UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

RODRIGO VASCONCELOS COÊLHO DE ARAÚJO

AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS:
a (des)construção dos seus requisitos, limites e possibilidades a partir do princípio da eficiência

Recife
2020

.

RODRIGO VASCONCELOS COÊLHO DE ARAÚJO

AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS:
a (des)construção dos seus requisitos, limites e possibilidades a partir do princípio da eficiência

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife/Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor.

Área de Concentração: Teoria e Dogmática do Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira.

Recife
2020

Catalogação na fonte
Bibliotecário Jefferson Luiz Alves Nazareno, CRB-4/1758

A663a Araújo, Rodrigo Vasconcelos Coêlho de.
Audiências públicas no incidente de resolução de demandas repetitivas: a (des)construção dos seus requisitos, limites e possibilidades a partir do princípio da eficiência/ Rodrigo Vasconcelos Coêlho de Araújo. – Recife, 2020.
375 f.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira.
Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2020.

Inclui referências.

1. Processo civil – Brasil. 2. Audiências Públicas. 3. Princípio do Contraditório. 4. Eficiência. 5. I. Teixeira, Sérgio Torres (Orientador). II. Título.

347.81 CDD (22. ed.) UFPE (BSCCJ 2020-24)

RODRIGO VASCONCELOS COÊLHO DE ARAÚJO

AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: a (des)construção dos seus requisitos, limites e possibilidades a partir do princípio da eficiência

Tese apresentada ao Programa de PósGraduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito para obtenção do título de Doutor em Direito.

Aprovado em: 13/02/2020

BANCA EXAMINADORA

_____

Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira (Orientador) – Universidade Federal de Pernambuco

_____

Prof. Dr. Marcelo Labanca Corrêa de Araújo (Examinador Externo) - Universidade Católica de Pernambuco

_____

Prof. Dr. Luiz Henrique Diniz Araújo (Examinador Externo) Centro Universitário UNIFBV

_____

Prof. Dr. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti (Examinador Interno) Universidade Federal de Pernambuco

_____

Prof. Dr. João Paulo Fernandes de Sousa Allain Teixeira (Examinador Interno) Universidade Federal de Pernambuco

_____

Prof. Dr. Bruno César Machado Torres Galindo (Examinador Interno) Universidade Federal de Pernambuco

AGRADECIMENTOS

“A menos que você aceite com gratidão tudo o que a vida traz, você está deixando escapar o sentido” (Osho).

Ao Pai do Céu pelos caminhos e descaminhos da vida, que nem sempre compreendemos.

Aos meus queridos pais Fernando e Letícia, que no cotidiano de suas vidas me deram o exemplo moral, o afeto sem limites e o interesse pelo mundo dos livros. Não há palavras para demonstrar meu amor, gratidão e admiração por vocês.

À minha amada esposa Érica, bem como aos meus preciosos filhos Eduardo e Cecília, meu agradecimento pela compreensão das horas roubadas do convívio familiar, pelo amor sem limites e por me fazerem tentar permanentemente ser uma pessoa melhor. Quando estou cego, vocês me fazem enxergar, quando estou mudo, vocês me dão voz para gritar.

Aos meus irmãos Gilvandro e Ana Luiza pela amizade e carinho ao longo dessa vida.

Ao meu avô Gilvandro pelo estímulo intelectual e à minha avó Zita pela sua doçura

A Sérgio Torres Teixeira, meu querido orientador de graduação, mestrado e doutorado na Casa de Tobias Barreto. Magistrado e professor de tantos títulos e honrarias. Acima de tudo, amigo e humano. Como é fácil aprender e conviver ao seu lado.

Aos queridos professores do PPGD/UFPE. Cada um deles foi de extrema importância na minha formação. Não há palavras para expressar minha gratidão diante de tanta paciência, generosidade e sabedoria. Muito obrigado Bruno Galindo, Edilson Nobre, Francisco Barros, Francisco Cavalcanti, Ivo Dantas, Leonardo Cunha, Fabíola Lobo e Torquato Castro Júnior.

Ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região pelo constante estímulo ao aperfeiçoamento de seus magistrados, merecendo especial destaque pelos ensinamentos profissionais e ajuda na elaboração da presente tese os Desembargadores Federais Edilson Nobre, Élio Siqueira Filho e Manoel Erhardt.

Aos meus amigos magistrados e servidores da Justiça Federal em Pernambuco pelo constante estímulo e debate de ideias na elaboração da presente tese, com uma especial homenagem ao amigo e colega Francisco Antônio de Barros e Silva Neto.

Aos funcionários da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, especialmente Carminha, pela convivência e atenção especial durante todo o curso.

A todos os meus amigos pelo apoio dado e pela compreensão da minha ausência durante a elaboração do trabalho. Sem vocês eu também não teria conseguido.

RESUMO

O presente trabalho analisa os requisitos, limites e possibilidades das audiências públicas no âmbito do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. A pesquisa parte de um pensamento problematizante e questionador da utilização dessas audiências públicas com a finalidade precípua de aumento da legitimidade do Poder Judiciário através da apresentação de argumentos técnico-jurídicos pela sociedade, sem considerar a possibilidade desse mecanismo ser utilizado como local para aferir eventuais consequências econômicas e sociais do precedente, bem como para análise dos fatos legislativos. Questiona-se, ainda, se a convocação das audiências públicas com o objetivo de apenas ouvir argumentos técnico-jurídicos não violaria o princípio da eficiência processual, vez que outros mecanismos poderiam cumprir aquele desiderato em menor tempo e com custo econômico mais favorável, como é o caso do *amicus curiae*. O primeiro alvo da pesquisa consiste em compreender os principais elementos teóricos da teoria dos precedentes no direito brasileiro, vez que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas integra um microssistema de formação de precedentes obrigatórios no Código de Processo Civil. Em seguida, realiza-se um estudo do princípio da eficiência processual, com destaque para o seu conceito, funções e hipóteses de aplicação, tomando como pressuposto teórico a teoria circular reflexiva. O trabalho, posteriormente, aborda a natureza jurídica do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, as hipóteses de cabimento, a legitimidade, o procedimento e os efeitos do julgamento, com uma preocupação voltada ao modelo cooperativo de processo e à abertura do contraditório. A partir da teoria da sociedade aberta dos intérpretes, analisa-se a possibilidade de transposição do regime jurídico das audiências públicas judiciais do Supremo Tribunal Federal para as do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Posteriormente, são verificados diversos aspectos das audiências públicas no incidente, com destaque para suas finalidades, requisitos, critério de seleção dos participantes, deveres e direitos dos participantes, o despacho de convocação, o rito, bem como sua relação com o *amicus curiae*. Ao longo do texto são expostos alguns julgados de Tribunais brasileiros e estrangeiros para elucidar melhor o fenômeno pesquisado. Por fim, são elencadas possibilidade de utilização eficiente dessas audiências públicas, exercendo-se um juízo crítico sobre as conclusões encontradas.

Palavras-chave: Audiências Públicas – Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – Princípio do Contraditório - Eficiência.

