entre a repercussão geral do recurso extraordinário e a necessidade de “adoção do mesmo requisito no tocante ao recurso especial”, exemplificando com dados percentuais a redução do

⁴¹ A PEC n. 209/2012 é de autoria da Câmara dos Deputados (art. 60, I, da CF), elaborada mediante proposta de comissão instituída em dezembro de 2011 no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, liderada pelo Min. Teoria Zavascki, cujo escopo geral era a delimitação de temas e sugestões de alterações legislativas para equacionar o volume de processos. A ideia adveio, outrossim, como “alternativa” em um contexto político de discussão acerca da necessidade de aumentar o número de magistrados do STJ. No ano seguinte, foi apresentada outra PEC (n. 17/2013), de autoria do Senado Federal, com o mesmo objetivo da PEC originária da Câmara dos Deputados (criação de novo requisito de admissibilidade do recurso especial), ressalvada a diferença quanto ao respectivo órgão deliberativo no Superior Tribunal de Justiça, cujo quórum de dois terços, para a proposta do Senado Federal, deveria emanar dos membros da Corte Especial, e não “dos membros do órgão competente para o julgamento” (PEC n. 209/2012).

volume de processos no Supremo Tribunal Federal após a adoção do requisito criado pela EC n. 45/2004 e propondo “alternativa” a um modelo considerado de “livre acesso”.⁴²

A proposta, após aprovação de duplo turno na Câmara dos Deputados, foi encaminhada ao Senado Federal em 21 de março de 2017, onde tramita como PEC n. 10/2017, e recebeu uma terceira proposta de emenda na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ)⁴³ para a inclusão de outro parágrafo ao art. 105 constitucional.⁴⁴

A PEC, caso aprovada, padece de vícios graves de inconstitucionalidade, violando cláusulas intangíveis⁴⁵ da Constituição Federal: a inafastabilidade da tutela jurisdicional

⁴² “No entanto, ao exercício dessa competência [recursal: art. 105, III, da CF], soerguem-se problemas de congestionamento similares aos que suscitaram estabelecer, no âmbito dos recursos extraordinários (competência do Supremo Tribunal Federal), a introdução do requisito da repercussão geral à sua admissibilidade. Conforme se pôde depreender numericamente no caso da Excelsa Corte, quanto à distribuição processual, de 159.522 (cento e cinquenta e nove mil, quinhentos e vinte e dois) processos em 2007 (ano em que a Lei 11.418, de 19 de dezembro de 2006, entrou em vigor, regulamentando infraconstitucionalmente o § 3º do art. 102, da Constituição Federal), reduziu-se para 38.109 (trinta e oito mil, cento e nove) processos em 2011. Resta por necessária a adoção do mesmo requisito no tocante ao recurso especial, recurso esse de competência do STJ. A atribuição de requisito de admissibilidade ao recurso especial suscitará a apreciação de relevância da questão federal a ser decidida, ou seja, devendo-se demonstrar a repercussão geral, considerar-se-á a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. Atualmente, vige um modelo de livre acesso, desde que atendidos os requisitos já explicitados como constantes do inciso III, do art. 105, da Constituição Federal. De tal sorte, acotovelam-se no STJ diversas questões de índole corriqueira, como multas por infração de trânsito, cortes no fornecimento de energia elétrica, de água, de telefone” (Exposição de Motivos, subscrita pelos Deputados Rose de Freitas e Luiz Pitiman, anexada à PEC n. 209/2012, de iniciativa da Câmara dos Deputados, apresentada em 23 de agosto de 2012).

⁴³ Houve duas propostas de emendas anteriores; a primeira foi *rejeitada* e a segunda *aprovada* (em 5 de maio de 2017) pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado Federal, dispondo, respectivamente: (i) sobre a presunção de relevância “quando o valor da causa for igual ou superior a 200 (duzentas) vezes o valor do salário-mínimo vigente à data da propositura da ação, quando puder resultar, do julgamento da causa, a inelegibilidade do réu, quando se tratar de ação penal e quando a decisão recorrida der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”; (ii) propõe que a expressão “nos termos da lei” seja deslocada para o início do dispositivo (§ 1º proposto ao art. 105 da CF), “para tornar mais clara a exigência de que a lei defina os critérios e o procedimento para a demonstração da relevância da questão infraconstitucional no âmbito do STJ”.

⁴⁴ “Art. 105. [...] § 3º Presume-se a relevância referida no § 1º deste artigo nos seguintes casos: I – sempre que o valor da causa for igual ou superior a 150 (cento e cinquenta) vezes o valor do salário-mínimo vigente à data da propositura da ação; II – quando puder resultar, do julgamento da causa, a inelegibilidade do réu ou a reclusão em regime inicial fechado de cumprimento de pena; ou III – na hipótese de julgamento de casos repetitivos”. Na respectiva justificação, considera-se que, “hoje, o Superior Tribunal de Justiça lida com muitas causas, das maiores às menores, estas que poderiam ser decididas definitivamente nas instâncias ordinárias. Um valor razoável, que já desafogaria a Corte, seria o de 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos. Dessa alçada se retiraria, também, as causas repetitivas, de massa, por sua ampla repercussão econômica e social. Por outro lado, não se poderia, jamais, retirar do Superior Tribunal de Justiça sua principal função: a de uniformizar o entendimento sobre direito federal infraconstitucional. Assim, não seria razoável submeter ao instituto da relevância as causas em que houver decisões conflitantes de tribunais estaduais e/ou regionais” (Justificação da Emenda Plenária n. 3 – CCJ, subscrita pelos Senadores Edison Lobão e outros, apresentada em 9 de agosto de 2017 à CCJ/SF).

⁴⁵ As inovações promovidas por emendas constitucionais obedecem a limites formais e materiais inerentes à conservação da identidade original e do “núcleo de decisões políticas e valores fundamentais” que tenham justificado a promulgação da Carta da República, por intermédio das “denominadas cláusulas de

(art. 5º, XXXV), a garantia do contraditório (LV) e os princípios republicano⁴⁶ e federativo (art. 1º).⁴⁷ Em síntese, um dos aspectos centrais do regime republicano designa a *liberdade de acesso* ao Poder Judiciário pelos cidadãos, sob a garantia do devido processo legal. Já a forma federativa é incompatível com a “renúncia” do ente central (União) quanto à parcela de elemento indispensável para a coesão nacional, qual seja, a função nomofilática do Superior Tribunal de Justiça, relacionada ao próprio modo de organização e aos pressupostos de acesso à jurisdição designados pela Constituição de 1988.⁴⁸

intangibilidade ou cláusulas pétreas, nas quais são inscritas as matérias que ficam fora do alcance do constituinte derivado. [...] As cláusulas pétreas ou de intangibilidade são a expressão mais radical de autovinculação ou pré-compromisso, por via do qual a soberania popular limita o seu poder no futuro para proteger a democracia contra o efeito destrutivo das paixões, dos interesses e das tentações. Funcionam, assim, como a reserva moral mínima de um sistema constitucional” – BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 159 e 162.

⁴⁶ O princípio republicano constitui limite material implícito, pois, a despeito de omitido do art. 60, § 4º, I a IV, da Constituição Federal, não pode ser objeto de emenda constitucional. A única via de alteração originalmente estabelecida foi o plebiscito de 21 de abril de 1993 (art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT e Artigo único da EC n. 2/1992). Assim, apenas por esse modo de deliberação popular é possível alterar a forma de governo brasileiro, que não está sujeita, direta nem indiretamente, à ingerência reformista por intermédio de emenda constitucional, exceto na hipótese de nova emenda para prever futuro plebiscito, cujo resultado seja positivo à alteração da atual forma de governo. Nesse sentido, “a tese, amplamente aceita, em favor da impossibilidade de supressão ou esvaziamento da forma republicana e governo e mesmo do sistema presidencialista é de ser levada a sério e merece acolhida, de modo especial no que diz respeito com a República. Nesse sentido, argumenta-se que a partir da consulta popular efetuada em abril de 1993, a República e o Presidencialismo (mas especialmente a primeira) passaram a corresponder à vontade expressa e diretamente manifestada do titular do Poder Constituinte, não se encontrando, portanto, à disposição do poder de reforma da Constituição. Ressalte-se, neste contexto, que a decisão, tomada pelo Constituinte, no sentido de não enquadrar estas decisões fundamentais no rol das ‘cláusulas pétreas’ (art. 60, § 4º), somada à previsão de um plebiscito sobre esta matéria, autoriza a conclusão de que se pretendeu conscientemente deixar para o povo (titular do Poder Constituinte) esta opção” – SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 126.

⁴⁷ “Federação significa a forma de Estado, o modo como se dá a distribuição espacial do poder político. Nesse tipo de organização, em lugar de existir um único centro de poder, existem dois: o central e o federado. A forma federativa de Estado procura conciliar o respeito à *diversidade* de cada entidade política com elementos de *unidade* indispensáveis à preservação da soberania e da integridade nacionais. Existe, assim, um poder nacional (que é a soma do poder federal com o federado), um poder federal (titularizados pela União, ente federativo central) e um poder federado (que no caso brasileiro é exercido por Estados-membros e, em ampla medida, também pelos Municípios) – BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo...* p. 171-2.

⁴⁸ A expressão “nomofilaquia”, cujo emprego doutrinário se tornou célebre a partir de Calamandrei (*nomofilachia*), está associada em sua origem ao ideal iluminista: “vi è, innanzi tutto, un profilo che attiene alla storia della cultura giuridica: si tratta di quello che collega la nomofilachia al primato illuministico della legge ed all’istituzione, nel 1790, del ‘Tribunal de Cassation’: esiste, infatti, un rapporto strutturale fra la nascita di questo nuovo organo, frutto della legislazione rivoluzionaria, e la questione della funzione nomofilattica. In un certo senso, legge, nomofilachia e Tribunal de ‘cassation’ costituiscono, per così dire, tre lati di un unico triangolo. Un profilo che potremmo definire istituzionale riguarda, poi, l’organizzazione della giurisdizione. L’esercizio della funzione nomofilattica e la sua eventuale distribuzione fra organismi diversi deve, infatti, tener conto delle scelte operate dalla Costituzione a proposito del tema dell’unità o pluralità delle giurisdizioni o, come forse appare più appropriato dire, dell’unità o della pluralità delle forme

Aliás, seria *per se* desarrazoado imaginar que um novo requisito de acesso ao Superior Tribunal de Justiça, à semelhança da repercussão geral, possa funcionar como mecanismo de redução do volume processual, cujo gerenciamento, para casos repetitivos, foi equacionado justamente pela criação da sistemática inaugurada pela Lei n. 11.672/2008, incorporada pelo Código de Processo Civil vigente.

A exemplo do fato de a *repetitividade* constituir atualmente circunstância eventual para adjetivar a técnica de processamento e julgamento dos temas de repercussão geral como mecanismo de filtragem recursal no Supremo Tribunal Federal, a criação de um mecanismo análogo, no Superior Tribunal Justiça, portaria os mesmos impactos, esvaziando a principal finalidade da sistemática dos recursos especiais repetitivos. A propósito, o regime dos repetitivos reputa-se compatível com a Constituição Federal exatamente porque não implica um “fechamento” de portas, mas, sim, um sistema de tratamento em escala da litigiosidade de massa, sob a observância do contraditório, sem denegar a garantia fundamental de inafastabilidade da tutela jurisdicional.

Não é possível traçar o pretendido paralelo com as atribuições recursais do Supremo Tribunal Federal. O Superior Tribunal de Justiça foi criado justamente para figurar como “Corte Cidadã” (epíteto autointitulado pelo Tribunal, desde os primórdios da atual era constitucional). Deve-se recordar, aliás, que a própria extinção do requisito da “arguição de relevância” dos recursos extraordinários, pelo texto originalmente promulgado em 1988, inseriu-se no contexto de reestruturação da justiça federal (extinto o Tribunal Federal de Recursos), com a criação do Superior Tribunal de Justiça.

Desse modo, o Superior Tribunal de Justiça passou a deter competência recursal de caráter extraordinário (via recurso especial) para as “questões federais” anteriormente compreendidas na competência do Supremo Tribunal Federal,⁴⁹ que assumiu uma nova vocação perante a ordem constitucional vigente. É único e exclusivo, assim, o órgão de “cúpula” do Poder Judiciário, que, no regime democrático, coincide evidentemente com o guardião da Constituição Federal (art. 102).

A limitação de acesso ao Superior Tribunal de Justiça, fora das hipóteses recursais de *fundamentação vinculante* previstas na Constituição Federal (art. 105, III), constituiria uma inequívoca ingerência nos primados republicano e federativo, especialmente à luz da

organizzative della funzione giurisdizionale” – PAJNO, Alessandro. *Nomofilachia e giustizia amministrativa*. In *Rassegna forense*. n. 3-4, p. 641-58. Roma: Consiglio Nazionale Forense, 2014, p. 641-2.

⁴⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil...* p. 543-5.

realidade brasileira, que reclama uma atuação expressiva e ostensiva da função nomofilática do STJ. Uma das consequências imediatas, por exemplo, seria uma espécie de “federalização” do direito no âmbito jurisdicional das cortes locais, cujas decisões – acerca do ordenamento jurídico nacional – apenas poderiam ser revistas se atendido o requisito semanticamente aberto da “relevância”, o que está em descompasso com a função constitucional imputada ao Superior Tribunal de Justiça.

Em outras palavras, a garantia de que o Superior Tribunal de Justiça funcione como um tribunal com atribuições recursais controladas *exclusivamente* pela fundamentação vinculante prevista na Constituição Federal integra os núcleos intangíveis tanto da conformação federativa quanto das garantias processuais constitucionais à luz do regime republicano e da consequente *liberdade de acesso* ao Poder Judiciário pelos cidadãos. A investigação desse e de outros aspectos exorbitaria do escopo do presente estudo, mas a importância da problemática relativa à proposta de alteração constitucional não poderia prescindir da abordagem, ainda que em breves linhas.

Cabe esclarecer, enfim, quanto ao objeto sob exame, que a dialética processual, como qualidade intrínseca do contraditório, no atual cenário judiciário nacional, reclama a manutenção do *status* “cidadão” do Superior Tribunal de Justiça.

37 Gerenciamento de casos no Superior Tribunal de Justiça

A operacionalização do regime de recursos especiais repetitivos tem funcionado, a exemplo da repercussão geral do extraordinário dirigido ao Supremo Tribunal Federal, como método de gerenciamento de casos no Superior Tribunal de Justiça, realizando o propósito específico de justificação da Lei n. 11.672/2008, sob disciplina simétrica à regulamentação dada pela Lei n. 11.418/2006. Conforme apontado anteriormente, a exigência de renovação de um filtro recursal para a “redução dos encargos” do Supremo Tribunal estendeu-se à criação de mecanismos de controle de acesso recursal ao Superior Tribunal de Justiça.

O atual cenário de “crise da justiça e do processo está atrelado a problemas mais amplos e sofisticados que o desenho de uma nova ferramenta processual por via

legislativa”.⁵⁰ A "sobrecarga atribuída ao direito processual pode estar ligada ao formalismo que, com o tempo, se incorporou à racionalidade do operador da justiça”.⁵¹ No âmbito do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, o instituto da repercussão geral tem passado por sucessivas e intrincadas alterações regimentais (v. Capítulo VII), que formalizam progressivamente o acesso recursal, tendência que tem sido seguida também pelo Superior Tribunal de Justiça na regulamentação infralegal do regime de recursos especiais repetitivos. Esses incrementos apontam uma preocupação quantitativa com os mecanismos de filtragem de processos, mas sem correspondente enfoque qualitativo sob a óptica do contraditório.

Uma das principais questões problemáticas dos mecanismos criados pelo Código de Processo Civil para o tratamento da litigiosidade repetitiva, concebendo padrões decisórios vinculativos, refere-se à sua eficácia qualitativa, não meramente quantitativa, que deve ser aferida à luz das garantias processuais constitucionais, com destaque ao *contraditório à inafastabilidade da tutela jurisdicional*. Um dos questionamentos centrais, portanto, refere-

⁵⁰ SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 31.

⁵¹ “A profusão de regras pode sobrecarregar o procedimento e tornar demasiado longo e complexo o método dialético-investigativo de solução de conflitos. Nestes casos, a igualdade entre as partes e a democracia do acesso à justiça estariam ameaçadas, pois o litigante com melhores condições técnicas e financeiras está em posição de vantagem. O acesso à justiça é medido não apenas pelo aumento do volume de demandas, mas também pela diversidade dos cidadãos que buscam o Judiciário. O volume de demandas pode ser crescente, mas limitar-se apenas a uma parcela da população. Neste caso, a profusão de regras procedimentais é ainda mais letal para o acesso à justiça, pois privilegia aqueles cidadãos com conhecimento e experiência em litígios judiciais e favorece o uso impróprio e conveniente do serviço de justiça oferecido pelo Estado. [...] A complexidade e multiplicidade das regras processuais abrem caminho para que o diálogo entre as partes para a solução do conflito se transforme em uma batalha de regras formais, desatenta a seu objetivo primordial, a solução do conflito. Esse cenário é letal para o equilíbrio democrático [...]. O chamado ‘processualismo’, importância demasiada às formalidades da resolução judicial dos conflitos, intensifica o desigual acesso à justiça brasileira” – Ibidem, p. 30-2. Nesse contexto, é inegável a relevância do conhecimento empírico para possibilitar a adoção de medidas gerenciais adequadas, ante a constatação de que os próprios juízes, premidos pela necessidade de criar mecanismos internos de gestão processual, aderem a “práticas informais de condução de processos [...] com resultados efetivos no combate à crise da justiça” – Ibidem, p. 29. No entanto, as causas do modo de trabalho e de organização adotados em cada órgão jurisdicional são complexas, identificadas desde os perfis pessoal e profissional do magistrado até as características específicas da comunidade jurisdicionada – FIX-FIERRO, Héctor. *Courts, Justice & Efficiency: a socio-legal study of economic rationality in adjudication*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2003, p. 168. Logo, “qualquer tentativa de sistematização das técnicas de gerenciamento de processos não será exauriente, justamente porque se trata de uma racionalidade, não de um receituário” – SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de processos judiciais...* p. 141. Nesse cenário, é relevante questionar (i) em que medida os eixos de formação jurídica no Brasil, para o fomento de uma nova cultura de gerenciamento de processos, ainda são majoritariamente legalista-formalistas, impactando a disseminação de práticas gerenciais entre os juízes, realizada a partir de experiências bem-sucedidas em dados órgãos jurisdicionais; (ii) quais são as ferramentas e as vias institucionais mais adequadas para fomentar técnicas de gerenciamento processual, sem que, com seu implemento, sejam criadas práticas estéreis ou contraproducentes para a realidade [complexa] de cada órgão jurisdicional.

se à adequação do “sistema de precedentes” que tem sido engendrado para o tratamento da litigiosidade de massa e o aprimoramento do acesso à justiça no país.

Se, por um lado, “o tema dos precedentes é universal porque é a maneira por excelência de se buscar, igualmente, pois para casos iguais, soluções jurídicas iguais”,⁵² por outro, “no Brasil, como nos demais países de direito codificado, aqueles do chamado *civil law*, o precedente não tem – e não poderia ter – caráter normativo”, ou seja, busca-se nos precedentes “não a norma, mas uma unidade de sentido para aqueles preceitos normativos encontrados em nossas leis”.⁵³ A razão comunicativa constitui pressuposto fundamental dessa *unidade de sentido*, viabilizada pelo contraditório, cujo conteúdo jurídico emana da “prática construtiva e interpretativa de formação de significados por meio da argumentação”.⁵⁴

A “legislação processual brasileira [CPC/2015], a par de oferecer um repertório de novos mecanismos capazes de instituir um novo modelo processual, tem baixa correspondência ao nosso perfil de litigância judicial”.⁵⁵ A ampliação dos interesses envolvidos, própria dos caracteres complexos que tangenciam os conflitos de massa, informa a exigência de abertura comunicativa do canal jurídico-processual. A comunicação tem potencial, aliás, para atuar na própria equalização de forças no processo, suprimindo eventual desequilíbrio substancial entre as partes e realizando, assim, importante função isonômica nos mecanismos de tratamento da litigiosidade repetitiva.

A tendência de se enfatizar, na prática dos tribunais, o caráter gerencial das técnicas de tratamento de litigiosidade repetitiva sob intrincados mecanismos formais tem beneficiado “repeat players” (terminologia de GALANTER),⁵⁶ a exemplo do Poder Público,

⁵² ZUFELATO, Camilo. *Precedentes Judiciais à Brasileira no Novo CPC: aspectos gerais*. In *O novo código de processo civil: questões controvertidas*. p. 89-112. Org. Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Atlas, 2015, p. 90.

⁵³ SALLES, Carlos Alberto de. *Precedentes e jurisprudência no Novo CPC: novas técnicas decisórias*. In *O novo código de processo civil: questões controvertidas*. p. 77-88. Org. Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Atlas, 2015, p. 83.

⁵⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *O direito e a incerteza de suas fontes: um problema em aberto para a dogmática jurídica contemporânea*. In *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Número Especial: “Jornadas Jurídicas Brasil-Canadá”. p. 299-325. Belo Horizonte: UFMG, 2013, p. 306.

⁵⁵ SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Acesso à Justiça, litigiosidade e o modelo processual civil brasileiro*. Tese de Livre docência – Departamento de Direito Privado e Processo Civil. Ribeirão Preto: Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP, 2018, p. 209.

⁵⁶ Cf. GALANTER, Marc. *Why the haves come out ahead: Speculations on the limits of legal change*. In *Law and Society Review*. v. 9, n. 1, p. 95-160. Amherst: Law and Society Association, 1974, p. 97-8.

acentuando a desigualdade entre os litigantes (v. Capítulo VI). Constata-se, assim, “que a litigiosidade repetitiva discutida no STJ envolve o Poder Público em uma significativa parcela dos casos” e que “os litigantes habituais são os recorrentes na maior parte dos RRCs [recursos representativos da controvérsia] afetados para julgamento”.⁵⁷ Além disso, “quando se apura o resultado do julgamento, verifica-se que no cômputo geral e em todas as áreas específicas, os litigantes habituais obtiveram entendimentos favoráveis na maioria dos casos”.⁵⁸ Logo, “repeat players” têm obtido elevado índice de sucesso em teses recursais levadas às cortes superiores (na hipótese, o Superior Tribunal de Justiça).

Aliás, comparando o regime dos recursos repetitivos com as normas do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), que será objeto de análise no capítulo seguinte, é possível antever uma tendência de *nacionalização estratégica* dos conflitos repetitivos, por parte dos litigantes habituais – em especial, pelo próprio Poder Público (que tem facilidade de acesso às cortes superiores) –, à luz da previsão do art. 982, § 3º, do Código de Processo Civil.⁵⁹ O incremento dessa hipótese revelaria o efeito perverso de, a par de desconsiderar a complexidade social brasileira, estruturar um “sistema de precedentes” incompatível com a concretização da isonomia por intermédio da tutela jurisdicional.

Por essas e outras constatações, a percepção da qualidade essencialmente dialética do contraditório é fundamental para erigir um sistema compatível com a ordem democrática constitucional, *atualizando* a instrumentalidade *teleológica* do processo à luz da razão comunicativa, sob a nova perspectiva da “instrumentalidade metodológica” (v. Capítulo IV).⁶⁰

A dialeticidade que caracteriza o princípio do contraditório tem de ser repensada, com um equacionamento que considere as particularidades dos conflitos e dos atores sociais envolvidos, servindo a própria ideologia da “cooperação” para enfatizar o canal

⁵⁷ ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. *Acesso à justiça e técnicas de julgamento de casos repetitivos*. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Orientador: Prof. Associado Dr. Carlos Aberto de Salles. São Paulo, 2018, p. 245.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 246.

⁵⁹ “Art. 982. Admitido o incidente, o relator: [...] § 3º Visando à garantia da segurança jurídica, qualquer legitimado mencionado no art. 977, incisos II e III, poderá requerer, ao tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário ou especial, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado”.

⁶⁰ Cf. SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 13-27. Aderindo tanto à terminologia quanto à proposta de uma atual *instrumentalidade metodológica*, cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 13-4 e 33-4.

comunicativo oportunizado pela atividade processual, conforme tem sido pontuado ao longo do presente estudo. Trata-se de proposta alinhada à atual vertente da instrumentalidade metodológica do processo, que, a seu modo, também constitui uma compreensão dialética da processualidade contemporânea.

A efetividade do contraditório, no contexto da litigiosidade repetitiva e para a inteireza da dialética processual, deve implicar, dentre outros aspectos, a equalização de eventuais déficits de participação dos sujeitos potencialmente atingidos pelos recursos representativos da controvérsia. A título ilustrativo, por meio de poderes diretivos, o relator, no Superior Tribunal de Justiça, pode designar *ex officio* a oitiva de *representantes adequados* à luz dos sujeitos concernentes e da natureza dos interesses envolvidos (v.g., utilizando por analogia o padrão representativo próprio das ações coletivas), sempre que considere insuficiente o debate ou os argumentos apresentados para o deslinde da solução paradigmática. Seria inadmissível que, à luz do contraditório e de sua dimensão essencialmente dialética, soluções com aptidão vinculativa pudessem ser engendradas sem uma interlocução processual de qualidade e paritária, a pretexto de uma suposta “primazia gerencial” dos casos.

38 Julgamento do recurso representativo da controvérsia

O julgamento dos recursos especiais repetitivos, afetados como representativos da controvérsia (RRC), está regulamentado no Superior Tribunal de Justiça pelas disposições da Emenda Regimental n. 24, de 28 de setembro de 2016, que incluiu os arts. 256-A a 256-X e 257-A a 257-E no Regimento Interno (RISTJ). Já a disciplina anterior, sob a égide do art. 543-C do CPC/1973 (incluído pela Lei n. 11.672/2008), estava consolidada em ato regulamentar próprio, mediante a Resolução n. 8, de 7 de agosto de 2008, editada com fundamento no art. 21, XX, do RISTJ.⁶¹ Portanto, a exemplo das disposições regimentais do Supremo Tribunal Federal, quanto ao processamento e julgamento dos extraordinários sob repercussão geral, a disciplina interna dos recursos especiais repetitivos também está consolidada, desde 2016, no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

⁶¹ “Art. 21. São atribuições do Presidente: [...] XX – baixar as resoluções e instruções normativas referentes à deliberação do Plenário, da Corte Especial ou do Conselho de Administração, bem como as que digam respeito à rotina dos trabalhos de distribuição”.

Além do caráter “colegiado” da afetação do recurso especial, que visa a inibir desafetações tardias, com todos os custos decorrentes da retromarcha processual,⁶² outro incremento significativo trazido pela ER n. 24/2016 (RISTJ) refere-se ao procedimento deliberativo eletrônico, realizado por expediente assíncrono, mediante quórum positivo de *maioria simples* dos membros do órgão fracionário competente (seção ou corte especial, a depender do caso).

Conforme já destacado, a proposta de afetação (ProAfR) tem caráter *ad referendum*, ou seja, pressupõe que o relator considere inicialmente⁶³ a hipótese recursal como representativa da controvérsia. Assim, a inadmissão do recurso especial como representativo da controvérsia (por inaptidão da matéria ao julgamento repetitivo ou pela ausência de multiplicidade de casos) é monocrática, mas a afetação deve ser referendada eletronicamente pelo órgão competente, conforme o rito regimental (arts. 256-I a 256-N).

Após a publicação da deliberação colegiada que refere a afetação inicialmente proposta (ProAfR), os demais processos em trâmite no Superior Tribunal de Justiça (com recursos especiais versados sobre a mesma controvérsia) serão (i) “se já distribuídos, devolvidos ao tribunal de origem, para neles permanecerem suspensos, por meio de decisão fundamentada do relator”; (ii) “se ainda não distribuídos, serão devolvidos ao tribunal de origem por decisão fundamentada do Presidente do STJ” (art. 256-L, II e II, do RISTJ).

A deliberação colegiada, referendando a ProAfR, não impede, contudo, posterior “desafetação” dos respectivos processos, devendo “constar da decisão ou do resultado do julgamento as consequências desse ato e sua motivação” (art. 256-O do RISTJ). Não significa necessariamente que, nessa circunstância, o tema (RRC) deva ser cancelado, pois,

⁶² Sob a vigência da sistemática anterior, “outro problema decorrente de organização interna acontecia quando, não raras vezes, eram vistas situações em que o ministro relator entendia [monocraticamente] por bem submeter um recurso especial ao rito dos recursos repetitivos em razão do tema nele versado; comandava a suspensão nacional da tramitação de novos recursos especiais sobre o tema; recebia manifestações das partes, do Ministério Público e de *amicus curiae*; preparava voto sobre o mérito da tese jurídica a ser fixada; [...] e, quando o julgamento para definição da tese vinculante estava prestes a começar, ministros, que somente naquela ocasião da sessão presencial estavam tendo contato pela primeira vez com a notícia da afetação do recurso, levantavam questão de ordem, por entenderem que não era oportuno o julgamento do tema pelo rito dos recursos repetitivos e, ao cabo do julgamento da questão de ordem levantada, restava o recurso desafetado pelo órgão julgador, frustrando a expectativa dos jurisdicionados e de todos os que se manifestaram no processo repetitivo até aquele momento. Tal situação representava, enfim, uma perda de tempo a todos os envolvidos no *leading case*” – GONZALEZ, Anselmo Moreira. *Repetitivos ou “ineditivos”?*... p. 57-8.

⁶³ Afinal, o relator pode alterar seu entendimento perante o colegiado, independentemente do caráter assíncrono da deliberação eletrônica.

reafirmada a necessidade de solução jurídica à luz da sistemática repetitiva, devem-se providenciar, se for o caso (já que podem remanescer processos suficientes), “novos recursos representativos da controvérsia tratando da mesma questão de direito, em substituição, para julgamento do mérito do tema” (§ 1º). Se a desafetação não for colegiada, os membros do respectivo órgão julgador deverão ser comunicados do inteiro teor da decisão (§ 2º). Mantido o tema repetitivo, os recursos especiais enviados em substituição devem ser distribuídos por dependência (§ 3º)⁶⁴ e os recursos sobrestados, que aguardam o deslinde da questão afetada, permanecem suspensos e vinculados ao número originário (§ 4º). Já se o tema for cancelado, os processos suspensos evidentemente retomarão seu curso normal (§ 5º).

O julgamento dos recursos especiais processados sob a sistemática repetitiva tem preferência sobre os demais processos, salvo casos de “réu preso e os pedidos de *habeas corpus* e de mandado de segurança” (art. 256-N, § 1º, do RISTJ). Há, ainda, a previsão de prazo regimental de um ano para o julgamento do tema, contado da data da publicação da afetação (§ 2º). Outro prazo regimental de destaque é o lapso de oito meses, desde a publicação da decisão de afetação (decisão na ProAfR), após o qual o presidente do respectivo órgão, sob a atribuição de zelar pelos prazos procedimentais (art. 256-P), “determinará que seja cientificado o relator ou o ministro que tiver pedido vista” (parágrafo único). Contudo, a exemplo do prazo anual (art. 256-N, § 2º, do RISTJ), norma simétrica do prazo legal do art. 1.037, § 4º, do Código de Processo Civil, cuja superação não implica a cessação automática do sobrestamento processual (§ 5º), a praxe não tem apontado maiores repercussões práticas relativas à superação do tempo.

Finalmente, após a liberação dos autos pelo relator, dentro ou fora do prazo anual, os processos relativos ao tema (RRC) serão incluídos em pauta de julgamento da seção ou da corte especial, conforme as competências internas próprias (art. 256-N do RISTJ).

⁶⁴ “Art. 256-O. § 3º Os recursos especiais enviados em substituição serão distribuídos por dependência ao ministro que determinou a desafetação do recurso especial ou ao sucessor do acervo, excetuada a hipótese de o ministro não compor mais o órgão julgador competente para apreciar a matéria ou de alteração da competência para apreciação da matéria, caso em que o recurso será distribuído entre os integrantes do órgão julgador competente para apreciar a questão”.

38.1 Participação plurissubjetiva

Um dos problemas relativos à deliberação eletrônica da proposta de afetação (ProAfR) dos recursos especiais é seu caráter assíncrono, o que impede a exposição e a contraposição simultânea de argumentos. Com o objetivo de fomentar a dialeticidade no debate – prévio à deliberação eletrônica – acerca dos pressupostos fáticos e jurídicos que recomendem a afetação do recurso especial, o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça prevê que, no procedimento da ProAfR, “o relator poderá solicitar informações aos tribunais de origem a respeito da questão afetada e autorizar [...] ante a relevância da matéria, a manifestação escrita de pessoas naturais ou jurídicas, órgãos ou entidades especializadas, com representatividade adequada, a serem prestadas no prazo improrrogável de quinze dias” (art. 256-J). Do mesmo modo, “a fim de instruir o procedimento, pode o relator [...] fixar data para ouvir pessoas ou entidades com experiência e conhecimento na matéria em audiência pública” (art. 256-K). Essa participação plurissubjetiva antecede, portanto, a própria deliberação da ProAfR, e não se confunde com a amplificação do debate *a posteriori*, caso confirmado o recurso como representativo da controvérsia (RRC).

A possibilidade de participação plurissubjetiva na proposta de afetação dos recursos especiais é mais efetiva, assim, do que a dinâmica estabelecida para o julgamento da preliminar de repercussão geral. No Supremo Tribunal Federal, conforme analisado no capítulo anterior, o relator, de ofício ou a requerimento, em decisão irrecorrível, pode admitir a manifestação de terceiros (subscrita por procurador habilitado) acerca da “questão da repercussão geral” (art. 1.035, § 4º, do CPC e art. 323, § 3º, do RISTF, incluído pela ER n. 42/2010). Contudo, essa possibilidade de participação coincide com o próprio momento de deliberação plenária eletrônica, no prazo de vinte dias. No Superior Tribunal de Justiça, o prazo da deliberação eletrônica da ProAfR é inferior (sete dias), mas as disposições regimentais (arts. 256-J e 256-K) garantem, em tese, um debate antecedente ao próprio colegiado virtual.

Ao contrário da sistemática do extraordinário, cuja disciplina regimental autoriza inclusive o julgamento de mérito em plenário virtual nas hipóteses de reafirmação da jurisprudência, os recursos especiais não estão sujeitos [ainda] a semelhante dinâmica. Parece evidente, contudo, à luz de uma interpretação evolutiva e comparativa, que, na

hipótese de advir o requisito da “relevância das questões federais”, à guisa das propostas em trâmite legislativo (v.g., PEC n. 209/2012),⁶⁵ o Superior Tribunal de Justiça provavelmente adotará, em determinadas circunstâncias, a forma do colegiado eletrônico também para o julgamento de mérito dos recursos especiais representativos da controvérsia.

Confirmada no colegiado virtual a afetação do recurso especial repetitivo, a participação plurissubjetiva, garantida regimentalmente antes de deliberada a ProAfR, decorre *a fortiori* de imperativo do contraditório. Acerca dessa problemática, as considerações relativas à designação subjetiva (qualidades das pessoas e entes credenciados) e ao âmbito de participação de “terceiros” trazidas no capítulo anterior, relativamente ao julgamento de mérito do extraordinário sob repercussão geral, aplicam-se também à sistemática dos recursos especiais repetitivos.

Destacam-se, no ponto, as dificuldades inerentes à “desfiguração” do *amicus curiae*, não despropositadamente já tratado na doutrina como “terceiro enigmático”.⁶⁶ Tanto no Supremo Tribunal Federal quanto no Superior Tribunal de Justiça, o instituto do *amicus curiae* tem viabilizado o acesso formal à participação no processo paradigmático, em razão de previsão legal e regimental (arts. 138, 1.038, I e II, do CPC e arts. 256-J e 256-K do RISTJ), mas o conteúdo de mérito de seus respectivos aportes é parcial (interessado), ressalvadas hipóteses específicas em que a manifestação dos *amici* está associada a conhecimentos técnicos ou científicos próprios de *experts* desinteressados no resultado do processo. Ilustrativamente, referida parcialidade inclusive tem assento expresso regimental, quando se prevê a possibilidade de “manifestação da Defensoria Pública na condição de *amicus curiae*” nos recursos especiais repetitivos, a critério do relator (art. 65-B do RISTJ).

De todo modo, a delimitação das características e dos interesses próprios dos *amici curiae*, sendo uma dificuldade recorrente inclusive nas cortes estadunidenses, constitui questão circunstancial inerente à própria linguagem humana (*com o signo já designo*).⁶⁷ Como “problema a ser superado”, bastaria distinguir, a rigor, pessoas *interessadas* e

⁶⁵ Sobre os fundamentos de inconstitucionalidade da proposta, v. Capítulo VII.

⁶⁶ Cf. BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.

⁶⁷ Utilizada como expressão alegórica da inafastabilidade dos domínios linguísticos para a conformação do pensamento e dos propósitos humanos.

pessoas, entes etc. *desinteressados*, pois, apenas neste segundo caso, seria mais apropriado adjetivar a respectiva manifestação em processos repetitivos sob o instituto do *amicus curiae*.