ABSTRACT

This work analyzes the requirements, limits and possibilities of public hearings in the Incident of Repeated Demands Resolution.The research starts from a problematizing and questioning thinking about the use of these public hearings with the primary purpose of increasing the legitimacy of the Judiciary through the presentation of technical and legal arguments by society without considering the possibility of this mechanism being used as a place to gauge possible economic and social consequences of the precedent, as well as to analyze the legislative facts. It is also questioned whether the convening of public hearings with the objective of only hearing technical and legal arguments would not violate the principle of procedural efficiency since other mechanisms could fulfill that goal in less time and with a more favorable economic cost, as is the case of the amicus curiae. The first aim of the research is to understand the main elements of the theory of precedents in Brazilian law, since the Incident of Repeated Demands Resolution integrates a microsystem of formation of precedents obligatory in the Code of Civil Procedure. Then, a study of the principle of procedural efficiency is carried out, with emphasis on its concept, functions and hypotheses of application, taking as theoretical presupposition the reflexive circular theory. The research then discusses the legal nature of the Incident of Repeated Demands Resolution, the requirements, the legitimacy, the procedure, and the effects of the judgment, with a concern focused on the cooperative model of process and the opening of the adversary system. From the theory of the open society of the interpreters, the possibility of transposing the legal regime of the public judicial hearings of the Federal Supreme Court to those of the Incident of Resolution of Repetitive Claims is analyzed. Subsequently, various aspects of the public hearings in the incident are verified, with particular emphasis on its purposes, requirements, criteria for selecting participants, duties and rights of participants, summons, procedure as well as their relationship with the amicus curiae. Throughout the text are exposed some cases judged by Brazilian and foreign Courts to better elucidate the matter researched. Finally, the possibility of efficient use of these public hearings is highlighted, with a critical judgment on the conclusions found.

Key-words: Public Hearings - Incident of Repeated Demands Resolution – Adversarial principle - Efficiency

RÉSUMÉ

Ce travail analyse les exigences, les limites et les possibilités des audiences publiques sur les incidents de demandes répétées. La recherche part d'une pensée problématisante et interrogatrice de l'utilisation de ces audiences publiques dans le but premier d'accroître la légitimité du pouvoir judiciaire à travers la présentation d'arguments technico-juridiques par la société, sans considérer la possibilité que ce mécanisme soit utilisé comme un lieu pour évaluer les éventuelles conséquences économiques et sociales du précédent, ainsi que pour analyser les faits législatifs. Il est également demandé si la convocation d'audiences publiques dans le seul but d'entendre des arguments techniques et juridiques ne violerait pas le principe d'efficacité procédurale, car d'autres mécanismes pourraient atteindre cet objectif en moins de temps et avec un coût économique plus favorable, comme c'est le cas de l'amicus curiae. Le premier objectif de la recherche est de comprendre les principaux éléments de la théorie des précédents en droit brésilien, puisque la résolution sur les incidents de demandes répétées intègre un microsystème de formation de précédents obligatoire dans le Code de Procédure Civile. Ensuite, une étude du principe de l'efficacité procédurale est réalisée, en mettant l'accent sur son concept, ses fonctions et ses hypothèses d'application, en prenant comme présupposé théorique la théorie circulaire réflexive. La recherche examine ensuite la nature juridique de la résolution de l'incident de demandes répétées, les exigences, la légitimité, la procédure et les effets du jugement, avec une préoccupation centrée sur le modèle coopératif de processus et l'ouverture du système adversaire. De la théorie de la société ouverte des interprètes, la possibilité de transposer le régime juridique des audiences judiciaires publiques de la Cour suprême fédérale à celles de l'Incident de règlement des réclamations répétitives est analysée. Par la suite, divers aspects des audiences publiques sur l'incident sont vérifiés, en mettant particulièrement l'accent sur ses objectifs, ses exigences, ses critères de sélection des participants, ses devoirs et droits, la convocation, la procédure ainsi que leur relation avec l'amicus curiae. Tout au long du texte sont exposés quelques cas jugés par des tribunaux brésiliens et étrangers pour mieux élucider la question recherchée. Enfin, la possibilité d'une utilisation efficace de ces auditions publiques est mise en évidence, avec un jugement critique sur les conclusions constatées.

Mots-clés: Audience publique - incident de demandes répétées – príncipe de contradictoire – Efficacité

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....10
2. COMPREENSÃO DOS PRECEDENTES NO BRASIL.....23
2.1. **Aspectos Históricos dos Precedentes no Common Law, no Civil Law e a Formação do Sistema de Precedentes no Direito Brasileiro.....23**
2.1.1. Breve Histórico da Formação e características do Civil Law.....24
2.1.2. Breve Histórico da Formação e características do Common Law.....26
2.1.3. O Sistema Brasileiro como confluência do Civil Law e do Common Law.....30
2.1.4. Precedentes obrigatórios e (des)necessidade de previsão constitucional.....36
2.2. Alguns Aspectos Teóricos do Sistema de Precedentes.....42
2.2.1. Elementos constitutivos e conceito de precedente no direito brasileiro.....43
2.2.2. *Ratio decidendi*, *obter dictum* e *distinguish*: algumas considerações.....49
2.3. Precedentes e Distinção com Outros Institutos Processuais.....62
2.3.1. Jurisprudência.....63
2.3.2. Ementa.....64
2.3.3. Súmulas.....66
2.4. Precedentes e (Des)construção da Segurança Jurídica no Brasil.....68
2.4.1. A Segurança Jurídica Idealizada dos Precedentes.....69
2.4.2. A Segurança Jurídica Possível dos Precedentes.....72
3. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E PRECEDENTES.....75
3.1. A Origem da Eficiência no Sistema Jurídico Brasileiro.....82
3.1.1. A eficiência na administração de empresas 83
3.1.2. A eficiência no Direito Administrativo e o Poder Judiciário.....86
3.2. A Eficiência Processual como Princípio.....93
3.2.1. Eficácia, efetividade e eficiência: distinções necessárias.....98
3.2.2. Funções do princípio da eficiência processual e sua aplicação.....102
3.2.3. Modelo cooperativo de processo e gestão compartilhada da eficiência.....107
3.2.4. Interação com princípios da razoável duração processual e da economicidade.....117
4. ASPECTOS RELEVANTES SOBRE O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - IRDR.....126
4.1. A Técnica Processual da Litigiosidade Repetitiva.....127
4.1.1. Distinção entre as demandas individuais, coletivas e repetitivas.....133

4.1.2. A técnica da litigiosidade repetitiva como exigência da eficiência processual.....140
4.2. A Inspiração do IRDR no Direito Alemão (Musterverfahren).....144
4.3 Considerações Prévias sobre a natureza do IRDR.....150
4.3.1. A técnica adotada no Brasil (causa-piloto ou procedimento-modelo).....151
4.3.2. O Objeto do IRDR (demandas repetitivas ou questões repetitivas).....160
4.4. Requisitos para instauração do IRDR.....162
4.4.1. A efetiva repetição de processos.....162
4.4.2. Controvérsia sobre questão comum de direito.....164
4.4.3. Risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.....168
4.4.4. Questão jurídica não afetada em Recurso Especial ou Extraordinário.....170
4.5. Aspectos Processuais Relevantes do IRDR.....170
4.5.1. Competência 171
4.5.2. Legitimidade para requerer a instauração.....179
4.5.3. Decisão de Admissão.....184
4.5.4. Providências do Relator e Suspensão dos Processos Pendentes.....187
4.5.5. Cadastramento Eletrônico e Publicidade.....192
4.5.6. Participação dos sujeitos processuais e instrução.....193
4.5.7. O Julgamento de mérito: fundamentação e fixação da tese.....194
4.5.8. Sistemática dos Recursos.....196
5. PARTICIPAÇÃO PROCESSUAL NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS.....203
5.1. Contraditório Ampliado e Despolarização Processual.....204
5.2. Limites e Possibilidades de Atuação dos Sujeitos Processuais.....208
5.2.1. As partes selecionadas como condutoras do debate.....209
5.2.2. As partes dos processos sobrestados.....213
5.2.3. O Ministério Público.....218
5.3. **Pluralidade Argumentativa e Instrução do Incidente.....220**
5.3.1. O *amicus curiae*.....221
5.3.1.1. Origem.....221
5.3.1.2. Natureza Jurídica e Poderes.....225
5.3.1.3. Pressupostos objetivos.....230
5.3.1.4. Pressuposto Subjetivos.....233
5.3.1.5. Utilização eficiente do *amicus curiae* no IRDR.....235

5.3.2. A audiência pública.....237
6. AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS.....238
6.1. Pressupostos Teóricos das Audiências Públicas.....239
6.1.1. A Sociedade aberta e os seus inimigos: Karl Popper.....240
6.1.2. A Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Peter Häberle.....245
6.2. As Audiências Públicas e a Democracia Participativa.....253
6.3. **Espécies de Audiências Públicas no Direito Brasileiro.....262**
6.3.1. Fundamento Normativo das Audiências Públicas.....264
6.3.2. Finalidades das Audiências Públicas.....269
6.3.3. Audiências Públicas no Processo Legislativo.....272
6.3.4. Audiências Públicas no Processo Administrativo.....276
6.3.5. Audiências Públicas no Processo Judicial.....282
6.3.5.1 Experiência estrangeira do modelo argentino.....282
6.3.5.2. Introdução e desenvolvimento no direito brasileiro.....284
6.3.5.3 A superação do déficit de legitimidade e os fatos legislativos/prognoses.....287
6.3.5.4. Audiências públicas e *amicus curiae*: uma relação eficiente.....296
6.3.5.5 Legitimidade dos participantes e consideração dos argumentos 301
6.3.5.6. Possibilidades de aperfeiçoamento.....305
6.3.6 (In)existência de regime jurídico uniforme das audiências públicas.....307
6.4. A Disciplina da Audiência Pública no IRDR.....308
6.4.1. Finalidade(s) da Audiência Pública no IRDR.....309
6.4.2. Requisitos da Audiência Pública no IRDR.....320
6.4.3. Critério de Seleção dos Participantes da Audiência Pública no IRDR.....323
6.4.4. Deveres e direitos dos magistrados e demais sujeitos processuais.....328
6.4.5. Despacho de convocação da Audiência Pública.....333
6.4.6. O rito da Audiência Pública no IRDR.....335
6.5. **Audiência Pública no IRDR e Institutos Análogos.....338**
6.5.1 Audiência de Instrução e Julgamento.....338
6.5.2. *Amicus Curiae*.....339
6.6. Utilização Eficiente da Audiência Pública no IRDR.....342
7. CONCLUSÃO 350
REFERÊNCIAS 354

1. INTRODUÇÃO

O sistema processual civil brasileiro foi historicamente estruturado para a solução de demandas de natureza individual, compostas por características fáticas próprias e por teses jurídicas específicas. Cada processo deveria ser pensado e tratado de forma artesanal pelos juristas a partir dos respectivos fatos, entendimentos legais e doutrinários.

Em uma sociedade com baixo grau de conhecimento jurídico da população, sem um mercado de consumo tão amplo e em que o ajuizamento de ações judiciais era algo custoso, tal sistema conseguiu sobreviver por um certo período. Acontece que, como ressalta Guilherme Rizzo Amaral[1], a partir da década de 1980 houve significativo aumento no número de litígios submetidos ao crivo do Poder Judiciário, podendo ser listados alguns fatores como: maior oferta de produtos ao consumidor, ampliação do acesso ao crédito, universalização dos serviços públicos, maior conscientização do consumidor em relação aos seus direitos, aumento expressivo do número de advogados, criação das Defensorias Públicas. Acrescente-se, ainda, o papel do Estado como demandado protagonista, ao não cumprir os direitos sociais, ao não honrar as suas dívidas, deixar de prestar serviço público ou prestá-lo com má qualidade, cobrar tributos indevidos, dentre outros tantos inadimplementos.

Edilson Vitorelli[2] ressalta que esses fatores levaram doutrinadores e autoridades da esfera jurídica a questionar a necessidade de o Legislativo promover um trabalho de adaptação das técnicas processuais projetadas pelo Código de Processo Civil de 1973 para permitir a tutela dos direitos de grupo. Surgia um consenso de que a maioria das demandas judiciais não possuía mais natureza individualizada, pois proliferavam conflitos de massa envolvendo questões jurídicas comuns em matéria de consumo, planos de saúde, serviços telefônicos, direito tributário e previdenciário, dentre outras.

Nesse contexto, inicialmente as atenções se voltaram ao desenvolvimento do processo coletivo, tendo sido editadas a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), a disciplina do Mandado de Segurança Coletivo

[1]AMARAL, Guilherme Rizzo. *Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um incidente de coletivização. Processo coletivo e outros temas de direito processual:* homenagem 50 anos de docência do Prof. José Maria Rosa Tesheiner e 30 anos de docência do Prof. Sérgio Gilberto Porto. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 237-259.

[2] VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p. 31.

(Lei nº 12.106/2009), além do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), formando um microssistema de tutela coletiva.

Importante salientar que a referida legislação não foi incorporada ao Código de Processo Civil então vigente, tendo sido regulada por legislação especial. Sobre esse aspecto explica Rodrigo Mazzei[3] que, com o passar do tempo, a evolução das relações transindividuais, ultrassubjetivas, não possuíam o mínimo espaço dentro da codificação processual civil existente, ainda baseada no individualismo da Era Liberal.

Todavia, verificou-se a insuficiência da tutela coletiva como instrumento idôneo para reduzir a avalanche de ações judiciais relacionadas a conflitos de massa, embora tenha sido muito relevante para tratar de questões relacionadas a alguns direitos coletivos e aos direitos difusos. Conforme Relatório Justiça em números do Conselho Nacional de Justiça[4], em 1990 o Judiciário havia recebido cerca de 04 (quatro) milhões de processos em constante elevação, na década de 2000, o volume ultrapassou 20 (vinte) milhões de ações.

Esse aumento expressivo de demandas, aliado a aspectos como falta de estrutura e de modelo gerencial de administração de processos, gerou como consequência uma maior morosidade do serviço público judicial e a ausência de efetividade de diversos direitos.

Nesse contexto de combate ao excesso de litigiosidade e à demora da prestação jurisdicional foi aprovado o Código de Processo Civil em 2015, que pretendeu, a partir da previsão de novos instrumentos processuais, ser capaz, pelo menos na teoria, de servir de solução para os litígios de massa decorrentes de uma sociedade automatizada, globalizada, que mantém relações jurídicas incessantes, de variadas naturezas, reduzindo, assim, o número de demandas e recursos perante o Poder Judiciário.

Dentro das inovações do Código de Processo Civil de 2015 apresenta-se, com destaque, um procedimento para fixação de teses jurídicas com efeitos vinculantes, irradiados a todos os demais processos que contenham idêntica discussão: o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR. O instituto processual teve inspiração no *musterverfahren* alemão, além, evidentemente, da própria técnica de julgamento de recursos repetitivos já

[3] MAZZEI, Rodrigo. O Código Civil de 2002 e sua interação com os Microssitemas e a Constituição Federal: breve análise a partir das contribuições de Hans Kelsen e Niklas Luhmann. *Revista do Curso de Mestrado e Doutorado da Faculade Autônoma de Direito*. São Paulo: Faculdade Autônoma de Direito, 2011, p. 259, v.1.
[4] Conforme dados disponíveis em: http://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2015.pdf. Acesso em: 12 mar. 2019.

existente no Brasil, razão pela qual autores como Leonardo Carneiro da Cunha[5] afirmam que tanto o IRDR quanto os recursos repetitivos integram o microssistema de gestão e julgamento de casos repetitivos (art. 928, CPC) e pertencem ao microssistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios, o qual teria como núcleo básico a seguinte característica: ampliação da cognição e da participação, qualificando o debate para a formação do precedente, com fundamentação reforçada e ampla publicidade.

Essa possibilidade de ampliação da cognição e do aumento dos participantes do contraditório no direito processual brasileiro não é uma novidade legislativa trazida na disciplina do IRDR, mas uma tendência iniciada nos processos de controle concentrado de constitucionalidade (Leis nº 9.868/99 eº 9.882/99) e que foi incorporada pelo Código de Processo Civil de 2015 nos mecanismos que compõem o microssistema de formação de precedentes obrigatórios.