A propósito, a doutrina tem qualificado como “institucional” o interesse que legitima a pretensão de ingresso como *amicus curiae*.⁶⁸ Não significa, porém, que a participação de pessoas – diversas das partes recorrentes e recorridas – nos recursos especiais repetitivos dependa dessa condição. À luz do contraditório, é evidente a relevância da pluralização dos debates relativos a temas repetitivos, resolvidos em recursos representativos (RRC), sob pena de não se qualificarem *democraticamente* os pronunciamentos do Superior Tribunal de Justiça.

A previsão de que determinadas pessoas habilitem-se à luz do art. 1.038, I e II, do Código de Processo Civil, regulamentado pelos arts. 185, 186 (disciplinam as audiências públicas), 256-J e 256-K (aplicação extensiva ao julgamento de mérito do RRC) do RISTJ – reportadas como “pessoas naturais ou jurídicas, órgãos ou entidades especializadas, com representatividade adequada” –, não representa hipótese normativa impeditiva para a participação de pessoas interessadas, fundamentando-se a admissão *per se* na potencial ou efetiva repercussão do resultado do julgamento (RRC) em suas esferas jurídicas, especialmente quanto às partes com processos sobrestados.

A exemplo das considerações relativas à participação no julgamento de repercussão geral (STF), a efetividade do contraditório impõe, a rigor, que toda pessoa efetiva ou potencialmente afetada pelo julgamento do recurso especial repetitivo possa participar nos autos, seja por interesse próprio,⁶⁹ seja na qualidade de substituto processual, autorizando-

⁶⁸ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro...* p. 504; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Amicus curiae – afinal quem é ele?* In *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*. n. 34, p. 241-5. Curitiba: IAP, 2006, p. 242-3.

⁶⁹ Nesse sentido, parcela da doutrina, à luz do Estatuto de 1973 (arts. 543-A, § 6º, e 543-C, § 4º), já se posicionava pela admissão no caso afetado (paradigmático) das “partes em cujo processo houve recurso especial que teve sua tramitação sobrestada, em razão da subida de recurso especial ‘com fundamento em idêntica questão de direito’ [art. 543-C, *caput*] interposto por (ou contra) outra pessoa, que poderá manifestar-se com o intuito de ver provido (ou desprovido) o recurso especial selecionado” – WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 308-9.

se o aporte de razões escritas (petição, memoriais) e orais (sustentação em sessão de julgamento),⁷⁰ a juntada de documentos etc.

A previsão do art. 256-J do RISTJ demonstra que os requisitos estabelecidos pelo Superior Tribunal de Justiça para a admissão nos feitos têm funcionado como *filtro qualitativo* para o ingresso de “pessoas” em geral, embora o Código de Processo Civil se reporte à “manifestação de pessoas, órgãos ou entidades *com interesse na controvérsia*” (art. 1.038, I). Não obstante a parte final do dispositivo (“consoante dispuser o regimento interno”), é evidente que as normas regimentais não poderiam estabelecer disciplina restritiva, sob pena de exorbitância [antijurídica] do regulamento infralegal.

Apesar de o ingresso no feito sob a figura mais estrita do *amicus curiae* inserir-se, a princípio, no juízo discricionário das cortes superiores,⁷¹ para as partes interessadas, como aquelas efetiva ou potencialmente afetadas pelo julgamento paradigmático, a participação constitui uma garantia inerente ao contraditório.

Em síntese, a concepção extensiva do “amicus curiae”, para designá-lo como figura geral de controle do acesso de interessados, aplicável inclusive às pessoas físicas ou jurídicas que serão futuramente afetadas pelo resultado do julgamento das cortes superiores, em recursos paradigmáticos, tem implicações antagônicas; a um tempo, justifica a admissão geral ou inespecífica (*amici curiae*); a outro, a inadmissão específica dos próprios titulares de posições jurídicas afetadas (jurisdicionados interessados).⁷²

⁷⁰ A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça tem entendido, contudo, que o “o *amicus curiae* não tem direito à sustentação oral” (cf. Questão de Ordem no REsp n. 1.205.946/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, sessão de 17.8.2011).

⁷¹ “A autorização de intervenção de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia no recurso especial submetido ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil [de 1973] é uma faculdade do órgão julgador, por intermédio do Relator” – STJ, Segunda Seção, ED no REsp n. 1.110.549/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 14.4.2010, DJe 30.4.2010. Sob concepção restritiva, por exemplo, já se considerou o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) entidade destituída de “representatividade adequada” para a “pretensão de defesa da segurança jurídica”, o que “não se coaduna com o instituto do ‘amicus curiae’, que exige representatividade de uma das partes interessadas ou a relação direta entre a finalidade institucional e o objeto jurídico controvertido” – STJ, REsp n. 1.534.706/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 2.7.2017, DJe 13.9.2017, decisão monocrática do relator.

⁷² Assim, conforme destacado no capítulo anterior, quanto à análise da repercussão geral, a experiência prática demonstra que a admissão casuística de *amici curiae* tem ampliado quantitativamente o debate, mas não qualitativamente à luz de um contraditório efetivo e substancial. A esse propósito, basta observar que as diferenças substanciais entre os litigantes do caso paradigmático têm impactado o número de intervenções admitidas, sob as respectivas proporções de desigualdade. Portanto, quanto à participação efetiva – e em contraditório – de pessoas interessadas no julgamento dos processos paradigmáticos, os parâmetros de admissão deveriam ser distintos para sujeitos neutros (“informantes”) ou detentores de interesses meramente “institucionais” e para sujeitos parciais. Quanto aos interessados, no entanto, não se pretende aproximar da figura da “assistência simples” (exceto se o próprio interessado assim o requerer), cujo tratamento legal é

Na ausência de uma disciplina legal própria, a admissão dos interessados possui fundamento legal no art. 1.038, I e II, do Código de Processo Civil, que se tem demonstrado, com sua regulamentação infralegal (RISTJ), pouco efetivo à luz do contraditório.

A exemplo dos casos de repercussão geral, a participação de *interessados* (pessoas físicas ou jurídicas) em processos paradigmáticos (RRC) deveria constituir uma intervenção *sui generis*, a ser disciplinada *de lege ferenda*, como a proposta de “participação adesiva” formulada no capítulo anterior, garantindo maior ênfase à dialeticidade processual e, assim, a observância do contraditório adequado ao âmbito da litigiosidade repetitiva.

38.2 Fixação da tese e parâmetros da motivação

A participação plurissubjetiva, antecedente ao julgamento do recurso representativo da controvérsia,⁷³ constitui garantia inerente ao contraditório. Outra implicação fundamental é o conhecimento prévio dos limites do tema do recurso repetitivo e de todas as circunstâncias jurídicas envolvidas no julgamento paradigmático.⁷⁴ A exemplo do regime de repercussão geral, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o tema jurídico a ser objeto de apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça, sob a sistemática dos recursos repetitivos, deve estar clara e previamente delimitado.

É imprescindível, portanto, que os fundamentos apresentados pelo relator e referendados pelo colegiado na afetação do recurso especial repetitivo possibilitem a exata compreensão da controvérsia e as variáveis de solução possíveis, para que sejam congruentes o tema do recurso afetado (RRC) e a tese paradigmática firmada no julgamento de mérito. A presença, no resultado final, de elementos exorbitantes aos

específico, com o exercício de posições processuais e consequências bem definidas pelo Código de Processo Civil (v.g., arts. 94, 119 a 123), incompatíveis com a espécie examinada, sob pena de desestimular a participação plurissubjetiva nos processos afetados ao regime de repercussão geral ou à sistemática dos recursos repetitivos.

⁷³ Trata-se de fase que a norma regimental denomina de “procedimento preparatório para o julgamento do recurso especial repetitivo” (Seção II do Capítulo II-A do Título IX, “Dos Recursos”, do RISTJ, incluído pela ER n. 24/2016).

⁷⁴ A propósito, “quando o órgão julgador decidir questão relativa ao procedimento de recursos repetitivos [...], os documentos relacionados ao julgamento serão disponibilizados ao Núcleo de Gerenciamento de Precedentes – Nugep” (art. 256-N, § 3º, do RISTJ).

parâmetros inicialmente fixados na afetação recursal viola o contraditório, em situação análoga à [vedada] “decisão surpresa” (arts. 9º e 10 do CPC).

Assim como diagnosticado no regime de repercussão geral, o aperfeiçoamento do contraditório, quanto à delimitação jurídico-temática do recurso especial repetitivo, depende da criação *de lege ferenda* de instrumentos efetivos de participação dos interessados. Embora o relator possa, de ofício ou a requerimento, admitir a manifestação de “pessoas”, “órgãos” ou “entidades” com interesse na controvérsia (art. 1.038, I e II, do CPC e arts. 256-J e 256-K do RISTJ), a inexistência de uma disciplina normativa específica tem inviabilizado a participação efetiva de pessoas físicas ou jurídicas afetadas pelo caso paradigmático.

A ausência de normas capazes de equalizar os interesses plurissubjetivos envolvidos e as exigências pragmáticas do exame de recursos representativos de controvérsia no Superior Tribunal de Justiça constitui, evidentemente, um problema a ser superado, especialmente à luz da primazia do juízo de conformação, em sobreposição ao juízo de admissibilidade dos recursos especiais. Se a afetação recursal pelo Superior Tribunal de Justiça constitui circunstância que autoriza *per se* a prevalência da conformação do julgamento nos tribunais locais, é evidente que a participação de pessoas interessadas deve observar um contraditório estritamente adequado ao âmbito da litigiosidade repetitiva.

As cortes superiores estão cada vez mais preocupadas com as “teses” jurídicas, não com os “casos”, imputando-se o zelo pela “justiça concreta” às instâncias ordinárias, em progressiva adesão a “mecanismos de objetivação” dos processos, como “reação prática do legislador à grave crise” autoaclamada pelos tribunais superiores.⁷⁵ Vale recordar a responsabilidade que tem sido atribuída aos tribunais locais e regionais em efetivar o juízo de conformação dos especiais, inclusive nas hipóteses em que os recursos já tenham chegado ao Superior Tribunal de Justiça, determinando-se a consequente devolução dos autos às cortes de origem. Nesse contexto institucional, recorde-se também a Proposta de Emenda à Constituição Federal (PEC) n. 209/2012, que prevê a criação de um requisito

⁷⁵ WOLKART, Erik Navarro. *Precedente judicial no processo civil brasileiro...* p. 247.

recursal extrínseco similar à repercussão geral para a admissão dos recursos especiais pelo Superior Tribunal de Justiça.⁷⁶

No julgamento de mérito do tema repetitivo, a tese paradigmática deve estar claramente delimitada, em congruência com os elementos objetivos que parametrizaram a afetação recursal. Na hipótese de modificação da tese, em razão do provimento de recurso interposto contra o acórdão que a fixara inicialmente, a nova enunciação também deve conter os fundamentos determinantes de modo claro e objetivo (art. 256-O do RISTJ).⁷⁷

A exemplo da crítica dirigida ao regime de repercussão geral (v. Capítulo VII), o tratamento institucional que tem sido impresso à sistemática dos recursos especiais repetitivos, alinha-se a uma tendência de julgamento de “teses”, identificada nos modos de deliberação dos tribunais superiores no Brasil, congruentes com um modelo “per seriatim”, em contraste com o padrão deliberativo “per curiam”.⁷⁸

Dessa forma, tal como a prática deliberativa do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça também adota um “modelo de decisão *seriatim* ou de publicação dos resultados da deliberação em forma de texto composto”, pois as sessões deliberativas são públicas e “marcadas pela sucessão ordenada dos pronunciamentos orais individuais de cada magistrado, dotados de sua própria *ratio decidendi*, que são posteriormente apresentados ao público em formato de texto composto (o denominado acórdão), o qual agrega todos os votos e os debates orais em sua íntegra”.⁷⁹

⁷⁶ Conforme apontado em tópico anterior, o texto de justificação da PEC n. 209/2012 realiza um inequívoco cotejo entre a repercussão geral do recurso extraordinário e a necessidade de “adoção do mesmo requisito no tocante ao recurso especial”, exemplificando com dados percentuais a redução do volume de processos no Supremo Tribunal Federal após a adoção do requisito criado pela EC n. 45/2004 e propondo “alternativa” a um modelo considerado de “livre acesso”.

⁷⁷ “Art. 256-Q. No julgamento de mérito do tema repetitivo, o relator ou o Ministro relator para acórdão delimitará objetivamente a tese firmada pelo órgão julgador. § 1º Alterada a tese firmada no julgamento de recurso interposto contra o acórdão citado no *caput*, proceder-se-á à nova delimitação com os fundamentos determinantes da tese. § 2º A decisão de que trata o § 1º deste artigo será objeto de comunicação aos Ministros do órgão julgador, ao Presidente do STJ e aos presidentes ou vice-presidentes dos Tribunais de origem. § 3º O acórdão deverá ser redigido nos termos do art. 104-A deste Regimento”.

⁷⁸ Para uma abordagem conceitual dos respectivos modelos, cf. VALE, André Rufino do. *Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais*. Tese de Doutorado apresentada à Universidade de Brasília, em regime de cotutela com a Universidade de Alicante. Orientadores: Prof.^a Dr.^a Claudia Roesler e Prof. Dr. Manuel Atienza. Brasília, Alicante, 2015, p. 115.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 116. Os padrões de colegialidade identificados no Brasil revelam, de fato, uma cultura decisória *seriatim*, condizente com o modelo de deliberação aberta ou pública, em que os votos individualmente tomados assumem grande importância (v.g., podem subsidiar a efetivação de “distinguishing”), inclusive quando sejam dissidentes. De todo modo, a escolha (política) do modelo deliberativo decisório não afasta a observância estrita do contraditório, que representa uma constante necessária para a legitimação da atividade jurisdicional.

As diversas características da sistemática dos recursos repetitivos, viabilizando uma *filtragem de larga escala* dos processos, e conseqüentemente um expediente de seletividade de teses, permitem observar a relevância dos mecanismos de deliberação das cortes, que assumem fundamental importância à luz das reformas processuais recentes. Os parâmetros da motivação devem ser extraídos, evidentemente, do percurso deliberativo traçado pelo colegiado, com o enfrentamento dos argumentos submetidos ao contraditório, permitindo-se a adequada discussão, reflexão e resolução *colegiadamente* da controvérsia jurídica.

39 Aplicação do julgado paradigmático

A estruturação de qualquer procedimento tendente à formação de julgados com eficácia vinculativa deve observar o contraditório, por meios [comunicativos] de interação organizados.

A exemplo dos déficits participativos e comunicativos identificados na atual disciplina do regime de repercussão geral, também a sistemática dos recursos repetitivos não está suficientemente estruturada para comportar, à luz da garantia constitucional do contraditório, o grau de vinculatividade estabelecido pelo Código de Processo Civil. A observância do contraditório representa uma condição indeclinável tanto para a formação quanto para a aplicação dos julgados paradigmáticos com aptidão à eficácia vinculante.

É necessário conciliar a eficiência do método, visada pelos mecanismos processuais de julgamento por amostragem, com a qualidade da tutela jurisdicional, o que se viabiliza pela ênfase das garantias processuais constitucionais, notadamente, o contraditório. Afinal, os sistemas de justiça não podem ser estruturados exclusivamente sob a óptica “eficientista”, sob o risco de comprometer valores democráticos fundamentais.

39.1 Primazia da aplicação pelos tribunais locais

A disciplina do Código de Processo Civil, no tratamento dos recursos repetitivos, identifica uma inequívoca primazia da aplicação dos entendimentos paradigmáticos

(“precedentes”) pelos tribunais locais, ou seja, pelas denominadas “instâncias ordinárias”. Observem-se, nesse sentido, as previsões *de lege lata* que estabelecem a sobreposição do juízo de conformação, em relação ao juízo de admissibilidade, apenas com a ressalva do defeito “mais grave” da intempestividade recursal; priorizam-se as interpretações jurídicas uniformizadas[doras] dos tribunais superiores em sua alçada constitucional de competência.

Afirmada determinada tese jurídica em recurso representativo (RRC) da controvérsia pelo Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados são denegados na origem (quando as pretensões sejam dissonantes com o entendimento paradigmático) ou submetidos à conformação (pelo próprio colegiado cujo entendimento seja contrastante com a tese). Ademais, nas demandas cuja solução independa de fase instrutória, sendo possível a resolução de mérito com a aplicação da tese firmada (RRC), admite-se a improcedência liminar do pedido, conforme dispõe o art. 332, II, do Código de Processo Civil.

Publicado o acórdão relativo ao recurso especial repetitivo, o juízo de conformação dos demais recursos especiais fundados em idêntica questão de direito será efetivado prioritariamente pelas cortes locais. Nesse sentido, a publicação do acórdão paradigmático implica as seguintes providências quanto aos recursos especiais versados sobre a mesma controvérsia: (i) se já distribuídos e não devolvidos à origem por trazerem outras questões além da afetada, serão julgados pelo relator, observada a tese firmada no julgamento de mérito do respectivo tema; (ii) se ainda não distribuídos e não devolvidos à origem, serão julgados pelo Presidente do STJ; (iii) se suspensos nas instâncias de origem, aplicam-se os arts. 1.040 e 1.041 do Código de Processo Civil (art. 256-R, I a III, do RISTJ).

Portanto, a sistemática prevista nos arts. 1.040⁸⁰ e 1.041⁸¹ do CPC, também abarcada pelo art. 256-R do RISTJ, é inequívoca acerca da primazia da aplicação pelos

⁸⁰ “Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma: I – o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior; II – o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior; III – os processos suspensos em primeiro e segundo grau de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior; IV – se os recursos versarem sobre questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada. § 1º A parte poderá desistir da ação em curso no primeiro grau de jurisdição, antes de proferida a sentença, se a questão nela discutida for idêntica à resolvida pelo recurso representativo da controvérsia. § 2º Se a desistência ocorrer antes de oferecida contestação, a parte ficará isenta do

tribunais locais do direito “uniformizado” na instância superior. Ilustra essa ênfase dada ao juízo de conformação nas instâncias ordinárias, o fato de o Superior Tribunal de Justiça considerar os tribunais locais ou regionais competentes prioritários para conformar os entendimentos paradigmáticos, ainda que o recurso especial já tenha subido (hipótese de devolução dos autos). Assim, o art. 256-R, I, do RISTJ estabelece que os recursos serão julgados pelo relator (no STJ), para a observância da tese firmada em RRC, quando os autos não tenham sido “devolvidos à origem”, por abrangerem “outras questões além da afetada”. Observe-se, desse modo, que também o julgamento de recursos representativos da controvérsia dota-se de uma eficácia instrumental análoga àquela reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal quanto ao regime da repercussão geral.

Tais circunstâncias destacam a elevada importância do contraditório para a conformação dos expedientes processuais de tratamento da litigiosidade repetitiva. A disposição legal de um “efeito conformativo” dos recursos de natureza extraordinária deveria acompanhar-se, sob a óptica das garantias processuais constitucionais, de um adequado equacionamento do contraditório.

É inconcebível, à luz da estruturação [e inafastabilidade] democrática dos sistemas de justiça, que as cortes locais ou regionais funcionem como autômatos de gestão de “precedentes”. Essa lógica prioritariamente gerencial não é identificada sequer na doutrina do *stare decisis*, conforme apontado no capítulo anterior, sendo *a fortiori* incompatível, portanto, com as sistemáticas em formação no direito brasileiro para o tratamento da litigiosidade repetitiva.

O processo jurisdicional constitui instância comunicativa, estimulada por um diálogo garantido pelo direito. As funções principais dos órgãos judicantes democráticos, com destaque evidentemente às cortes superiores, não podem concentrar-se apenas na “decisão”; devem focar também a “interlocação”, em razão da dialeticidade inerente a qualquer fenômeno processual analisado sob a imprescindível óptica do contraditório.

pagamento de custas e de honorários de sucumbência. § 3º A desistência apresentada nos termos do § 1º independe de consentimento do réu, ainda que apresentada contestação”.

⁸¹ “Art. 1.041. Mantido o acórdão divergente pelo tribunal de origem, o recurso especial ou extraordinário será remetido ao respectivo tribunal superior, na forma do art. 1.036, § 1º [do CPC]. § 1º Realizado o juízo de retratação, com alteração do acórdão divergente, o tribunal de origem, se for o caso, decidirá as demais questões ainda não decididas cujo enfrentamento se tornou necessário em decorrência da alteração. § 2º Quando ocorrer a hipótese do inciso II do caput do art. 1.040 e o recurso versar sobre outras questões, caberá ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, depois do reexame pelo órgão de origem e independentemente de ratificação do recurso, sendo positivo o juízo de admissibilidade, determinar a remessa do recurso ao tribunal superior para julgamento das demais questões”.

A interlocução dos casos concretos, cujas questões fático-jurídicas de fundo “dialoguem” com teses paradigmáticas, não pode ser expurgada do sistema processual, a pretexto de uma aplicação obrigatória e incondicional de “precedentes”. Vale recordar, afinal, que esse suposto padrão de vinculatividade não é sequer coerente com a tradição do *stare decisis*, e, com maior razão, não poderia adjetivar as características do sistema brasileiro.

39.2 Modulação temporal

Técnicas processuais que viabilizem julgamentos “por amostragem” têm inegáveis vantagens pragmáticas perante o fenômeno da litigiosidade repetitiva. Contudo, não é possível imaginar instrumentos processuais constitucionalmente legítimos que se antagonizem, em qualquer medida, com o contraditório, intrinsecamente caracterizado por sua qualidade dialética.

Nesse contexto, tem-se destacado, ao longo do estudo, que o atual momento de valorização dos denominados “precedentes judiciais” e a adoção da *segurança jurídica* e da *isonomia* como vetores para a construção de resultados que se pretendam *justos* – e de legítima eficácia vinculante para casos homogêneos – ressaltam a importância do significado dialético do processo para o direito, à base da razão comunicativa.

A eficácia instrumental do julgamento dos recursos especiais repetitivos, analogamente à repercussão geral dos extraordinários de competência do Supremo Tribunal Federal, não afeta os processos com decisões imunizadas pela coisa julgada ou, ainda antes do trânsito em julgado, quando não haja a interposição de recurso que permita a incidência do efeito conformativo.

Embora não haja uma conformação automática dos julgamentos contrastantes com a tese paradigmática (RRC), pois dependente de irresignação recursal portadora daquele efeito, o Código de Processo Civil autoriza o Superior Tribunal de Justiça a modular os efeitos de incidência da tese fixada em recurso representativo da controvérsia (art. 927, § 3º).⁸² A exemplo da utilização em sede de repercussão geral (STF),⁸³ o emprego da técnica

⁸² “Art. 927. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”. A título ilustrativo de aplicação da técnica, cite-

de modulação temporal também é crescente no Superior Tribunal de Justiça, o que se justifica especialmente à luz do tempo de espera de julgamento dos casos paradigmáticos e da indefinição normativa de um prazo peremptório, considerada como hipótese dilatória a previsão legal de um ano (art. 1.037, § 4º), consoante já observado.

A modulação temporal de efeitos é definida, em regra, por ocasião do próprio julgamento do tema repetitivo. Contudo, na ausência de aplicação inicial da técnica, deve-se garantir a efetiva participação dos jurisdicionados afetados pelo paradigma, exatamente em razão do interesse em suscitar a flexibilização eficaz da decisão, por imperativo de interesse social ou segurança jurídica, em especial nas hipóteses de alteração de jurisprudência dominante (art. 927, § 3º, do CPC).

Deve-se garantir, por força do contraditório, a admissão do ingresso desses jurisdicionados nos processos paradigmáticos, como intervenientes portadores de legitimidade recursal para a oposição de embargos de declaração que visem a suscitar questão de ordem relativa à eficácia da decisão ou, quando já aberta a via integrativa, para figurarem como “intervenientes adesivos” dos processos. Afinal, o interesse na participação pode decorrer exatamente da ausência de modulação temporal apriorística dos efeitos da tese firmada no recurso representativo da controvérsia, ou seja, após o próprio julgamento de mérito do recurso especial repetitivo. Essa participação não pode ser

se, por todos, o Tema Repetitivo n. 880, que fixou a seguinte tese: "a partir da vigência da Lei n. 10.444/2002, que incluiu o § 1º ao art. 604, dispositivo que foi sucedido, conforme Lei n. 11.232/2005, pelo art. 475-B, §§ 1º e 2º, todos do CPC/1973, não é mais imprescindível, para acertamento de cálculos, a juntada de documentos pela parte executada ou por terceiros, reputando-se correta a conta apresentada pelo exequente, quando a requisição judicial de tais documentos deixar de ser atendida, injustificadamente, depois de transcorrido o prazo legal. Assim, sob a égide do diploma legal citado, incide o lapso prescricional, pelo prazo respectivo da demanda de conhecimento (Súmula 150/STF), sem interrupção ou suspensão, não se podendo invocar qualquer demora na diligência para obtenção de fichas financeiras ou outros documentos perante a administração ou junto a terceiros" – STJ, Primeira Seção, REsp n. 1.336.026/PE, Rel. Min. Og Fernandes, j. 28.6.2017, DJe 30.6.2017. Dando provimento parcial a embargos de declaração opostos com a finalidade de modular os efeitos do julgado paradigmático, a Corte consignou que “os efeitos decorrentes dos comandos contidos neste acórdão [Tema Repetitivo n. 880] ficam modulados a partir de 30.6.2017, com fundamento no § 3º do art. 927 do CPC/2015. Resta firmado, com essa modulação, que, para as decisões transitadas em julgado até 17.3.2016 (quando ainda em vigor o CPC/1973) e que estejam dependendo, para ingressar com o pedido de cumprimento de sentença, do fornecimento pelo executado de documentos ou fichas financeiras (tenha tal providência sido deferida, ou não, pelo juiz ou esteja, ou não, completa a documentação), o prazo prescricional de 5 anos para propositura da execução ou cumprimento de sentença conta-se a partir de 30.6.2017” – STJ, Primeira Seção, EDcl no REsp n. 1.336.026/PE, Rel. Min. Og Fernandes, j. 13.6.2018, DJe 22.6.2018.

⁸³ Contudo, diversamente da repercussão geral, cuja modulação temporal depende da observância de quórum qualificado de dois terços (cf. STF, Pleno, QO-RE n. 586.453/SE, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ acórdão Min. Dias Toffoli, j. 20.2.2013, DJe 5.6.2013), a modulação no Superior Tribunal de Justiça depende de maioria simples.

parametrizada por um interesse institucional, característica de *amici curiae*,⁸⁴ ao contrário, constitui um direito processual fundamental, inerente ao contraditório adequado ao âmbito da litigiosidade repetitiva.

Eventuais inadmissões, na espécie, implicam grave obstáculo a que os interessados aduzam aspectos concretos relativos aos bens jurídicos envolvidos, que permitam uma ponderação das consequências da adoção ou não da técnica de modulação temporal e seus respectivos termos ou marcos temporais, conforme as vicissitudes do caso. Na verdade, a modulação temporal dos efeitos da decisão deveria constituir questão da alçada ordinária dos tribunais brasileiros, à luz da evidente circunstância de as cortes superiores não deterem condições de examinar, caso a caso, as diversas variáveis abrangidas pelos casos concretos.

Retoma-se, assim, raciocínio coerente com a própria primazia do juízo de conformação nas instâncias ordinárias, já tratado em tópicos anteriores. Trata-se de proposta *de lege ferenda* que parece ser de fundamental importância para garantir a efetividade da tutela jurisdicional, que é inafastável à realidade sensível dos fatos submetidos ao exame judiciário.

A tendência crescente de objetivação do recurso especial – o que se exemplifica inequivocamente pela PEC n. 209/2012, propondo a criação de um requisito recursal extrínseco similar à repercussão geral para a admissão dos recursos especiais pelo Superior Tribunal de Justiça – deve acompanhar-se de uma adequada equalização entre as “teses” vinculativas e os “casos” concretos, redimensionando-se as funções atribuídas às instâncias ordinárias, responsáveis pelo zelo da “justiça concreta”, conforme reiteradamente invocam tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça para justificar a primazia do juízo de conformação nas cortes locais e regionais.

O devido processo legal, em especial quanto a seu aspecto mais tangível (contraditório), constitui garantia de que os sistemas de justiça não se furtem da análise concreta dos conflitos, não obstante as respectivas soluções jurídicas norteiem-se por padrões decisórios vinculativos.

⁸⁴ Para justificar que, em interpretação mais restritiva, o encerramento do julgamento de mérito esvaziaria o interesse pelos aportes técnicos e argumentativos realizados pelo interveniente institucional, que, assim, não poderia postular sua admissão posterior no feito.

Em outras palavras, se as cortes superiores estão cada vez mais preocupadas com as “teses” jurídicas, imputando o zelo pela “justiça concreta” às instâncias ordinárias, é evidente que, para a atuação “concreta” dessa justiça, deve-se estabelecer *de lege ferenda* competências e atribuições que permitam às cortes de origem equacionarem os limites temporais das teses paradigmáticas, conforme as particularidades concretas.

Portanto, a exemplo da proposta apresentada para o regime de repercussão geral, deve-se garantir a inafastabilidade da tutela jurisdicional também nos recursos especiais repetitivos, equalizando-se a “observância do padrão decisório” (*em abstracto*) com a modulação temporal (*em concreto*) da tese para os casos julgados pelos tribunais.⁸⁵

39.3 Distinção de casos

A técnica do “distinguishing”, a par de conferir uma flexibilidade de justa [ou concreta] medida do precedente, evita a estagnação decisória nos sistemas jurisdicionais.⁸⁶ Esse “controle concreto” da obrigatoriedade do precedente representa uma condição indeclinável para a estabilidade dinâmica da própria atividade jurisdicional.

A realização do “distinguishing” visa a um cotejo analítico que culminará ou não na incidência do entendimento paradigmático, conforme haja correspondência entre os substratos fático-jurídicos das espécies vinculante e concreta. Conforme tratado no capítulo anterior, a técnica, inerente à doutrina do *stare decisis*, permite ao julgador identificar a existência de subsunção entre o caso concreto e o paradigma vinculante, evitando-se a mera reprodução em escala dos precedentes judiciais.

O Código de Processo Civil prevê um “requerimento” específico como expediente hábil para afastar o sobrestamento processual do recurso repetitivo no órgão de origem, hipótese em que o interessado deve diferenciar os temas versados no caso concreto daqueles afetados ao recurso representativo da controvérsia (art. 1.037, § 9º, do CPC). A competência e a recorribilidade quanto à apreciação do requerimento de *distinguishing*

⁸⁵ Conforme apontado no capítulo anterior, para inibir distorções sistêmicas ou eventuais excessos, poderiam ser criados, por exemplo, instrumentos de revisão pelas cortes superiores, à guisa do próprio escopo da reclamação constitucional (não necessariamente com igual disciplina), quando se considere que a modulação temporal aplicada na instância ordinária possa “desafiar” a autoridade da decisão superior.

⁸⁶ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 117.

dependerá, evidentemente, da instância de tramitação do feito (art. 1.037, §§ 9º a 13). Na hipótese específica de sobrestamento em fase de recurso especial, o requerimento será apreciado pelo relator do acórdão recorrido, após a oitiva da parte contrária no prazo de cinco dias, em decisão suscetível de agravo interno, dotado de efeito regressivo (art. 1.021, § 2º).

Destacam-se, ademais, as previsões normativas que balizam a motivação decisória na aplicação dos julgados paradigmáticos; contém motivação insuficiente ou fundamentação incompleta a decisão (i) que se limite a invocar precedente “sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”; ou (ii) que deixe de seguir “precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do seu entendimento” (art. 489, § 1º, V, VI, do CPC).⁸⁷ A hipótese de omissão decisória quanto ao cotejo entre paradigma e caso concreto comporta embargos de declaração (art. 1.022, II, parágrafo único, II).

A questão relativa à correspondência entre paradigmas e casos concretos, a fim de aferir a efetiva aderência entre soluções decisórias, constitui uma das questões mais intrincadas do novo regime de “precedentes vinculantes” formatado pelo Código de Processo Civil, que se mostra em vários aspectos “disfuncional e poderia ser aperfeiçoado, utilizando técnicas melhores e mais prudentes” à luz do contraditório efetivo.⁸⁸

A principal problemática na aplicação dos precedentes refere-se justamente ao caráter argumentativo envolvido na distinção de casos, dependente de mecanismos viabilizadores da participação efetiva dos sujeitos processuais, permitindo a compatibilização do sistema de precedentes com a própria dinâmica do direito, o que inclui uma percepção ativa da *ratio decidendi* pela atividade interpretativa dos julgadores e a

⁸⁷ Nesse sentido, “o respeito à integridade do direito impede o juiz de colar precedentes isolados em sua fundamentação, baseando-se unicamente neles, para a resolução do caso. A pesquisa pelos precedentes deve dar ao juiz um quadro de totalidade. O intérprete não pode contentar-se com o que os julgadores pretéritos disseram (porque o que eles disseram, em si, não é lei nem mesmo diante da nova disciplina processual vinculante), mas sim com o que eles fizeram coletivamente” – MOTTA, Fernando José Borges; RAMIRES, Maurício. *Aplicando precedentes com coerência e integridade: o novo Código de Processo Civil e o exemplo privilegiado da “substantive due process of law doctrine”*. In *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim*. p. 415-46. Coords. Dierle Nunes, Aluisio Mendes e Fernando Gonzaga Jayme. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 431.

⁸⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade...* p. 154-5.

possibilidade de controle, pelas vias legais, das decisões que rejeitem ou apliquem os precedentes.⁸⁹

O fato de o precedente impactar, por sua vinculatividade, a tomada de decisão dos órgãos jurisdicionais não significa uma *obrigatoriedade* irrestrita e ilimitada. Conforme tem sido destacado ao longo do estudo, a observância do contraditório representa condição indeclinável tanto para a formação quanto para a aplicação dos julgados paradigmáticos com aptidão à eficácia vinculante.

39.4 Revisão da tese repetitiva

A possibilidade de revisão de entendimento (“judicial review”) firmado em recursos repetitivos é inerente ao pleno exercício da atividade jurisdicional. Os padrões decisórios com eficácia vinculativa devem promover estabilidade e segurança jurídica, o que não significa atribuir-lhes, porém, uma estaticidade incompatível com a qualidade dinâmica do direito. A dificuldade concreta consiste na equalização dessa estabilidade sistêmica com mecanismos que assegurem, por outro lado, a abertura argumentativa que permeia todo sistema jurisdicional democrático.

Na própria doutrina do *stare decisis*, não há uma “obediência cega a decisões passadas”, permitindo-se que “os tribunais se beneficiem da sabedoria do passado, mas rejeitem o que seja desarrazoado ou errôneo”.⁹⁰

A disciplina regimental dos recursos repetitivos perante o Superior Tribunal de Justiça prevê um procedimento específico de “revisão de entendimento” (art. 256-S do RISTJ), instaurado mediante “indicação expressa de se tratar de proposta de revisão de enunciado de tema repetitivo e exposição dos fundamentos da alteração da tese anteriormente firmada” (art. 256-T, I), por iniciativa de um ministro proponente, integrante do colegiado que elaborou o enunciado do RRC. Com igual formalidade, o procedimento

⁸⁹ Assim, por exemplo, “the judge who tries to distinguish cases on the basis of materially irrelevant facts is likely to be easily found out. Lawyers and other judges who have reason to scrutinize his effort will probably have no trouble showing it to be the initiative of someone who is careless or dishonest, and so his reputation might be damaged and his decision appealed. That judge has the power to distinguish does not mean they can flout precedent whenever it suits them” – DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent...* p. 114.

⁹⁰ RE, Edward. *Stare decisis*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. In *Revista de Processo*. v. 73, p. 47-57. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 51.

de revisão de entendimento também pode ser “iniciado por petição do representante do Ministério Público Federal dirigida ao relator do processo que ensejou a criação do tema, ou ao presidente do órgão julgador, dependendo do caso” (art. 256-T, II). Quando o órgão ministerial não seja o proponente da revisão, terá vista dos autos para manifestação expressa no prazo de quinze dias (§ 2º).

O relator do processo que ensejou a criação do tema ou, a depender do caso, o presidente do respectivo órgão deve realizar um exame prelibatório à luz das exigências formais previstas na norma regimental (art. 256-T, § 1º, do RISTJ); considerada admissível a proposta de revisão, o processo será submetido a julgamento colegiado (art. 256-U), aplicando-se ao procedimento revisional as mesmas disposições relativas ao julgamento dos recursos repetitivos e à publicação do respectivo acórdão (respectivamente, arts. 256-N a 256-Q, 256-R e 256-U, parágrafo único).

O Código de Processo Civil estabelece, aliás, que o procedimento revisional deve pautar-se em uma participação plurissubjetiva adequada, admitindo-se a manifestação de “pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese” e “audiências públicas” (art. 927, § 2º). A modificação da tese adotada em julgamento de recursos repetitivos deve observar, também, “a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia” (§ 4º).

Para a instauração do procedimento de revisão no Superior Tribunal de Justiça, é prescindível que o recurso especial aduza expressamente o *overruling* ou alguma circunstância de revisão da tese por imperativo de integridade jurisprudencial, embora, a princípio, a arguição seja decorrência lógica da própria viabilidade de subida do especial, na hipótese de o enunciado (RRC) preceder o juízo *a quo* de admissibilidade.