Trata-se de modelo que tem como um dos principais fundamentos a teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, de Peter Häberle[6], inspirada nos ensinamentos de Karl Popper, que está intimamente associada à necessidade de abertura da participação processual como forma de conferir aumento da qualidade e da legitimidade do Poder Judiciário na tomada de decisões de caráter geral e vinculante.

Nesse sentido podem ser destacados, na parte que disciplina o IRDR no Código de Processo Civil, diversos dispositivos que abrem o contraditório para além das partes do processo originário que originou o incidente, aí incluídos os autores de demandas suspensas (art. 983, CPC), instituições como o Ministério Público e a Defensoria Pública, além do *amicus curiae* (art. 138, CPC) e de pessoas com experiência e conhecimento na matéria em audiências públicas (art. 983, §1º, CPC). Alguns desses sujeitos podem não só requerer a juntada de documentos e apresentar memoriais, como também postular a produção das diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida e até mesmo realizar sustentação oral (art. 984, II, CPC).

A representatividade dos sujeitos processuais e a amplitude do debate na formação do precedente merece especial atenção, pois a tese jurídica fixada não só beneficiará os terceiros

[5] CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. Rio de janeiro: Forense, 2016, p. 212.

[6] HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. *A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição:* Contribuição para a Interpretação Pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

titulares das questões de direito repetitivas, mas também os prejudicará em caso de julgamento desfavorável, algo que não ocorria na tutela coletiva.

Acontece que essa vasta previsão de sujeitos processuais passíveis de atuação e o estímulo ao contraditório ampliado pelo Código de Processo Civil no tocante aos mecanismos de formação de precedentes obrigatórios pode estar gerando uma leitura equivocada do instituto da audiência pública no âmbito do IRDR (art. 983, §1º, CPC), com graves prejuízos à utilização das diversas potencialidades do mecanismo e ao princípio da eficiência processual.

É que boa parte da doutrina, a exemplo de Luiz Guilherme Marinoni[7] e Aluísio Gonçalves de Castro Mendes[8], limita as potencialidades de utilização da audiência pública no âmbito do IRDR, tratando-a como apenas mais um instrumento de ampliação do contraditório e de apresentação de argumentos técnico-jurídicos para a tese que será fixada por ocasião do julgamento do incidente. Os respeitáveis autores nas suas justificativas utilizam o argumento genérico de que a realização de audiência pública no âmbito do IRDR para oitiva das pessoas com "experiência e conhecimento na matéria" significa a abertura do debate para a população, capaz de ampliar com qualidade a representação argumentativa e a legitimidade democrática da decisão proferida pelo Tribunal.

Não há qualquer aprofundamento acerca da possibilidade de utilização do instituto com fins probatórios, notadamente em função do texto do art. 983, § 3º, do Código de Processo Civil, que fala em oitiva de pessoas com experiência e conhecimento na matéria para "instruir o incidente". Os referidos autores partem do pressuposto de que o IRDR é destinado a resolver questão eminentemente de direito (art. 976, I, CPC) e como as provas, em geral[9], são tratadas como instrumento para trazer ao processo situações fáticas ocorridas no passado, a utilização da audiência pública com fins instrutórios seria sem sentido.

Não ocorre também qualquer menção à distinção entre fatos adjudicativos e fatos legislativos/constitucionais, tema tratado há bastante tempo na doutrina estadunidense por

[7] MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas:* Decisão de questão idêntica x Precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 94.

[8] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas:* Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 201.

[9] Como exceção da regra geral de que as provas são destinadas a trazer para o processo situações fáticas ocorridas no passado, temos a possibilidade de produção de prova de direito estadual, municipal, estrangeiro e consuetudinário (art. 376, CPC).

autores como Henry Biklé[10] e David Faigman[11], e que confere base teórica para produção probatória em julgamentos de matéria exclusivamente de direito no âmbito dos Tribunais e destinada a formar precedentes, como é o caso do IRDR.

A doutrina dos fatos legislativos/constitucionais não é desconhecida no direito pátrio[12], já tendo sido utilizada, ainda que de forma implícita, como fundamento para a convocação de audiências públicas em processos no âmbito do Supremo Tribunal Federal[13]. Por essa razão se torna frágil a argumentação que desconsidera a possibilidade de produção probatória através de audiências públicas no âmbito do IRDR e que faz uma associação genérica e exclusiva das audiências públicas com o aumento da representação argumentativa e da legitimidade democrática das decisões.

Outro aspecto das audiências públicas no âmbito do IRDR que exige análise mais aprofundada é a sua possível utilização como meio de aferir as possíveis consequências econômicas e sociais da fixação da tese do precedente. Conforme explicam Joaquim Falcão, Luis Fernando Schuartz e Diego Arguelhes[14] era tradição no Judiciário do Brasil que os juízes e Tribunais não levassem em consideração os efeitos sociais e econômicos da decisão judicial, vez que essa análise deveria ter sido feita pelo legislador ao elaborar os diplomas normativos. Aos magistrados caberia a aplicação das normas aos casos sob apreciação de forma fundamentada, sendo o Parlamento o local institucional adequado para a correção de eventuais disfunções sociais e econômicas.

Acontece que esse paradigma que afasta a responsabilidade dos magistrados em relação à análise das consequências econômicas e sociais da decisão judicial foi formulado em

---

[10] BIKLÉ, Henry Wolf. Judicial determination of questions of fact affecting the constitucional validity of legislative action. *Harvard 'Law' Review*, nov.1924, n. 1, p. 6-27, v. 38.

[11] FAIGMAN, David. *Constitutional 'Fictions*– a unified theory of constitutional facts. Oxford University Press, 2008.

[12] MENDES, Gilmar. Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo Órgão Judicial. *Revista dos Tribunais*, n. 766, 1999, p. 11-28.

[13] ADI nº 4.103 que questionava dispositivo da Lei nº 11.705/2008 que proibia a venda de bebidas alcoólicas por estabelecimentos comerciais situados às margens de rodovias. No despacho convocatório da audiência pública, proferido no dia 01.12.2011, o Relator Ministro Luiz Fux consignou que a temática versada na ação reclama apreciação que ultrapassa os limites do estritamente jurídico, porquanto demanda abordagem técnica e interdisciplinar da matéria. Há inúmeros estudos e pesquisas acerca dos efeitos da incidência de uma legislação mais rigorosa a quem conduz alcoolizado um veículo, mormente quando o objetivo da norma é a redução de acidentes em rodovias. Reputa-se, assim, valiosa e necessária a realização de Audiências Públicas sobre diversos temas controvertidos nos autos em questão, a fim de que Corte possa ser municiada de informação imprescindível para o deslinde do feito.

[14] FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luis Fernando; ARGUELHES, Diego. Jurisdição, Incerteza e Estado de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, n. 243, 2006, p. 79-112

um momento em que texto e norma se confundiam, época em que os Códigos tinham a pretensão de regular de forma exaustiva as relações sociais[15]. Assim, deve ser questionado se esse modelo ainda encontra apoio em um sistema jurídico que distingue texto e norma, bem como que possui regras e princípios como espécies normativas. E mais, em um sistema em que de forma usual os princípios passaram a ser utilizados pelos membros do Poder Judiciário como fundamento exclusivo para a imposição de condutas, sem qualquer regra que possa ser atribuída diretamente ao Legislativo. Afinal, nesses casos os efeitos sociais e econômicos da decisão judicial sequer poderiam ser previstos em determinada amplitude pelo Legislador.

Esse aspecto ainda é reforçado pelo fato de a Constituição Federal de 1988 e a recente legislação infraconstitucional terem trazido diversas hipóteses em que existe o dever de o magistrado levar em consideração, de forma fundamentada, os efeitos econômicos e sociais da decisão. Como exemplo no plano constitucional podemos citar o art. 225, que impõe ao magistrado a prolação de decisões que preservem o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, um dispositivo com nítido propósito consequencialista. No plano infraconstitucional, a recente alteração legislativa da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), promovida pela lei nº 13.655/2018, consignou expressamente que a decisão judicial que analise políticas públicas e invalidação de ato, contrato, ajuste ou processo administrativo deverá considerar de modo expresso as possíveis consequências práticas da decisão.

O paradigma que afasta o dever de o magistrado analisar as consequência sociais e econômicas de suas decisões merece ainda ser objeto de questionamentos a partir de exemplos fornecidos pelo próprio Supremo Tribunal[16], que há alguns anos também vem adotando em processos submetido ao seu crivo, através da sistemática do recurso extraordinário ou de competência originária, uma fundamentação consequencialista, como no precedente que firmou a constitucionalidade da possibilidade de penhora do bem de família do fiador, prevista no art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/90, em contratos de locação residencial, ou, mais recentemente, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 18, caso que examinou a

[15]O sistema jurídico brasileiro anterior à Constituição Federal de 1988 podia em boa medida ser compreendido como integrante do positivismo clássico descrito por Norberto Bobbio, em que imperava o sistema de interpretação mecanicista que faz da atividade jurídica mero ato de declaração do direito, em que a regra jurídica era identificada com o próprio texto e continha a solução do caso apresentado. Os princípios não tinham caráter normativo e os métodos clássicos da hermenêutica da doutrina de Savigny eram o máximo que se podia conferir de liberdade ao intérprete. A obediência à lei consistiria em um bem em si mesmo, sem necessidade de atentar para as consequências de sua aplicação, que eram um problema político e não jurídico. (BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico*. Tradução Rafael de Asís. Madrid: Editorial Debate, 1993, p. 50).

[16]BRASIL. STF, Pleno, RE nº 407.688, Rel. Ministro Cézar Peluso, Dje 06/10/2006.

(in)constitucionalidade do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Por fim, precedentes mencionam a reserva do possível sem menção a dados empíricos[17].

No julgamento da constitucionalidade da possibilidade de penhora do bem de família do fiador, prevista no art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/90, foram realizadas apenas conjecturas ou suposições pelo Relator acerca das possíveis consequências sociais e econômicas, as quais foram tomadas como premissas incontestáveis pelo Tribunal. Em outros casos, como no julgamento que apreciou a (in)constitucionalidade do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, existe uma tendência de utilizar informações trazidas pela Fazenda Pública acerca de suposto déficit fiscal sem maiores esclarecimentos acerca da metodologia e da forma como aqueles dados foram encontrados. Normalmente essas decisões judiciais com argumentos consequencialistas utilizam como fundamentação o princípio da igualdade e o postulado da proporcionalidade, todavia, sem menção a dados concretos[18].

Nesse contexto é que a utilização das audiências públicas com a finalidade probatória de aferir as consequências econômicas e sociais das decisões a serem tomadas no IRDR pode surgir como um importante instrumento de eficiência processual, devendo a hipótese ser analisada de forma consistente e racional. Afinal, embora alguns dispositivos legais possam indicar o dever de argumentação consequencialista nas decisões judiciais e algumas decisões formadoras de precedentes já contenham em sua fundamentação argumentos consequencialistas, observa-se que os fundamentos utilizados pelos magistrados raramente estão amparados em premissas empíricas confiáveis e submetidas ao crivo do contraditório das partes, prevalecendo em muitos casos argumentos *ad terrorem* ou meras conjecturas.

Portanto, uma vez que não existe no sistema tradicional de julgamento dos Tribunais mecanismo processual específico para aferir as consequências econômicas e sociais das decisões que podem advir da decisão do precedente, surge como imprescindível analisar se as audiências públicas previstas no âmbito do IRDR deveriam ou não funcionar como espaço instrutório para esse fim, com a participação de diversos especialistas atuando de forma a possibilitar o conhecimento por parte dos julgadores das situações fáticas abrangidas pela norma, e dos prováveis e possíveis efeitos e implicações da decisão nas esferas sociais e econômicas. E mais, se tal utilização estaria

[17] WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF**.** *Revista direito GV* [online], n. 2, 2008, p.539-568, v..4.
[18] CARDOSO, Oscar Valente. Amicus Curiae e Audiências Públicas no Controle de Constitucionalidade Brasileiro. *Cadernos de Programa de Pós-Gradução Direito UFRGS*, n. 2, 2014, v. 9.

ou não em conformidade com a eficiência processual prevista no art. 8º do Código de Processo Civil.

Essa questão se torna ainda mais relevante pelo fato de que algumas audiências públicas já convocadas em IRDR pelos Tribunais Regionais Federais[19] vem adotando a tese de que esse novo mecanismo processual seria apenas mais um instrumento de ampliação do contraditório para a apresentação de argumentos jurídicos.

Ademais, é importante registrar que não há uma regulamentação ampla da matéria no Código de Processo Civil e nem no regimento interno dos cinco Tribunais Regionais Federais, que, em regra, apenas reproduzem o teor do art. 983, §1º, do diploma processual, dispondo sobre a possibilidade oitiva de pessoas com conhecimento e experiência na matéria, mas sem critérios de como seriam aferidas essa experiência e essa autoridade. Não existe também disciplina em relação a diversos aspectos como: a) procedimento de convocação; b) requisitos para a realização da audiência pública; c) critérios de seleção dos participantes; d) o rito e a participação dos magistrados. Por fim, não há parâmetro indicando quais questões podem ser suscitadas nas audiências públicas, os deveres e direitos dos sujeitos processuais durante a realização das audiências públicas e de que maneira os argumentos apresentados nas audiências públicas devem ser considerados nos votos dos magistrados.

Essa lacuna pode dar margem a uma grande divergência acerca dos requisitos, limites e possibilidades acerca do instituto da audiência pública até que seja realizada uma disciplina abrangente e uniforme a partir dos Tribunais Superiores.

Como ensinou Barbosa Moreira[20], o funcionamento de certos institutos jurídicos está longe de se deixar captar na descrição de dispositivos normativos editados para discipliná-los. Há um

19 Tribunal Regional Federal da 3ª Região realizou no dia 05 de setembro de 2018 audiência pública que debateu o tema objeto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas de nº 0017610-97.2016.4.03.0000: "O redirecionamento de execução de crédito tributário da pessoa jurídica para os sócios deve ocorrer nos próprios autos da execução fiscal ou em sede de incidente de desconsideração da personalidade jurídica". O relator do caso, Desembargador Federal Baptista Pereira, no despacho convocatório ressaltou que a audiência pública tem como objetivo "aprofundar o debate com a sociedade, especialmente com a comunidade jurídica diretamente envolvida, a fim de que, democraticamente, seja colhida a expressão do maior universo possível de linhas de pensamento". Participaram da audiência a Procuradora Regional da República, Geisa de Assis Rodrigues; o Procurador do Município de São Paulo, Lucas Melo Nóbrega; o professor Américo de Andrade Pinho da Unisantos; a professora da Fundação Getúlio Vargas, Tathiane dos Santos Piscitelli; e o presidente da Associação Brasileira de Direito Processual, Antônio Carlos Júnior.

20 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Suprema Corte americana: um modelo para o mundo? *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de janeiro, 2003, v. 26, p. 51.

sem número de aspectos e elementos a cujo respeito guardam silêncio os textos, mas que nem por isso deixam de ter relevância, às vezes muito considerável.