A propósito, quanto à recorribilidade da inadmissão do recurso que argua o *overruling*, interposto o especial, o primeiro juízo de admissibilidade, realizado pelo presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido, não deve perscrutar o mérito da revisão de entendimento alegada pelo interessado. Em razão da existência de capítulo recursal fundamentado em *overruling*, acompanhado da desincumbência do respectivo ônus argumentativo, a presidência ou vice-presidência do tribunal *a quo* não deve negar seguimento ao especial, a fim de preservar a própria competência do Superior Tribunal de Justiça (corte responsável pela enunciação do precedente que se almeja superar) para a

revisitação de seu entendimento.⁹¹ Na hipótese de interposição de agravo interno contra a negativa de seguimento do recurso especial interposto com a arguição de *overruling*, se a decisão monocrática for colegiadamente mantida, caberá reclamação constitucional, sob o fundamento do art. 988, I, do CPC “para preservar a competência” do Superior Tribunal de Justiça, além do cabimento de recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, com fundamento na violação à competência constitucional do Superior Tribunal de Justiça (art. 105 da CF).⁹²

O proponente da revisão de entendimento pode suscitá-la como questão de ordem, afetando-se um ou mais recursos especiais ao rito regimental ou “independentemente de processo a ela vinculado” (arts. 256-S e 256-T do RISTJ). Aliás, o procedimento revisional pode justificar-se para conformar o tema repetitivo, no Superior Tribunal de Justiça, a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal em regime de repercussão geral, hipótese em que o presidente do órgão julgador (originário do RRC) também será competente para a proposta (art. 256-V).⁹³ Igual competência para a instauração de ofício aplica-se aos casos de adequação a entendimentos firmados em controle concentrado de constitucionalidade, súmula vinculante ou incidente de assunção de competência.

A “revisão de entendimento ocorrerá nos próprios autos do processo julgado sob o rito dos recursos repetitivos, caso ainda esteja em tramitação, ou será objeto de questão de ordem, independentemente de processo a ela vinculado” (arts. 256-S, § 1º, e 256-V, § 1º). A relatoria competirá ao ministro proponente ou ao presidente do órgão competente, quando a proposta for requerida pelo Ministério Público Federal (art. 256-S, § 2º).

⁹¹ Comparativamente com a técnica do *distinguishing*, observe-se que situação de equívoco na aplicação do tema de recurso repetitivo pode ser levada ao Superior Tribunal de Justiça, em tese, pela estrita via da reclamação constitucional (art. 105, I, “F”, da CF; art. 988, II, § 5º, II, do CPC), que não constitui sucedâneo recursal (ao agravo do art. 1.042), mas, sim, via impugnativa autônoma com fundamentação vinculada ao pressuposto constitucional de cabimento (na espécie, “garantia de autoridade das decisões” do Superior Tribunal de Justiça).

⁹² Aliás, observe-se por analogia que, se fosse a hipótese de conflito de competência entre o “Superior Tribunal de Justiça e quaisquer outros tribunais”, o Supremo Tribunal Federal seria igualmente competente para decidir o incidente (art. 102, I, “o”, da CF).

⁹³ “Art. 256-V. O Presidente do órgão julgador poderá propor, em questão de ordem, a revisão de entendimento consolidado em enunciado de tema repetitivo para adequação ao entendimento do Supremo Tribunal Federal em repercussão geral, em ação de controle concentrado de constitucionalidade, em enunciado de súmula vinculante e em incidente de assunção de competência. § 1º A revisão ocorrerá nos próprios autos do recurso julgado sob o rito dos repetitivos, caso ainda esteja em tramitação, ou será objeto de questão de ordem, independentemente de processo a ela vinculado. § 2º O acórdão proferido na questão de ordem será inserido, como peça eletrônica complementar, no(s) processo(s) relacionado(s) ao tema repetitivo”.

Esses aspectos, com destaque à possibilidade de instauração objetiva (sem recursos adjacentes ou afetados) do procedimento de revisão de entendimento firmado em tema repetitivo, ressaltam a valorização de mecanismos de objetivação dos processos. A exemplo das reflexões trazidas ao longo do estudo, o avanço dessa tendência precisa ser equalizado à luz do contraditório, com um redimensionamento *de lege ferenda* da função das instâncias jurisdicionais locais na atuação da justiça nos casos concretos. Caso contrário, há um sério risco de o incremento de mecanismos de objetivação dos processos realizar-se à margem da dialeticidade processual, que tem sido paulatinamente suprimida, em inobservância da garantia do contraditório.

Considerando as funções avocadas pelas cortes superiores brasileiras, é necessário que os tribunais locais e regionais tenham competência e autoridade para atuarem como efetivas instâncias jurisdicionais “ordinárias”, aptas a garantirem que a aplicação dos “precedentes” não seja alheia à realidade dos bens jurídicos envolvidos, às circunstâncias e às vicissitudes de cada caso.

Conforme afirmado ao longo do estudo, o processo [justo] deve conter um *procedimento de justificação estruturada* da atividade jurisdicional, orientado pelo contraditório e à base de uma razão dialética, que é, essencialmente, *comunicativa*. Eis o perfil adequado para legitimar constitucionalmente os instrumentos processuais concebidos para o tratamento da litigiosidade repetitiva.

40 Reclamação constitucional e sua problemática

O fomento da dialética processual nos mecanismos de julgamento por amostragem, a exemplo dos regimes de repercussão geral e de recursos repetitivos, perpassa uma inevitável revalorização da denominada “reclamação constitucional”, ou a criação *de lege ferenda* de instrumento análogo, antagonizando-se à progressiva tendência jurisprudencial de contenção dessa via de ação.⁹⁴

⁹⁴ Para um exame específico da reclamação constitucional como via de ação, cf. LEONEL, Ricardo de Barros. *Reclamação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011; MINGATI, Vinícius Secafen. *Reclamação (neo)constitucional: precedentes, segurança jurídica e os juizados especiais*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. À luz do Código de Processo Civil de 2015 e da sistemática de “precedentes” vigente, cf. XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. *Reclamação constitucional e precedentes judiciais: contributo a um olhar*

É pertinente recordar, nesse contexto, as alterações promovidas no art. 988 pela Lei n. 13.256/2016, ainda no período de *vacatio legis* do Código de Processo Civil vigente, especialmente quanto à inadmissibilidade da reclamação “proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias” (art. 988, § 5º, II). Há um contraste, nesse ponto – após a alteração promovida pela Lei n. 13.256/2016 (redação do inc. IV)⁹⁵ –, com a admissibilidade da reclamação, na mesma hipótese (observância de julgado paradigmático), para os incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência, cujo cabimento independe da exigência de esgotamento das “instâncias ordinárias” aplicável à sistemática da repercussão geral e dos recursos repetitivos.

A redução do âmbito de cabimento da reclamação constitucional, identificada no entendimento contentivo da jurisprudência, cuja influência acabou por impactar a alteração prematura da norma processual, dever ser refletida criticamente à luz da dialeticidade processual inerente ao contraditório. Nesse contexto, serão abordados os principais aspectos relativos ao cabimento da reclamação constitucional e sua problemática na sistemática dos recursos repetitivos.

Em primeiro lugar, a justificativa do tratamento em escala de conflitos repetitivos não pode justificar o sacrifício da garantia de “duração razoável do processo”. O fato de o jurisdicionado estar condicionado ao *iter* procedimental do art. 1.030 do Código de Processo Civil não deveria justificar a inadmissibilidade da reclamação constitucional para as hipóteses de sobrestamento incorreto do recurso pelo tribunal local ou regional, sob a alegação da ausência de “esgotamento das instâncias ordinárias” (art. 988, § 5º, II, do CPC) ou de inadmissibilidade de reclamação quando exista recurso cabível.

A incorreção no sobrestamento, relacionada à inobservância do contraste entre os casos, pode implicar situações de (i) sobrestamento com vinculação temática equivocada (recursos paradigmáticos ainda não julgados); (ii) sobrestamento sem que exista algum recurso representativo para a hipótese concreta; (iii) ausência de aplicação do tema

crítico sobre o Novo Código de Processo Civil (de acordo com a Lei 13.526/2016). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

⁹⁵ Redação original do dispositivo: “Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: [...] IV – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência”. Já a redação atual do inciso prevê o cabimento da via para “IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência”.

repetitivo adequado (já julgado), deixando-se de (iii.i) negar seguimento ao recurso interposto ou de (iii.ii) encaminhar o recurso interposto para o exame de conformação. A primeira hipótese realmente não comporta a via reclamatória e o agravo interno, inclusive dotado de efeito regressivo, constitui via adequada (art. 1.030, § 2º, do CPC), sem prejuízo da opção por embargos de declaração para a supressão de erro material (art. 1.022, III). Contudo, a solução *de lege lata* adotada para as outras duas hipóteses, sob a exigência de que a reclamação não constitua “sucedâneo” recursal, é incompatível com a fundamentação vinculada prevista pela Constituição Federal (arts. 102, I, “I”, 105, I, “F”).

Submeter o jurisdicionado a situações de injusta paralisação do processo, sob a justificativa do cabimento de agravo interno, admissível tanto contra a decisão da presidência ou vice-presidência do tribunal de origem (art. 1.030, III, § 2º, do CPC) quanto contra o requerimento de distinção de casos (art. 1.037, §§ 9º, 13, II), constitui restrição incompatível com as garantias constitucionais da ação reclamatória e da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF). Se o tribunal sobresta um recurso dirigido às cortes superiores, sem que haja nas instâncias extraordinárias o recurso paradigmático suposto nem outro aplicável ao caso concreto, há evidente “usurpação” da competência para o conhecimento do recurso injustamente sobrestado. Já se o equívoco no sobrestamento implicar a afastamento da sistemática do art. 1.030, I e II, do CPC, desafia-se a “autoridade” das decisões representativas da controvérsia.

O denominado “requerimento de distinção de casos”, cuja solução monocrática comporta agravo interno, tem funcionado como expediente [filtro] processual impeditivo da via reclamatória.⁹⁶ Porém, como é notório na praxe forense, esses requerimentos podem não ser sequer apreciados tempestivamente (antes da solução do “paradigma” equivocado), culminando na “heterodoxa” solução *a posteriori* de “desclassificação” da compatibilidade temática (pressuposta no sobrestamento) pela própria autoridade judiciária agravada (presidente ou vice-presidente do tribunal local). Em outras palavras, a suspensão inócua do processo pode perdurar por vários anos, sem que o jurisdicionado disponha de um

⁹⁶ Nesse sentido, “após a vigência do art. 988, do CPC/2015, passou a ser admitida a reclamação para garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de recurso especial repetitivo após o esgotamento das instâncias ordinárias com o julgamento pelo Órgão Especial da Corte de Origem do agravo interno previsto no art. 1.030, § 2º, do CPC/2015, interposto da decisão que inadmitiu o recurso especial por considerar o acórdão recorrido em conformidade com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos. Precedentes do STF em casos análogos” – STJ, Primeira Seção, Rcl n. 32.391/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 13.12.2017, DJe 18.12.2017.

remédio processual efetivo;⁹⁷ na hipótese, por previsão constitucional, a índole da ação cabível é evidentemente reclamatória.

A necessidade de um expediente particular tanto para a preservação da competência quanto para a garantia de autoridade das decisões dos tribunais superiores, conforme dispõe o remédio constitucional (arts. 102, I, “I”, 105, I, “I”), constitui um aspecto fundamental para a higidez democrática de quaisquer mecanismos de julgamento por amostragem, à luz da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

O art. 988, § 5º, II, do CPC insculpe previsão que, caso aplicada em termos literais, sem *interpretação conforme*, restringe desproporcionalmente a via de ação constitucional. Propõe-se, assim, que a única interpretação constitucionalmente compatível seja aquela que inadmita a reclamação, nas circunstâncias do dispositivo processual, quando exista recurso que viabilize o imediato exame da controvérsia incidental pelas próprias cortes superiores; significa afirmar, por exemplo, a inadmissão de reclamação para a observância de acórdão proferido em recurso especial repetitivo quando o equívoco acerca da ausência de aplicação do RRC seja passível de conhecimento via agravo em recurso especial (art. 1.042), em que o recorrente poderá suscitar a aplicação do entendimento paradigmático, inobservado na instância de origem.

Por outro lado, o Código de Processo Civil não contém uma previsão específica para as hipóteses em que a parte, em vez de afastar o sobrestamento, pretende a suspensão do processo, em razão de a controvérsia afetar-se a recurso representativo. Nesse caso, não há um requerimento típico. Contudo, na linha do raciocínio anterior, o fato de o agravo em recurso especial (art. 1.042) viabilizar que o Superior Tribunal de Justiça conheça preliminarmente da questão relativa à compatibilidade temática entre o caso concreto e o RRC, inclusive para determinar o retorno dos autos à origem (aplicação do regime do art. 1.030), esclarece a subsunção da espécie àquela hipótese normativa (art. 988, § 5º, II).⁹⁸

⁹⁷ A despeito da possibilidade subsidiária de mandado de segurança, cabível em tese, sendo a autoridade impetrada pertencente ao próprio órgão julgador, o *writ* parece também ser de evidente ineficiência.

⁹⁸ Nesse sentido, “para o caso de repetitivos ainda não julgados e com ordem de sobrestamento dos demais feitos que versem sobre a mesma questão, o novo Código de Processo Civil prevê expressamente apenas requerimentos e recursos com o objetivo de caracterizar a distinção (*distinguishing*) para afastar o sobrestamento (ver art. 1.030, § 2º; art. 1.035, §§ 6º e 7º; art. 1.036, §§ 2º e 3º; art. 1.037, §§ 9º a 13º, do CPC/2015). Não há previsão específica para os casos onde a parte deseja justamente a equiparação ao repetitivo com o objetivo de aplicar o sobrestamento e paralisar o feito. Para essa segunda situação (equiparação para sobrestamento), resta a regra geral de procedimento onde a parte que teve o seu recurso especial inadmitido pela Presidência (no caso, o Órgão especial), por força do art. 1.030, V, e § 1º, do CPC/2015, deverá ingressar com o agravo em recurso especial, nos termos do art. 1.042, do CPC/2015,

Outrossim, situação de equívoco na aplicação do tema de RRC pode ser levada ao Superior Tribunal de Justiça, em tese, pela estrita via da reclamação constitucional (art. 105, I, “f”, da CF; art. 988, II, § 5º, II, do CPC), como ação impugnativa autônoma com fundamentação vinculada ao pressuposto constitucional de cabimento (na espécie, “garantia de autoridade das decisões” do STJ).

A compatibilidade constitucional da sistemática de gerenciamento de processos engendrada pelo regime de recursos repetitivos depende, como tem sido afirmado, da higidez da via reclamatória; ainda que não constitua sucedâneo recursal (art. 988, II, § 5º, II, do CPC), tem de ser admitida quando, exaurida a instância ordinária, subsista o equívoco no tribunal de origem acerca da aplicação do tema repetitivo (apreciado em RRC), como remédio autônomo constitucionalmente previsto para, no caso, garantir a autoridade das decisões do Superior Tribunal de Justiça.

Trata-se de inferência fundamental à luz da circunstância de apenas a divergência entre a decisão do presidente (ou vice-presidente) do tribunal e o entendimento colegiado recorrido garantir a continuidade do exame de admissibilidade originário, ante a refutação do “juízo de retratação” (art. 1.030, V, “c”, do CPC), passível de posterior subida por agravo em recurso especial (arts. 1.030, § 1º, 1.042). Logo, a reclamação deve ser admitida nos casos em que haja rejeição do agravo interno interposto na hipótese do art. 1.030, § 2º, do Código de Processo Civil.⁹⁹

veiculando na petição, além dos argumentos próprios do agravo em recurso especial e do recurso especial, o argumento de equiparação a repetitivo pendente que será analisado pelo Superior Tribunal de Justiça, podendo até ser requerido o efeito suspensivo ao recurso, caso cumpridos os requisitos próprios. Dito de outra forma, se há recurso cabível em tese para se pedir a equiparação ao repetitivo (agravo em recurso especial do art. 1.042, do CPC/2015), não pode ser o caso de reclamação constitucional” – STJ, Primeira Seção, Rcl n. 32.391/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 13.12.2017, DJe 18.12.2017.

⁹⁹ Nesse sentido, “após a vigência do art. 988, do CPC/2015, passou a ser admitida a reclamação para garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de recurso especial repetitivo após o esgotamento das instâncias ordinárias com o julgamento pelo Órgão Especial da Corte de Origem do agravo interno previsto no art. 1.030, § 2º, do CPC/2015, interposto da decisão que inadmitiu o recurso especial por considerar o acórdão recorrido em conformidade com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos. Precedentes do STF em casos análogos” – STJ, Primeira Seção, Rcl n. 32.391/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 13.12.2017, DJe 18.12.2017. Esse entendimento foi revisto pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça: “em sua redação original, o art. 988, IV, do CPC/2015 previa o cabimento de reclamação para garantir a observância de precedente proferido em julgamento de ‘casos repetitivos’, os quais, conforme o disposto no art. 928 do Código, abrangem o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os recursos especial e extraordinário repetitivos. 3. Todavia, ainda no período de vacatio legis do CPC/15, o art. 988, IV, foi modificado pela Lei 13.256/2016: a anterior previsão de reclamação para garantir a observância de precedente oriundo de ‘casos repetitivos’ foi excluída, passando a constar, nas hipóteses de cabimento, apenas o precedente oriundo de IRDR, que é espécie daquele. 4. Houve, portanto, a supressão do cabimento da reclamação para a observância de acórdão proferido em recursos especial e extraordinário repetitivos, em que pese a mesma Lei 13.256/2016,

Do mesmo modo, a subsistência da negativa de processamento *a quo* do recurso especial que argua *overruling* comporta excepcionalmente a via da reclamação, agora, sob o fundamento do art. 988, I, do CPC “para preservar a competência” do Superior Tribunal de Justiça.

É evidente que os aspectos práticos dessas reflexões implicariam um volume agregado de processos, em comparação à *sistematização gerenciada de casos* que se tem verificado nos últimos anos (v.g., vejam-se as mencionadas modificações regimentais), com a crescente caracterização dos mecanismos de julgamento por amostragem como filtros recursais específicos para a redução dos acervos processuais nas cortes superiores.

Renova-se, por fim, a relevância do contraditório como valor cultural indeclinável para o processo e para a atividade jurisdicional como um todo. É importante “pensar sempre como a ‘sociedade’ pode ser melhor, e não simplesmente como um único indivíduo, um sujeito [ou grupo de interesse], ou um ‘eu’ se destacam”.¹⁰⁰ Significa afirmar que, a pretexto do gerenciamento de casos nas cortes superiores, deve-se afastar o movimento de contenção da jurisprudência que tenda a restringir a dialética processual fomentada por ações constitucionais de controle, a exemplo da reclamação, cuja higidez constitui aspecto fundamental para a juridicidade do regime de recursos repetitivos.

Compromete-se, com a jurisprudência contentiva acerca da reclamação, a instância comunicativa que caracteriza todo processo jurisdicional democrático. O entendimento

paradoxalmente, tenha acrescentado um pressuposto de admissibilidade - consistente no esgotamento das instâncias ordinárias - à hipótese que acabara de excluir. 5. Sob um aspecto topológico, à luz do disposto no art. 11 da LC 95/98, não há coerência e lógica em se afirmar que o parágrafo 5º, II, do art. 988 do CPC, com a redação dada pela Lei 13.256/2016, veicularia uma nova hipótese de cabimento da reclamação. Estas hipóteses foram elencadas pelos incisos do caput, sendo que, por outro lado, o parágrafo se inicia, ele próprio, anunciando que trataria de situações de inadmissibilidade da reclamação. 6. De outro turno, a investigação do contexto jurídico-político em que editada a Lei 13.256/2016 revela que, dentre outras questões, a norma efetivamente visou ao fim da reclamação dirigida ao STJ e ao STF para o controle da aplicação dos acórdãos sobre questões repetitivas, tratando-se de opção de política judiciária para desafogar os trabalhos nas Cortes de superposição. 7. Outrossim, a admissão da reclamação na hipótese em comento atenta contra a finalidade da instituição do regime dos recursos especiais repetitivos, que surgiu como mecanismo de racionalização da prestação jurisdicional do STJ, perante o fenômeno social da massificação dos litígios. 8. Nesse regime, o STJ se desincumbe de seu múnus constitucional definindo, por uma vez, mediante julgamento por amostragem, a interpretação da Lei federal que deve ser obrigatoriamente observada pelas instâncias ordinárias. Uma vez uniformizado o direito, é dos juízes e Tribunais locais a incumbência de aplicação individualizada da tese jurídica em cada caso concreto. 9. Em tal sistemática, a aplicação em concreto do precedente não está imune à revisão, que se dá na via recursal ordinária, até eventualmente culminar no julgamento, no âmbito do Tribunal local, do agravo interno de que trata o art. 1.030, § 2º, do CPC/15. 10. Petição inicial da reclamação indeferida, com a extinção do processo sem resolução do mérito” – STJ, Corte Especial, Rcl n. 36.476/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 5.2.2020, DJe 6.3.2020; excerto da ementa.

¹⁰⁰ WEBBER, Suelen da Silva. *Decisão judicial e estabilização social: legitimação pelo procedimento na sociedade complexa*. Curitiba: Juruá, 2017, p. 327.

restritivo da jurisprudência é incongruente, outrossim, com a primazia do juízo de conformação reiteradamente destacada pelas cortes para priorizar a interpretação jurídica uniformizada[dora] dos tribunais superiores em suas alçadas constitucionais de competência.

Para garantir o próprio zelo pela “justiça concreta” imputável às instâncias ordinárias, é imprescindível algum mecanismo de *controle da fundamentação* adotada, cuja competência deve ser, evidentemente, do próprio Superior Tribunal de Justiça. Aliás, a interpretação *contra legem* do art. 988, § 5º, II, do CPC¹⁰¹ cria uma assimetria sistemática porque, conforme mencionado anteriormente, na hipótese de divergência entre a decisão do presidente (ou vice-presidente) do tribunal e o entendimento colegiado recorrido, que refute o “juízo de retratação” (art. 1.030, V, “c”, do CPC), a própria norma processual admite posterior subida por agravo em recurso especial (arts. 1.030, § 1º, 1.042).

Outra incongruência lógico-sistemática na inadmissão da via reclamatória decorre do próprio imperativo de motivação adequada, segundo estabelecem as balizas do art. 489, § 1º, V, VI, do Estatuto Processual. Contém motivação insuficiente ou fundamentação incompleta a decisão (i) que se limite a invocar precedente “sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”; ou (ii) que deixe de seguir “precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do seu entendimento”. A hipótese de omissão decisória quanto ao cotejo entre paradigma e caso concreto comporta embargos de declaração (art. 1.022, II, parágrafo único, II) e, a prevalecer a renitência de enquadramento comparativo adequado, o acórdão que aprecia o agravo interno estaria sujeito a [novo] recurso especial, agora por violação originária aos arts. 489 e 1.022 do Código de Processo Civil.

Logo, além da preservação do contraditório e do caráter dialético do processo, que não se pode esvaziar sob uma justificativa de índole gerencial, também por necessidade de coerência interna do sistema processual a reclamação deve ser admitida nas hipóteses de rejeição do agravo interno interposto à luz do art. 1.030, § 2º, do Código de Processo Civil.¹⁰²

¹⁰¹ Adotada, por maioria, pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de 5 de fevereiro de 2020 (Rcl n. 36.476/SP, Rel. Min. Nancy Andriahi, DJe 6.3.2020).

¹⁰² Nesse sentido, cite-se o voto-vista vencido no julgamento da supracitada Reclamação: “em tais feitos, se o julgamento do Agravo Interno previsto no art. 1.030, § 2º, encerrar a discussão, acabará havendo um ‘ponto

Um “sistema de precedentes” que não concilie mecanismos de equalização entre as instâncias enunciadoras (cortes superiores) e as instâncias de devolução recursal ampla (cortes locais e regionais),¹⁰³ cujo espectro funcional é claramente adjetivado no ordenamento jurídico pela reclamação constitucional, relega a própria “dialética do precedente”, que compreende não apenas a integração efetiva do contraditório na formação de julgados paradigmáticos com força vinculante, mas, com igual relevância, a aplicação de teses firmadas em “caráter geral” (vinculantes) à luz de perspectivas *reais e argumentativas* sobre a “justiça concreta”, equilibrando-se a tensão entre o indesejável “automatismo” (dos padrões vinculativos) e a inadmissível “arbitrariedade” decisória (recusa injustificada de observância).

cego’ no sistema de precedentes. Por isso, deve-se admitir o controle da procedência das razões que afastam o precedente pela via reclamatória. Ante o exposto, acompanho a divergência, entendendo cabível o ajuizamento de Reclamação às hipóteses em que, julgando o Agravo Interno fundado no § 2º do art. 1.030 do CPC, o Tribunal de origem nega seguimento a Recurso Especial sob o fundamento de que o acórdão recorrido está em conformidade com tese fixada pelo STJ no regime dos recursos repetitivos” – STJ, Corte Especial, Rcl n. 36.476/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 5.2.2020, DJe 6.3.2020; excerto do voto do Min. Herman Benjamin.

¹⁰³ A esse propósito, entende-se como técnica adequada a modulação de efeitos nos casos concretos, conforme tem sido destacado ao longo do estudo. É no processo intersubjetivo que a argumentação jurídica se aperfeiçoa à inteireza para as partes afetadas, ainda que futura tese sobre o tema controvertido possa ser fixada como padrão decisório. A “observância do padrão decisório” (*em abstracto*) não é incompatível com a modulação temporal (*em concreto*) da tese quanto aos casos julgados pelos tribunais. Nesse contexto, são imprescindíveis instrumentos de eventual revisão pelas cortes superiores, à guisa do próprio escopo da reclamação constitucional (não necessariamente com igual disciplina), quando se considere que a modulação temporal aplicada na instância ordinária possa “desafiar” a autoridade da decisão superior.

IX CONTRADITÓRIO NOS INCIDENTES DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA

41 Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)

O denominado incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) é um dos institutos originais do Código de Processo Civil de 2015 (arts. 976 a 987).¹ Trata-se de expediente processual que visa à uniformização do entendimento das cortes ordinárias sobre questões de direito atinentes a demandas repetitivas. Os requisitos legais para a instauração do IRDR são, simultaneamente, (i) a “efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito” e (ii) o “risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica” (art. 976, I e II).

O julgamento de demandas repetitivas (isomórficas)² por intermédio de expedientes de solução em escala, com mecanismos de qualificação e de ampliação do debate acerca das questões envolvidas, esteia-se em imperativos de isonomia e de segurança jurídica.³ O IRDR tem aptidão, assim, para fomentar a dialeticidade processual em temas relevantes, à luz da multilateralidade de interesses subjacentes, permitindo que as soluções jurídicas sejam engendradas de modo isonômico e em duração [uniformemente] razoável perante a

¹ Dentre as abordagens doutrinárias amplas sobre o instituto, cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: a luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017; TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016; CAVALCANTI, Marcus de Araújo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

² Assim compreendidas “as demandas integrantes da mesma série daquela que originou o processo em que instaurado o incidente de resolução de demandas repetitivas. Pense-se, por exemplo, no caso de vir a instaurar-se um incidente como este em um processo em que sejam partes, de um lado, um correntista de um banco e, de outro, uma instituição bancária, e no qual se discuta a validade da cobrança de certa tarifa exigida por determinado serviço bancário. Qualquer correntista e qualquer banco seriam, então, interessados na matéria e, por isso, estariam legitimados a intervir nesse incidente de resolução de demandas repetitivas” – CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 240. Logo, demandas *isomórficas* contrastam-se com demandas *heteromórficas* (não seriais).

³ “Exatamente por haver intensa relação entre as demandas, que veiculam as mesmas pretensões fundadas em idênticas causas de pedir, é prudente que os órgãos jurisdicionais se pronunciem falando a mesma língua, ou seja, tomando decisão uniforme e não inúmeros provimentos conflitantes ou contraditórios entre si. O instituto do incidente de resolução de demandas repetitivas tem como objetivo principal o tratamento isonômico dos jurisdicionados diante de idêntica situação de direito material [ou processual], o que tem estreita relação com a segurança jurídica objetivando evitar provimentos contraditórios ou conflitantes, molamestra das relações entre demandas” – LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas*. 2. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, p. 246.

alçada local.⁴ O incidente de resolução de demandas repetitivas vocaciona-se à concretização da “isonomia entre os jurisdicionados, através do tratamento uniforme das questões comuns, assegurando que a mesma questão jurídica obtenha idêntica interpretação e aplicação”.⁵

A exemplo das técnicas analisadas nos capítulos anteriores, a compatibilidade constitucional do regime normativo do incidente de resolução de demandas repetitivas depende, fundamentalmente, da estrita observância de um contraditório adequado ao âmbito da litigiosidade em escala.

41.1 Questões conceituais

O incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)⁶ assume, na atividade jurisdicional ordinária,⁷ escopo semelhante ao dos recursos repetitivos perante as cortes

⁴ “A isonomia, por sua vez, está intimamente ligada com a previsibilidade e com a estabilidade da prestação jurisdicional, que concretizam a segurança jurídica. Ao fixar uma tese jurídica aplicável às mesmas questões, o Judiciário consolida seu entendimento e possibilita o estabelecimento de padrões de conduta confiáveis aos jurisdicionados. Do mesmo modo, o IRDR tem potencial para consagrar o direito à razoável duração do processo, por permitir a redução do tempo de duração dos processos judiciais, sob duas perspectivas distintas e complementares. 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’. Ainda, estas técnicas diferenciadas, como o IRDR, privilegiam a economia processual, com a racionalização da atividade jurisdicional, inclusive no que se refere aos custos da litigiosidade repetitiva” – TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas...* p. 40-1.

⁵ *Ibidem*, p. 39.

⁶ A ideia que informa os escopos gerais do IRDR inspira-se declaradamente no “procedimento-modelo” (*Musterverfahren*) do direito alemão. “Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta. O incidente de resolução de demandas repetitivas é admissível quando identificada, em primeiro grau, controvérsia com potencial de gerar multiplicação expressiva de demandas e o correlato risco da coexistência de decisões conflitantes” – SENADO FEDERAL. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010, p. 28-9. Há, assim, “clara inspiração no direito alemão, no qual se verifica a figura do *KapMuG*, abreviatura de *Gesetz zur Einführung von Kapitalanleger-Musterverfahren*, e gera decisão que serve de modelo (= *Muster*) para a resolução de uma quantidade expressiva de processos em que as partes estejam na mesma situação, não se tratando, necessariamente, do mesmo autor nem do mesmo réu. Na Alemanha, entretanto, a aplicação é relacionada com um determinado setor e diz respeito principalmente à tutela dos direitos dos consumidores, em especial em relação às controvérsias em mercados de capitais; o instituto viabiliza também o tratamento coletivo de

superiores, na persecução dos ideais de previsibilidade, estabilidade, eficiência e igualdade que informam o “microsistema normativo de litigiosidade repetitiva” idealizado pelo Código de Processo Civil;⁸ recorde-se, a propósito, a dicção legal (art. 928 do CPC).⁹

Uma das principais questões conceituais refere-se à problemática da existência de unidade ou de cisão cognitiva e decisória no incidente de resolução de demandas repetitivas, respectivamente, à luz da adjetivação do feito como “causa-piloto” ou como “procedimento-modelo”.¹⁰ Tanto o parâmetro de direito comparado (“Musterverfahren”) que, mediante feições próprias, levou à incorporação do incidente no ordenamento brasileiro quanto a sistemática processual dessumida dos arts. 976 a 987 do Código de Processo Civil permitem inferir que o IRDR não visa ao julgamento de “causas”.¹¹ Trata-se

demandas de indenização em massa” – LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas...* p. 244. Para um cotejo analítico entre os institutos alemão e brasileiro, cf. VIAFORE, Daniele. *As semelhanças e as diferenças entre o procedimento-modelo alemão Musterverfahren e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas” no PL 8.045/2010*. In *Revista de Processo*. n. 217, p. 257-308. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Para o [então recente] procedimento-modelo alemão, cf. CABRAL, Antonio do Passo. *O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas*. In *Revista de Processo*. n. 147, p. 123-46. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. São constantes também na doutrina as aproximações com a “Group Litigation Order (GLO)” do direito inglês ou com a “Pilotverfahren” austríaco, como expressões de “test claims” ou “causas-piloto” para o tratamento da litigiosidade repetitiva. Cf. LÉVY, Daniel de Andrade. *O incidente de resolução de demandas repetitivas no anteprojeto do Novo Código de Processo Civil à luz da Group Litigation Order britânica*. In *Revista de Processo*. n. 196, p. 165-205. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011; CABRAL, Antonio do Passo. *A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução processos repetitivos*. In *Revista de Processo*. n. 231, p. 201-23. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

⁷ Embora seja, em geral, de competência dos tribunais locais ou regionais, o IRDR pode também ser eventualmente instaurado perante os tribunais superiores para hipóteses de repetitividade em feitos de competência originária (art. 978, parágrafo único, do CPC).

⁸ Cf. CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. *Incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil*. In *Revista de Processo*. n. 243, p. 333-62. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

⁹ “Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em: I – incidente de resolução de demandas repetitivas; II – recursos especial e extraordinário repetitivos. Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual”. Assim, “pode-se reconhecer uma certa comunhão de objetivos entre o IRDR, voltado à emissão de uma *tese jurídica* com eficácia paradigmática panprocessual, e o rito dos RE’s e REsp’s repetitivos, no qual uma decisão-quadro será proferida pelo STF ou pelo STJ no processo afetado como representativo da controvérsia, com finalidade de resolução isonômica dos recursos represados nos tribunais de origem” – MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas...* p. 257.

¹⁰ “Discute-se se o IRDR leva ao julgamento da demanda (pretensão) ou se apenas fixa a tese jurídica, sem resolver a ‘lide’. Permeia tal discussão a referência aos modelos da ‘causa-piloto’ e do ‘procedimento-modelo’, empregados para identificar a unidade cognitiva e decisória ou sua cisão, respectivamente” – TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas...* p. 66.

¹¹ Nesse sentido, “essa posição decorre, principalmente, dos seguintes fundamentos: a) no IRDR apenas há a resolução de questões de direito, o que limita a cognição e impede o julgamento da ‘demanda’; b) a desistência do que seria a ‘causa-piloto’ não impede o prosseguimento do incidente, que tramita independentemente de um conflito subjetivo subjacente, corroborando seu caráter objetivo; c) a natureza objetiva parece ser mais adequada, em termos da sistemática processual, para que seja possível aplicar a tese às demandas fundadas na mesma questão, além de viabilizar a construção de outras categorias que permitam justificar a ampliação do debate e da participação dos sujeitos processuais” – *Ibidem*, p. 68-9.

de técnica processual dirigida à fixação de “teses” sobre questões de direito, como expediente *incidental* de tratamento jurisdicional uniforme de controvérsias reproduzidas em escala, constituindo mais um mecanismo de objetivação de processos inserido no ordenamento brasileiro.

A própria natureza de “incidente processual”, a ser resolvido independentemente da subsistência dos interesses subjetivos identificados em processos “originários” (art. 976, § 1º, do CPC),¹² esclarece a concepção legal de um expediente vocacionado à solução em abstrato (incidental) das questões comuns, constitutivas dos pressupostos de instauração do IRDR, suspendendo os processos que versem sobre a mesma questão jurídica, cuja solução será balizada pela tese fixada no julgamento do incidente.¹³ Desse modo, firma-se o entendimento com eficácia vinculante para os “processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito [material ou processual]” (art. 976, I, do CPC).

O fato de o incidente de resolução de demandas repetitivas instaurar-se a propósito de algum processo (caso concreto), do qual inclusive se origina a aferição dos pressupostos legais para o cabimento do IRDR, não descaracteriza a cisão cognitiva e decisória que o qualifica como “procedimento-modelo”. Aliás, o mesmo dispositivo processual (art. 978, parágrafo único, do CPC) esclarece que o julgamento do “incidente”, mediante a fixação da respectiva tese jurídica, *antecederá a apreciação*, pelo mesmo órgão colegiado, do recurso, da remessa necessária ou do processo de competência originária subjacentes, caso subsistam os interesses subjetivos concretos. Assim, o “exame de mérito do incidente” distingue-se do “exame de mérito da demanda” (art. 976, § 1º).¹⁴

Como técnica que incidentaliza a apreciação da controvérsia jurídica seriada, as respectivas vantagens pragmáticas perante o tratamento da litigiosidade repetitiva devem observar estritamente a efetividade do contraditório, em especial, sob a óptica da dialética processual. Conforme destacado ao longo do estudo, o momento de valorização dos

¹² “Art. 976. [...] § 1º A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente. § 2º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono”.

¹³ Desse modo, “em que pese a denominação do instituto, não são as demandas repetitivas que restam julgadas, mas uma *tese jurídica* é que fica estabelecida no tribunal, em ordem a formatar isonomicamente a resolução da *questão de direito* replicada nas ações seriais, no que se vem chamando tutela plurindividual” – MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas...* p. 88-9.

¹⁴ No mesmo sentido, cf. RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR: o procedimento padrão tupiniquim e suas peculiaridades (breves reflexões)*. In *Revista Brasileira de Direito Processual*. n. 92, p. 185-205. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 191.

denominados “precedentes judiciais” e a adoção da *segurança jurídica* e da *isonomia* como vetores para a construção de resultados que se pretendam *justos* – e de legítima eficácia vinculante para casos homogêneos – ressaltam a importância do significado dialético do processo para o direito, à base da razão comunicativa presente na sociedade contemporânea.

O julgamento do IRDR não pode engendrar soluções que, a pretexto de “eficientistas”, impliquem déficits qualitativos do debate democrático que deve permear todo processo jurisdicional.¹⁵ Assim, os aspectos relativos ao fomento do contraditório, à luz de sua conformação dialética, no incidente de resolução de demandas repetitivas serão examinados nos tópicos seguintes.

41.2 Primazia do tratamento coletivo

O incidente de resolução de demandas repetitivas decorre da exigência de tratamento comum e isonômico nas controvérsias jurídicas presentes em demandas múltiplas. O IRDR, originalmente concebido pelo Código de Processo Civil vigente, constitui técnica de “processo” ou “incidente modelo” para a “solução coletiva [uniformizada ou seriada] de conflitos”.¹⁶

Embora permita a homogeneidade (solução uniformizada) do entendimento firmado, o incidente de resolução de demandas repetitivas visa à fixação de “teses” sobre questões de direito (material ou processual), como expediente de objetivação processual,

¹⁵ Nesse sentido, “embora pareça inegável que a tendencial *padronização decisória* labora para amenizar o estoque dos processos pendentes – ‘índice de congestionamento’, na terminologia empregada nas pesquisas e estatísticas do CNJ – permitindo alcançar uma eficácia *quantitativa*, daí não se extrai, todavia, que, necessariamente, fique assegurada uma resposta jurisdicional *de qualidade*, a que faz jus o jurisdicionado, valendo neste passo lembrar a parêmia pela qual a *quantidade afeta a qualidade*. Em outra sede, buscamos indicar os seis requisitos de uma resposta jurisdicional *de qualidade*: ‘justa, jurídica, econômica, tempestiva, razoavelmente previsível, com aptidão para promover a efetiva e concreta satisfação do direito, valor ou bem da vida reconhecido no julgado’. Em linha afinada com essa proposição, dispõe o art. 4º do CPC” – MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas...* p. 87-8.

¹⁶ Como técnicas de uniformização, ou “solução coletiva [*lato sensu*] de conflitos”, em geral, destacam-se: “(a) as ações coletivas, que se caracterizariam as demandas nas quais um legitimado extraordinário poderia defender, em juízo, os interesses de toda uma coletividade, grupo ou pessoas, sem que todos os interessados tivessem que ingressar no Poder Judiciário; (b) os processos ou incidentes modelo, que seriam decididos a partir de casos individuais, mas com a aplicação da decisão sobre questões comuns a outros litigantes; (c) os meios de solução extrajudicial de conflitos coletivos” – MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 35.

ou seja, não constitui técnica plurissubjetiva instrumentalizada pela atribuição de legitimidade ordinária ou extraordinária, a depender do caso, a entes credenciados ou representativos. Assim, o incidente de resolução de demandas repetitivas não constitui técnica processual coletiva propriamente dita, regida pelo sistema normativo da tutela jurisdicional dos direitos e interesses transindividuais;¹⁷ nesse sentido, propõe a doutrina que o IRDR, ao lado dos demais mecanismos de *resposta jurisdicional seriada* idealizados pelas recentes reformas processuais, integra “um *tertium genus*, que se vem chamando *tutela plurindividual*, posta a meio-caminho entre as jurisdições singular e coletiva”.¹⁸

Aliás, uma das explicações possíveis para a sobrecarga do Poder Judiciário brasileiro refere-se à inexistência de um sistema de tutela coletiva para a implementação de direitos sociais aviltados que desestimule o ajuizamento de múltiplas demandas individuais paralelas, fenômeno explicado, em parte, por uma resistência institucional atribuída aos próprios juízes, que, no geral e por razões contingenciais, tendem a julgar mais favoravelmente as ações singulares, em detrimento das pretensões coletivamente deduzidas, como revelam dados empíricos.¹⁹ Com base em estudos qualitativos, a doutrina especializada tem confirmado essa maior probabilidade de sucesso das ações individuais.²⁰

Por outro lado, “o risco de embate com os outros Poderes da República é maior nas ações coletivas tanto porque alguns temas sensíveis só podem ser tratados [em tese] nesse tipo de ação, quanto porque as questões que podem ser [concomitantemente] objeto de ações coletivas e individuais assumem maior escala nas primeiras do que nas segundas”.²¹ Em outras palavras, as “ações relacionadas a direitos individuais são consideradas ‘área

¹⁷ “Embora seja inegável que há uma dimensão coletiva no incidente [IRDR], que decorre da repetição das mesmas questões em diversos casos (o que fundamenta o uso do instituto) e que se observa na abrangência do âmbito de aplicação da tese fixada, há elementos importantes que demonstram que este não é um meio processual propriamente coletivo, ou seja, não é uma técnica processual coletiva, e, por isso, se distancia das ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos” – TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas...* p. 92.

¹⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas...* p. 255.

¹⁹ Cf. SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO-SBDP (BRASIL). *Ações Coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva*. Pesquisa realizada pela Sociedade Brasileira de Direito Público para a 2ª Edição da série *Justiça Pesquisa*, do Conselho Nacional de Justiça-CNJ (Brasil). Coords. Conrado Hubner Mendes, Vanessa Elias de Oliveira e Rogério Bastos Arantes. São Paulo: SBDP, 2017, p. 82.

²⁰ Cf. COSTA, Susana Henriques da. *Acesso à Justiça: Promessa ou Realidade? Uma Análise do Litígio Sobre Creche e Pré-Escola no Município de São Paulo*. In *Sociologia do Direito: teoria e práxis*. Orgs. Alberto Febbrajo, Fernando Rister de Sousa Lima e Márcio Pugliesi. Curitiba: Juruá, 2015, p. 147-72.

²¹ REFOSCO, Helena Campos. *Ação Coletiva e democratização do acesso à justiça*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 171.

segura’ para os julgadores, ao passo que ações coletivas envolvem riscos institucionais para o Poder Judiciário”.²²

Um dos aspectos que fomentou *de lege lata* o IRDR foi, nesse contexto, a sucessiva “fragmentação” da tutela jurisdicional coletiva propriamente dita, resultante de diversos fatores, como, por exemplo, os mencionados entraves institucionais, o abuso do poder de demanda de alguns entes representativos (v.g., a utilização enviesada das ações) – a par da hegemonia casuística do Ministério Público para a ação civil pública²³ – e a jurisprudência contentiva em relação à tutela dos direitos individuais homogêneos.²⁴

A propósito, observe-se a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, em 2017, no Tema n. 499 de Repercussão Geral: “a eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva, de rito ordinário, ajuizada por associação civil na defesa de interesses dos associados, somente alcança os filiados até a data da propositura da demanda, constantes

²² Ibidem, p. 171.

²³ Dentre as possibilidades de uso enviesado ou estratégico das ações coletivas pelos atores legitimados, dados empíricos revelam que, na opinião geral dos magistrados, as ações populares são apontadas como as vias mais frequentes para o “objetivo de promover a(s) pessoa(s) que assina(m) a petição inicial e/ou a instituição/associação que figura no polo ativo” – SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO-SBDP (BRASIL). *Ações Coletivas no Brasil...* p. 104. Já a ação civil pública é indicada como via que melhor tutela direitos e interesses coletivos, a par da constatação de que, após mais de trinta anos de vigência, o “predomínio do Ministério Público nessa área tem sido reconhecido pela maioria dos analistas e dos próprios membros da instituição, em comparação com outros agentes legitimados a fazer uso deste instrumento” – Ibidem, p. 89. Paradoxalmente, “a lei [7.347/1985] que reconheceu os direitos difusos e coletivos da sociedade tinha a finalidade de ampliar o acesso à justiça de atores sociais, em meio ao processo de redemocratização que se iniciava no país àquela época” – Ibidem, p. 100. Nesse sentido, estudos defendem que “a verdadeira defesa de interesses transindividuais deve ser promovida concorrentemente e amplamente por todos aqueles que são autorizados por lei para fazê-lo” – LANGENEGGER, Natalia. *Legitimidade ativa de pessoas físicas em ações coletivas: incentivos e desincentivos institucionais*. Dissertação de Mestrado apresentada à Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Orientadora: Prof.^a Dr.^a Luciana Gross Cunha. São Paulo, 2014, p. 104. Nesse contexto, as causas para a posição hegemônica do Ministério Público quanto à legitimação para promover a ação civil pública – e, por consequência, a tutela coletiva em geral – são tanto explicadas pela insuficiência de incentivos institucionais (*rectius*, desincentivos) à participação da sociedade civil organizada nos processos coletivos quanto pelos incentivos institucionais amplamente outorgados ao Ministério Público, com marco no processo de redemocratização brasileiro, o que acabou inibindo a atuação de outros agentes legitimados.

²⁴ “Em princípio, os interesses individuais homogêneos, a saber, aqueles *decorrentes de origem comum* (Lei 8.078/90, art. 81, parágrafo único, III), devem se endereçar à ação coletiva (lei supra, arts. 91 a 100), com vistas à prolação de uma sentença de condenação genérica idônea a prevenir a atomização da macro-lide; mas, se tal desiderato não vem alcançado e se deflagra a pulverização do conflito de largo espectro em multifárias demandas individuais, então se abre ensejo à citada tutela plurindividual, com vistas ao tratamento igualitário, seja de questões de direito replicadas em muitos processos (caso do IRDR) seja de RE’s e REsp’s repetitivos, no caso de cuidar-se, nessa ordem, de questão constitucional ou de direito federal comum replicada em muitos recursos. No tocante à ação coletiva por interesses individuais homogêneos, tem-se reconhecido que ela veio experimentando percalços em sua trajetória, ora por conta de certas incompreensões conceituais, ora pelo deletério trâmite concomitante de mais de uma delas envolvendo o mesmo objeto, passando ainda pelo vezo da judicialização, por esse meio, de interesses *pseudocoletivos*” – MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas...* p. 255-6.

da relação juntada à inicial do processo”.²⁵ Esse entendimento ilustra a progressiva contenção jurisprudencial (fenômeno externado também na seara legislativa)²⁶ que, na prática, tem alternado as vias de tutela jurisdicional coletiva em sucedâneos processuais para o tratamento da soma de interesses coalizados, valorizando-se a objetivação dos processos (individuais), em vez de técnicas (coletivas) de plurissubjetivação propriamente ditas.²⁷

²⁵ STF, Pleno, RE n. 612.043/PR, Tema RG n. 499, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10.5.2017, DJe 6.10.2017.

²⁶ Nesse sentido, observe-se o veto ao art. 333 do Código de Processo Civil de 2015, que previa o incidente de conversão da ação individual em ação coletiva. Conforme as respectivas razões do veto, “o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes”. O veto não foi razoável e impediu a existência de um instrumento simétrico à técnica individual de repercussão coletiva (IRDR) com a criação (vetada) de expediente coletivo de repercussão “individual”. Nesse sentido, cf. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Técnicas individuais de repercussão coletiva x técnicas coletivas de repercussão individual. Por que estão extinguindo a ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos?* In *Processo Coletivo*. p. 623-39. Coords. Hermes Zaneti Júnior e Fredie Júnior. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 624; SANTIAGO Y CALDO, Diego. *O veto ao incidente de coletivização e a chance perdida para solucionar o fenômeno das ações individuais repetitivas*. In *Revista de Processo*. v. 105, n. 965, p. 37-59. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Na seara legislativa, cite-se o arquivamento do Projeto de Lei n. 5.139/2009, que pretendia instituir um Código de Processo Coletivo. A Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados rejeitou o PL (maioria de 17 a 14 votos), em sessão de 17 de março de 2010. A decisão foi objeto de recurso, que, passados mais de dez anos, ainda aguarda deliberação pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados. Por outro lado, tramita na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei n. 8.058/2014, que propõe a instituição de “processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário”, apresentado como resultado de trabalho realizado inicialmente pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ), criado pelo Prof. Kazuo Watanabe, e à época sob a presidência da Profa. Ada Pellegrini Grinover, com painéis públicos de exposição em 14 e 15 de abril de 2010, mediante Seminário promovido no âmbito do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. O art. 30 da proposta original do PL n. 8.058/2014 prevê a possibilidade de conversão incidental das ações individuais em coletivas, atendidos determinados parâmetros *de lege ferenda*: “Art. 30. Atendido o requisito da relevância social e ouvido o Ministério Público, o juiz poderá converter em coletiva a ação individual que: I – tenha efeitos coletivos, em razão da tutela de bem jurídico coletivo e indivisível, cuja ofensa afete ao mesmo tempo as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade; II – tenha por escopo a solução de conflitos de interesses relativos a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução deva ser uniforme, por sua natureza ou por disposição de lei, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo e padrão de conduta consistente e unitária para a parte contrária. § 1º Determinada a conversão, o autor manterá a condição de legitimado para a ação em litisconsórcio necessário com o Ministério Público ou outro co-legitimado para a ação coletiva. § 2º O Ministério Público ou outro legitimado poderão aditar ou emendar a petição inicial para adequá-la à tutela coletiva, no prazo a ser fixado pelo juiz. § 3º Se nenhum dos co-legitimados aditar ou emendar a petição inicial, o juiz encaminhará os autos ao Conselho Superior do Ministério Público para que indique membro da instituição para fazê-lo. § 4º A coisa julgada terá efeito erga omnes, nos termos do disposto nos arts. 103 e 104 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. § 5º O Ministério Público atuará como fiscal da ordem jurídica se não intervier como parte”.

²⁷ No sentido dessa crítica, o entendimento do Supremo Tribunal Federal (Tema RG n. 499) ensejou a “concepção de uma *sui generis* hipótese de ‘representação’ processual coletiva, em substituição ao próprio antagonismo que sempre prevaleceu na Corte – e tomado como premissa decisória – quanto ao contraste entre legitimações ‘ordinária’ e ‘extraordinária’ para a propositura de demandas coletivas por entidades associativas, distinção que, embora não conduzisse a um resultado ideal, também não desamparava as associações civis da efetiva possibilidade de tutela dos direitos e interesses metaindividuais. A questão pode ser introduzida, de forma simples, com o seguinte questionamento: seria possível exigir ‘data de filiação’ ou ‘comprovação do *status* de filiado’ para definir quem são os efetivos beneficiários de sentença prolatada em demanda coletiva que verse sobre direitos coletivos *stricto sensu*, ajuizada por associação civil? Com esteio

A opção político-legislativa pelo incremento de técnicas individuais, como o IRDR,²⁸ para o tratamento da litigiosidade repetitiva, em vez de uma progressiva incorporação sistemática *de lege ferenda* de técnicas coletivas,²⁹ apenas pode legitimar-se

na tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, a resposta a essa questão deveria ser positiva, ante a inexistência de ressalva quanto à natureza ou à dimensão dos direitos e interesses transindividuais para a definição dos referidos limites subjetivos. [...] Na apreciação do feito [Tema RG n. 499], o Supremo Tribunal Federal interpretou o art. 5º, XXI, da Constituição Federal de modo a emprestar-lhe alcance limitado à denominada ‘representação processual’ (legitimação ordinária), em vez de ‘substituição processual’ (legitimação extraordinária); entendeu, assim, que o referido dispositivo constitucional encerra exclusivamente hipótese de representação processual e, nessas circunstâncias, as limitações previstas no art. 2º-A da Lei n. 9.494/1997 seriam compatíveis com a ordem constitucional, o que levou à fixação da já mencionada tese jurídica. [...] se, na demanda coletiva em sentido estrito, defende-se o réu da pretensão *categorial*, que diferença há, à luz do contraditório, a identificação nominal dos eventuais beneficiários da demanda coletiva? A resposta: nenhuma diferença; na hipótese, inclusive, a própria ré (União) tinha total conhecimento sobre o exato rol de pessoas efetiva ou potencialmente afetadas (vínculo estatutário dos servidores). Assim, autorizar a concreção prática do título condenatório em favor de servidor X, cujo nome constara em lista nominativa, mas não a autorizar em favor de Y, pertencente ao *grupo* interessado, porém não filiado à entidade autora, implica injustificada denegação de tutela coletiva propriamente dita, na contramão do que tal gênero de proteção jurisdicional visa a efetivar. O entendimento condutor do julgamento do Recurso Extraordinário n. 612.043/PR parece claro: a Constituição Federal, em especial por seu art. 5º, XXI, não imputaria às entidades associativas um pré-credenciamento para a tutela de direitos coletivos em sentido amplo porque tais associações civis não se submetem a nenhum outro rigor constitucional de sopesamento, tal como o relativo à *unicidade sindical*. Contudo, ao assim entender, optou-se por limitar as ações coletivas, em vez de se buscar uma solução de aprimoramento. Em síntese, o Supremo Tribunal Federal deixou de ajustar a tese sob o necessário enfoque dos direitos coletivos em espécie, desconsiderando a básica constatação de que legitimação processual se afere à luz das situações jurídicas legitimantes, ou seja, observada a dimensão do próprio direito material afirmado. Tal observação decorre da própria *condição legitimante* do autor ideológico, cuja legitimidade não deriva da titularidade sobre o interesse ameaçado – titularidade que o legitimado não tem –, mas do reconhecimento, pelo sistema jurídico, de que ele é um portador credenciado a conduzir o processo em dada dimensão expandida. Na jurisdição coletiva, os sujeitos concernentes ao *tema decisório* não devem ser tomados singularmente (em concepção individualista), mas aferidos em sua *dimensão coletiva*; a atuação dos respectivos interesses opera-se por um *portador judicial* – na espécie em questão, as associações civis –, que a norma constitucional e a legislação de regência consideram *representante adequado*. [...] Entendimento diverso conduziria a um incompreensível processo coletivo ‘fragmentado’, sob as vestes de ‘tutela coletiva’ para fenômeno correspondente, na verdade, a mero conflito plúrimo sucedâneo de eventual litisconsórcio multitudinário (*soma de interesses coalizados*), engendrando ‘falsas’ e anômalas demandas ‘coletivas’, ideia que parece completamente dissociada do texto constitucional” – MONTEIRO NETO, João Pereira. “*Representação sui generis coletiva? Reflexões iniciais sobre o julgamento do Tema de Repercussão Geral 499*”. In *Migalhas*. Periódico eletrônico. Informativo n. 4.154. 17 jul. 2017. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/deposito/262001>>.

²⁸ “Por intermédio dessas técnicas parte-se do individual para o coletivo. O incidente de resolução de demandas repetitivas é o modelo exemplar das técnicas individuais de repercussão coletiva. A engenharia processual consiste em desconstruir a norma jurídica concreta individual que esteja sendo debatida e multiplicada em diversos casos no poder judiciário para, assim, isolar o fato da sua hipótese de incidência, identificando a tese jurídica comum que se repete nas demais causas. Uma vez decidida a tese jurídica, todos os casos individuais irão receber o mesmo resultado daquela tese já decidida” – RODRIGUES, Marcelo Abella. *Técnicas individuais de repercussão coletiva...* p. 625.

²⁹ Já nas técnicas coletivas propriamente ditas, “a decisão proferida de forma coletiva se estende a todas as situações jurídicas individuais que nela se enquadrem. Posteriormente, os titulares de cada um dos direitos singulares ajuízam demandas para dirimir apenas as questões que lhes sejam particulares” – *Ibidem*, p. 625. Acerca das propostas *de lege ferenda*, citem-se o Projeto de Lei (PL) n. 4.778/2020, que “dispõe sobre a nova Lei da Ação Civil Pública”, apresentado à Câmara dos Deputados em 1º de outubro de 2020, com base em anteprojeto confeccionado por Grupo de Trabalho constituído (2019) no âmbito do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), sob a coordenação da Ministra (STJ) Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues. A proposta contém diversos dispositivos que demonstram a referida tendência legislativa, a exemplo da primazia da

constitucionalmente à luz da observância do contraditório, com mecanismos que permitam uma qualificação dialética das soluções alcançadas (teses jurídicas fixadas), a exemplo daquela identificada idealmente pela interlocução plurissubjetiva inerente à tutela jurisdicional coletiva, caracterizada por pressupostos legitimantes para a atuação em juízo.

42 Aspectos procedimentais

Os requisitos legais para a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas são, simultaneamente, (i) a “efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito” e (ii) o “risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica” (art. 976, I e II, do CPC). É importante destacar que a expressão “efetiva repetição de processos” não é despropositada, sendo inadmissível que a repetitividade seja cogitada hipoteticamente, como multiplicidade potencial de processos, para justificar a instauração do incidente.

Já o pressuposto objetivo relativo ao objeto do incidente (“controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito”), à luz da circunstância notória de inexistirem questões exclusivamente *jurídicas*, *fáticas* ou *valorativas*,³⁰ deve ser interpretado como exigência de que as premissas necessárias para a solução jurídica não envolvam o exame de fatos controvertidos nem a valoração de questões fáticas antagônicas. Em outras palavras, os pressupostos de fato da controvérsia [unicamente de direito] devem ser homogêneos sob a perspectiva intersubjetiva das demandas seriadas; caso contrário, diante da necessidade de solução para questões propriamente fáticas, o tratamento molecular apropriado corresponde à tutela jurisdicional coletiva propriamente dita, conforme se

instauração de IRDR e da afetação à sistemática de recursos repetitivos com fulcro em paradigmas oriundos de ações coletivas (art. 3º do texto original do PL), da exigência de representatividade adequada (“adequacy of representation”) para que as entidades de classe sejam “credenciadas” como pessoas legitimadas e da adoção de um modelo de coisa julgada *pro et contra* (art. 26), estabelecido o direito de exclusão (“right to opt out”), em contraste com a regra vigente (coisa julgada *secundum eventum litis*). Proposta legislativa concomitante, também sob propósito de inovar o marco legal da ação civil pública, está consubstanciada no Projeto de Lei (PL) n. 4.441/2020, apresentado à Câmara dos Deputados em 2 de setembro de 2020.

³⁰ Empregando-se como recorte conceitual a teoria tridimensional do direito, que, segundo seu teórico brasileiro mais celebrado, enuncia o direito como “integração *normativa de fatos* segundo *valores*”. Em outras palavras, “o ponto de partida da norma é o *fato*, a chegada são os *valores*. Desse modo, o direito não é só *norma*, como quer Kelsen; Direito não é só *fato* como rezam os marxistas ou economistas do Direito, porque Direito não é economia. Direito não é produção econômica, mas envolve produção econômica e nela interfere; o direito não é somente *valor*, como rezam os adeptos do direito natural, porque ao mesmo tempo o Direito é norma, é fato e é valor” – REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 91.

depreende do ordenamento jurídico brasileiro.³¹ Reforça-se, assim, a necessidade de prelibação estrita e criteriosa quanto aos pressupostos do IRDR, para que não se converta em instrumento autoritário de supressão da dialeticidade processual nem em mecanismo de fomento oblíquo de desigualdades entre partes e interessados, na contramão do próprio valor isonômico que o incidente visa a resguardar.

Conforme tem sido observado, no julgamento de casos repetitivos, análises empíricas têm identificado clara tendência de as respectivas teses serem majoritariamente favoráveis aos interesses dos “litigantes habituais” e, portanto, menos favoráveis aos “litigantes ocasionais”.³² Em demandas repetitivas, são potencializadas as vantagens dos litigantes habituais, que podem concentrar “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 individuais”.³³

A propósito, comparando a sistemática do IRDR com o regime dos recursos repetitivos, é possível antever uma tendência de *nacionalização estratégica* dos conflitos repetitivos, por parte dos litigantes habituais – em especial, pelo próprio Poder Público (“the biggest repeat player”³⁴ com facilidade de acesso às cortes superiores) –, viabilizada pelo incidente de sobrestamento previsto no art. 982, § 3º, do Código de Processo Civil, conforme será observado em tópico seguinte. O incremento dessa hipótese poderia revelar o efeito perverso de, a par de desconsiderar a complexidade social brasileira, estruturar um

³¹ Quanto ao ponto, ressalva-se que parcela de abalizada doutrina entende em sentido contrário: “questões fáticas com origem comum presentes em número substancial de processos, nos quais se constate *homogeneidade total* ou *parcial relevante*, merecem também o tratamento molecular propiciado pelo instituto de resolução de demandas repetitivas. A *relevância* reside na utilidade para o exercício da jurisdição na resolução de tais pontos controvertidos comuns – utilidade essa ligada umbilicalmente, como é sabido, ao interesse processual” – LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas...* p. 252. No mesmo sentido, cf. CAVALCANTI, Marcus de Araújo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)...* p. 220-1.

³² ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. *Acesso à justiça e técnicas de julgamento de casos repetitivos*. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Orientador: Prof. Associado Dr. Carlos Aberto de Salles. São Paulo, 2018, p. 243.

³³ FRANCISCO, João Eberhardt. *Filtros ao acesso individual à justiça: estudo sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas*. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Orientadora: Prof.^a Dr.^a Susana Henriques da Costa. São Paulo, 2018, p. 111.

³⁴ Cf. FRANCO, Marcelo Veiga. *A Administração Pública como litigante habitual: a necessária mudança da cultura jurídica de tratamento dos conflitos*. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Orientador: Prof. Dr. Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves. Belo Horizonte, 2018, p. 185-96; GABBAY, Daniela Monteiro; SILVA, Paulo Eduardo Alves da; ASPERTI, Maria Cecília de Araujo; 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*. In *FGV Direito SP Research Paper Series*. n. 141, p. 1-23. São Paulo: FGV Direito SP, 2015, p. 8.

sistema de formação de padrões decisórios incompatível com a concretização da isonomia por intermédio da tutela jurisdicional.

Orientando igualmente uma prelibação criteriosa na admissão de IRDRs pelos tribunais, outro pressuposto objetivo concorrente (simultâneo) é o “risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica” (art. 976, II, do CPC). Não bastam, assim, a repetitividade contemporânea nem o caráter estritamente de direito da controvérsia. A norma processual, ao empregar o termo “simultaneamente” (*caput*) para os pressupostos cumulativos do IRDR, estabelece também imperativos de tratamento isonômico e de segurança jurídica, cujas circunstâncias se identificam com divergências de entendimento relevantes, que impactem soluções judiciais desuniformes para uma mesma questão jurídica, gerando insegurança e desigualdade de tratamento entre jurisdicionados.

Vale repetir, nesse contexto, que os requisitos legais para a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas são, simultaneamente, (i) a “efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito” e (ii) o “risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica” (art. 976, I e II, do CPC). Logo, a expressão “efetiva repetição de processos” não é despropositada; seria inadmissível que a repetitividade fosse cogitada apenas hipoteticamente, como multiplicidade potencial de processos, para justificar a instauração do incidente.

A inexistência de pressupostos que permitam a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não impede que, se identificados posteriormente os requisitos legais (art. 976 do CPC), haja nova suscitação de IRDR para a mesma questão jurídica (§ 3º).

Embora constitua técnica processual dirigida à fixação de “teses” sobre questões de direito *efetivamente repetitivas*, cujo trâmite prescinde da subsistência dos interesses subjetivos originalmente identificados (art. 976, § 1º, do CPC), a instauração do IRDR depende da existência de algum processo – preferencialmente, vários processos³⁵ – em

³⁵ “Para melhor conhecer as razões apresentadas pelas partes no processo individual é importante que, instaurado o incidente, o tribunal tenha conhecimento não apenas de um único processo, mas de alguns, ou seja, um processo piloto, as mais das vezes, pode não ser um referencial seguro e suficiente para que o tribunal tome conhecimento de todas as razões relevantes para a correta solução da questão jurídica – assim, fundamental é que o tribunal leve em consideração número suficiente de processos pilotos para o conhecimento vertical sobre a matéria jurídica que lhe é apresentada. Submeter ao tribunal um único processo piloto pode violar a igualdade substancial na medida em que a demanda individual pode não explorar todos os pontos que seriam favoráveis ao demandante; fala-se aqui de uma *insuficiência* ou *hipossuficiência técnica* própria de muitas demandas repetitivas em que se veicula a defesa de consumidores individuais. Para evitar diferenças substanciais, relevante é o conhecimento pelo tribunal de certo número de

trâmite no respectivo tribunal, ou na iminência de ser remetido à segunda instância, por exemplo, quando suscitado pelo juiz durante o processamento inicial da apelação.

O requerimento de instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, dirigido ao presidente do tribunal e independente de custas (art. 976, § 5º, do CPC), pode ser suscitado (i) “pelo juiz ou relator [ou respectivo órgão colegiado], por ofício”; (ii) “pelas partes, por petição”;³⁶ (iii) “pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição”, instruídos com os documentos necessários para a comprovação dos pressupostos legais de cabimento do incidente (art. 977).³⁷ O Ministério Público deverá sempre participar do IRDR, seja na condição de requerente originário, seja como fiscal da lei, assumindo a “titularidade” do incidente em caso de desistência ou de abandono da parte originária (art. 976, § 2º).

A admissão do incidente deve realizar-se colegiadamente, pelo próprio órgão competente para o IRDR, à luz dos pressupostos legais (art. 976), conforme dispõe o art. 981 do Código de Processo Civil. No entanto, devem também ser aferidos elementos qualitativos que permitam a sujeição da controvérsia repetitiva a um contraditório efetivo, em favor da dialética processual adequada a todo expediente de tratamento de demandas seriadas.

A cumulatividade dos requisitos legais justifica-se, inclusive, à luz da necessidade de um exame minucioso e fundamentado para a instauração do IRDR. Um dos problemas decorrentes de eventual utilização inadequada e desmedida, desacompanhada de pressupostos criteriosos de admissão, corresponde ao risco de o IRDR converter-se em incidente autoritário de supressão da dialética processual, em movimento contrário àquele

processos individuais que veiculem e propiciem o conhecimento da mesma questão jurídica e fática. Não é à toa que ‘a instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça’” (CPC, art. 979, *caput*) – LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas...* p. 247-8.

³⁶ Nesse contexto, “importante é igualmente permitir a iniciativa de instauração do incidente por terceiro interessado e em especial, por associações que tenham legitimidade de exercer adequadamente a defesa dos direitos comuns a um sem número de pessoas. Ao invés de se autorizar um cúmulo subjetivo de demandas por parte de co-legitimados extraordinários, com a reprodução de demandas idênticas, permite-se a intervenção de tais entes com a finalidade de se conhecer mais a fundo a questão ou as questões idênticas a serem solucionadas no processo piloto gerado pelo incidente de resolução de demandas repetitivas” – *Ibidem*, p. 246.

³⁷ Interessante observar que o Código de Processo Civil, em relação aos legitimados para requerer a revisão da tese jurídica firmada no incidente, afasta a titularidade das partes, estabelecendo que o procedimento revisional será instaurado de ofício, pelo tribunal, ou a requerimento do Ministério Público ou pela Defensoria Pública (art. 986). Trata-se de opção que parece visar a redução de suscetibilidade das teses firmadas a sucessivos requerimentos de interessados, contribuindo pretensamente para uma maior estabilidade do entendimento, não obstante sua mutabilidade por revisão.

que deveria ser o escopo de qualquer técnica de tratamento da litigiosidade repetitiva, qual seja, a abertura comunicativa do canal jurídico-processual.

Não se admite o incidente de resolução de demandas repetitivas (pressuposto processual negativo) quando já exista, no âmbito dos tribunais superiores e em conformidade com suas competências constitucionais, a afetação a “recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva” (art. 976, § 4º, do CPC).

Além da providência de suspensão dos processos pendentes, que será objeto de exame seguinte, o relator do IRDR intimará o Ministério Público, que se manifestará como fiscal da lei (quando não seja o proponente do incidente), em quinze dias; o relator poderá, ainda, “requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente”, com igual prazo para manifestação (art. 982, II e III, do CPC).

O relator também admitirá a oitiva das partes e dos demais interessados, “inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida”, manifestando-se, em seguida e no mesmo prazo, o Ministério Público (art. 983 do CPC). Admitem-se, a propósito, audiências públicas para a oitiva de “pessoas com experiência e conhecimento na matéria” (§ 1º), dentre outras diligências de elucidação reputadas pertinentes pelo relator, que, quando concluídas, permitirão o julgamento do incidente (§ 2º).

A participação plurissubjetiva nos incidentes de resolução de demandas repetitivas, a exemplo da admissão de interessados em processos sob a sistemática dos recursos repetitivos (não é despropositada a aproximação dos respectivos permissivos legais: arts. 983 e 1.038, I, do CPC), constitui um dos principais aspectos de legitimação do procedimento à luz do contraditório adequado ao âmbito da litigiosidade repetitiva.³⁸ No IRDR, admitem-se não apenas *amici curiae*,³⁹ o que incursionaria na problemática

³⁸ A doutrina especializada defende, aliás, que, no regime do IRDR, a eficácia vinculativa apenas se justifica se for observada “notadamente a participação no debate” – TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas...* p. 210.

³⁹ Embora inegável que “a intervenção do *amicus curiae*, terceiro que pode auxiliar a corte a qualitativamente melhor julgar, tem grande importância no êxito do instituto” – LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas...* p. 246. “É inegável, pois, que a participação de *amici curiae* no procedimento do incidente de resolução de demandas repetitivas permite que se dê, nos tribunais, a ampliação subjetiva do contraditório que confere aos pronunciamentos ali prolatados legitimidade constitucional para produzirem eficácia vinculante na área de competência territorial do tribunal perante o qual se tenha desenvolvido aquele procedimento. Ter-se-á, desse modo, um procedimento verdadeiramente participativo [em contraditório], em que se abre à sociedade – por intermédio de pessoas, órgãos ou entidades especializadas, com

identificada no regime de repercussão geral,⁴⁰ mas *inclusive* “pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia”, pois é à luz dos interesses envolvidos que a dialética processual pode ser efetivamente fomentada.

A garantia dessa participação qualitativa, centrada no espectro de interesses em estado de sujeição à solução jurídica engendrada no IRDR, não se confundindo com uma hipotética situação de assistência nem com a figura do “amicus curiae”, decorre do “simples fato de ser parte (ou poder vir a ser parte) em processo instaurado por demanda isomórfica e, por tal razão, ser um interessado na fixação da tese que, uma vez determinada, será aplicada ao seu caso concreto com eficácia vinculante”.⁴¹

A ampliação do canal comunicativo processual decorre, repita-se, de exigência dialética do contraditório, especialmente para que “todos os interesses [envolvidos] possam estar representados no processo de formação do padrão decisório vinculante”.⁴² Inclusive, o tribunal deve equalizar eventuais déficits de participação dos sujeitos potencialmente atingidos pelos IRDRs, por exemplo, mediante a oitiva obrigatória de *representantes adequados* à luz dos sujeitos concernentes e da natureza dos interesses envolvidos, adotando por analogia o padrão representativo próprio das ações coletivas, que têm esteio constitucional (v.g., arts. 5º, XXI, 8º, III, 127, 129, III, 134 da CF).

representatividade adequada (art. 138 do CPC/2015) – a possibilidade de exercer influência na formação do resultado de um padrão decisório que terá eficácia vinculante sobre casos presentes e futuros instaurados por força de demandas isomórficas” – CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério...* p. 246-7.

⁴⁰ Conforme apontado em capítulo anterior, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que “o mero interesse do ente postulante no julgamento da causa não o qualifica automaticamente como *amicus curiae*”, competindo ao relator realizar a efetiva “seleção” das pessoas admitidas, excluindo-se “diversos outros interessados na causa, independente da sua capacidade representativa, o que se faz necessário para a fluidez dos trabalhos e para evitar repetições despiciendas de argumentos” – STF, ADI n. 4.832/DF, Rel. Min. Rosa Weber, j. 28.1.2013, DJe 6.2.2013, decisão monocrática da relatora.

⁴¹ “A sujeitabilidade daquele terceiro à eficácia vinculante da decisão que será produzida por meio do procedimento do incidente de resolução de demandas repetitivas, portanto, é suficiente para legitimar sua intervenção naquele procedimento, como resultado do modelo constitucional de processo, de modo a ampliar subjetivamente o contraditório que, como sabido, é característica essencial do processo. É que se não for assim, ter-se-á de considerar que a decisão produzida no incidente de resolução de demandas repetitivas produz efeitos vinculantes sobre a esfera jurídica de pessoas que não foram, nem puderam ser, atores do procedimento de construção do padrão decisório paradigma. [...] A participação desses interessados, portanto, é um poderoso mecanismo – provavelmente o mais importante – de se evitar que a formação de um padrão decisório vinculante se dê de modo a atingir interesses sub-representados” – CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério...* p. 242-3.

⁴² “É fundamental, portanto, que haja um espaço de oportunidade, no procedimento de formação dos padrões decisórios vinculantes, para a participação de quem fale por todos os tipos de interesses que poderão vir a ser alcançados pela eficácia vinculante do padrão decisório a ser formado. Fundamental, insista-se, não é que todas as pessoas interessadas participem, mas que *todos os interesses possam estar representados no processo de formação do padrão decisório vinculante*” – Ibidem, p. 243.