O presente trabalho propõe, assim, estabelecer, a partir do princípio da eficiência processual, um modelo teórico que proponha uma utilização racional das audiências públicas no âmbito do IRDR, em que sejam delineados o objeto e as justificativas plausíveis de serem apresentadas para a convocação das mesmas, quem são os legitimados para participar das audiências, o procedimento a ser seguido, quais os tipos de argumentos que podem ser lançados pelas partes no debate, os deveres e direitos dos sujeitos processuais durante a realização das audiências públicas e de que maneira as razões expostas pelos participantes devem ser consideradas nos votos dos magistrados.

Nesse contexto, é necessário, ainda, lançar um olhar com viés bastante reflexivo acerca da suposta noção da sociedade aberta dos intérpretes da constituição formulada por Peter Häberle na atual configuração das audiências públicas no âmbito do IRDR, levando em conta os aspectos teóricos da teoria dos precedentes e do modelo cooperativo de processo, procurando, ainda, semelhanças e diferenças com as audiências públicas legislativas, administrativas e judiciais (no âmbito do controle de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal), a fim de que não sejam tomadas todas como modelo jurídico uniforme, apenas em função da idêntica nomenclatura.

Essa análise permitirá ainda concluir as hipóteses em que a convocação das audiências poderá trazer novos elementos para a formação de um precedente eficiente e quando passa a ser apenas um mecanismo retórico de suposta abertura democrática, funcionando como mais um fator de aumento de tempo e de custo do processo e se sobrepondo a institutos como o *amicus curiae*.

A tarefa proposta pela tese se justifica, vez que não existe, no Brasil, obra monográfica abordando de forma específica a temática das audiências públicas no âmbito do IRDR, bem como eventuais livros e artigos doutrinários que tratam sobre o IRDR apenas tangenciam sobre a matéria. O tema, por sua vez, é de extrema relevância teórica, pois abrange questões como teoria dos precedentes, modelo cooperativo de processo, contraditório ampliado, técnica de tutela repetitiva e eficiência processual. Ademais, uma utilização eficiente das audiências públicas no âmbito do IRDR poderá proporcionar uma tramitação do incidente mais célere, com menos custos, mais argumentos e dados empíricos, enfim, poderá aperfeiçoar a prestação jurisdicional.

O método utilizado foi essencialmente o hipotético-dedutivo, com tipo de pesquisa bibliográfica e técnica de análise temática, textual e interpretativa. As respostas aos problemas apresentados foram testadas a partir de um raciocínio crítico, culminando com soluções para os mesmos. A pesquisa se propôs a realizar o levantamento dos dispositivos normativos do direito brasileiro e as técnicas de interpretação constantes da doutrina e empregadas na solução dos casos pelos Tribunais Regionais Federais, pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, seguindo-se o seu cotejo com os dados levantados na primeira fase do estudo. A pesquisa restrita a essas Cortes se dá pelo número reduzido dos mesmos, o que facilita a pesquisa, e pela atuação profissional do autor. É importante mencionar que os precedentes judiciais sobre a matéria são escassos, razão pela qual os escritos doutrinários foram as principais fontes de pesquisa utilizadas. Ao longo do texto também são expostos alguns julgados de tribunais estrangeiros sobre a temática para elucidar o fenômeno pesquisado.

A observação da análise do tema enfrentado foi feita a partir de uma perspectiva eminentemente jurídica, recorrendo-se episodicamente a alguns diferentes enfoques como o histórico, filosófico e econômico, dentre outros, para ajudar a compreensão de algumas expressões ou ideias dentro de certo contexto, sem, contudo, perder o enfoque jurídico.

Para o estudo proposto, foram adotados como marco teórico: a) o neoprocessualismo[21], visto como produto do neoconstitucionalismo[22], com destaque para a força normativa dos princípios, com eficácia imediata e independente, bem como a transformação da hermenêutica jurídica clássica; b) a teoria da sociedade aberta dos intérpretes[23], que valoriza uma maior atuação do Poder Judiciário tendo por base a promoção dos direitos fundamentais a partir do diálogo necessário com os outros poderes e atores sociais na tomada de decisões.

Para o desenvolvimento desse objetivo dividimos o presente trabalho em cinco capítulos, além desta introdução e da conclusão.

---

[21] DIDIER JR., Fredie. Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo. In: DIDIER, JR., Fredie (Org.). *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, v. 2, 2010, p. 258-259.

[22] O neoconstitucionalismo que defendemos, com apoio em autores como Prieto Sanchis e Daniel Sarmento, é aquele que valorizando a importância das regras e da subsunção, confira oportunidades para os princípios e a ponderação na definição do direito a partir do reconhecimento da força normativa da Constituição. (PRIETO SANCHIS, Luis. *Neoconstitucionalismo y Ponderácion Judicial*. In: CARBONELL, Miguel (ed.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2003; SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalimo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: SARMENTO, Daniel (org.). Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

[23] HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição:* contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

O primeiro capítulo destina-se a fornecer alguns elementos teóricos para a compreensão da teoria dos precedentes e a sua influência nas demandas submetidas ao Poder Judiciário, vez que o IRDR surge no Código de Processo Civil de 2015 como um mecanismo de formação de precedentes obrigatórios para a solução de questões repetitivas. Inicialmente, explica-se a construção teórica dos precedentes nos países da tradição do Common Law e do Civil Law, bem como a caracterização do sistema jurídico brasileiro como confluência de ambos os sistemas. Em seguida, opera-se uma exposição dos elementos constitutivos do precedente, a distinção dessa figura com outros instrumentos processuais e, por fim, uma análise crítica da pretensa segurança jurídica proporcionada pela adoção desse modelo de precedentes obrigatórios no direito brasileiro.

O segundo capítulo analisa o sentido e a origem da expressão eficiência no direito brasileiro, bem como a distinção entre eficácia, efetividade e eficiência. Em seguida, a partir da teoria circular reflexiva, serão delimitados o conteúdo e as funções exercidas pelo princípio da eficiência processual adotado pelo Código de Processo Civil de 2015, com as respectivas consequências para a teoria dos precedentes. Por fim, será abordada a interação do princípio da eficiência com os princípios da razoável duração do processo e da economicidade.

O terceiro capítulo é destinado a analisar criticamente as técnicas processuais de litígio de grupo (coletiva e repetitiva) e os principais aspectos do IRDR, como sua inspiração no direito alemão (*mustverfahrem*), o seu objeto, a técnica processual adotada no direito brasileiro (causa-piloto ou procedimento-modelo), as hipóteses de cabimento, a legitimidade, a decisão de recebimento e os respectivos efeitos, o procedimento, o julgamento e a sistemática recursal.

O quarto capítulo destaca que a disciplina do IRDR no Código de Processo Civil abre a possibilidade de contraditório para além das partes do processo originário que originou o incidente, aí incluídos os autores de demandas suspensas, instituições como o Ministério Público e a Defensoria Pública, além do *amicus curiae* e da audiência pública. Nesse contexto, discorremos sobre as possibilidades de atuação de cada um desses sujeitos processuais, que deve ser regida a partir do princípio da eficiência. Por fim, desenvolvemos o raciocínio de que a formação do precedente no IRDR passa a ser enxergada como resultado de uma comunidade dialética de trabalho, abandonando a dimensão de que autor e réu funcionam necessariamente como atores do contraditório durante todo o decorrer da relação processual, com destaque para

as ideias de Antônio Cabral[24] sobre despolarização do processo, legitimidade e zonas de interesse.

O quinto capítulo será destinado ao objeto central do presente trabalho: as audiências públicas no âmbito do IRDR. Inicialmente serão abordados alguns pressupostos teóricos do racionalismo crítico de Karl Popper, bem como do pensamento possibilista de Peter Häberle, concretizado através da teoria jurídica da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, a qual passou a ser mencionada por ministros do Supremo Tribunal Federal como fundamento teórico para as audiências públicas judiciais. Em seguida analisa-se se as audiências públicas, ao lado de outros mecanismos jurídicos, como as leis de iniciativa popular, o plebiscito e o referendo, podem ser associadas com a transposição no direito brasileiro do modelo tradicional da democracia representativa para o da democracia participativa.