É importante que, *de lege ferenda*, sejam incrementados permissivos normativos para ampliar o caráter dialético do incidente, imprescindível para a compatibilidade do IRDR com a garantia constitucional do contraditório. Trata-se de proposta de solução sincrética, conciliando questões problemáticas decorrentes da “fragmentação” da tutela jurisdicional coletiva (propriamente dita), que informaram a criação do próprio IRDR, com as novidades técnicas trazidas pelo incidente original do Código de Processo Civil vigente.

43 Suspensão em IRDR

A norma processual estabelece que, admitido o incidente de resolução de demandas repetitivas, o relator “suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso” (art. 982, I, do CPC), comunicando-se aos “órgãos jurisdicionais competentes” (arts. 980, § 1º, 313, IV). Evidentemente, à luz da garantia constitucional de inafastabilidade da tutela jurisdicional, pedidos de tutela de urgência e requerimentos de providência inadiáveis podem ser formulados perante o juízo competente para o processo suspenso (§ 2º).

De igual modo, em razão de sua inequívoca inserção no “microsistema normativo de litigiosidade repetitiva” (v. art. 928 do CPC), aplica-se ao regime do IRDR a técnica de *distinguishing*, possibilitando aos interessados que tenham seus processos indevidamente sobrestados a formulação do requerimento previsto no art. 1.037, §§ 9º a 13, do Código de Processo Civil; a respectiva decisão comporta agravo de instrumento, se o processo suspenso tramitar em primeira instância, ou agravo interno, caso o processo sobrestado esteja em curso no tribunal (§ 13).

Para a operacionalização e a uniformidade das providências de sobrestamento cabíveis, admitida a instauração do incidente, os dados pertinentes deverão constar de registro eletrônico próprio, no âmbito dos respectivos tribunais competentes, com comunicação imediata ao Conselho Nacional de Justiça, delimitando-se a questão de direito submetida ao IRDR, com a indicação mínima dos fundamentos determinantes da decisão e dos dispositivos normativos a ela relacionados (art. 979 do CPC).

O prazo para julgamento do IRDR é de um ano, sob pena de cessar a suspensão dos processos, “salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário” (art. 980 do CPC).

Considerando a possibilidade de a repetitividade relacionar-se a teses igualmente identificadas no âmbito de dois ou mais tribunais locais ou regionais, “visando à garantia de segurança jurídica” (art. 982), o Código de Processo Civil estabelece um incidente de nacionalização do sobrestamento em IRDR, passível de requerimento pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou por quaisquer partes de processos cuja solução envolva a tese jurídica afetada, independentemente de tramitarem no Estado ou na região do tribunal competente para o incidente (§ 4º). O requerimento de suspensão nacional será dirigido à presidência do tribunal destinatário do respectivo recurso de natureza extraordinária (art. 1.029, § 4º),⁴³ conforme a questão de direito seja constitucional ou de índole infraconstitucional (art. 982, § 3º). Na hipótese de concomitância de recursos, devem prevalecer as regras de superposição relativas à competência constitucional das cortes superiores, incidindo, por analogia, as regras aplicáveis às hipóteses de conflito. Evidentemente, se não for interposto o recurso de natureza extraordinária, cessam os efeitos da determinação de sobrestamento (§ 5º).

A propósito, recorde-se a advertência quanto à indesejável eventualidade de o incidente de nacionalização do sobrestamento em IRDR operar-se como catalisador anti-isonômico de demandas ou como procedimento estratégico para ampliar as expectativas de êxito judicial dos litigantes habituais. Conforme mencionado, o incremento dessa hipótese revelaria o efeito perverso de, a par de desconsiderar a complexidade social brasileira, estruturar um sistema de formação de padrões decisórios incompatível com a concretização da isonomia por intermédio da tutela jurisdicional, na contramão do próprio valor isonômico que o incidente visa a resguardar. Assim, para que o IRDR não se converta em mecanismo de fomento oblíquo de desigualdades entre partes e interessados, é fundamental que o caráter dialético do incidente seja incorporado tanto na prática forense quanto em futuros aprimoramentos *de lege ferenda* do instituto.

⁴³ “Art. 1.029. [...] § 4º Quando, por ocasião do processamento do incidente de resolução de demandas repetitivas, o presidente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça receber requerimento de suspensão de processos em que se discuta questão federal constitucional ou infraconstitucional, poderá, considerando razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, estender a suspensão a todo o território nacional, até ulterior decisão do recurso extraordinário ou do recurso especial a ser interposto”.

44 Julgamento e aplicação da tese

O julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas compete ao órgão indicado pelo regimento interno, dentre “aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal”, cuja competência estende-se também ao recurso, à remessa necessária ou ao processo de competência originária (art. 978 do CPC).

A norma processual estabelece que a “instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça” (art. 979). Os tribunais deverão manter banco eletrônico de dados atualizados acerca das questões submetidas a IRDRs, mediante comunicação ao Conselho Nacional de Justiça (§ 1º), com a exata delimitação da questão de direito submetida ao incidente, indicando-se, “no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados” (§ 2º).

O Código de Processo Civil prevê a seguinte cronologia para a sessão de julgamento: (i) exposição do objeto do incidente pelo relator; (ii) sustentação oral, sucessivamente, (ii.i) pelo “autor e réu do processo originário e o Ministério Público, pelo prazo de 30 (trinta) minutos; (ii.ii) pelos “demais interessados, no prazo de 30 (trinta) minutos, divididos entre todos, sendo exigida inscrição com 2 (dois) dias de antecedência” (art. 984, I, II, “a” e “b”), admitindo-se a ampliação do tempo de sustentação oral para adequar-se ao número de inscritos (arts. 984, § 1º, 937, § 1º); (iii) deliberação colegiada.

Importante dispositivo legal refere-se à extensão da motivação analítica do acórdão que fixa a tese no IRDR, que deverá abranger “a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários” (art. 984, § 2º, do CPC). Ainda que o resultado do julgamento não seja unânime, não se aplica ao IRDR a técnica de ampliação do colegiado (ou ampliação da colegialidade) prevista no art. 942 do Estatuto Processual (§ 4º, I), circunstância razoável à luz da composição numérica do próprio órgão competente. Contudo, igualmente proporcional seria a fixação *de lege ferenda* de um quórum deliberativo especial para a proclamação da tese jurídica no IRDR.

Outra observação de destaque é a legitimidade ativa recursal do *amicus curiae* para recorrer da decisão que julga o incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 138, § 3º, do CPC), excetuando-se à regra geral da ilegitimidade, que ressalva apenas a oposição de embargos de declaração (§ 1º).

A tese firmada no julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas aplica-se, em variáveis graus ou cargas de vinculação ao caso individual,⁴⁴ (i) “a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região”; (ii) “aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal”, ressalvada a possibilidade de revisão da tese jurídica (art. 985, I e II, do CPC). A inobservância da tese firmada no IRDR comporta reclamação, dirigida ao tribunal que a enunciou (§ 1º). Admite-se a reclamação, ainda, nas hipóteses de “aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam” (art. 988, IV, § 4º).

O julgamento de mérito do incidente de resolução de demandas repetitivas comporta recursos extraordinário e especial, conforme o caso, com efeito suspensivo *ope legis* (art. 987), excepcionando, portanto, a norma padrão de simples devolutividade recursal (art. 1.029, § 5º). O Código de Processo Civil estabelece, ainda, que os recursos extraordinários interpostos em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas revestem-se de “presunção de repercussão geral” (art. 987, § 1º).

Ademais, nas demandas cuja solução independa de fase instrutória, sendo possível a resolução de mérito com a aplicação da tese firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas, admite-se a improcedência liminar do pedido (art. 332, III, do CPC). No mesmo sentido, a sentença fundada em entendimento firmado em IRDR não está sujeita à remessa necessária (art. 496, § 4º, III), consoante a nova conformação do instituto delineada pelo Estatuto Processual vigente.⁴⁵ Interposto recurso em consonância ou em contrariedade com tese firmada em IRDR, admite-se, respectivamente, tanto a negativa monocrática de seguimento (art. 932, IV, “c”) quanto o provimento recursal, respeitado o contraditório (inc. V, “c”).

⁴⁴ “No que diz respeito à aplicação, haverá, certamente, graus ou cargas de vinculação ao caso individual. É de se cogitar em grau máximo, médio, mínimo ou nenhum, no qual a decisão proferida no incidente não se aplica ao caso concreto individualmente analisado. Por carga mínima, a decisão proferida no incidente atinge apenas um ponto específico do processo individual. Por grau médio, entende-se a aplicação parcial do que foi decidido no processo piloto. E o máximo ocorre quando a decisão do incidente se aplica integralmente. Essa análise, de importância fundamental, já que diz respeito à concretude do incidente de resolução de demandas repetitivas, demandará atividade de interpretação por parte do magistrado, tal como ocorre em qualquer texto jurídico ou julgado” – LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas...* p. 262.

⁴⁵ Cf. MONTEIRO NETO, João Pereira. *A nova conformação legal da remessa necessária*. In *Revista de Doutrina e Jurisprudência*. v. 108, n. 2, p. 257-72-. Brasília: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, 2017.

À luz da garantia constitucional do contraditório, o art. 985 do Código de Processo Civil não deve ser interpretado como uma aplicação “automática” da tese jurídica firmada no IRDR. A circunstância legal de a inobservância da tese admitir reclamação não significa que toda ação reclamationária (§ 1º), ainda que *formalmente admissível* no caso concreto, deva ser provida pelo tribunal competente. Em outras palavras, o “procedimento-modelo” do IRDR fixa uma diretriz obrigatória sobre a questão jurídica controvertida, mas essa obrigatoriedade não significa automatismo judicial [insensível] ante o caso concreto. É admissível, por exemplo, que não obstante a pretensão autoral (deduzida em processo suspenso) contraste com a tese fixada, tenha existido, ao tempo da propositura da demanda, suficiente lastro jurídico (*a fortiori* quando concedida tutela de urgência), autorizando a aplicação sopesada da tese de IRDR ao caso concreto, à luz dos mesmos valores que informam o próprio incidente, quais sejam, isonomia e segurança jurídica, como vetores compreendidos sob o contraditório, que se imbrica fundamentalmente com a dialética processual, como tem sido pontuado ao longo do presente estudo.⁴⁶

Um tratamento normativo da litigiosidade repetitiva que não concilie mecanismos de equalização entre as instâncias enunciatórias e as instâncias de concreção da justiça relega a importância da dialética processual, qualidade intrínseca do contraditório. O contraditório é imprescindível tanto nos mecanismos que garantem a participação-influência na formação de julgados paradigmáticos quanto na aplicação das teses com eficácia vinculativa; significa afirmar, neste último caso, a indispensabilidade de se assegurar que as perspectivas *reais e argumentativas* sobre a “justiça concreta” não sejam desconsideradas. Os padrões decisórios devem ser “levados a sério”⁴⁷ tanto quanto a concretude e a inafastabilidade da justiça.

Nesse contexto, é evidente a importância da motivação decisória, que deve esclarecer criteriosamente os limites da tutela jurisdicional prestada em eventual contraste com a tese fixada no IRDR, à luz das peculiaridades materiais em questão. Conforme

⁴⁶ Conforme apontado em capítulo anterior, a própria redescoberta do contraditório no século XX para a conformação democrática do processo, marcado pelo antagonismo de interesses (concorrência de parcialidades), eleva-o a autêntica garantia de jurisdição fundada na isonomia, aclarando a distinção entre “procedimento” e “processo” e revelando a imbricação do contraditório com o método dialético.

⁴⁷ Empregando-se a expressão (“taking rights seriously”) consagrada por Dworkin (cf. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002); adotando-a na doutrina processual brasileira contemporânea: “os padrões decisórios vinculantes exigem, para sua legitimidade democrática, a observância de alguns pressupostos que os distinguem de outros pronunciamentos emanados do Judiciário, tanto no que diz respeito à sua formação como no que concerne à sua aplicação” – CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério...* p. 1.

apontado ao longo do estudo, trata-se de enaltecer a própria “dialética do precedente”, como qualidade intrínseca do contraditório, que equaliza a vedação da *recusa injustificada de observância* do padrão decisório com a *eficácia vinculativa* visada pelo sistema; em outras palavras, pode apresentar-se *constitucionalmente* relevante (inafastabilidade da tutela jurisdicional) que, no caso concreto, não se produzam todos os efeitos decorrentes da tese firmada no IRDR, desde que exista o adequado e motivado sopesamento dos bens jurídicos envolvidos.

45 Incidente de assunção de competência (IAC)

O denominado incidente de assunção de competência (IAC) constitui, a exemplo do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), outro instituto original do Código de Processo Civil de 2015 (art. 947), embora seu escopo profilático já constasse de técnica processual predecessora, qual seja, a assunção de competência prevista na Lei n. 10.352/2001 (alterou a redação do art. 555, § 1º, do CPC/1973),⁴⁸ proposta como expediente de aprimoramento do – até então – pouco usual incidente de uniformização da jurisprudência (IUJ).⁴⁹

⁴⁸ “Art. 555. No julgamento de apelação ou de agravo, a decisão será tomada, na câmara ou turma, pelo voto de 3 (três) juízes. § 1º Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso”.

⁴⁹ Anteriormente regulado pelos arts. 476 a 479 do Código de Processo Civil de 1973, o incidente de uniformização da jurisprudência era processado nos seguintes termos: “Art. 476. Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando: I – verificar que, a seu respeito, ocorre divergência; II – no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas. Parágrafo único. A parte poderá, ao arazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentadamente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo. [...] Art. 478. O tribunal, reconhecendo a divergência, dará a interpretação a ser observada, cabendo a cada juiz emitir o seu voto em exposição fundamentada. Parágrafo único. Em qualquer caso, será ouvido o chefe do Ministério Público que funciona perante o tribunal. Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência. Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante”. Na verdade, o próprio incidente de uniformização de jurisprudência também não constituía instituto completamente original, no Estatuto Processual anterior, pois incorporava ideia já presente no “prejulgado”, disciplinado pelo Código de Processo Civil de 1939, como técnica vinculada ao então “recurso de revista” (substituído posteriormente pelos “embargos de divergência”): “Art. 861. A requerimento de qualquer de seus juízes, a Câmara, ou turma julgadora, poderá promover o pronunciamento prévio das Câmaras reunidas sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecer que sobre ela ocorre, ou poderá ocorrer, divergência de interpretação entre Câmaras ou turmas”. A técnica do CPC/1939

Nos termos da respectiva Exposição de Motivos, o objetivo geral da Lei n. 10.352/2001 foi propor soluções para a “simplificação” do Código de Processo Civil, aprimorando, quanto à “assunção de competência”, o incidente de uniformização da jurisprudência, que teve “limitadíssimo emprego em nossa prática forense”; buscou-se declaradamente incorporar *de lege lata* técnicas de “deslocamento” da competência previstas em normas regimentais do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, justificadas pelo “superior interesse dos jurisdicionados na estabilidade jurídica que uma jurisprudência uniformizada propicia”.⁵⁰

A inserção do incidente de assunção de competência no rol das técnicas processuais dirigidas a soluções uniformizadoras, a teor dos arts. 927, III, e 947, § 3º, do Código de Processo Civil vigente, esclarece a incorporação síncrona dos escopos e dos valores visados pelos expedientes processuais anteriores, porém, agora, no contexto da nova sistemática de formação de padrões decisórios de observância obrigatória (“precedentes”). Com previsão normativa conjunta no art. 927 do CPC, a par do IRDR (inc. III), a compatibilidade constitucional da sistemática do IAC depende, fundamentalmente, da estrita observância de um contraditório adequado ao âmbito da litigiosidade repetitiva.

constituía, assim, incidente profilático da revista recursal, procurando prevenir divergência interna que pudesse ensejar hipótese de novo recurso iterativo no tribunal.

⁵⁰ “Trata-se de proposta elaborada pela Comissão constituída em 1991 para estudar o problema da morosidade processual e propor soluções objetivando a simplificação do Código de Processo Civil, coordenada pelos Drs. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Ministro do Superior Tribunal de Justiça e Diretor da Escola Nacional da Magistratura, e Athos Gusmão Carneiro, Ministro Aposentado do Superior Tribunal de Justiça e representante do Instituto Brasileiro de Direito Processual [IBDP], presidido pela Prof.^a Ada Pellegrini Grinover”. Nos termos da justificativa legislativa, o “§ 1º [do art. 555 do CPC/1973] é proposto a fim de permitir, em tais recursos [apelação e agravo de instrumento], o uso da técnica consagrada no RISTJ, art. 14, inciso II, e art. 12, parágrafo único, inciso II – remessa do recurso a um colegiado maior, buscando compor ou prevenir divergência entre Turma ou Câmaras em relevante questão de direito. Tal colegiado julgará plenamente o recurso, e a decisão, em consequência, irá impor-se como precedente jurisprudencial a ser tomado em conta pelo tribunal nos subsequentes julgamentos sobre a mesma matéria. Esta sistemática supera, com grande vantagem técnica e operacional, a do instituto da uniformização de jurisprudência, de limitadíssimo emprego em nossa prática forense. Diga-se que igualmente o RISTF prevê, nesses casos, possa a Turma transferir ao Plenário a competência para o julgamento do feito – art. 22, parágrafo único, alíneas ‘a’ e ‘b’. Nada mais adequado, destarte, que permitir que também no âmbito dos tribunais de segundo grau o uso desta faculdade, com manifesto proveito ao superior interesse dos jurisdicionados na estabilidade jurídica que uma jurisprudência uniformizada propicia” – CÂMARA DOS DEPUTADOS (BRASIL). Exposição de motivos n. 274. Mensagem n. 1.110. Projeto de Lei (PL) n. 3.474. Brasília: Diário da Câmara dos Deputados, 23 de agosto de 2000. Disponível em: <<https://imagem.camara.gov.br>>.

45.1 Questões conceituais

O incidente de assunção de competência integra o microsistema normativo orientado à uniformização jurisprudencial, com os escopos de integridade e coerência do entendimento dos tribunais, mediante a enunciação de padrões decisórios vinculantes (arts. 926 a 928 do CPC). Admite-se a “assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos” (art. 947). Diversamente do IRDR, que pressupõe “questão unicamente de direito” (art. 976, I), a controvérsia objeto da assunção de competência pode envolver questões fático-jurídicas, conforme se infere de interpretação conjunta dos arts. 947 e 928, parágrafo único,⁵¹ do Código de Processo Civil.

Essa sistemática decorre da circunstância de o IAC, em contraste com o incidente de resolução de demandas repetitivas, ter origem em técnica iterativa de uniformização da jurisprudência, dissociando-se da dimensão homogênea que informa os expedientes de objetivação processual concebidos para o tratamento da litigiosidade repetitiva. Não é despropositado, assim, que o Código de Processo Civil exclua as decisões fixadas em IAC da adjetivação (“casos repetitivos”) imputada ao julgamento do IRDR e dos recursos especiais ou extraordinários representativos de controvérsias (art. 928).

Não significa afirmar, contudo, que, uma vez instaurado o incidente de assunção de competência, a posterior pulverização da controvérsia jurídica em demandas repetitivas esvazie o objeto do IAC, mas, sendo possível,⁵² exige-se a conversão do incidente em IRDR,⁵³ com todas as especificidades procedimentais e de garantia do contraditório inerentes.

Por outro lado, não deve ser confundida a inadmissão do IAC a hipóteses de multiplicidade de demandas isomórficas, que admitem o IRDR, com a possibilidade de

⁵¹ “Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em: I – incidente de resolução de demandas repetitivas; II – recursos especial e extraordinário repetitivos. Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual”.

⁵² Desse modo, necessário que a controvérsia não perpassa a solução de questões fáticas, pois o IRDR visa à enunciação de entendimento com eficácia vinculante para os “processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito [material ou processual]” (art. 976, I, do CPC).

⁵³ “Após a instauração da assunção de competência, se houver a multiplicação de demandas sobre a questão nele contida, nada impede que seja ela processada como incidente de resolução de demandas repetitivas” – LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas...* p. 263.

instauração do incidente de assunção de competência para tratar de *questão jurídica repetitiva* (de direito material ou processual), ou seja, que envolva [repetidamente] uma variedade de demandas heteromórficas. Muitas vezes, aliás, exatamente essa circunstância informará a amplitude da repercussão social justificadora do incidente.⁵⁴

Os pressupostos legais da *magnitude* (“grande repercussão social”) e da *relevância* (“relevante questão de direito”) esclarecem que o incidente de assunção de competência constitui técnica excepcional, sem aptidão para o tratamento em escala de todas as questões de repercussão social aduzidas perante os tribunais, o que, do contrário, representaria evidente risco à dialética processual, em razão do aspecto legal profilático do instituto.

A propósito, um desequilíbrio potencial das expectativas, a par de recomendar eventuais expedientes processuais profiláticos, não pode justificar um refreamento dos canais comunicativos necessários ao sistema do direito. A complexidade social representa a própria exigência de abertura comunicativa do canal jurídico; o processo constitui meio próprio para *significar* o exercício da atividade jurisdicional, por intermédio da comunicação (em contraditório).⁵⁵

Exatamente para resguardar o contraditório adequado, havendo *multiplicidade de processos* que envolvam a questão controvertida, inadmite-se o incidente de assunção de competência; e, por outro lado, toda generalização no emprego do IAC pelos tribunais atentaria contra o contraditório, em sua intrínseca dimensão dialética, compreendida como qualidade essencial que designa o processo como instância comunicativa estimulada pelo *diálogo conforme o direito*.

⁵⁴ “Quando a matéria for objeto de processos repetitivos, o tribunal deverá instaurar o *incidente de resolução de demandas repetitivas*. Há, porém, questões repetitivas que surgem em processos não repetitivos. Explique-se melhor: há casos de processos instaurados por demandas heteromórficas (ou seja, demandas que não são seriais, isomórficas), nos quais pode surgir discussão sobre uma mesma questão de direito. Pense-se, por exemplo, nos incontáveis processos, instaurados por demandas completamente diferentes umas das outras, em que pode surgir controvérsia acerca de alguma questão atinente ao procedimento de desconsideração da personalidade jurídica. Outro exemplo de que se pode cogitar é o dos processos de família (que definitivamente não se enquadram no conceito de “demandas repetitivas”), nos quais podem surgir, por exemplo, reiteradas discussões a respeito dos requisitos para a fixação de guarda compartilhada ou para a exoneração de alimentos. Ou, ainda, nos incontáveis processos, absolutamente diferentes uns dos outros, em que pode surgir controvérsia sobre uma mesma questão de direito processual, como o modo como deve ser computado determinado prazo. Pois em casos assim, nos quais não seria cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas (afinal, perdoe-se o truísmo, só se pode instaurar o incidente de resolução de demandas repetitivas quando for o caso de *resolver demandas repetitivas*), será adequada a utilização do incidente de assunção de competência” – CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério...* p. 252.

⁵⁵ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. 4. ed. São Paulo: NOESES, 2010, p. 208.

Essa circunstância provavelmente implicará, em termos práticos, a instauração do IAC para hipóteses em que, além dos requisitos legais, visem à prevenção ou à solução de divergência interna no âmbito dos tribunais – situação acompanhada de amadurecimento do debate jurídico subjacente –, retomando a própria finalidade originária do incidente,⁵⁶ inspirado em normas regimentais do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal (Lei n. 10.352/2001), conforme observado em tópico anterior.

Confirmada a previsão, a hipótese supletiva prevista no art. 947, § 4º, do CPC (aplicação do IAC quando “ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal”) encampará, na verdade, o maior âmbito de enunciação de teses vinculativas, o que constitui circunstância preferencial à luz do contraditório adequado.

45.2 Perfil profilático

A principal característica do incidente de assunção de competência corresponde a seu perfil profilático, instaurado preventivamente “sem que a questão de direito com grande repercussão social tenha ensejado a repetição de múltiplos processos”, evitando-se a “dispersão jurisprudencial antes mesmo da proliferação de diversos processos com distintas decisões para casos semelhantes”.⁵⁷

À luz da “relação prospectiva entre demandas e conflitos não jurisdicionalizados”, o IAC permite que o Poder Judiciário assumira o papel de “limitador de expectativas”,

⁵⁶ Ilustrativamente, cite-se o IAC instaurado em recurso ordinário dirigido ao Superior Tribunal de Justiça para definir a adequação do mandado de segurança como via impugnativa de decisões judiciais que extingam a execução fiscal, à luz da limitação recursal prevista no art. 34 da Lei n. 6.830/1980. Conforme destacou o relator, a divergência de entendimentos turmários na Primeira Seção do STJ justificou a instauração do incidente de assunção de competência: “verifica-se não ter sido solucionada em definitivo, no âmbito da Primeira Seção, a possível divergência de entendimentos entre as duas Turmas que a compõem. No que aqui interessa, o cabimento do incidente de assunção de competência foi assim disciplinado pelo art. 947 do CPC/2015: [...]. Na espécie, verifica-se estarem atendidos os requisitos de admissibilidade do incidente ora proposto, pois a matéria discutida envolve relevante questão de direito (interpretação do art. 34 da Lei 6.830/80), com grande repercussão social, assim como existe contemporânea divergência sobre o tema no âmbito da Primeira Seção, razão pela qual suscito, de ofício, a admissão do incidente de assunção de competência no presente recurso ordinário, nos termos dos arts. 947, § 4º, do CPC/2015 e 271-B do RISTJ” – STJ, Primeira Seção, IAC no RMS n. 54.712/SP, Rel. Min. Sérgio Kukina, j. 11.10.2017, DJe 20.10.2017. Tese final firmada: “não é cabível mandado de segurança contra decisão proferida em execução fiscal no contexto do art. 34 da Lei 6.830/80” – Ibidem, j. 10.4.2019, DJe 20.5.2019.

⁵⁷ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas...* p. 262-3.

orientando a conduta dos agentes sociais antes que se alastre o conflito com potencial multiplicador.⁵⁸

Por esse motivo, conforme mencionado, o incidente de assunção de competência deve constituir via excepcional, instaurada em situações motivadamente particulares e sob o atendimento dos pressupostos legais da *magnitude* (“grande repercussão social”) e da *relevância* (“relevante questão de direito”).

46 Procedimento

A instauração do incidente de assunção de competência depende do atendimento aos pressupostos legais (art. 947 do CPC). Conforme mencionado, exige-se a identificação das circunstâncias legais que autorizam a deflagração do incidente de assunção de competência. A admissão do IAC para o julgamento de questões jurídicas quando não haja “repetição em múltiplos processos” constitui pressuposto legal inerente à dialética do contraditório; sendo medida excepcional e de caráter profilático, o incidente não tem aptidão para o tratamento em escala de todas as questões de repercussão social aduzidas perante os tribunais.

O incidente de assunção de competência pode ser instaurado *ex officio* mediante proposta do relator do processo no tribunal (recurso, remessa necessária ou processo de competência originária), a requerimento das partes, do Ministério Público ou da Defensoria Pública (art. 947, § 1º, do CPC), quando configurada a respectiva pertinência institucional (arts. 129 e 134 da Constituição Federal). O próprio colegiado indicado pelo regimento interno do tribunal para o julgamento do IAC é, logicamente, também competente para a admissão do incidente, estendendo-se a respectiva competência para o julgamento do feito que ensejou a instauração do incidente, caso identificado “interesse público na assunção de competência” (§ 2º).

O procedimento deliberativo para a admissão do IAC e para o respectivo julgamento podem ser distintos, adotando-se, por exemplo, deliberação assíncrona eletrônica para a proposta de assunção de competência e sessão síncrona presencial ou

⁵⁸ *Ibidem*, p. 263.

eletrônica para o julgamento do incidente.⁵⁹ Ademais, a proposta de assunção de competência, encaminhada pelo relator para a apreciação do respectivo órgão, tem caráter *ad referendum*, ou seja, pressupõe que o relator considere inicialmente cabível a instauração do incidente, mas não vincula o subsequente entendimento colegiado; logo, inexistente interesse recursal para impugnar a admissão monocrática. Já o indeferimento monocrático do pedido de instauração de IAC comporta agravo interno (art. 1.021 do CPC).

A deliberação colegiada que admita o incidente deve ser objeto de ampla publicidade e de posterior acompanhamento supervisionado. Nesse sentido, a exemplo da afetação dos Recursos Representativos de Controvérsias (RRCs), as informações relativas aos incidentes de assunção de competência (IACs) *v.g.* no Superior Tribunal de Justiça são geridas por uma comissão permanente (“Comissão Gestora de Precedentes”: art. 40, § 1º, V, do RISTJ), responsável por “supervisionar os trabalhos do Núcleo de Gerenciamento de Precedentes – Nugep [Nugep/STJ], em especial os relacionados à gestão dos casos repetitivos e dos incidentes de assunção de competência”; essas atividades de supervisão, acompanhamento e publicidade de dados devem reproduzir-se nos Núcleos (Nugep) instalados nas diversas unidades judiciárias.⁶⁰

O acórdão que acolhe a proposta de assunção de competência, instaurando o incidente, deve identificar com precisão a questão que será objeto de julgamento em sede de IAC. É imprescindível, portanto, que os fundamentos apresentados pelo relator e referendados pelo colegiado na instauração do incidente possibilitem a exata compreensão da controvérsia e as variáveis de solução possíveis, para que sejam congruentes o tema do IAC e a tese posteriormente firmada. A presença, no resultado final, de elementos exorbitantes aos parâmetros inicialmente fixados na admissão do incidente viola o contraditório, em situação análoga à [vedada] “decisão surpresa” (arts. 9º e 10 do CPC).

⁵⁹ Nesse sentido, o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça equipara os procedimentos eletrônicos assíncronos cabíveis tanto para a proposta de afetação de processo à sistemática dos recursos repetitivos quanto para a admissão de incidente de assunção de competência (arts. 257 e 257-A a 257-E), desde a Emenda Regimental n. 24/2016. Sobre o respectivo procedimento, *v.* Capítulo VIII.

⁶⁰ Dentre as atribuições de cada Nugep, compete à unidade judiciária uniformizar “o gerenciamento dos procedimentos administrativos da aplicação da repercussão geral, de julgamentos de casos repetitivos e de incidente de assunção de competência” e “manter, disponibilizar e alimentar o banco [nacional] de dados [do CNJ], com informações atualizadas sobre os processos sobrestados no estado ou na região, conforme o caso” (art. 7º, II, VII, da Resolução CNJ n. 235/2016).

O fato de o incidente de assunção de competência instaurar-se a propósito de algum processo (caso concreto), do qual inclusive se origina a aferição dos pressupostos legais para o cabimento (magnitude social e relevância jurídica), não descaracteriza a cisão cognitiva e decisória que qualifica o incidente. Nesse sentido, aliás, caso o colegiado competente para o IAC considere que inexistente “interesse público” a recomendar a subsistência da assunção de competência para o caso concreto, pode-se encaminhar o feito para a apreciação no órgão fracionário que seria originariamente competente (art. 947, § 2º, do CPC), conforme as normas regimentais de cada tribunal. Logo, o julgamento do “incidente”, mediante a fixação da respectiva tese jurídica, *antecederá a apreciação*, pelo mesmo órgão colegiado ou não, do recurso, da remessa necessária ou do processo de competência originária subjacentes, caso subsistam os interesses subjetivos concretos. Assim, o “exame de mérito do incidente” (tese firmada em IAC) distingue-se do “exame de mérito da demanda” (resolução do caso concreto).

Aplica-se subsidiariamente ao rito do IAC, por analogia, as disposições dos arts. 983 e 984 do Código de Processo Civil, relativas ao processamento do incidente de resolução de demandas repetitivas. O relator do incidente deve admitir a oitiva das partes e dos demais interessados, “inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida”, manifestando-se, em seguida e no mesmo prazo, o Ministério Público (art. 983 do CPC). Admitem-se, a propósito, audiências públicas para a oitiva de “pessoas com experiência e conhecimento na matéria” (§ 1º), dentre outras diligências de elucidação reputadas pertinentes pelo relator, que, quando concluídas, permitirão o julgamento do incidente (§ 2º).

A propósito, parece evidente que, à luz do contraditório, o aspecto profilático do IAC não justificaria *per se* uma menor participação plurissubjetiva nos incidentes de assunção de competência, embora tal circunstância constitua hipótese apriorística razoável. Esse é um dos aspectos, inclusive, que informa a inadmissão do emprego generalizado do IAC; a multiplicidade de casos, não suscetível de incidente de assunção, melhor qualifica democraticamente a enunciação de padrões decisórios vinculativos.

O fato de a desistência ou o abandono do processo pelas partes interessadas não justificarem, a princípio, o exame de mérito do IAC, que passa a ser impulsionado sob a

titularidade do Ministério Público (aplicação subsidiária do art. 976, §§ 1º e 2º, do CPC),⁶¹ não significa uma desqualificação da exigência de debate processual ampliado, adequado à relevância do resultado vinculativo firmado no incidente.

A exemplo da admissão de interessados no incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e nos processos sob a sistemática dos recursos repetitivos (RRC), a participação plurissubjetiva nos incidentes de assunção de competência constitui um dos principais aspectos de legitimação do procedimento à luz do contraditório. No IAC, admitem-se não apenas *amici curiae*, mas inclusive “pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia”, pois é à luz dos interesses envolvidos que a dialética processual pode ser efetivamente fomentada.

Aliás, a inexistência superveniente, após a admissão colegiada, de um *coeficiente de atuação* adequado de pessoas, sob interesses tanto próprios quanto institucionais (como o que legitima a intervenção do *amicus curiae*),⁶² deveria culminar, inclusive, na desafetação [colegiada] do incidente. Seria inadmissível, *a fortiori* pelo perfil profilático do instituto, que teses vinculativas fixadas em IAC não estivessem precedidas de um debate qualificado. Em outras palavras, tanto a eficácia vinculativa do entendimento firmado (tese jurídica) quanto a própria subsistência da via incidental justificam-se apenas na presença de um contraditório efetivo, o que não se verificaria na hipótese de déficits de coeficiente de atuação plurissubjetiva.

47 Julgamento e aplicação da tese

O julgamento do incidente de assunção de competência deve ser precedido por um debate processual qualificado, adequado à relevância do resultado vinculativo firmado (art. 927, III, do CPC).⁶³ Conforme apontado, eventuais déficits de *coeficiente de atuação*

⁶¹ Reproduzindo os dispositivos legais também para hipótese normativa específica de incidente de assunção de competência, o art. 271-B, §§ 2º e 3º, do RISTJ estabelece que “a desistência ou o abandono do processo [IAC] não impedem o exame de mérito”; “se não for o requerente [do IAC], o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no processo e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono”.

⁶² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Amicus curiae – afinal quem é ele?* In *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*. n. 34, p. 241-5. Curitiba: IAP, 2006, p. 242-3.

⁶³ “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: [...] III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos”.

plurissubjetiva, que inviabilizem o fomento da dialeticidade prévia à deliberação do tribunal, devem culminar na desafetação do incidente.

O julgamento do incidente de assunção de competência deve observar, por analogia, o disposto no art. 984 do Código de Processo Civil. A sessão de julgamento baliza-se, assim, pela mesma cronologia estabelecida para o incidente de resolução de demandas repetitivas: (i) exposição do objeto do incidente pelo relator; (ii) sustentação oral, sucessivamente, (ii.i) pelo “autor e réu do processo originário e o Ministério Público, pelo prazo de 30 (trinta) minutos; (ii.ii) pelos “demais interessados, no prazo de 30 (trinta) minutos, divididos entre todos, sendo exigida inscrição com 2 (dois) dias de antecedência” (art. 984, I, II, “a” e “b”), admitindo-se a ampliação do tempo de sustentação oral para adequar-se ao número de inscritos (arts. 984, § 1º, 937, § 1º); (iii) deliberação colegiada.

Nesse contexto, é de fundamental relevância a norma relativa à extensão da motivação analítica do acórdão que fixa o entendimento firmado no incidente, que deverá abranger “a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários” (art. 984, § 2º, do CPC). Ainda que o resultado do julgamento não seja unânime, não se aplica ao IAC a técnica de ampliação do colegiado (ou ampliação da colegialidade) prevista no art. 942 do Estatuto Processual (§ 4º, I). Contudo, a exemplo da proposta anterior quanto à sistemática do IRDR, seria razoável a fixação *de lege ferenda* de um quórum deliberativo especial para a proclamação da tese jurídica no IAC.⁶⁴ A ausência de vinculatividade, por falta de quórum, não afastaria o caráter persuasivo do entendimento.

Deliberações por maioria, especialmente quando os entendimentos vencidos têm fundamentação relevante, não deveriam justificar incondicionalmente a proclamação de tese jurídica vinculativa. Esse aspecto constitui, inclusive, o principal fundamento para o constituinte derivado (EC n. 45/2004) prever o quórum qualificado (dois terços) para a edição das denominadas “súmulas vinculantes” pelo Supremo Tribunal Federal (art. 103-A da Constituição Federal).

A tese firmada no julgamento do incidente de assunção de competência aplica-se, em variáveis graus de vinculatividade ao caso individual, (i) “a todos os processos

⁶⁴ A propósito, normas regimentais têm estabelecido quórum mínimo de reunião (para a instalação da sessão), mas não quórum deliberativo (de votação), para o julgamento do incidente de assunção de competência. Cite-se, por exemplo, o IAC instaurado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça: “no julgamento do incidente de assunção de competência, a Corte Especial e as Seções se reunirão com o *quorum* mínimo de dois terços de seus membros” (art. 271-E do RISTJ, incluído pela ER n. 24/2016).

individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região”; (ii) “aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal”, ressalvada a possibilidade de revisão da tese jurídica (art. 985, I e II, do CPC). A inobservância da tese firmada no IAC comporta reclamação, dirigida ao tribunal que a enunciou (§ 1º). Admite-se a reclamação, ainda, nas hipóteses de “aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam” (art. 988, IV, § 4º).

O julgamento de mérito do incidente de assunção de competência comporta, evidentemente, recursos extraordinário e especial, conforme o caso. Não incide, contudo, a hipótese de efeito suspensivo *ope legis* prevista para o IRDR (art. 987 do CPC) nem se estipula a “presunção de repercussão geral” (§ 1º) do recurso extraordinário. A aplicação da tese firmada no IAC aos casos individuais independe do resultado da apreciação recursal pelas cortes superiores, salvo decisão expressa em sentido contrário, a exemplo da ausência de suspensão ou sobrestamento inicial *ope legis* (art. 982, I) decorrente da inaplicabilidade do pressuposto objetivo da multiplicidade de processos (art. 947, *caput*).

Quanto a outros aspectos legais de abreviação procedimental, as disposições do IAC e do IRDR são consonantes. Nas demandas cuja solução independa de fase instrutória, sendo possível a resolução de mérito com a aplicação da tese firmada em incidente de assunção de competência, admite-se a improcedência liminar do pedido (art. 332, III, do CPC). No mesmo sentido, a sentença fundada em entendimento firmado em IAC não está sujeita à remessa necessária (art. 496, § 4º, III). Interposto recurso em consonância ou em contrariedade com tese firmada em IAC, admite-se, respectivamente tanto a negativa monocrática de seguimento (art. 932, IV, “c”) quanto o provimento recursal, respeitado o contraditório (inc. V, “c”).

O art. 985 do Código de Processo Civil, aplicável analogicamente ao IAC, não deve ser interpretado como uma aplicação “automática” da tese jurídica vinculativa. De igual modo, é evidente a necessidade de observância do contraditório na aplicação da tese ao

caso concreto, a propósito do que dispõem os arts. 10 e 489, § 1º, do Código de Processo Civil.⁶⁵

Em outras palavras, o “procedimento-modelo” do IAC, *pari passu* com a disciplina do próprio IRDR, visa a fixar diretriz decisória cuja observância, a despeito de “obrigatória”, deve ser *motivadamente* ponderada à luz do contraditório. Dizer além disso, neste momento final do trabalho, seria redundar na constatação já identificada ao longo do estudo. Todo tratamento normativo da litigiosidade repetitiva que não concilie [conciliasse] mecanismos de equalização entre as instâncias enunciadoras e as instâncias de concreção da justiça relega a importância da dialética processual, qualidade intrínseca do contraditório, e é [seria], por isso, incompatível com o processo civil constitucional democrático.

⁶⁵ Nesse sentido, o art. 927, § 1º, do CPC, estabelece que “os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo [observância do padrão decisório vinculativo]”.

X CONCLUSÃO

48 Considerações finais

A denominada cooperação processual integra o arcabouço ideológico subjacente às últimas reformas empreendidas no direito brasileiro. Como qualquer subsistema social, também o direito [processual] atualiza-se periodicamente à luz da enunciação de novos lemas ou ideologias.

O contraditório, garantia processual constitucional, manifesta-se como qualidade intrínseca dos procedimentos decisórios democráticos. A cooperação processual constitui um dos *slogans* adotados para destacar a revalorização contemporânea do contraditório. Não se trata, porém, de um novo “modelo”. A perspectiva de que o resultado da atividade jurisdicional deva resultar da participação (ou “cooperação”) dos sujeitos (parciais e imparciais) é inerente ao fenômeno dialético que se manifesta no processo por intermédio do contraditório. Os níveis de cooperação entre os participantes determinarão a própria qualidade comunicativa do procedimento.

O estudo não se limitou, a propósito, ao exame do déficit de contraditório nos institutos processuais tendentes à enunciação de decisões essencialmente prospectivas, adentrando, também, o problema da participação deficitária no processo civil contemporâneo. A participação “no” e “pelo” processo tanto reporta um dos aspectos democráticos da garantia constitucional do devido processo legal quanto atua como pressuposto lógico-jurídico do contraditório.

Um dos modos de compreensão crítica do tratamento da litigiosidade repetitiva no direito processual brasileiro, mediante “precedentes judiciais” ou “padrões decisórios vinculativos”, remete ao enfoque da dialética processual. Ao longo do estudo, demonstrou-se sistematicamente que a necessária “razão comunicativa”, sob o marco da garantia constitucional do contraditório, tem cedido à “hipercomunicação” efficientista, aparelhada [paradoxalmente] por um crescente formalismo processual. Um exemplo dessa constatação é o próprio modo de incremento das normas regimentais identificadas nas cortes superiores, passíveis de colmatar um “processualismo” indesejado. A tendência a um “processualismo tecnológico” (o *velho* formalismo processual catalisado pelas *novas*

tecnologias) pode implicar um significativo retrocesso ao ideal de universalização do acesso à justiça. Os recursos tecnológicos, apesar de inegavelmente aplicáveis ao processo, devem conformar-se estritamente com o contraditório, realçando a razão comunicativa informada pela intrínseca qualidade dialética dessa garantia processual constitucional.

Antes de pontuar as sínteses conclusivas emergentes ao longo do estudo, cumpre esclarecer, por rigor metodológico, qual é a tese efetivamente enunciada como resultado da pesquisa, ou seja, a composição final decorrente do confronto entre uma posição inicial adotada (*thesis*) e um estado de oposição ou de desconformidade subsequente (*antithesis*), culminando, enfim, em uma nova articulação do pensamento crítico (*synthesis*).

Admitem-se os instrumentos e as técnicas processuais de tratamento da litigiosidade repetitiva em consonância com o contraditório, sob o pressuposto da constitucionalidade dos institutos analisados; essa é a posição inicial do estudo (*thesis*). Em outras palavras, *há contraditório* nos instrumentos processuais de tratamento da litigiosidade repetitiva e o sistema de “precedentes judiciais” não viola a referida garantia processual constitucional.

Não obstante, inúmeros aspectos, levantados ao longo do estudo, indicam déficits significativos de contraditório nos instrumentos processuais de tratamento da litigiosidade repetitiva, tanto na estruturação normativa (legal e infralegal) quanto na interpretação dos respectivos institutos; esse é o estado de oposição ou de desconformidade subsequente (*antithesis*). Identifica-se, assim, a *insuficiência da concepção tradicional* do contraditório na conformação dos novos expedientes processuais relativos ao tratamento em escala dos conflitos.

A compreensão do contraditório para o tratamento da litigiosidade repetitiva pressupõe, portanto, o equacionamento da atividade dialética por intermédio de técnicas processuais adequadas, sendo esse o ambiente de participação ou cooperação “possível” para a legitimação constitucional do processo civil; eis a composição final da tese apresentada (*synthesis*). Significa afirmar que apenas uma *perspectiva efetivamente dialética do contraditório*, independentemente de eventuais correntes ideológicas, é capaz de engendrar expedientes democráticos e adequados para o tratamento da litigiosidade repetitiva.

Enunciam-se, correlativamente, as seguintes sínteses conclusivas:¹

II. A construção do conhecimento pela dialética remonta às próprias bases filosóficas da humanidade. Com matizes distintos, tanto o Ocidente quanto o Oriente estabeleceram linhas mestras do pensamento humano sob a premissa da dialeticidade, que pode ser lida, em sentido geral, como a *indissociabilidade da contradição na conformação do pensamento*. A universalidade do fenômeno dialético repercute também no direito processual, por intermédio da garantia do contraditório.

A dialética, segundo suas próprias etimologia e trajetória histórica, aplicada ao direito processual remete à *qualidade do esclarecimento*, obtido pelo *diálogo controlado* segundo o procedimento em contraditório. Assim como a evolução histórica do direito processual aponta a um movimento helicoidal ascendente, de alternância entre maior e menor formalismos em diferentes patamares progressivos, também a dialética, em movimentos alternantes, obedece a fluxos e contrafluxos na história.

A denominada *dialética erística*, na concepção schopenhaueriana, ilustra em termos teóricos e práticos a inviabilidade de uma idealização “cooperativa” ou “participativa” na atuação dos interlocutores antagonistas na seara processual. Segundo o autor, a dialética – distanciando-se da lógica – é fundamentalmente persuasiva e argumentativa, devendo considerar circunstâncias alheias à problemática enfrentada no discurso (dialético), como os aspectos psicológicos que informam toda espécie de debate humano; compara-a, pois, à “arte de ter razão”, ante a inexistência de condições ideais para o estabelecimento de um esquema dialético de tipo aristotélico, em que a própria neutralidade prévia dos interlocutores deva ser exigida (fidelidade em prol da “verdade objetiva”).

O direito constitui ciência social aplicada, que, como tal, está sempre em contínua transformação. Na sociedade de consumo, a noção de direito tem sido sistematicamente dominada por ideais de certeza e de garantia, sendo a ciência processual civil instada ostensivamente a zelar pela centralidade da *segurança jurídica* e da garantia do *devido processo legal*. A denominada “vocação do nosso tempo para a jurisdição” (PICARDI) constitui uma das características mais representativas do direito contemporâneo, marcado pela revalorização da jurisprudência, em resposta aos valores e desafios apresentados pelo *ímpeto de reprodução* da sociedade de massa na pós-modernidade.

¹ Os algarismos romanos remetem aos capítulos respectivamente correspondentes às conclusões apresentadas.

O processo civil contemporâneo deve conceber instrumentos adequados e seguros para a *efetiva realização do direito* material. *Processo justo* é aquele que, em prol da solução dos conflitos e em conformidade com determinados “modos de ser” constitucionalmente prestigiados, realiza os valores celebrados pela sociedade em dada realidade histórica, sob as premissas indeclináveis da dignidade humana e dos direitos de liberdade. Nesse contexto, a par da intrínseca qualidade dialética do contraditório, viabiliza-se também uma compreensão dialética da própria processualidade contemporânea.

III. Segundo a teoria luhmanniana, os sistemas constituem reduções seletivas de possibilidades observadas do entorno (mundo circundante), cujas contingencialidades permitem uma interação (sistema/entorno) conforme a estrutura dos sistemas sociais e sua capacidade de identidade e diferenciação; ou seja, a estrutura do sistema é fundamental para a seletividade diante da complexidade ambiental. O papel do direito, enquanto subsistema do sistema da sociedade, é de *estabilidade sistêmica* e *garantia* diante das contingências do entorno, incluída a asseguuração da continuidade e da durabilidade de expectativas sociais variadas.

Para o autor, os conflitos pressupõem expectativas em estado de desequilíbrio (v.g., a ameaça, a insatisfação). A asseguuração das expectativas relaciona-se com a identidade dos sistemas – diferenciando-os –, equalizada temporalmente pelas estruturas jurídico-normativas. O núcleo do papel decisório das instituições jurídicas não está centrado estrita e exclusivamente em escolhas preferenciais, mas na *dotação de sentido* a expectativas – tanto *cognitivas* quanto *normativas* – concorrentes, pois elas próprias criam a alternância entre “conformidade” ou “divergência” (autorreferência do agir) que reclama, enfim, a atividade decisória.

Uma das principais dificuldades decisórias, no sistema do direito, situa-se não apenas no pressuposto desequilíbrio de expectativas, mas na própria instabilidade das comunicações – circunstância que, a par de não solucionar, pode potencializar tensões –, sendo as instituições jurídicas instadas a atuar perante frustrações pessoais e sociais, individuais e coletivas, mediante *canais inaptos à internalização adequada* de determinadas dinâmicas; trata-se de um problema que vai além da dificuldade de “tradução” entre sistemas, dada a necessidade de “reconstrução” dos conflitos [da sociedade] em “conflitos jurídicos”.

Segundo a teoria sistêmica luhmanniana, é possível afirmar que o processo constitui meio capaz de *significar* o exercício da atividade jurisdicional, por intermédio da linguagem. A complexidade do ambiente social representa a própria exigência de abertura comunicativa do canal jurídico. O escopo específico do *procedimento legitimante* é “preparar” uma decisão apta a estabilizar as expectativas individuais e coletivas envolvidas, não no sentido de *concordância*, mas de *adesão* ao resultado obtido. O descontentamento com a decisão – dado sociológico praticamente inevitável – decorre do “resultado”, não do “procedimento” de tomada da decisão, levando os entes a teoricamente *aceitarem* as soluções engendradas, ainda que discordantes de suas expectativas iniciais.

A qualidade das decisões, assim, não pressupõe uma dualidade de certo ou errado, mas se apoia em características operacionais legitimantes, sendo possível admitir-se que decisões igualmente aceitáveis – sob a óptica do direito – se diferenciem à medida de sua maior ou menor legitimidade. O procedimento [legitimante] funciona justamente como catalisador dessa congruência. Os procedimentos constituem, enfim, mecanismos de *justificação estruturada* dos atos de poder decisórios.

Já a teoria habermasiana considera que a numerosidade dos conflitos sociais implica uma “invasão” da esfera cultural pelo Estado, cuja resposta aos problemas de *crise de legitimação* institucional geralmente está associada à confiança tecnocrata ou científica da sociedade moderna, como modo de assunção inconsciente da “auto-objetificação” do homem no contexto ideológico da modernidade.

Em conhecida polêmica entre os filósofos, HABERMAS considera que a teoria dos sistemas luhmanniana visa a uma legitimação formal do poder, ao passo que LUHMANN considera irrealísticas ou inoperantes as ideias habermasianas da ação comunicativa e da teoria discursiva na sociedade contemporânea. Nesse contexto, a legitimação do direito sob a perspectiva sistêmica (LUHMANN) contrasta-se com a teoria da ação comunicativa (HABERMAS), que se conjuga a uma teoria discursiva do direito e do Estado democrático.

O princípio discursivo, no modelo habermasiano, designa a razão comunicativa orientadora das sociedades modernas, que, diante de suas complexidades, devem acomodar meios consensuais aptos ao equilíbrio entre as esferas pública e privada, permitindo-se a convivência harmônica das respectivas autonomias em clima democrático de interdependência. O *princípio do discurso* deve ser apreendido tanto sob um “sentido

cognitivo”, que culmina na legitimação do direito pelo procedimento democrático, quanto sob um “sentido prático”, que conduz à liberdade comunicativa.

A teoria do *agir comunicativo* propõe uma substituição da “razão prática” pela “comunicativa”, viabilizada pelo *medium* linguístico. A teoria habermasiana critica todo processo de racionalização do direito, que seria insuficiente para a estruturação jurídica das sociedades contemporâneas.

A comunicação constitui, aliás, o ponto de contato fundamental entre as teorias luhmanniana e habermasiana. Embora se interseccionem quanto à importância da *comunicação*, as teorias habermasiana e luhmanniana distanciam-se quanto à concepção *per se* do direito. Segundo LUHMANN, o direito detém um papel de estabilidade sistêmica e garantia diante das contingências do entorno, recusando-se qualquer definição factual. Por outro lado, HABERMAS critica o conceito sistêmico de legitimação como um modelo positivista, ensimesmado – no círculo autopoiético – e incapaz de responder às circunstâncias e problemáticas sociais que dependam da atuação jurídica.

A prática discursiva, em HABERMAS, é o elemento que viabiliza *o exercício democrático do poder* pelas instituições credenciadas da sociedade, conduzindo ao ideal de democracia deliberativa, em que se destacam a comunicação e o diálogo no debate acerca de todas as questões consideradas relevantes. Assim, todos os processos decisórios democraticamente concebidos são fundamentalmente dependentes de condições adequadas de interação e de diálogo, destacando-se a relevância dos respectivos procedimentos [democrático-discursivos] para a estabilidade das instituições sociais e para a segurança jurídica dos próprios sujeitos individuais e coletivos da sociedade.

Enfim, a legitimação pelo procedimento juridicamente organizado é obtida por mecanismos de interação estruturados, mediante a comunicação (LUHMANN). Por outro lado, as garantias de modos comunicativos coerentes e justificados (razão comunicativa), segundo padrões participativos nos procedimentos, são indispensáveis para legitimar o exercício decisório das instâncias de poder democráticas (HABERMAS).

Nesse contexto, é inequívoca a relevância do contraditório.

Há uma imbricação natural entre a própria *legitimação pelo procedimento* (LUHMANN) e o *contraditório*, cuja dimensão garantística depende incondicionalmente da preservação de padrões participativo-comunicativos proporcionais durante todo o processo, legitimando o exercício democrático do poder jurisdicional (HABERMAS). Seria

inconcebível, sob a óptica constitucional, a legitimação de procedimentos decisórios que excluíssem a participação dos sujeitos envolvidos.

Contudo, qualquer “colaboração” dos sujeitos parciais do processo é – redundantemente – tendenciosa à proteção de seus próprios interesses. O contraditório viabiliza a *interlocução das parcialidades*, ante a imparcialidade do órgão jurisdicional. A imparcialidade do juiz e seu distanciamento inicial quanto aos fatos e questões conflitivos, que envolvem sujeitos parciais, informam justamente a necessidade do viés operacional traduzido na cláusula do contraditório.

As alternâncias do contraditório durante o desenvolvimento do direito processual associam-se, a propósito, com os caracteres da atividade jurisdicional e do *modo de ser* processual identificados nos diferentes períodos históricos e sociais. É manifesta a centralidade do contraditório para os estudos da processualidade em geral, identificado como elemento ínsito à estrutura dialética que caracteriza todo processo.

O contraditório viabiliza o diálogo processual e circunscreve os conteúdos derivantes aptos a subsidiar a solução das controvérsias. Sem a observância do contraditório, nenhuma decisão é válida, em um sistema processual [democrático] regido por garantias constitucionais. Do contrário, haveria arbitrariedade no desenvolvimento da atividade jurisdicional, que, como todo exercício de poder, não é imoderada.

A dialética processual, por intermédio do contraditório, permite o diálogo e lhe imprime coerência para que o resultado da atividade jurisdicional seja, enfim, o melhor possível: não segundo a revelação de uma “verdade” pelo juiz (como seria em uma concepção platônica de “supremo justo”), mas pela obtenção de uma solução coerente à luz do debate e das garantias democráticas franqueadas no processo. Essa coerência, viabilizada pelo contraditório, representa a própria dimensão do “possível” dentro do processo.

O processo jurisdicional constitui instância comunicativa, estimulada por um diálogo garantido pelo direito. A articulação da linguagem, evidentemente, somente é possível mediante a participação dos sujeitos. Nesse contexto, as funções principais do órgão judicante [sob a óptica democrática] não se concentram apenas na “decisão”, mas também na “interlocução”, em razão da dialeticidade inerente a qualquer fenômeno processual.

Desse modo, não seria a rigor necessária a formulação de uma nova ideologia processual (“cooperação”) para a tomada de consciência do atual momento de revalorização do contraditório, que se revela pela própria dimensão dialética do processo. Sob a óptica constitucional, seria inconcebível a legitimação de procedimentos decisórios (não apenas jurídicos) que excluíssem a participação dos sujeitos envolvidos.

Em síntese, a dialética constitui qualidade essencial do contraditório, que ordena o exercício da linguagem no processo e informa toda a coerência do sistema processual.

IV. Um dos grandes desafios da ciência processual contemporânea é equacionar limites formais que se ajustem às novas realidades e perspectivas sociais em relação à atividade jurisdicional, sem que se retroceda a um indesejável formalismo, a um sistema de arbitrariedade decisória ou ao estancamento do acesso à tutela jurisdicional.

O Código de Processo Civil de 2015 atribui aos sujeitos do processo um “dever” de “cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (art. 6º), norma justificada pela respectiva doutrina como manifestação de um modelo “colaborativo” ou “cooperatório”, que ressaltaria tanto a garantia do *contraditório* quanto a *confiança das partes* na obtenção de um resultado engendrado à luz do debate processual.

A concepção tradicional da “instrumentalidade do processo” (DINAMARCO) considera que a atividade jurisdicional existe para *determinados fins*. O respectivo veículo de atuação, ordenado pelas normas de processo, orienta-se para a realização do direito material, que constitui a finalidade última do direito processual; a ênfase, assim, recai sobre o aspecto teleológico ou finalístico do direito processual. A atualização dos ideais que compõem a denominada instrumentalidade “finalística” culminou, com especial impulso no limiar do século XXI, no movimento pela “instrumentalidade metodológica” (SALLES) ou “instrumentalidade constitucional”.

Esse enfoque redimensiona os fatores de legitimação democrática do processo, tradicionalmente associados aos valores consagrados na cláusula do devido processo legal, para sobrelevá-los em conformidade com as características da contemporaneidade, denotada pela sociedade da comunicação (tecnológica). Trata-se de perspectiva que reforça o caráter dialógico do direito processual civil sob a perspectiva dos direitos fundamentais, enfocando a relevância da participação tanto formal quanto substancial dos sujeitos para a legitimação da atividade jurisdicional.

V. A releitura de postulados tradicionais do processo, à luz de novas realidades, fomenta um ambiente propício à renovação de paradigmas, dentre os quais a cooperação processual se anuncia.

O papel da *oralidade* no marco renovatório do processo civil entre os séculos XIX e XX (“segunda fase” da desburocratização procedimental) transmuda-se, guardadas as proporções, no escopo assinado à *cooperação* entre os séculos XX e XXI (“segunda fase” do contraditório), no sentido de que ambas portam como ideia substancial a relevância da qualidade do diálogo entre as partes do processo. Tanto o “processo oral” quanto o “processo cooperativo” expressam ideologias, que, como tais, se dotam de discursos com função *valorativa* ou *retórica*.

As ideologias constituem dado inegável na teoria do direito, pois a ciência jurídica opera por sistemas de valores, que se justificam por argumentos (*elementos argumentativos*), e não se impõem por exigência de irrefutabilidade científica (*elementos demonstrativos*). Por definição tradicional (materialista), as ideologias expressam menos do que aparentam dizer, ou dizem mais do que realmente expressam; em outras palavras, como as ideologias não portam uma função *descritiva*, pressupõem uma conexão discursiva entre conteúdo e forma. Logo, o problema não é a existência [inegável] de ideologias nos domínios do conhecimento humano, mas a criação de dogmas por intermédio delas. Por essa razão, a uma ideologia – dogmatizada – sempre se contrapõe outra, em negações recíprocas: ao *privatismo*, o *publicismo*; à *escritura*, a *oralidade*; ao *garantismo processual*, o *ativismo judicial* etc.

O que importa, na verdade, é dimensionar o objeto da ciência processual de forma razoável (proporcional), aferindo-se a pertinência da técnica à medida das necessidades e limitações reais. Independentemente da alcunha emprestada para suas correntes de pensamento (“ideologia”, “doutrina”), o atual desenvolvimento da ciência processual reivindica uma perspectiva que transcenda a polarização das ideias, supere a estipulação de dogmas e se ajuste à onilateralidade característica da sociedade contemporânea, com marco nas garantias constitucionais democráticas.

A doutrina brasileira que defende a existência de um modelo cooperativo, como perspectiva atual de conformação do ideário relativo ao processo civil constitucional, estabelece como premissa básica a superação de qualquer “protagonismo” do órgão jurisdicional, ora revisitando a ideia de “comunidade de trabalho” (originária do direito

alemão) para afirmar a existência de “policentrismo” e “comparticipação”, ora afirmando a existência de um modelo que se contrasta, como *terceira via*, com os perfis *isonômico* e *assimétrico* de estruturação do processo. Como *tertium genus* de elemento organizacional do processo (“princípio”), a cooperação implicaria “deveres” de *diálogo*, de *esclarecimento*, de *consulta* e de *prevenção* para o órgão jurisdicional e deveres de *esclarecimento*, *lealdade* e de *proteção*, em relação às partes.

O ideário subjacente à cooperação processual realça aspectos ínsitos à dialeticidade do processo e à própria imbricação do contraditório com o método dialético. A contraposição dialética entre os sujeitos parciais do processo é relevante para garantir, aliás, a imparcialidade do órgão jurisdicional. Essa *colaboração* (ou *cooperação*) justifica-se pela própria *parcialidade* das partes e por seu interesse na prestação da tutela jurisdicional *imparcial*; “os contraditores são ‘colaboradores’ recíprocos na contraposição dialética” (CALAMANDREI).

A participação dialética das partes, em contraditório fomentado ativamente pelo juiz, é fundamental para a justa solução do conflito; a “justiça” da solução é mensurada exatamente em razão do grau e da qualidade da participação dos sujeitos do processo, justificando e legitimando os resultados obtidos pela prestação jurisdicional.

A denominada “cooperação” não constitui novo “modelo” processual, que se contraste com a polarização anterior entre modelos liberais e sociais, privatistas (dispositivo) e publicistas (inquisitivo). A própria doutrina processual reconhece, aliás, a impossibilidade tanto teórica quanto prática de se conceber um modelo “puro”. Efetivamente importa é que todo modelo processual democrático seja lido e projetado sob a perspectiva das garantias constitucionais instituídas. O princípio do contraditório, designando um dos corolários mais tangíveis do devido processo legal, esclarece *per se* a imprescindibilidade da dialética na conformação de qualquer fenômeno processual democrático. Não é necessário conceber um novo modelo (“cooperativo”) para aferir tal circunstância ou exigência.

Evidentemente, sem padrões participativo-comunicativos coerentes (proporcionais), não seria possível legitimar o exercício da atividade jurisdicional democrática, instrumentalizada pelo procedimento em contraditório. A observância do contraditório pressupõe, fundamentalmente, uma “garantia de participação”, destacando-se seu inequívoco aspecto democrático.

Desse modo, não seria a rigor necessária a formulação de uma nova ideologia processual para a tomada de consciência do atual momento de revalorização do contraditório, externado pela própria dimensão dialética do processo. Significa afirmar que as funções principais do órgão julgante não se concentram apenas na “decisão”, mas também na “interlocução”, em razão da dialeticidade inerente a qualquer fenômeno processual.

O processo jurisdicional constitui instância comunicativa, estimulada por um diálogo garantido pelo direito. A sistematização irradiada do denominado “princípio da cooperação”, empreendendo “deveres” às partes (esclarecimento, lealdade, proteção) e ao juiz (esclarecimento, diálogo, prevenção, consulta), enfatiza, na verdade, qualidades ou exigências que viabilizam a instância comunicativa necessária à interlocução processual de perfil democrático, ou seja, garantida pelo contraditório em sua qualidade fundamental: a dialética.

A dialética processual, por intermédio do contraditório, permite o diálogo e lhe imprime coerência para que o resultado da atividade jurisdicional seja, enfim, o melhor possível: não segundo a revelação de uma “verdade” pelo juiz, mas pela obtenção de uma solução coerente à luz do debate e das garantias democráticas franqueadas no processo. Essa coerência, viabilizada pelo contraditório, representa a própria dimensão do “possível” dentro do processo, sintetizada pela instância comunicativa garantida pelo direito, que se impõe, se coordena, se reforça e se reafirma – sempre – pela argumentação; sem argumentação, sem abertura discursiva, toda tentativa democrática seria falível.

Os denominados “deveres” de colaboração constituem, simplesmente, ou pressupostos deontológicos do diálogo em contraditório, ou modos de reger e qualificar a comunicação no processo.

VI. As características dos conflitos, os caracteres objetivos e subjetivos dos litigantes, as causas externas e internas da litigiosidade, as trajetórias de judicialização, a repercussão dos efeitos das decisões judiciais, dentre outros, constituem aspectos indispensáveis para qualquer análise processualística contemporânea.

Os problemas relacionados à litigiosidade repetitiva são complexos e, conseqüentemente, suas abordagens devem ser multifacetárias e interdisciplinares. A criação de instrumentos capazes de gerir a litigiosidade de massa conjugadamente à preservação dos direitos fundamentais, imprimindo resultados justos e efetivos à

coletividade afetada, representa um dos grandes desafios para a ciência processual contemporânea.

A defesa de interesses próprios (e, por assim dizer, sob “arbítrios”) deve ser garantida pelo Estado Democrático de Direito, segundo normas que orientem as respectivas práticas jurídicas. O juiz não pode “obrigar” a parte (interessada) a comportar-se contrariamente a seus próprios interesses, mas essa liberdade é equalizada por um plexo de presunções (por exemplo, atinentes ao ônus probatório). A isonomia, no âmbito processual, está relacionada à ideia de que o processo depende essencialmente de sua capacidade de oferecer às partes, titulares de direitos e interesses antagonizados, uma perspectiva equânime sobre as condições de atuação (“igualdade de oportunidades” ou “paridade de armas”) e quanto aos respectivos efeitos jurídicos (“igualdade de riscos”). Logo, há uma imbricação funcional entre isonomia e contraditório.

VII. O instituto da “repercussão geral”, embora concebido originariamente como requisito ou pressuposto específico de admissibilidade do recurso extraordinário, sendo um modelo atualizado da “arguição de relevância” (1975), tem-se consolidado como instrumento de tratamento da litigiosidade repetitiva em controvérsias sobre questões constitucionais, associado tanto à tendência de “objetivação” ou de “abstração” do controle difuso de constitucionalidade quanto às tentativas crescentes de racionalização e redução do volume de processos no Brasil. A restauração de um filtro específico para o recurso extraordinário, comparativamente ao mecanismo presente no instituto da arguição de relevância, constituiu um dos temas centrais da denominada “Reforma do Poder Judiciário” (EC n. 45/2004).

Ao longo do presente estudo, foram levantados inúmeros aspectos relevantes para a conformação do contraditório no tratamento da litigiosidade repetitiva por intermédio da repercussão geral, que apontam déficits significativos e merecem, portanto, considerações críticas e alterações interpretativas e *de lege ferenda*.

Destacam-se, nesse contexto, as seguintes questões: (i) o novo *efeito conformativo* do recurso extraordinário; (ii) a primazia do *juízo de conformação* em relação ao *juízo de admissibilidade*; (iii) a tempestividade como *pressuposto recursal singular* para o sobrestamento dos recursos extraordinários nos tribunais locais; (iv) a relevância da via de reclamação para a compatibilidade constitucional do sistema; (v) as duas fases regimentais (STF) de gerenciamento de processos empreendidas pela ER n. 31/2009 (extensão

analgica da negativa de repercussão geral, para fins de inadmissão dos extraordinários na origem, também quando considerada ausente questão constitucional) e pela ER n. 54/2020 (procedimento dual caracterizado pela técnica de *desqualificação plenária* da natureza constitucional da matéria como expediente de filtragem recursal); (vi) o caráter *ope judicis* da suspensão nacional de processos; (vii) a primazia do juízo de conformação nas instâncias ordinárias; (viii) a garantia efetiva de participação plurissubjetiva antes e depois da deliberação plenária acerca da repercussão geral; (ix) o transplante indevido dos critérios de admissão de *amici curiae* como técnica restritiva de controle da participação plurissubjetiva; (x) a eficácia “instrumental” decorrente do julgamento de tema de repercussão geral ou da negativa de sua configuração; e (xi) a inexistência de normas capazes de equalizar os interesses plurissubjetivos envolvidos e as exigências pragmáticas do exame da repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, o que se constata especialmente à luz da primazia do juízo de conformação dos recursos extraordinários.

A modulação temporal dos efeitos, em sede de repercussão geral, tem sido crescente no Supremo Tribunal Federal, o que se justifica especialmente à luz do tempo de espera de julgamento dos casos paradigmáticos e da indefinição de um prazo legal “próprio”.

De modo coerente com o próprio raciocínio adotado pelo Supremo Tribunal Federal quanto à primazia do juízo de conformação nas instâncias ordinárias, a modulação de efeitos aplicada pelas cortes superiores não deve impedir *per se* que o tribunal de origem, considerando as circunstâncias concretas e os bens jurídicos envolvidos, aplique modulação temporal específica, ainda que contrastante com a modulação inicialmente definida em caráter geral. Trata-se de proposta *de lege ferenda* de fundamental importância para garantir a efetividade da tutela jurisdicional, que é inafastável à realidade sensível dos fatos submetidos ao exame judiciário.

A própria repercussão geral do recurso extraordinário, como tem sido afirmado, sinaliza a crescente objetivação do controle de constitucionalidade, sob justificativas pragmáticas relativas ao volume de processos; significa afirmar que as cortes superiores estão cada vez mais preocupadas com as “teses” jurídicas, não com os “casos”, imputando-se o zelo pela “justiça concreta” às instâncias ordinárias. E justamente para a atuação “concreta” dessa justiça, no âmbito brasileiro, circunscrita à alçada dos tribunais locais, deve-se estabelecer *de lege ferenda* a competência para as cortes de origem equacionarem

os limites temporais da tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, conforme as particularidades concretas.

Afinal, é no processo intersubjetivo que a argumentação jurídica se aperfeiçoa à inteireza para as partes afetadas, ainda que futura tese sobre o tema controvertido possa ser fixada como padrão decisório. Em outras palavras, a “observância do padrão decisório” (*em abstracto*) não é incompatível com a modulação temporal (*em concreto*) da tese quanto aos casos julgados pelos tribunais. A proposta não nega a autoridade ou a vinculatividade do precedente, mas apenas delimita sua aplicabilidade ao caso real, motivadamente em razão das circunstâncias consideradas pelas cortes competentes para a atuação “concreta” da justiça. Além disso, não se excluem instrumentos de eventual revisão pelas cortes superiores, à guisa do próprio escopo da reclamação constitucional (não necessariamente com igual disciplina), quando se constate que a modulação temporal aplicada na instância ordinária possa “desafiar” a autoridade da decisão superior.

Essas considerações estendem-se *a fortiori* às hipóteses de superação ou revisão do entendimento (*overruling*). A superação de um entendimento dominante firmado pelos tribunais superiores remete ao lado oposto da previsibilidade e da estabilidade objetivados pela adoção de um regime de precedentes vinculantes. Quando o jurisdicionado, diante de uma pretensão resistida, promove sua demanda sob a [legítima] expectativa do entendimento uniforme sobre determinada questão jurídica, *confia* na estabilidade do sistema do direito como promotor de igualdade na solução das controvérsias.

Nessas circunstâncias, a *surpresa* ocasionada pela guinada do entendimento anteriormente consubstanciado pelo paradigma não pode portar todos os drásticos efeitos consequentes, tanto em relação à própria eficácia instrumental da nova decisão paradigmática quanto aos efeitos decorrentes da *inesperada* sucumbência. Um dos pontos fundamentais da garantia do contraditório é a vedação de “decisões-surpresa”, o que compreende, extensivamente, a vedação do “precedente-surpresa”. Esse é um dos aspectos que justifica, inclusive, a modulação temporal prevista no art. 927, § 3º, do Código de Processo Civil.

A estruturação de qualquer procedimento tendente à formação de julgados dotados de vinculatividade deve invariavelmente observar o contraditório, por meios de interação organizados, que assegurem a comunicação coerente (razoável e justificada) e padrões participativos legitimantes.

A repercussão geral, no Brasil, ainda não está suficientemente estruturada (disciplinada) para comportar, à luz da garantia constitucional do contraditório, o elevado grau de vinculatividade estabelecido pelo Código de Processo Civil e pelas disposições regimentais do Supremo Tribunal Federal. Os incrementos formais que têm sido efetivados (v.g., a Emenda Regimental n. 54/2020) apontam uma preocupação quantitativa com o mecanismo de filtragem de processos, mas sem correspondente enfoque qualitativo sob a óptica do contraditório.

VIII. A Lei n. 11.672/2008 (“Lei de Recursos Repetitivos”) inspirou-se expressamente na dinâmica de tratamento da repetitividade recursal impressa pelo art. 543-B do Código de Processo Civil de 1973, incluído pela Lei n. 11.418/2006, que disciplinou o instituto da repercussão geral dos recursos extraordinários. Enfatizam-se, igualmente, em ambos os marcos legais, a relevância das disposições regulamentares internas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça para os respectivos procedimentos.

Ideais “eficientistas” e seus impactos transformadores no exercício de todas as feições do poder estatal, incluindo-se evidentemente a atividade jurisdicional, anunciam a urgência de novas abordagens do direito processual, em contraposição à tendência de ênfases exclusivamente pragmáticas nos eixos de estruturação do sistema de justiça civil contemporâneo.

Inúmeros aspectos demonstram que, a exemplo do regime de repercussão geral, a sistemática dos recursos repetitivos também contém déficits significativos de observância do contraditório no tratamento da litigiosidade repetitiva.