Na sequencia, tendo em vista a previsão de audiências públicas legislativas, executivas e judiciais, analisamos os fundamentos normativos, as finalidades e as características das mesmas no âmbito de cada Poder, a fim de concluir se as audiências públicas judiciais apresentam objeto e finalidades distintas das outras ou se existe apenas denominação idêntica com apenas alguns pontos de contato acessórios em comum. E mais, ainda será discutido se as audiências públicas previstas no âmbito do IRDR possuem peculiaridades que permitam tratamento jurídico diverso das realizadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Em seguida, serão abordados os principais aspectos das audiências públicas no âmbito do IRDR, com destaque para suas finalidades, requisitos, critério de seleção dos participantes, deveres e direitos dos participantes, o despacho de convocação, o rito, bem como sua relação com o *amicus curiae* e a audiência de instrução. Por fim, serão efetuadas proposições de utilização eficiente das audiências públicas.

Reconhecemos que a tarefa não é simples, pois a complexidade do tema é tão abrangente e a previsão das audiências públicas no âmbito do IRDR tão recente, que permite visualização por inúmeras perspectivas, sempre existindo algum aspecto falho ou carente de desenvolvimento.

Nossas premissas, fundamentações e conclusões estão permanentemente abertas às críticas e às sugestões, pois, como bem explicou Carl Sagan[25], até mesmo as melhorias teorias

[24] CABRAL, Antônio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. In: DIDIER, JR., Fredie et al (Coords.). *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: Juspodivm, 2012.
[25] SAGAN, Carl. *O mundo assombrado pelos demônios*. São Paulo: Cia das Letras, 1995, p. 27.

científicas do passado, como as de Galileu e Copérnico, já foram falseadas ou aprimoradas posteriormente. Se o debate acerca dos requisitos, limites e possibilidades das audiências públicas no âmbito do IRDR despertar o interesse de alguns juristas no desenvolvimento do tema, ainda que suas críticas desconstruam boa parte ou a totalidade do presente trabalho, já estaremos satisfeitos, pois o objetivo maior da tese foi alcançado. Afinal, como aduz Gomes Canotilho[26], sem o húmus teórico, o direito dificilmente passará de vegetação rasteira, ao sabor dos ventos, dos muros e da eficácia.

Dessa maneira, sem pretensão de prescrever solução definitiva a um problema dessa amplitude, pretendemos apenas formular alguns elementos de racionalidade à análise das audiências públicas no âmbito do IRDR no direito brasileiro, de modo a promover uma utilização eficiente das mesmas.

[26] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 18.

2. COMPREENSÃO DOS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO

2.1. ASPECTOS HISTÓRICOS DOS PRECEDENTES NO COMMON LAW E NO CIVIL LAW E SUA INTRODUÇÃO NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO.

Ensina Ivo Dantas[27] que os sistemas jurídicos caracterizam-se como uma plêiade de normas, métodos e condicionantes destinados a regular os direitos e deveres das pessoas e das instituições de uma determinada sociedade, de forma previsível e estável. Importante destacar que, em regra, cada país possui um sistema jurídico próprio, embora existam autores, a exemplo de Marryman e Perez-Perdomo[28], que defendam a possibilidade de existir mais de um sistema jurídico em um mesmo país (Estados Unidos teria um sistema jurídico federal e cinquenta sistemas jurídicos estaduais) e de um sistema jurídico abranger mais de um país (ex: sistema jurídico dos países integrantes da União Europeia).

Verificamos, portanto, que o significado contemporâneo de sistema jurídico está ainda predominantemente relacionado a um determinado país[29], com vinculação ao modo e ao método de construção das normas jurídicas, bem como à noção de prevalência da legislação ou das decisões judiciais para o alcance da segurança jurídica, como relata Mário Losano[30].

A existência de diversos sistemas jurídicos no mundo não impede que possamos traçar algumas semelhanças entre eles e reagrupá-los em subdivisões (tradições jurídicas) com a finalidade de sistematização. Para Patrick Glenn[31] a tradição jurídica consiste no conjunto de práticas e costumes profundamente arraigados no âmbito de determinadas sociedades acerca da criação, aplicação e ensino do direito. A tradição jurídica do mundo ocidental é geralmente associada a dois grandes sistemas ou tradições: *civil law* e *common law*.

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas surge no Código de Processo Civil de 2015 como um mecanismo processual de formação de precedentes obrigatórios para a

---

[27] DANTAS, Ivo. *Novo direito constitucional comparado*. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2010, p.117.
[28] MERRYMAN, John; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition*. Stanford: Stanford University Press, 2007, p.1-2.
[29] DANTAS, Ivo. *Novo direito constitucional comparado*. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2010, p.102. O autor defende que por mais semelhantes que sejam os textos normativos e os institutos, é impossível transplantar de forma plena a norma jurídica e o instituto de um país para o outro sem que haja uma adaptabilidade à cultura local.
[30] LOSANO, Mario. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.10-12.
[31] H. Patrick Glenn apresenta uma classificação de tradições jurídicas no mundo com sete categorias principais: Chantonical legal tradition, talmudic legal tradition, civil law tradition, islamic legal tradition, common law tradition, hindu legal tradition e asian legal tradition. GLENN, H. Patrick. *Legal Traditions of the World: sustainable diversity in law*. New York: Oxford University Press, 2007, p. 1/30.

solução de questões repetitivas. É usual a associação entre a temática dos precedentes obrigatórios e o sistema do common law, o que exige uma análise prévia acerca da compatibilidade da recepção da doutrina dos precedentes obrigatório em relação ao sistema jurídico do Brasil, país constantemente rotulado como integrante do sistema do *civil law*.

Não existe qualquer pretensão de realizar um trabalho exaustivo de comparação entre o *civil law* e o *common law*, mas apenas de analisar de forma breve as origens históricas e as principais características de cada um desses sistemas, a fim de concluir se os mesmos são incompatíveis entre si e se o sistema brasileiro pode se enquadrar em uma dessas duas categorias. Por fim, verificar se é possível no nosso sistema jurídico a adoção de precedentes obrigatórios a partir de previsão exclusiva em dispositivos infraconstitucionais, como é o caso do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, afastando-se a necessidade de disciplina expressa em dispositivos constitucionais, como, por exemplo, ocorre na ação direta de inconstitucionalidade, na ação declaratória de constitucionalidade e na arguição de descumprimento de preceito fundamental.

2.1.1. Breve Histórico da Formação e Características do Civil Law

O *civil law* tem como marco histórico de sua formação a elaboração do *Corpus Iuris Civile*, publicado entre os anos 529 e 534 d.c. pelo Imperador Justiniano I, que decidiu estabelecer um corpo de normas que tivesse condições de prever a solução para os litígios no período, e que, influenciado pelo cristianismo, foi paulatinamente desenvolvido nas universidades e sistemas judiciários da Europa Continental, também denominado sistema Romano-Germânico[32].

Como bem destacam Barreiro e Parício[33], o estudo do Digesto (cinquenta livros com parte das obras dos principais juristas do direito romano) pelas Universidades, a partir do século XII, como base teórica do direito, foi fundamental para consolidar uma cultura relativamente homogênea no pensamento jurídico da Europa Continental. Assim, não houve ambiente para criação de particularismos em relação aos métodos de criação e aplicação do direito de cada nação, havendo sedimentação de que o direito escrito representa um óbice externo ao poder criativo dos juízes.