Destacam-se, nesse contexto, os seguintes pontos: (i) o novo *efeito conformativo* dos recursos especial e extraordinário; (ii) a primazia do *juízo de conformação* em relação ao *juízo de admissibilidade*; (iii) a tempestividade como *pressuposto recursal singular* para o sobrestamento de processos nos tribunais locais; (iv) a *abrangência qualitativa* da fundamentação, que constitui novo pressuposto extrínseco para a afetação do recurso paradigmático (recurso representativo da controvérsia); (v) o caráter excepcional e *ope judicis* da “suspensão nacional”, passível de limitação objetiva (v.g., mediante fixação de hipóteses ou fases processuais específicas sobre as quais o sobrestamento deva incidir); (vi) os aspectos procedimentais da proposta de afetação (ProAfR) dos recursos especiais repetitivos, no Superior Tribunal de Justiça, segundo a Emenda Regimental n. 24, de 28 de setembro de 2016; (vii) a primazia do juízo de conformação nas instâncias ordinárias, que

deve ser compatibilizada com a possibilidade de modulação temporal (*em concreto*) da tese para os casos julgados pelos tribunais locais ou regionais; (viii) a necessidade de garantia efetiva de participação plurissubjetiva, admitindo-se a equalização de eventuais déficits de participação dos sujeitos potencialmente atingidos pelos recursos representativos da controvérsia; (ix) o transplante indevido dos critérios de admissão de *amici curiae* como técnica restritiva de controle da participação plurissubjetiva; e (x) a relevância da via de reclamação para a compatibilidade constitucional do sistema.

Ao contrário do requisito da repercussão geral, cuja ausência inviabiliza o extraordinário, a negativa de qualificação do recurso especial como recurso representativo da controvérsia (RRC) não impede o acesso à corte superior.

As propostas, por emenda constitucional, de criação de um requisito análogo à repercussão geral no âmbito do Superior Tribunal de Justiça padecem de vícios graves de inconstitucionalidade, pois violam cláusulas intangíveis como a inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV), a garantia do contraditório (LV) e os princípios republicano e federativo (art. 1º).

Os recursos especiais, para a afetação ao regime repetitivo, devem ser admissíveis, ou seja, devem atender a todos os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de cognoscibilidade recursal. Intepretação contrária comprometeria a integridade da atividade jurisdicional sob a perspectiva do contraditório, segundo a qual o resultado do exercício de poder decisório deve resultar da participação (ou “cooperação”) dos sujeitos interessados. Autorizar que, à míngua dessa efetiva participação, o resultado do processo possa ser diverso daquele haurido sob o contraditório, autorizando-se a *conformação jurídica* sob o paradigma de um “sistema de precedentes”, constitui conduta que viola a Constituição Federal.

É inconcebível, à luz da estruturação [e inafastabilidade] democrática dos sistemas de justiça, que as cortes locais ou regionais funcionem como autômatos de gestão de “precedentes”.

A exemplo dos déficits participativos e comunicativos identificados na atual disciplina do regime de repercussão geral, também a sistemática dos recursos repetitivos não está suficientemente estruturada para comportar, à luz da garantia constitucional do contraditório, o grau de vinculatividade estabelecido pelo Código de Processo Civil. A

observância do contraditório representa uma condição indeclinável tanto para a formação quanto para a aplicação dos julgados paradigmáticos com aptidão à eficácia vinculante.

Técnicas processuais que viabilizem julgamentos “por amostragem” têm inegáveis vantagens pragmáticas perante o fenômeno da litigiosidade repetitiva. Contudo, uma adequada óptica gerencial deve necessariamente pressupor, também, um enfoque qualitativo dos expedientes e instrumentos processuais empregados, à luz da garantia constitucional do contraditório. Não é possível imaginar instrumentos processuais constitucionalmente legítimos que se antagonizem, em qualquer medida, com o contraditório, intrinsecamente caracterizado por sua qualidade dialética.

IX. O julgamento de demandas repetitivas (isomórficas) por intermédio de expedientes de solução em escala, com mecanismos de qualificação e de ampliação do debate, esteia-se em imperativos de isonomia e de segurança jurídica. O incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), instituto original do Código de Processo Civil de 2015, é apto a fomentar a dialeticidade processual em questões relevantes, à luz da multilateralidade de interesses subjacentes, permitindo que as soluções jurídicas sejam engendradas de modo isonômico e em duração razoável perante a alçada local.

Como técnica que incidentaliza a apreciação da controvérsia jurídica seriada, as respectivas vantagens pragmáticas perante o tratamento da litigiosidade repetitiva devem observar, estritamente, a efetividade do contraditório, em especial, sob a óptica da dialética processual. O julgamento do IRDR não pode engendrar soluções que, a pretexto de “eficientistas”, impliquem déficits qualitativos do debate democrático que deve permear todo processo jurisdicional.

Para a compatibilidade constitucional do incidente de resolução de demandas repetitivas, a observância do contraditório revela-se pelos seguintes aspectos: (i) prelibação criteriosa e qualitativa na admissão de IRDRs; (ii) vedação de emprego generalizado do incidente; (iii) observância dos caracteres conflitivos objetivos e subjetivos, na direção do processo, para que o IRDR não constitua via de prestação jurisdicional privilegiada a litigantes habituais; (iv) excepcionalidade da suspensão nacional dos processos; (v) participação plurissubjetiva ampla e qualitativa justificada por interesses tanto próprios quanto institucionais; (vi) possibilidade de o tribunal equalizar eventuais déficits de participação dos sujeitos potencialmente atingidos pelos IRDRs, por exemplo, mediante a oitiva obrigatória de *representantes adequados* à luz dos sujeitos concernentes e da

natureza dos interesses envolvidos; e (vii) motivação analítica do acórdão que fixa a tese no IRDR.

Já o denominado incidente de assunção de competência (IAC) constitui, a exemplo do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), outro instituto original do Código de Processo Civil de 2015 (art. 947), embora seu escopo profilático já constasse de técnica processual predecessora, qual seja, a assunção de competência prevista na Lei n. 10.352/2001 (alterou a redação do art. 555, § 1º, do CPC/1973), proposta como expediente de aprimoramento do [até então] pouco usual incidente de uniformização da jurisprudência (IUJ). A principal característica do incidente de assunção de competência corresponde a seu perfil profilático.

Evidentemente, a compatibilidade constitucional da sistemática do IAC depende, fundamentalmente, da estrita observância de um contraditório adequado ao âmbito da litigiosidade repetitiva, em especial sob os seguintes aspectos: (i) observância criteriosa dos pressupostos legais da *magnitude* (“grande repercussão social”) e da *relevância* (“relevante questão de direito”) para a instauração do incidente de assunção de competência; (ii) excepcionalidade da técnica, que não tem aptidão para o tratamento em escala de todas as questões de repercussão social aduzidas perante os tribunais; (iii) fundamentação analítica tanto do acórdão que acolhe a proposta de assunção de competência quanto do acórdão que fixa o entendimento (tese) firmado no incidente; (iv) aplicação subsidiária ao rito do IAC das disposições dos arts. 983 e 984 do Código de Processo Civil, relativas ao processamento do incidente de resolução de demandas repetitivas (participação plurissubjetiva e oitiva ministerial); e (v) desafetação superveniente do IAC nas hipóteses de *coeficiente de atuação* inadequado de pessoas, pois tanto a eficácia vinculativa do entendimento firmado (tese jurídica) quanto a própria subsistência da via incidental justificam-se apenas na presença de um contraditório efetivo, o que não se verificaria na hipótese de déficits de coeficiente de atuação plurissubjetiva.

O “procedimento-modelo” do IAC, *pari passu* com a disciplina do IRDR, visa a fixar diretriz decisória cuja observância, a despeito de “obrigatória”, deve ser *motivadamente* ponderada à luz do contraditório.

Todo tratamento normativo da litigiosidade repetitiva que não concilie mecanismos de equalização entre as instâncias enunciadoras e as instâncias de concreção da justiça relega a importância da dialética processual, qualidade intrínseca do contraditório. O

contraditório é imprescindível tanto nos mecanismos que garantem a participação-influência na formação de julgados paradigmáticos quanto na aplicação das teses com eficácia vinculativa; significa afirmar, neste último caso, a indispensabilidade de se assegurar que as perspectivas *reais e argumentativas* sobre a “justiça concreta” não sejam desconsideradas.

Portanto, a qualidade intrínseca de um regime de precedentes não se constitui apenas por características operacionais legitimantes na conformação de um paradigma, mas, também, por intermédio de mecanismos que permitam equacionar as necessidades e expectativas dos conflitos *reais* à luz da solução *ideal* engendrada pelos tribunais superiores. Caso contrário, os conflitos [da vida real] seriam precipitadamente “interiorizados” pelo “sistema de precedentes”, sem que os procedimentos dos quais resultem os paradigmas sejam socialmente reconhecidos como legitimantes na conformação das respectivas fontes jurídicas.

A complexidade do sistema do direito, como de qualquer outro subsistema social, deve ser problematizada e resolvida pela comunicação, o que destaca, no sistema jurisdicional, a relevância da interlocução processual e da garantia constitucional a ela inerente (contraditório). O contraditório representa, afinal, um dos principais postulados do sistema do direito, responsável pela legitimação da atividade jurisdicional, que, por sua qualidade dialética, viabiliza a instância comunicativa necessária à interlocução processual.

Por fim, conforme enunciado ao longo da tese, o processo [justo] deve conter um *procedimento de justificação estruturada* da atividade jurisdicional, orientado pelo contraditório e à base de uma razão dialética, que é, essencialmente, *comunicativa*. Eis o perfil adequado para legitimar constitucionalmente os instrumentos processuais concebidos para o tratamento da litigiosidade repetitiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AARNIO**, Aulis. *Lo Racional como lo Razonable – Un Tratado sobre la Justificación Jurídica*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ABBAGNANO**, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Trads. Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. 6. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.
- ABRAHAM**, Henry J. *The Judicial Process: an Introductory Analysis of the Courts of The United States, England and France*. 3. ed. New York: Oxford University Press, 1975.
- ADEODATO**, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. *Uma crítica à retórica de Aristóteles*. In *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. n. 110, p. 35-73. Belo Horizonte: UFMG, 2015.
- ALAIN**. *Les passions et la sagesse*. Paris: Bibliothèque de la Pléiade, 1964.
- ALEXANDRE JÚNIOR**, Manuel. *Introdução*. In *Retórica [ARISTÓTELES]*. Trads. Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. p. 13-84. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, Imprensa Nacional, 2005.
- ALEXY**, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001.
- ALMEIDA**, Ananda Palazzin de. *A atuação do INSS como litigante habitual no Recurso extraordinário n. 631.240*. Monografia de Especialização apresentada à Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas. Orientadora: Prof.^a Dr.^a Susana Henriques da Costa. São Paulo, 2015.
- ALTHUSSER**, Louis. *Aparelhos ideológicos de Estado: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado*. Trads. Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro. Introdução crítica de J. A. Guilhon Albuquerque. 8. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2001.
- ALVES**, Isabella Fonseca. *A cooperação processual no Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.
- ALVIM NETO**, José Manoel de Arruda. *A arguição de relevância no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. *Repercussão geral: impressões gerais e perspectivas*. In *Repercussão geral da questão constitucional*. Coords. Luiz Fux *et al.* p. 107-28. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ARAÚJO, José Aurélio de. *O Código de Processo Civil de 2015 é um Código Josefino? A oralidade e a preclusão no procedimento comum (Parte II)*. In *Revista de Processo*. v. 287, p. 145-75. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

ARIOSTO, Ludovico. *Orlando Furioso*. v. I. Milano: Einaudi, 1964.

ARISTÓFANES. *As vespas; As Aves, As Rãs*. Trad. Mário da Gama Kury. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 2. ed. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2007.

_____. *Física I e II*. Prefácio, introdução, tradução e comentários de Lucas Angioni. Campinas: Editora da Unicamp, 2009.

_____. *Metafísica: ensaio introdutório, texto grego com tradução e comentário de Giovane Reale*. Trad. Marcelo Perine. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

_____. *Órganon*. v. VI. *Elencos sofisticos*. Trad. Pinharanda Gomes. Lisboa: Guimarães Editores, 1986.

_____. *Retórica*. Trads. Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, Imprensa Nacional, 2005.

_____. *Tópicos*. Trads. Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa *et al.* Rev. Levi Condinho. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2007.

AROCA, Juan Montero. *La ideología de los jueces y el caso concreto. Por alusiones, pido la palabra*. In *Proceso e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. 2. ed. Coord. Juan Montero Aroca. p. 265-75. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

_____. *Prova e verdade no processo civil – contributo para o esclarecimento da base ideológica de certas posições pretensamente técnicas*. Trad. Glauco Gumerato Ramos. In *Ativismo judicial e garantismo processual*. p. 501-24. Coords. Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy. Salvador: JusPodivm, 2013.

_____. *Sobre el mito autoritario de la “buena fe procesal”*. In *Proceso e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. 2. ed. Coord. Juan Montero Aroca. p. 291-349. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

_____. (Coord.). *Proceso e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

- ASPERTI**, Maria Cecília de Araujo. *Acesso à justiça e técnicas de julgamento de casos repetitivos*. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Orientador: Prof. Associado Dr. Carlos Aberto de Salles. São Paulo, 2018.
- AUILO**, Rafael Stefanini. *O modelo cooperativo de processo civil no novo CPC*. Salvador: JusPodivm, 2017.
- ÁVILA**, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. In *Vinte anos da Constituição Federal da 1988*. p. 187-202. Orgs. Cláudio Pereira de Souza Neto *et al.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- _____. *Teoria da segurança jurídica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- _____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.
- BACON**, Francis. *Novo órgão [Instauratio Magna]*. Trad. Daniel M. Miranda. São Paulo: Edipro, 2014.
- BALES**, Robert Freed. *A set of categories for the analysis of small group interaction*. In *American Sociological Review*. v. 15, n. 2, p. 257-63. Washington: American Sociological Association, 1950.
- _____. *Interaction process analysis: a method for the study of small groups*. Delhi: Isha Books, 2013.
- BAPTISTA**, Francisco de Paula. *Compêndio de teoria e prática do Processo Civil comparado com o Commercial e de hermenêutica jurídica para uso das faculdades de Direito do Brazil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1901.
- BARBOSA MOREIRA**, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil: vol. V (arts. 476 a 565)*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- _____. *Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo*. In *Revista Brasileira de Direito Comparado*. n. 27, p. 3-18. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2005.
- _____. *Duelo e processo*. In *Revista Brasileira de Direito Comparado*. n. 24, p. 41-56. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2003.
- _____. *La igualdad de las partes en el proceso civil*. In *Temas de direito processual: quarta série*. p. 67-81. São Paulo: Saraiva, 1989.
- _____. *Miradas sobre o processo civil contemporâneo*. In *Temas de Direito Processual: sexta série*. p. 45-62. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *O futuro da justiça: alguns mitos*. In *Revista de Processo*. v. 102, p. 228-37. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *O neoprivatismo no processo civil*. In *Temas de Direito Processual: nona série*. p. 87-101. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Os novos rumos do processo civil brasileiro*. In *Temas de Direito Processual: sexta série*. p. 193-208. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo*. In *Temas de direito processual: quarta série*. p. 45-51. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Reflexões sobre a imparcialidade do juiz*. In *Temas de Direito Processual: sétima série*. p. 19-30. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: JusPodivm, 2013.

BARROS, Elena Coelho. *Argumentação e linguagem: da retórica à concepção de discurso como prática social*. In *Revista do Programa de Pós-Graduação em Letras da Universidade de Passo Fundo*. v. 8, n. 2, p. 95-111. Passo Fundo: UPF, 2012.

BARROS, Sergio Resende de. *Contribuição dialética para o constitucionalismo*. Campinas: Millennium, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. In *Revista de Direito Administrativo*. n. 240, p. 1-42. Rio de Janeiro: FGV-Rio, 2005.

_____. *Vinte anos da Constituição Federal de 1988: a reconstrução democrática do Brasil*. In *O novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides*. p. 295-312. Org. Lenice S. Moreira de Moura. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROZO, Thaís Ananda. *O calendário processual no direito francês e no italiano: reflexos no novo Código de Processo Civil*. In *Principais inovações do novo Código de Processo Civil*. 2. ed. p. 215-37. Coords. Bruno Augusto Sampaio Fuga, Patrícia Ayub da Costa, Tiago Brene e Thiago Moreira de Souza Sabião. Londrina: Thoth, 2019.

BAUMAN, Zygmunt. *A ética é possível num mundo de consumidores?* Trad. Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de filosofia*. Trad. Desidério Murcho *et al.* Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Instrumentalidade e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?* In *Garantismo processual: garantias processuais aplicadas ao processo*. p. 1-39. Coords. José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

_____; **CINTRA**, Lia Carolina Batista; **EID**, Elie Pierre (Coords.). *Garantismo processual: garantias processuais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

BERALDO, Leonardo de Faria. *O dever de cooperação no Novo Código de Processo Civil*. In *Normas fundamentais*. p. 359-64. Coords. Fredie Didier Jr., Dierle Nunes e Alexandre Freire. Salvador: JusPodivm, 2016.

BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria geral dos sistemas: fundamentos, desenvolvimento e aplicações*. 8. ed. Trad. Francisco M. Guimarães. Petrópolis: Vozes, 2015.

BERTEA, Stefano; **SARRA**, Claudio. *Dialettica del precedente. Appunti per una collocazione teorica dell'uso del precedente straniero*. In *Ars Interpretandi. Rivista di ermeneutica giuridica*. n. 1/2016, p. 13-46. Bologna: il Mulino, 2016.

BERTI, Enrico. *Aristotele: dalla dialettica alla filosofia prima, con saggi integrativi*. Milano: Bompiani, 2004.

_____. *Contradição e dialética nos antigos e nos modernos*. Trad. José Bortolini. São Paulo: Paulus, 2013.

_____. *Le vie della ragione*. Bologna: Il Mulino, 1987.

BOBBIO, Norberto. *Diritto e Stato nel pensiero di E. Kant*. Torino: Giappichelli Editore, 1969.

_____. *Vilfredo Pareto e la critica delle ideologie*. In *Rivista di Filosofia*. v. 48, n. 4, p. 355-81. Milano: Università Cattolica del Sacro Cuore, 1957.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____; **ANDRADE**, Paes de. *História constitucional do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Introdução ao processo civil moderno*. São Paulo: Lex Editora, 2009.

_____. *Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *Princípios do processo no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

BONINI, Roberta S. *Rinunciabilità dell'effetto risolutivo: un principio da ridimensionare*. Pisa: Edizioni ETS, 2017.

BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial (uma visão dialética)*. São Paulo: Malheiros, 1996.

BORJA, Jordi. *Participación ¿para qué?* In *Revista Urbana*. n. 9, p. 25-44. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1988.

BORNHEIM, Gerd A. (Org.). *Os filósofos pré-socráticos*. 14. ed. São Paulo: Cultrix, 2000.

BOTELHO, Cristiane Miranda; **FIORINDO**, Regivano. *Deliberação nas cortes superiores. Julgamento 'per seriatim' e 'per curiam'. Importância da fixação da 'ratio decidendi'. Delineamento de técnicas processuais de distinção – 'distinguishing'. Exame de caso paradigmático julgado pela Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federal*. In *Revista de Processo*. n. 258, p. 317-40. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BOZZO, Guilherme Tambarussi. *Inatividade das partes no processo civil brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2017.

BRUNNER, Heinrich. *Historia del derecho germánico*. Trad. José Luis Álvarez López. Barcelona: Labor, 1936.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *O direito e a incerteza de suas fontes: um problema em aberto para a dogmática jurídica contemporânea*. In *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Número Especial: "Jornadas Jurídicas Brasil-Canadá". p. 299-325. Belo Horizonte: UFMG, 2013.

_____. *Súmulas, Praticidade e Justiça: um olhar crítico sobre o direito sumular e a individualização do direito à luz do pensamento de Misabel de Abreu Machado Derzi*. In *Segurança Jurídica: Irretroatividade das Decisões Judiciais Prejudiciais aos*

Contribuintes. p. 65-106. Coord. Sacha Calmon Navarro Coelho. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. *Tópica e argumentação jurídica*. In *Revista de Informação Legislativa*. v. 41, n. 163, p. 153-66. Brasília: Senado Federal, 2004.

BUZOID, Alfredo. *A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro*. In *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 72, n. 1, p. 131-52. São Paulo, 1977.

_____. *Anteprojeto de Código de Processo Civil*. Apresentado ao Ministro da Justiça e Negócios Interiores pelo Prof. Alfredo Buzaid. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964.

_____. *Paula Batista: Atualidades de um velho processualista*. In *Revista Justitia*. p. 11-41. São Paulo: Justitia, 1950.

CABRAL, Antonio do Passo. *A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução processos repetitivos*. In *Revista de Processo*. n. 231, p. 201-23. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas*. In *Revista de Processo*. n. 147, p. 123-46. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Il processo come giuoco*. In *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*. v. II, p. 485-511. Padova: CEDAM, 1950.

_____. *La dialetticità del processo*. In *Processo e democrazia*. p. 119-41. Padova: CEDAM, 1954.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Bases teóricas para um novo Código de Processo Civil*. In *Processo Civil em movimento: diretrizes para o novo CPC*. p. 19-27. Coords. Eduardo Lamy, Pedro Manoel Abreu e Pedro Miranda de Oliveira. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013.

_____. *Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula*. São Paulo: Atlas, 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS (BRASIL). *Exposição de motivos n. 274. Mensagem n. 1.110. Projeto de Lei (PL) n. 3.474*. Brasília: Diário da Câmara dos Deputados, 23 de agosto de 2000. Disponível em: <<https://imagem.camara.gov.br>>.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo do Judiciário*. São Paulo: Almedina, 2016.

_____; **FOGAÇA**, Mateus Vargas. *Incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil*. In *Revista de Processo*. n. 243, p. 333-62. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Democracia e legitimidade: representação política e paradigma dogmático*. In *Revista de Informação Legislativa*. v. 22, n. 86, p. 29-40. Brasília: Senado Federal, 1985.

CAMPOS, Francisco. *Projecto do Código de Processo Civil: exposição de motivos*. In *Revista Forense*. v. 36, n. 80, p. 5-18. Rio de Janeiro, 1939.

CANÇADO, Romualdo Wilson; **LIMA**, Orlei Claro de. *Juros, correção monetária, danos financeiros irreparáveis: uma abordagem jurídico-econômica*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parte nel processo civile*. v. I. Milano: Giuffrè, 1974.

_____. *O valor atual do princípio da oralidade*. In *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. v. 21, p. 255-60. Porto Alegre, 2002.

_____. *Procédure orale et procédure écrite: oral and written procedure in civil litigation*. Milano: Giuffrè, 1971.

_____. *Processo, ideologias e sociedade*. v. I. Trad. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008.

_____; **GARTH**, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da intervenção da União Federal, como "amicus curiae"*. In *Revista Forense*. v. 98, n. 363, p. 181-92. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. *A arte do direito*. Trad. Amilcare Carletti. São Paulo: Editora Pillares, 2007.

_____. *Como se faz um processo*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2008.

_____. *Diritto e processo*. Napoli: Morano Editore, 1958.

_____. *Torniamo al “giudizio”*. In *Rivista di Diritto Processuale*. anno IV, n. 3, p. 165-174. Padova: CEDAM, 1949.

CARRATTA, Antonio. *Funzione sociale e processo civile fra XX e XXI secolo*. In *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*. Coords. Francesco Macario e Marco Nicola Miletta. p. 87-138. Roma: Università degli Studi Roma TrE-Press, 2017.

CARVALHO, Margarida Maria de. *História da imagem do imperador Juliano: iluministas em ação*. In *Phoênix*. n. 9, p. 226-46. Rio de Janeiro: Laboratório de História Antiga do Instituto de História – LHIA/IH/UFRJ, 2003.

CARVALHO FILHO, Antônio. *Precisamos falar sobre o instrumentalismo processual*. In *Diálogos de teoria do direito e processo*. Coords. Antonio Carlos F. de Souza Jr., Antônio Carvalho Filho, Clayton Maranhão, Fredie Didier Jr. e Roberto Campos P. Gouveia Filho. p. 325-336. Salvador: JusPodivm, 2018.

CASTORIADIS, Cornelius. *Sobre “O político” de Platão*. Trad. Luciana Moreira Pudenzi. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

CAVALCANTI, Marcus de Araújo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CAVALLA, Francesco. *Della possibilità di fondare la logica giudiziaria sulla struttura del principio di non contraddizione: saggio introduttivo*. In *Verifiche – Rivista di Scienze Umane*. n. XII, p. 5-30. Padova: Associazione di Studi Filosofici, 1983.

CAVALLONE, Bruno. *Alessandro Giuliani processualista (Ordine isonomico, ordine asimmetrico, principio dispositivo, principio inquisitorio)*. In *Rivista di Diritto Processuale*. v. 67, n. 1, p. 107-20. Padova: CEDAM, 2012.

CERRONE, Francesco. *Appunti intorno ad interpretazione e principi (con particolare riferimento alle fonti del Diritto) nel pensiero di Alessandro Giuliani*. In *Audiat et altera pars: il contraddittorio fra principio e regola*. p. 617-85. Coords. Maurizio Manzin e Federico Puppo. Milano: Giuffrè, 2008.

CHIARLONI, Sergio. *Efficacia del precedente giudiziario e tipologia del contrasti di giurisprudenza*. In *Revista de Processo*. n. 229, p. 403-32. São Paulo: Revista de Processo, 2014.

_____. *Giusto processo (diritto processuale civile)*. In *Revista de Processo*. n. 219, p. 119-52. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1936, 2 v.

_____. *Principios de derecho procesal civil*. t. I. Trad. José Casais y Santaló. Madrid: Editorial Reus, 1922.

_____. *Principios de derecho procesal civil*. t. II. Trad. José Casais y Santaló. Madrid: Editorial Reus, 1925.

CHIZZINI, Augusto. *Brevi spunti in tema di oralità e dimensione retorica nella genesi del processo civile*. In *Audiat et altera pars: il contraddittorio fra principio e regola*. p. 97- 114. Coords. Maurizio Manzin e Federico Puppo. Milano: Giuffrè, 2008.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; **GRINOVER**, Ada Pellegrini; **DINAMARCO**, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CIRNE-LIMA, Carlos. *Sobre a contradição*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1993.

COLE, Charles D. *Stare decisis na cultura jurídica dos Estados Unidos. O sistema de precedente vinculante do common law*. Trad. Maria Cristina Zucchi. In *Revista dos Tribunais*. ano 87, v. 752, p. 11-21. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile*. In *Le ragioni dell'uguaglianza. Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza – Università degli Studi di Milano-Bicocca*. p. 223-51. Coords. Marta Cartabia e Tiziana Vettor. Milano: Giuffrè, 2008.

COMTE-SPONVILLE, André. *Pequeno tratado das grandes virtudes*. Trad. Eduardo Brandão. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA-CNJ (BRASIL). *100 maiores litigantes*. Relatório do Departamento de Pesquisas Judiciárias. Brasília: CNJ, 2011.

CORBALLY, Sarah F.; **BROSS**, Donald C. *A practical guide for filing amicus curiae briefs in State Appellate Courts*. Artigo publicado em meio eletrônico (2001). 12p. Disponível em: <<https://www.naccchildlaw.org>>.

COSTA, Moacyr Lobo da. *Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

COSTA, Susana Henriques da. *Acesso à Justiça: Promessa ou Realidade? Uma Análise do Litígio Sobre Creche e Pré-Escola no Município de São Paulo*. In *Sociologia do Direito: teoria e práxis*. p. 147-72. Orgs. Alberto Febbrajo, Fernando Rister de Sousa Lima e Márcio Pugliesi. Curitiba: Juruá, 2015.

CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Forense: Rio de Janeiro, 2016.

- CROCE**, Marco. *Precedente giudiziale e giurisprudenza costituzionale*. In *Contratto e impresa*. v. 4-5/2006, p. 1.114-61. Padova: Cedam, 2006.
- CUNHA**, Fernando Whitaker da. *Campos Salles e o Ministério Público*. In *Revista Justitia*. v. 64, p. 61-74. São Paulo: Justitia, 1969.
- DALTON**, George. *Sistemas econômicos e sociedade: capitalismo, comunismo e terceiro mundo*. Trad. Álvaro de Figueiredo. Lisboa: Editora Ulisseia, 1974.
- DANTAS**, Bruno. *Repercussão geral: perspectiva histórica, dogmática e de direito comparado. Questões processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- DELFINO**, Lúcio. *Cooperação processual: inconstitucionalidades e excessos argumentativos – Trafegando na contramão da doutrina*. In *Diálogos de teoria do direito e processo*. p. 337-61. Coords. Antonio Carlos F. de Souza Jr. et al. Salvador: JusPodivm, 2018.
- DELL’AIA**, Lucia. *Il platonismo di Ariosto*. In *Enthymema*. v. IX, p. 241-56. Milano: Università degli Studi di Milano, 2013.
- DIDIER JÚNIOR**, Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra, 2010.
- _____. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. In *Processo civil: homenagem a José Ignacio Botelho de Mesquita*. p. 261-73. Coords. José Rogério Cruz e Tucci, Walter Piva Rodrigues e Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo. São Paulo: Quartier Latin, 2001.
- DIMOND**, Paul R. *The Supreme Court and judicial choice: the role of provisional review in a democracy*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1989.
- DINAMARCO**, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. *A reforma do Código de Processo Civil: Leis 8.455, de 24.8.92, 8.637, de 31.3.93, 8.710, de 24.9.93, 8.718, de 14.10.93, 8.898, de 29.6.94, 8.950, de 13.12.94, 8.951, de 13.12.94, 8.952 de 13.12.94 e 8.953, de 13.12.94*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- _____. *Discricionariedade, devido processo legal e controle jurisdicional dos atos administrativos*. In *Fundamentos do processo civil moderno*. v. I. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. *Fundamentos do processo civil moderno*. v. I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Instituições de direito processual civil*. v. I. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. *O princípio do contraditório e a sua dupla destinação*. In *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. v. I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____; **LOPES**, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

DOTTI, Federica. *Diritti della difesa e contraddittorio: garanzia di un giusto processo? Spunti per una riflessione comparata dal processo canonico e statale*. Roma: Editrice Pontificia Università Gregoriana, 2005.

DUARTE, Clenício da Silva. *Delegação de competência*. In *Revista do Serviço Público*. v. 108, n. 1, p. 53-64. Brasília: ENAP, 1973.

DUTRA, Victor Barbosa. *Precedentes vinculantes: contraditório efetivo e técnicas repetitivas*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

ECHANDÍA, Devis. *Teoría general del proceso: aplicable a toda clase de procesos*. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2002.

EINSTEIN, Albert. *Como vejo o mundo*. Trad. H. P. de Almeida. 23. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017.

EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988.

ENCARNAÇÃO, João Bosco da. *Filosofia do direito em Habermas: a hermenêutica*. Taubaté: Cabral Editora Universitária, 1997.

EURÍPIDES. *Os Heráclidas*. Trad. Cláudia Raquel Cravo da Silva. Lisboa: Edições 70, 2000.

FALCÃO, Djaci. *O Poder Judiciário e a nova Carta Constitucional*. In *Revista de Processo*. n. 53, p. 201-8. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

- FASCHING**, Hans Walter. *A posição dos princípios da oralidade e da imediação no processo civil moderno*. In *Revista de Processo*. v. 10, n. 39, p. 27-34. Trad. Wanderlei de Paulo Barreto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- FAZZALARI**, Elio. *Diffusione del processo e compiti della dottrina*. In *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. anno XII, n. 1, p. 861-90. Milano: Giuffrè, 1958.
- _____. *Istituzioni di diritto processuale*. 6. ed. Padova: CEDAM, 1992.
- _____. *Processo. Teoria generale*. In *Novissimo Digesto Italiano*. v. XIII, p. 1.067-76. Torino: UTET, 1966.
- FERNANDES**, Jorge Luiz Reis. *Os deveres dos sujeitos processuais no processo cooperativo – as partes devem cooperar entre si?* In *O novo Código de Processo Civil brasileiro – Estudos dirigidos: sistematização e procedimentos*. p. 151-77. Coords. Thereza Arruda Alvim *et al.* Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- FERRAZ JÚNIOR**, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1977.
- _____. *Apresentação*. In LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. p. 1-5. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.
- _____. *Argumentação jurídica*. Barueri: Manole, 2014.
- _____. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- FICHTE**, Johann Gottlieb. *A doutrina da ciência de 1794 e outros escritos*. Trad. e notas de Rubens Rodrigues Torres Filho. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984.
- FISCHGOLD**, Bruno. *Direito administrativo e democracia: a inconstitucionalidade do princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- FIX-FIERRO**, Héctor. *Courts, Justice & Efficiency: a socio-legal study of economic rationality in adjudication*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2003.
- FLANGO**, Victor E.; **BROSS**, Donald C.; **CORBALLY**, Sarah F. *Amicus curiae briefs: the Court's perspective*. In *The Justice System Journal*. v. 27, n. 2, p. 180-90. Oxfordshire: Taylor & Francis, 2006.
- FOCÍLIDES DI MILETO**. *Sentencias*. Trad. Miguel Herrero de Jáuregui. Madrid: Abada Editores, 2018.
- FOLLONI**, André; **CABRERA**, Michelle Girona. *Relações entre o direito e o ambiente social em Niklas Luhmann e Gunther Teubner*. In *Universitas JUS*. v. 26, n. 2, p. 65-75. Brasília: UniCEUB, 2015.

FRANCISCO, João Eberhardt. *A oralidade e a relação entre o juiz, os advogados e as partes no contexto da informatização do processo*. In *Garantismo Processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. p. 413-43. Coords. José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

_____. *Filtros ao acesso individual à justiça: estudo sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas*. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Orientadora: Prof.^a Dr.^a Susana Henriques da Costa. São Paulo, 2018.

FRANCO, Marcelo Veiga. *A Administração Pública como litigante habitual: a necessária mudança da cultura jurídica de tratamento dos conflitos*. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Orientador: Prof. Dr. Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves. Belo Horizonte, 2018.

FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil – conceito e princípios gerais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

GABBAY, Daniela Monteiro; **CUNHA**, Luciana Gross. *Considerações acerca do aumento da litigiosidade e do combate às causas da morosidade do sistema de justiça brasileiro*. In *Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva: uma análise empírica*. Série Direito e Desenvolvimento – Direito GV. p. 151-6. Coords. Luciana Gross Cunha e Daniela Monteiro Gabbay. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____; **OLIVEIRA**, Fabiana Luci; **CUNHA**, Luciana Gross. *Hipóteses e metodologia de pesquisa*. In *Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva: uma análise empírica*. Série Direito e Desenvolvimento – Direito GV. p. 33-9. Coords. Luciana Gross Cunha e Daniela Monteiro Gabbay. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____; **SILVA**, Paulo Eduardo Alves da; **ASPERTI**, Maria Cecília de Araujo; **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*. In *FGV Direito SP Research Paper Series*. n. 141, p. 1-23. São Paulo: FGV Direito SP, 2015.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: complementos e índice*. Trad. Ênio Paulo Giachini. 6. ed. 1. reimp. Petrópolis: Vozes, 2017.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Procedimentos, déficit procedimental e flexibilização procedimental no novo CPC*. In *Revista de Informação Legislativa*. v. 48, n. 190, p. 163-77. Brasília: Senado Federal, 2011.

GALANTER, Marc. *Acesso à justiça em um mundo de capacidade social em expansão*. Trad. João Eberhardt Francisco, Maria Cecília de Araujo Asperti e Susana Henriques da Costa. In *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*. v. 2, n. 1, p. 37-49. Porto Alegre: ABraSD, 2015.

_____. *Why the haves come out ahead: Speculations on the limits of legal change*. In *Law and Society Review*. v. 9, n. 1, p. 95-160. Amherst: Law and Society Association, 1974.

GALINDO, Maíra Coelho Torres. *Processo cooperativo: o contraditório dinâmico e a questão das decisões-surpresa*. Curitiba: Juruá, 2015.

GANEM, Ângela. *Adam Smith e a explicação do mercado como ordem social: uma abordagem histórico-filosófica*. In *Revista de Economia Contemporânea*. v. 4, n. 2, p. 9-36. Rio de Janeiro: Instituto de Economia – IE/UFRJ, 2000.

GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella; **ASPERTI**, Maria Cecília de Sraujo; **SILVA**, Paulo Eduardo Alves da. *Estudo de caso em previdenciário*. In *Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva: uma análise empírica. Série Direito e Desenvolvimento – Direito GV*. p. 53-103. Coords. Luciana Gross Cunha e Daniela Monteiro Gabbay. São Paulo: Saraiva, 2013.

GIANNOTTI, José Arthur. *Dialética x Analítica*. In *Analytica – Revista de Filosofia da Universidade Federal do Rio de Janeiro*. v. 12, n. 2, p. 35-45. Rio de Janeiro: UFRJ, 2008.

GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1971.

_____. *La controversia: contributo alla logica giuridica*. Pavia: Pubblicazioni dell'Università di Pavia, 1966.

_____. *Ordine isonomico e ordine asimmetrico: “nuova retorica” e teoria del processo*. In *Sociologia del diritto*. v. 13, n. 2-3, p. 81-90. Milano: Giuffrè, 1986.

GODOY, Arnaldo Moraes. *Aristófanes e As Vespas: o desencanto com o direito na literatura ática*. In *Revista de Informação Legislativa*. v. 37, n. 146, p. 251-9. Brasília: Senado Federal, 2000.

GOLDSCHMIDT, James. *Princípios gerais do processo civil*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2002.

GOMES, Alexandre Travessoni. *O fundamento de validade do direito: Kant e Kelsen*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

GONZALEZ, Anselmo Moreira. *Repetitivos ou “ineditivos”? Sistematização do recurso especial repetitivo*. Salvador: JusPodivm, 2020.

GORLA, Gino. *Raccolta di saggi sull’interpretazione e sul valore del precedente giudiziario in Italia*. In *Quaderni del Foro italiano*. v. 89, n. 9. Roma: Società Editrice Il Foro Italiano, 1966.

GOUVEIA, Mariana França. *Os poderes do juiz cível na acção declarativa: em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão*. In *Julgar – Revista Jurídica*. n. 1, p. 45-65. Lisboa: Associação Sindical dos Juízes Portugueses, 2007.

GRASSI, Lúcio. *Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real*. In *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 6, p. 47-59. São Paulo: Dialética, 2003.

GRASSO, Eduardo. *La collaborazione nel processo civile*. In *Rivista di Diritto Processuale*. v. XXI, p. 580-609. Padova: CEDAM, 1966.

GRECO, Leonardo. *O princípio do contraditório*. In *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 24, p. 71-9. São Paulo: Dialética, 2009.

GREGGER, Reinhard. *Cooperação como princípio processual*. In *Normas fundamentais*. p. 301-10. Coords. Fredie Didier Jr., Dierle Nunes e Alexandre Freire. Salvador: JusPodivm, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Defesa, contraditório, igualdade e ‘par condicio’ na ótica do processo de estrutura cooperatória*. In *Novas tendências do direito processual*. p. 1-16. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

_____. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____. *O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário*. In *As grandes transformações do processo civil brasileiro: Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. p. 109-34. Coord. Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____; **DINAMARCO**, Cândido Rangel; **WATANABE**, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

- GROSSI**, Paolo. *O direito entre poder e ordenamento*. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- GUEDES**, Jefferson Carús. *Princípio da oralidade: procedimento por audiências no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- GUILLÉN**, Víctor Fairén. *Teoría general de derecho procesal*. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992.
- GUSMÃO**, Paulo Dourado de. *Filosofia do direito*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- HABERMAS**, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. Org. Patrick Savidan. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- _____. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trads. George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002.
- _____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, 2 v.
- _____. *Na esteira da tecnocracia: pequenos escritos políticos XII*. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora Unesp, 2014.
- _____. *Técnica e ciência como “ideologia”*. Trad. Felipe Gonçalves Silva. São Paulo: Editora Unesp, 2014.
- _____. *Teoría de la acción comunicativa I: racionalidad de la acción y racionalización social*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 1. reimp. Madrid: Taurus, 1988.
- _____. *Teoría de la acción comunicativa II: crítica de la razón funcionalista*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 1. reimp. Madrid: Taurus, 1988.
- _____. *Teoria e práxis: estudos de filosofia social*. Trad. Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2013.
- _____. *Três modelos de democracia*. Trad. Gabriel Cohn e Álvaro de Vita. In *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*. n. 36, p. 39-53. São Paulo: Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, 1995.
- HARTOG**, François. *Regimes de historicidade: presentismo e experiências do tempo*. Trads. Andréa Souza de Menezes *et al.* Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013.
- HAVEMANN**, Robert. *Dialética sem dogma*. Trad. Fausto Guimarães. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- HEGEL**, Georg Wilhelm Friedrich. *Fenomenologia do espírito – parte 1*. Trad. Paulo Meneses. Apresentação de Henrique Cláudio de Lima Vaz. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1992.

HELFERICH, Christoph. *História da filosofia*. Trans. Luiz Sérgio Repa *et al.* São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HOUAISS, Antônio; **VILLAR**, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Elaborado pelo Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

INGRAM, David. *Habermas e a dialética da razão*. 2. ed. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

JÁUREGUI, Gurutz. *La democracia en la encrucijada*. Barcelona: Anagrama, 1994.

JUNGES, Fábio César; **ADAMS**, Adair. *Hermenêutica pela história da hermenêutica*. Jundiaí: Paco Editorial, 2013.

JUNOY, Joan Picó i. *El debido proceso leal: reflexiones en torno al fundamento constitucional del principio de la buena fe procesal*. In *Revista Peruana de Derecho Procesal*. n. 9, p. 331-72. Lima: Palestra, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Emenda Constitucional n. 62/2009: Estado Democrático de Direito e Responsabilidade Civil*. In *Emenda dos precatórios. Fundamentos de sua inconstitucionalidade*. Coords. Marçal Justen Filho e Carlos Valder do Nascimento. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

KANT, Immanuel. *Direito Natural Feyerabend (Curso de direito natural [1784], segundo as anotações do aluno Gottfried Feyerabend*. Trad. Fernando Costa Mattos. In *Cadernos de Filosofia Alemã: crítica e modernidade*. n. 15 (jun. 2010), p. 99-113. São Paulo: Departamento de Filosofia – FFLCH/USP, 2010.

_____. *Doutrina do direito*. 4. ed. Trad. Edson Bini. São Paulo: Ícone, 2013.

KIRK, G. S.; **RAVEN**, J. E.; **SCHOFIELD**, M. *Os filósofos pré-socráticos: história crítica com seleção de textos*. Trad. Carlos Alberto Louro Fonseca. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

KNEALE, William; **KNEALE**, Martha. *O desenvolvimento da lógica*. Trad. M. S. Lourenço. Lisboa: Fundação C. Gulbenkian, 1972.

KNIFFIN, Margaret N. *Overruling Supreme Court precedents: anticipatory action by United States courts of appeals*. In *Fordham Law Review*. v. 51, p. 53-89. New York: Fordham University, 1982.

- KOCHEM**, Ronaldo. *Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (Kooperationsmaxime)*. In *Normas fundamentais*. p. 311-44. Coords. Fredie Didier Jr., Dierle Nunes e Alexandre Freire. Salvador: JusPodivm, 2016.
- KONDER**, Leandro. *O que é dialética*. 21. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990.
- KUHN**, Thomas. *A função do dogma na investigação científica*. Curitiba: UFPR-SCHLA, 2012.
- LANES**, Júlio Cesar Goulart. *Fato e direito no processo cooperativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- LANGENEGGER**, Natalia. *Legitimidade ativa de pessoas físicas em ações coletivas: incentivos e desincentivos institucionais*. Dissertação de Mestrado apresentada à Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Orientadora: Prof.^a Dr.^a Luciana Gross Cunha. São Paulo, 2014.
- LEAL**, Márcio Flávio Mafrá. *Processo como diálogo: uma breve comparação entre os modelos brasileiro e alemão*. In *Revista de Processo*. n. 304, p. 309-16. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- LEAL**, Vitor Nunes. *O requisito da relevância para redução dos encargos do Supremo Tribunal*. In *Revista de Direito Processo Civil*. v. 6, p. 12-29. São Paulo: Saraiva, 1962.
- LEITE**, Evandro Gueiros. *A Emenda 2/85 (RISTF) e a boa razão*. In *Revista dos Tribunais*. v. 76, n. 615, p. 7-31. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- LEONARDO**, César Augusto Luiz. *Contraditório, lealdade processual e dever de cooperação intersubjetiva*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Orientador: Prof. Associado Dr. José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo, 2013.
- LEONEL**, Ricardo de Barros. *Reclamação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- _____. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- _____. *Tutela jurisdicional diferenciada no Projeto de Novo Código de Processo Civil*. In *Revista de Informação Legislativa*. v. 48, n. 190, p. 179-90. Brasília: Senado Federal, 2011.
- LESSA NETO**, João Luiz. *O novo Código de Processo Civil, racionalismo e os meios adequados de resolução de disputas no Brasil*. In *Processo civil comparado*. Orgs. João Calvão da Silva *et al.* p. 29-48. São Paulo: Forense, 2017.

- LÉVY**, Daniel de Andrade. *O incidente de resolução de demandas repetitivas no anteprojeto do Novo Código de Processo Civil à luz da Group Litigation Order britânica*. In *Revista de Processo*. n. 196, p. 165-205. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- LIMA**, Fernando Rister de Sousa. *Sociologia do Direito – o direito e o processo à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.
- LITRENTO**, Oliveiros. *Dialética e técnica na teoria geral do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- LOPES**, Maria Elizabeth de Castro. *Princípio do contraditório*. In *Princípios processuais civis na Constituição*. p. 101-14. Orgs. Olavo de Oliveira Neto e Maria Elizabeth de Castro Lopes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- LUCON**, Paulo Henrique dos Santos. *Garantia do tratamento paritário das partes*. In *Garantias constitucionais do processo civil*. p. 91-131. Coord. José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. *Il principio del contraddittorio e il dovere di motivazione nel C.P.C brasiliano del 2015*. In *Revista de Processo*. v. 43, n. 278, p. 111-37. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- _____. *Relação entre demandas*. 2. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.
- _____. *Segurança jurídica no Código de Processo Civil de 2015*. In *Processo em Jornadas – XI Jornadas Brasileiras de Direito Processual, XXV Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual*. p. 766-80. Coords. Paulo Henrique dos Santos Lucon, Ricardo de Carvalho Aprigliano, João Paulo Hecker da Silva, Ronaldo Vasconcelos e André Orthmann. Salvador: JusPodivm, 2016.
- _____. *Segurança jurídica no Novo CPC*. In *Panorama atual do Novo CPC*. p. 325-44. Coords. Paulo Henrique dos Santos Lucon e Pedro Miranda de Oliveira. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.
- LUHMANN**, Niklas. *A realidade dos meios de comunicação*. Trad. Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005.
- _____. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Editorial Herder, 2006.
- _____. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.
- _____. *O direito da sociedade*. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

_____. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. Trad. Antonio C. Luz Costa et al. São Paulo: Vozes, 2016.

LUMIA, Giuseppe. *Elementos de teoria e ideologia do direito*. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LUNDMARK, Thomas. *Book Review: Interpreting precedents: a comparative study*. By Neil MacCornick and Robert S. Summers. In *The American Journal of Comparative Law*. v. 46, n. 1, p. 211-24. Oxford: Oxford University Press, 1998.

MACCORNICK, Neil; **SUMMERS**, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Dartmouth Publishing, 1997.

MACDONALD, Paulo Baptista Caruso. *Direito e justiça em Aristóteles*. Porto Alegre: Faculdade de Direito da UFRGS, 2019.

MACÊDO, Lucas Buril de. *Contributo para a definição de 'ratio decidendi' na teoria brasileira dos precedentes judiciais*. In *Revista de Processo*. v. 234, p. 303-27. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *O regime jurídico dos precedentes judiciais no Projeto do novo Código de Processo Civil*. In *Revista dos Tribunais*. v. 237, p. 369-401. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

_____. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2015.

MACIEL, Adhemar Ferreira. *Restrição à admissibilidade de recursos na Suprema Corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal do Brasil*. In *Revista de Informação Legislativa*. v. 43, n. 170, p. 7-15. Brasília: Senado Federal, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: a luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

MANNHEIM, Karl. *Ideologia e utopia: introdução à sociologia do conhecimento*. Trad. Emilio Willems. Rio de Janeiro: Editora Globo, 1952.

MANZIN, Maurizio. *Del contraddittorio come principio e come metodo*. In *Audiat et altera pars: il contraddittorio fra principio e regola*. p. 3-22. Coords. Maurizio Manzin e Federico Puppo. Milano: Giuffrè, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____; **MITIDIERO**, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

- MARQUES**, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. v. I. Campinas: Millenium, 1999.
- MARTINS**, Ricardo Marcondes. *Princípio da colaboração no processo civil*. In *Aspectos polêmicos do novo Código de Processo Civil*. v. I. p. 277-99. Orgs. Helder Moroni Câmara *et al.* São Paulo: Almedina, 2018.
- MARX**, Karl. *O Capital: crítica da economia política. Livro I – O processo de produção do capital*. Trans. Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Abril Cultural, 1983.
- MATTA**, Darilê Marques da. *Repercussão geral no Supremo Tribunal Federal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2018.
- MAXIMILIANO**, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MEDINA**, Damares. *A seletividade do relator no exame da repercussão geral no Supremo Tribunal Federal*. In *Teorias da decisão e realismo jurídico* [Recurso eletrônico on-line]. p. 100-14. Coords. Eloy P. Lemos Junior, Jerônimo Siqueira Tybusch e Lorena de Melo Freitas. Florianópolis: CONPEDI, 2015.
- _____. *Amicus Curiae: Amigo da Corte ou Amigo da Parte?* São Paulo: Saraiva, 2010.
- MELENDO**, Santiago Sentís. *La prueba: los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: EJEJA, 1978.
- MELLO**, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- MENDES**, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- _____. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- MENDES**, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MENDONÇA**, Luís Correia de. *80 Anos de autoritarismo: uma leitura política do processo civil português*. In *Proceso e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. 2. ed. Coord. Juan Montero Aroca. p. 375-430. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- _____. *Vírus autoritário e processo civil*. In *Julgar – Revista Jurídica*. n. 1, p. 67-98. Lisboa: Associação Sindical dos Juizes Portugueses, 2007.

MESQUITA, José Ignacio Botelho de. *Apresentação: Teoria e Prática do Processo Civil e Comercial*. In *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*. v. 1, p. 308-14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MEYER, Emilio Peluso Neder. *Repercussão geral e separação de poderes: uma perspectiva procedimentalmente adequada do instituto ante a relação entre legislativo e judiciário no estado democrático de direito*. In *Repercussão geral da questão constitucional*. p. 223-57. Coords. Luiz Fux *et al.* Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MINGATI, Vinícius Secafen. *Reclamação (neo)constitucional: precedentes, segurança jurídica e os juizados especiais*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

MINIO-PALUELLO, Lorenzo. *Introduction*. In *Twelfth Century Logic: texts and studies, I Adam Balsamiensis Parvipontani – Ars disserendi (dialectica Alexandri)*. p. 13-37. Coord. Lorenzo Minio-Paluello. Roma: Edizioni di Storia e Letteratura, 1956.

MINISTERIO DA JUSTIÇA. SECRETARIA DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS – SAL/MJ (BRASIL). *Repercussão geral e o sistema brasileiro de precedentes: versão simplificada*. Pesquisa realizada pela Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP) para o Projeto Pensando o Direito. p. 6-59. Brasília: SAL/MJ, 2010.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t. IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual civil*. In *Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. n. 2, p. 101-28. Porto Alegre: UFRGS, 2004.

MONTAIGNE, Michel de. *Ensaio*. Edição integral. Trad. e notas de Sérgio Milliet. São Paulo: Editora 34, 2016.

MONTEIRO NETO, João Pereira. *Análise comparativa das Exposições de Motivos dos Códigos de Processo Civil brasileiros*. In *Direito Processual Civil Contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Walter Piva Rodrigues*. p. 325-60. Orgs. Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo, Daniel Guimarães Zveibil, Luiz Dellore, Júlio César Bueno e Marco Antonio Perez de Oliveira. Indaiatuba: Editora Foco, 2019.

_____. *A nova conformação legal da remessa necessária*. In *Revista de Doutrina e Jurisprudência*. v. 108, n. 2, p. 257-72-. Brasília: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, 2017.

_____. *Execução contra a Fazenda Pública: e sua efetividade no Código de Processo Civil*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

_____. *Oralidade e novas tecnologias no processo civil brasileiro*. In *Revista Forense*. v. 428, ano 115, p. 143-78. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. *O redimensionamento do princípio do contraditório no novo Código de Processo Civil*. In *Revista de Doutrina e Jurisprudência*. v. 106, n. 2, p. 420-33. Brasília: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, 2015.

_____. “Representação” *sui generis* coletiva? Reflexões iniciais sobre o julgamento do Tema de Repercussão Geral 499. In *Migalhas*. Periódico eletrônico. Informativo n. 4.154. 17 jul. 2017. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/depeso/262001>>.

_____. *Vantagens e desvantagens da adoção de um sistema de precedentes judiciais*. In *Revista Jurídica – Seccional da OAB do Distrito Federal*. ano 2, n. 6, p. 58-60. Brasília: OAB/DF, 2015.

MONTELEONE, Girolamo. *Manuale di Diritto processuale civile: I. Disposizioni generali. I processi di cognizione di primo grado. Le impugnazioni*. Padova: CEDAM, 2007.

MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. 4. ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019.

MOREIRA, Thais Miranda. *A facticidade e a validade da sociedade complexa e a construção do mínimo existencial*. In *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*. v. 30, n. 1, p. 9-26. Pouso Alegre: FDSM, 2014.

MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação no futuro*. 2. ed. Trans. Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. Rev. Edgard de Assis Carvalho. São Paulo: Cortez, 2000.

MORO, Paolo. *Sul valore topico del precedente giudiziale*. In *Res iudicata. Figure della positività giuridica nell'esperienza contemporanea*. p. 177-208. Coords. Claudio Sarra e Daniele Velo Dalbrenta. Padova: Padova University Press, 2013.

MOSCHZISKER, Robert von. *Stare decisis in courts of law resort*. In *Harvard Law Review*. v. 37, n. 4, p. 409-30. Cambridge: The Harvard Law Review Association, 1924.

MOTTA, Fernando José Borges; **RAMIRES**, Maurício. *Aplicando precedentes com coerência e integridade: o novo Código de Processo Civil e o exemplo privilegiado da “substantive due process of law doctrine”*. In *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim*. p.

415-46. Coords. Dierle Nunes, Aluisio Mendes e Fernando Gonzaga Jayme. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NEVES, Antonio Castanheira. *Metodologia jurídica – problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

NEVES, Clarissa Eckert Baeta; **NEVES**, Fabrício Monteiro. *O que há de complexo no mundo complexo? Niklas Luhmann e a Teoria dos Sistemas Sociais*. In *Sociologias*. n. 15, p. 182-207. Porto Alegre: UFRGS, 2006.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

NOVAK, Maria da Glória. *Medéia de Sêneca*. In *Letras Clássicas – Revista de Estudos Clássicos do Programa de Pós-Graduação em Letras Clássicas da Universidade de São Paulo*. n. 3, p. 147-62. São Paulo: FFLCH/USP, 1999.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. 1. ed. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012.

_____; **BAHIA**, Alexandre; **PEDRON**, Flávio Quinaud. *Teoria geral do processo*. Salvador: JusPodivm, 2020.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Efetividade e processo de conhecimento*. In *Do formalismo no processo civil* [Apêndice]. 2. ed. p. 244-59. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Garantia do contraditório*. In *Garantias constitucionais do processo civil*. p. 132-50. Coord. José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. In *Do formalismo no processo civil* [Apêndice]. 2. ed. p. 260-74. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*. In *Gênese: Revista de Direito Processual Civil*. v. 8, n. 27, p. 22-51. Curitiba: Gênese, 2003.

OLIVEIRA NETO, Olavo de; **LOPES**, Maria Elizabeth de Castro (Orgs.). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

OSNA, Gustavo. *Processo civil, cultura e proporcionalidade: análise crítica da teoria processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

- PAJNO**, Alessandro. *Nomofilachia e giustizia amministrativa*. In *Rassegna forense*. n. 3-4, p. 641-58. Roma: Consiglio Nazionale Forense, 2014.
- PARSONS**, Talcott. *El sistema social*. Trad. J. Jiménez Blanco e J. Cazorla. Madrid: Alianza Editorial, 1982.
- _____. *O conceito de sistema social*. Trad. Gabriel Bolaffi. In *Homens e sociedade: leituras básicas de sociologia geral*. 14. ed. p. 47-55. Coords. Fernando Henrique Cardoso e Octávio Ianni. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1984.
- PECZENIK**, Aleksander. *The binding force of precedent*. In *Interpreting Precedents – A Comparative Study*. p. 461-79. Orgs. Neil MacCormick e Robert Summers. Aldershot: Ashgate, 1997.
- PEIXOTO**, Ravi. *A vedação à decisão surpresa e a crônica de uma morte anunciada*. In *Revista Brasileira de Direito Processual*. ano 25, n. 99. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- _____. *O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015. Uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (distinguishing) e a distinção inconsistente (inconsistent distinguishing)*. In *Revista de Processo*. v. 248, p. 331-55. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- PEREIRA**, Julia Lafayette. *Implicações do discurso eficientista liberal no movimento de ampliação do acesso à justiça: a experiência dos juizados especiais federais*. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Orientadora: Prof.^a Dr.^a Jânia Maria Lopes Saldanha. São Leopoldo, 2013.
- PERELMAN**, Chaïm; **OLBRECHTS-TYTECA**, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- PERROTTA**, Genaro. *Storia della letteratura greca*. Milano: G. Principato, 1953, 3 v.
- PICARDI**, Nicola. *Il principio del contraddittorio*. In *Rivista di Diritto Processuale*. v. 53, p. 673-81. Padova: CEDAM, 1998.
- _____. *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*. Milano: Giuffrè, 2007.
- _____. *Manuale del processo civile*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2010.
- PISANI**, Andrea Proto. *Appunti sulla giustizia civile*. Bari: Caccuci, 1982.
- _____. *Le tutele giurisdizionali dei diritti: studi*. Napoli: Jovene Editore, 2003.
- PLATÃO**. *A república (ou Da justiça)*. Trad. Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014.
- _____. *Diálogos I – Teeteto (ou Do conhecimento); Sofista (ou Do ser); Protágoras (ou Sofistas)*. Trad. Edson Bini. 1. ed. 3. reimp. São Paulo: Edipro, 2017.

_____. *Diálogos III – Socráticos: Fedro (ou Do Belo); Eutífron (ou Da Religiosidade); Apologia de Sócrates; Críton (ou Do Dever); Fédon (ou da Alma)*. Trad. Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015.

_____. *Diálogos VI – Crátilo (ou Da Correção dos Nomes); Cármides (ou Da Moderação); Laques (ou Da Coragem); Ion (ou da Ilíada); Menexeno (ou Oração Fúnebre)*. Trad. Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2016.

PLUTARCO. *Des contradictions des stoïciens*. Trad. É. Bréhier. In *Les Stoïciens*. Paris: Bibliothèque de la Pléiade, 1962.

POMPEU, Ana Maria César. *Aristófanes e Platão: a justiça na pólis*. São Paulo: Biblioteca24horas, 2011.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Processo civil contemporâneo: elementos, ideologias e perspectivas*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

POUND, Roscoe. *The law and the people*. In *The University of Chicago Magazine*. v. 3, n. 1, p. 1-16. Chicago: University of Chicago Press, 1910.

PREVE, Costanzo. *Storia della dialettica*. Pistoia: Editrice Petite Plaisance, 2006.

PROVERA, Giuseppe. *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*. Torino: Giappichelli, 1970.

PUPPO, Federico. *Informatica giuridica e metodo retorico: un approccio “classico” all’uso delle nuove tecnologie*. Trento: Tangram Edizioni Scientifiche, 2012.

_____. *La forma retorica del contraddittorio*. In *Audiat et altera pars: il contraddittorio fra principio e regola*. p. 23-54. Coords. Maurizio Manzin e Federico Puppo. Milano: Giuffrè, 2008.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, Glauco Gumerato. *Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate*. In *Ativismo judicial e garantismo processual*. p. 273-86. Coords. Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy. Salvador: JusPodivm, 2013.

RE, Edward. *Stare decisis*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. In *Revista de Processo*. v. 73, p. 47-57. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. 3. tir. Saraiva: São Paulo, 2002.

_____. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 91.

- REGATIERI**, Ricardo Pagliuso. *Teoria da ação e teoria de sistemas em Talcott Parsons e Jürgen Habermas*. In *Estudos de Sociologia*. v. 2, n. 25, p. 189-212. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2019.
- REGO**, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. *Comentário ao Código de Processo Civil*. v. II. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- RIBEIRO**, Sérgio Luiz de Almeida. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR: o procedimento padrão tupiniquim e suas peculiaridades (breves reflexões)*. In *Revista Brasileira de Direito Processual*. n. 92, p. 185-205. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- ROCHER**, Guy. *Talcott Parsons e a sociologia americana*. Trad. Olga Lopes da Cruz. Rio de Janeiro: Francisco Alves Editora, 1976.
- RODRIGUES**, Marcelo Abelha. *Técnicas individuais de repercussão coletiva x técnicas coletivas de repercussão individual. Por que estão extinguindo a ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos?* In *Processo Coletivo*. p. 623-39. Coords. Hermes Zaneti Júnior e Fredie Júnior. Salvador: JusPodivm, 2016.
- RODRIGUES**, Léo Peixoto; **NEVES**, Fabrício Monteiro. *A sociologia de Niklas Luhmann*. Petrópolis: Vozes, 2017.
- RODRIGUES**, Nina Trícia Disconzi; **PINÓS**, Ondina Maria Paulino. *A participação do Senado no controle difuso de constitucionalidade*. In *Revista de Informação Legislativa*. v. 50, n. 198, p. 141-68. Brasília: Senado Federal, 2013.
- ROESLER**, Claudia Rosane. *Theodor Wieweg e a Ciência do Direito: tópica, discurso, racionalidade*. Florianópolis: Momento Atual, 2004.
- ROSA**, Felipe Augusto de Miranda. *Direito, justiça e ideologia: reflexões não ortodoxas*. Rio de Janeiro: Achiamé, 1980.
- ROSEMBERG**, Leo. *Da jurisdição no processo civil*. Trad. João S. Muller. Campinas: Impactus Editora, 2005.
- ROSITO**, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012.
- ROUSSEAU**, Jean-Jacques. *Do contrato social: princípios do direito político*. Trad. e comentários de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- RUBENSTEIN**, William B. *The concept of equality in civil procedure*. In *Cardozo Law Review*. v. 23, n. 5, p. 1.865-1.915. Cambridge: Harvard Law School, 2002.

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. *Precedentes e jurisprudência no Novo CPC: novas técnicas decisórias*. In *O novo código de processo civil: questões controvertidas*. p. 77-88. Org. Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Atlas, 2015.

SANDEFUR, Rebecca L. *Access to civil justice and race, class and gender inequality*. In *Annual Review of Sociology*. v. 34, p. 339-58. Stanford: Stanford University, 2008.

SANTIAGO Y CALDO, Diego. *O veto ao incidente de coletivização e a chance perdida para solucionar o fenômeno das ações individuais repetitivas*. In *Revista de Processo*. v. 105, n. 965, p. 37-59. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SANTOS, Andrés de la Oliva. *El papel del juez en el proceso civil: frente a ideología, “prudentia iuris”*. Pamplona: Thomson Reuters, 2012.

SANTOS, Bento Silva. *A noção de “justa medida” no Político (284a-285c) de Platão*. In *Síntese – Revista de Filosofia*. v. 33, n. 106, p. 273-90. Belo Horizonte: Faculdade Jesuíta de Filosofia e Teologia, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa; **PEDROSO**, João; **BRANCO**, Patrícia. *O recrutamento e a formação de magistrados: análise comparada de sistema em países da União Europeia*. Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa – Universidade de Coimbra, 2006.

SANTOS, José Manuel. *A complexidade do mundo*. In *O pensamento de Niklas Luhmann*. Coord. José Manuel Santos. p. 123-64. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2005.

SANTOS, Mário Ferreira dos. *Lógica e dialética: lógica, dialética e decialética*. São Paulo: Paulus, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; **MARINONI**, Luiz Guilherme; **MITIDIERO**, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARTOR, Giovanni. *Precedente giudiziale*. In *Contratto e impresa*. v. 4-5/1995, p. 1.300-55. Padova: Cedam, 1995.

SATTA, Salvatore. *Diritto processale civile*. 5. ed. Padova: CEDAM, 1957.

_____. *Il mistero del processo*. In *Rivista di Diritto Processuale*. anno IV, n. 4, p. 273-88. Padova: CEDAM, 1949.

SCARPARO, Eduardo. *As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

SCHOPENHAUER, Arthur. *A arte de ter razão: exposta em 38 estratégias*. 4. ed. Org. Franco Volpi. Trad. Eduardo Brandão. Rev. Karina Jannini. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017.

_____. *Fragments para a história da filosofia*. Trad. Maria Lúcia Cacciola. São Paulo: Iluminuras, 2003.

SECRETARIA DE ASSUNTOS DE LEGISLATIVO-SAL. MINISTERIO DA JUSTIÇA-MJ (BRASIL). *Repercussão geral e o sistema brasileiro de precedentes: versão simplificada, pesquisa realizada pela Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP) para o Projeto Pensando o Direito*, 2010.

SENADO FEDERAL (BRASIL). *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010.

_____. *Código de Processo Civil – Histórico da Lei n. 5.869/1973*. v. I, t. I. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 1974.

SÊNECA. *Medeia*. Trad. Ana Alexandra Alves de Sousa. 3. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2013.

SERRES, Michel. *Tempo de crise: o que a crise financeira trouxe à tona e como reinventar nossa vida e o futuro*. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2017.

SILVA, Bruna Moraes da. *A democracia ateniense e o ideal de liberdade na obra Os Heráclidas, de Eurípides*. In *Faces da História – Revista Discente do Programa de Pós-Graduação em História*. v. 4, n. 2, p. 42-57. Assis: UNESP, 2017.

SILVA, Evandro Lins e. *O recurso extraordinário e a relevância da questão federal*. In *Revista Forense*. n. 485, p. 10-5. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*. v.1. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

- SILVA**, Paula Costa e. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- SILVA**, Paulo Eduardo Alves da. *Acesso à Justiça, litigiosidade e o modelo processual civil brasileiro*. Tese de Livre Docência. Departamento de Direito Privado e Processo Civil. Ribeirão Preto: Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP, 2018.
- _____. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SIMIONI**, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas*. 2. imp. Curitiba: Juruá, 2016.
- SIMON**, William H. *A prática da justiça: uma teoria da ética dos advogados*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- SPINOZA**, Benedictus de. *Ética*. Trad. Tomaz Tadeu. 3. ed. 2. reimp. Belo Horizonte: Autêntica, 2016.
- SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO-SBDP (BRASIL)**. *Ações Coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva*. Pesquisa realizada pela Sociedade Brasileira de Direito Público para a 2ª Edição da série *Justiça Pesquisa*, do Conselho Nacional de Justiça-CNJ (Brasil). Coords. Conrado Hubner Mendes, Vanessa Elias de Oliveira e Rogério Bastos Arantes. São Paulo: SBDP, 2017.
- SOMMAGGIO**, Paolo. *Il contraddittorio come criterio di razionalità del processo*. In *Audiat et altera pars: il contraddittorio fra principio e regola*. p. 159-216. Coords. Maurizio Manzin e Federico Puppo. Milano: Giuffrè, 2008.
- _____. *La centralità del contraddittorio nell'esperienza giuridica: prime riflessioni per una teoria radicale*. In *Diritto e Questioni Pubbliche – Rivista di Filosofia del Diritto e Cultura Giuridica*. n. 7, p. 71-119. Palermo: Università degli Studi di Palermo, 2007.
- SOUSA**, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997.
- SOUZA**, Luiz Sérgio Fernandes de. *O papel da ideologia no preenchimento de lacunas no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- SOUZA NETO**, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- STIGAR**, Robson. *A concepção de religião para Max Weber: um olhar a partir da ciência da religião*. In *Revista Kerygma*. v. 11, n. 2, p. 167-74. São Paulo: UNASP, 2015.

TABOSA, Adriana Santos. *O problema do mérito como critério para a reciprocidade proporcional segundo Aristóteles*. In *Revista Ideação*. n. 34, p. 207-28. Feira de Santana: UEFS, 2016, p. 208-9.

TARELLO, Giovanni. *Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice italiano di procedura civile*. In *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale*. p. 9-107. Coords. Ricardo Guastini e Giorgio Rebuffa. Bologna: Il Mulino, 1989.

TARUFFO, Michele. *Ensaio sobre o processo civil: escritos sobre processo e justiça civil*. Organização e revisor das traduções Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

_____. *Ideologie e teorie della giustizia civile*. In *Revista de Processo*. n. 247, p. 49-60. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

TAYLOR, Hannis. *Jurisdiction and Procedure of the Supreme Court of the United States*. Rochester: E. R. Andrews Printing, 1905.

TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016.

TERRA, Ricardo Ribeiro. *A política tensa*. São Paulo: Iluminuras, 1995.

THEML, Neide. *O público e o privado na Grécia do VIII ao IV século a.C.: o modelo ateniense*. Rio de Janeiro: 7 Letras, 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo justo e contraditório dinâmico*. In *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. v. 33, p. 5-18. Porto Alegre: Lex Magister, 2009.

TORRES, Amanda Lobão. *A cooperação processual no novo Código de Processo Civil brasileiro*. In *O novo Código de Processo Civil brasileiro – Estudos dirigidos: sistematização e procedimentos*. p. 3-19. Coords. Thereza Arruda Alvim *et al.* Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TOZZINI, Daniel Laskowski. *Filosofia da ciência de Thomas Kuhn: conceitos de racionalidade científica*. São Paulo: Atlas, 2014.

TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório: a proibição de venire contra factum proprium no direito processual civil brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Anotações sobre a repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário*. In *Revista de Processo*. v. 32, n. 145, p. 151-62. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *O precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *O regime do precedente judicial no novo CPC*. In *Precedentes*. 2. ed. p. 445-57. Coords. Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr. e Lucas Buril de Macêdo. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____; **AZEVEDO**, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

VALE, André Rufino do. *Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais*. Tese de Doutorado apresentada à Universidade de Brasília, em regime de cotutela com a Universidade de Alicante. Orientadores: Prof.^a Dr.^a Claudia Roesler e Prof. Dr. Manuel Atienza. Brasília, Alicante, 2015.

VALLE, Lílian de Aragão Bastos do. *Aristóteles e a práxis: uma filosofia do movimento*. In *Educação*. v. 37, n. 2, p. 263-77. Porto Alegre: PUC-RS, 2014.

VERDE, Giovanni. *Apostilla*. In *Proceso e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. 2. ed. Coord. Juan Montero Aroca. p. 173-6. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

_____. *Las ideologías del proceso en un reciente ensayo*. In *Proceso e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. 2. ed. Coord. Juan Montero Aroca. p. 75-88. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

VERGNIÈRES, Solange. *Ética e política em Aristóteles: physis, ethos, nomos*. Trad. Constança Marcondes Cesar. São Paulo: Paulus, 1998.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. *O garantismo processual*. In *Ativismo judicial e garantismo processual*. p. 13-34. Coords. Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy. Salvador: JusPodivm, 2013.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Do Poder Judiciário: organização e competência*. In *Revista de Direito Administrativo*. n. 200, p. 1-19. Rio de Janeiro: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 1995.

VIAFORE, Daniele. *As semelhanças e as diferenças entre o procedimento-modelo alemão Musterverfahren e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas” no*

PL 8.045/2010. In *Revista de Processo*. n. 217, p. 257-308. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. *Convenções processuais no paradigma do processo civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Gramma, 2017.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. 4. ed. São Paulo: NOESES, 2010.

_____. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

VOLPI, Franco. *Schopenhauer e a dialética*. In *A arte de ter razão: exposta em 38 estratégias*, de Arthur Schopenhauer. p. 69-116. São Paulo: Martins Fontes, 2017.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Amicus curiae – afinal quem é ele?* In *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*. n. 34, p. 241-5. Curitiba: IAP, 2006.

_____. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

_____. *Assistência judiciária e o Juizado Especial de Pequenas Causas*. In *Juizado Especial de Pequenas Causas*. p. 161-7. Org. Kazuo Watanabe. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

WEBBER, Suelen da Silva. *Decisão judicial e estabilização social: legitimação pelo procedimento na sociedade complexa*. Curitiba: Juruá, 2017.

WEBER, Max. *A ética protestante e o “espírito” do capitalismo*. Trad. José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

WILLOUGHBY, William Franklin. *Principles of judicial administration*. Washington: The Brookings Institution, 1929.

WOLKART, Erik Navarro. *Precedente judicial no processo civil brasileiro: mecanismos de objetivação do processo*. Salvador: JusPodivm, 2013.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. *Reclamação constitucional e precedentes judiciais: contributo a um olhar crítico sobre o Novo Código de Processo Civil (de acordo com a Lei 13.526/2016)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

YOUNG, Charles M. *A justiça em Aristóteles*. In *Aristóteles: a ética a Nicômaco*. p. 169-85. Trads. Alfredo Storck *et al.* Coords. Richard Kraut *et al.* Porto Alegre: Artmed, 2009.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O modelo constitucional do processo civil brasileiro contemporâneo*. In *Reconstruindo a teoria geral do processo*. p. 89-124. Org. Fredie Didier Jr. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *O princípio da cooperação e o Novo Código de Processo Civil: cooperação para o processo*. In *Processo Civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do Professor Humberto Theodoro Jr.* p. 141-53. Coords. Paulo Henrique dos Santos Lucon *et al.* Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ZUFELATO, Camilo. *Algumas reflexões acerca do Compêndio de Paula Baptista com vistas ao CPC/2015*. In *História do Processo*. p. 89-109. Coords. Eduardo José da Fonseca Costa *et al.* São Paulo: ABDPRO, Editora Exegese, 2018.

_____. *Precedentes Judiciais à Brasileira no Novo CPC: aspectos gerais*. In *O novo código de processo civil: questões controvertidas*. p. 89-112. Org. Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Atlas, 2015.