---

[32] VIEIRA, Andréia Costa. *Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007, p. 270.
[33] BARREIRO, A. Fernández; PARICIO, Javier. *Historia del derecho romano y su recepción europ*ea. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 40.

Ensina René David[34] que um marco da consolidação e da influência desse sistema em tempos mais recentes foi a era dos códigos, notadamente com a edição do Código Civil Napoleônico de 1804. Este momento consubstancia a ideologia racionalista de eliminar a diversidade de regras existentes até então (leis esparsas, costumes etc), com ruptura do passado, passando a oferecer um corpo sistematizado de normas jurídicas que disciplinaria uma determinada matéria de forma plena, sem a existência de lacunas. O papel da doutrina deveria estar focado na elaboração de teorias e de conceitos abstratos para reforçar o caráter científico do direito, sendo papel secundário comentar casos concretos julgados pelo Judiciário. De fato, o uso da doutrina de juristas de renome sempre foi a base da formação do acadêmico de direito nas Universidades dos países que adotam o civil law, razão pela qual a utilização da mesma em peças processuais nos Tribunais é uma constante.

Ademais, o surgimento do Código Napoleônico representa a consagração da ideologia da teoria da Separação dos Poderes de Montesquieu em sua acepção mais restrita, em que ao Poder Judiciário ficaria a tarefa apenas de aplicar a lei criada pelos demais Poderes, a partir de um método exclusivamente dedutivo, com raciocínio baseado em silogismos, sem qualquer possibilidade de o juiz criar direito, e nem de julgar litígios envolvendo o Poder Público, elementos que demonstram o sentimento de desconfiança da população francesa da época em relação aos seus magistrados.

Esta ideologia é tributária da doutrina da Escola da Exegese no direito, pois, como lembra Frydman[35], o direito positivo e em especial o código teria as características da coerência, completude (capacidade de prescrever a solução de todos os casos aprioristicamente) e univocidade dos seus termos linguísticos, em que a interpretação do texto normativo possuiria apenas um significado verdadeiro ou evidente, impedindo a existência de juízo de valor pessoal do próprio intérprete e garantindo a segurança jurídica.

Importante registrar que essa desconfiança em relação aos magistrados fez consagrar a rígida diferenciação entre direito público e privado, vez que os interesses dos particulares e do Estado não poderiam ter o mesmo grau de relevância, exigindo-se regras e até jurisdição

[34] DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 123-124.
[35] FRYDMAN, Benoît. Exégèse et Philologie: um cas d'hermenéutique comparée. *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridique*, 1994, p. 59-83.

diferenciadas, como acontece na Franca com a existência da jurisdição contenciosa e da jurisdição administrativa.

Podemos aduzir de forma resumida que o sistema do *civil law* apresenta como características teóricas[36]: rígida separação dos poderes, com ausência de poder criativo do direito pelos juízes e reconhecimento da lei como fonte normativa primária; direito como ciência, tendo a doutrina papel relevante na conformação das categorias legais; divisão entre direito público e privado, com a existência de uma jurisdição ordinária e outra administrativa.

Não obstante se considere a França como o país em que todas as características teóricas mais marcantes do *civil law* estejam presentes, podendo ser ressaltado ainda hoje como exemplo a presença do estilo "phrase unique[37]", que estrutura as decisões como um simples silogismo e sem a narrativa detalhada dos fatos, existem diversos países rotulados como integrantes dessa tradição jurídica que possuem certas particularidades, como é o exemplo do Brasil, que adiante será melhor explicitado.

2.1.2. Breve Histórico da Formação e características do Common Law

Em relação ao *common law*[38], comumente associado aos países de origem anglo-saxônica, é importante destacar que a Inglaterra fez parte do Império Romano, do século I ao V. Todavia, a influência romana nessa região não deixou muitos vestígios no direito. Os povos invasores seguintes, como os Anglos, os Saxões e os Dinamarqueses, desenvolveram nessa região reinos germânicos a partir do século VI, com forte presença do direito consuetudinário, válido para cada uma das tribos da ilha britânica e aplicados pelas County Courts ou Hundred Courts, Tribunais Regionais mantidos em cada Condado. Ainda existia a presença do direito canônico, que solucionava questões eclesiásticas em conformidade ao direito comum da cristandade.

Como bem pontua René David[39], o nascimento do *common law* é constantemente vinculado à conquista da Inglaterra pelos normandos, através de William, o Conquistador, no ano de 1.066 d.c., quando se deu início à formação de um direito comum em substituição aos costumes locais. Os normandos provocaram diversas mudanças sociais, a exemplo do

[36] DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 86-87.
[37] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do Precedente Judicial*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 16-22.
[38] CAENEGEM, Raoul Van. *The birth of the english law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988, p. 4-9.
[39] DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 143-144.

estabelecimento do feudalismo e um regime quase-colonial baseado no militarismo. Com a chegada dos normandos, questões intimamente ligadas à Coroa, passaram a ser tratadas por Tribunais Reais (tribunais ambulantes que seguiam o rei em seus deslocamentos), enquanto os Tribunais Regionais foram gradativamente extintos. Posteriormente houve ainda maior centralização, a exemplo do Tribunal Real de Justiça (Corte Westiminster), permitindo maior controle da Coroa sobre as demandas locais.

Portanto, como aduz Peter Ashton[40], em artigo que explica as origens da common law, este direito comum da Inglaterra forma-se lentamente, possuindo traços efetivamente peculiares apenas no século XIII quando a Magna Carta de 1215 permite o afastamento dos Tribunais Reais de certas causas e permite a centralização em Westminster, passando a julgar litígios sem a presença do rei. No fim do século XIII (1295) há apenas três Tribunais Reais, a saber: King's Bench, Common Pleas e Exchequer. Estas cortes continuaram funcionando até o ano de 1875. Todas usavam e julgavam, essencialmente, com as mesmas normas legais que ao tempo do rei Edward I são oficialmente conhecidas como Common Law, por ser um corpo de normas, um direito comum a toda Inglaterra. Posteriormente, no século XIV foi instituída a Câmara dos Lordes, que além de executar funções legislativas, era a mais alta corte de apelação do Reino Unido, condição que só foi retirada em 2009, quando as suas funções judiciais passaram para a Suprema Corte do Reino Unido[41].

A existência desses tribunais centralizados permitiu a criação de um *common law*, direito comum a toda a Inglaterra, em que os costumes locais foram sendo gradativamente substituídos pelas decisões judiciais como principal fonte normativa do direito. Importante destacar que essas decisões eram eminentemente pragmáticas, sem remissão a categorias legais ou teorias acadêmicas elaboradas em ambientes universitários. Ademais, havia uma preocupação não só com o caso em julgamento, mas também com os casos futuros que iriam ser influenciados pelo mesmo, lançando-se muitas vezes argumentos consequencialistas.

A figura do juiz como sujeito dotado de sensibilidade e prudência vai formando a noção dos direitos e deveres do povo inglês, razão pela qual novas questões submetidas ao Judiciário deveriam ser julgadas a partir de raciocínio indutivo, com o cotejo das semelhanças

[40]ASHTON, Peter Walter. A Common Law e a Equity do Direito Anglo-Saxônico. *Revista do Ministério Público do RS*. Porto Alegre, nº 64, out/dez. 2009, p. 163-187.
[41] JENKIN, David. Common law declarations of unconstitutionality. *International Journal Const. Law*, 2009. p. 183-214.

e distinções com os casos passados. Não há desconfiança do Parlamento em relação aos tribunais e nem divisão entre direito público e direito privado para cisão das jurisdições em administrativa e ordinária, pois as questões de direito público são associadas ao direito de propriedade ou de liberdade, sendo consideradas também de direito privado[42].

Registre-se, ainda, que a doutrina no *common law* não exerceu papel sistematizador, vez que não havia um direito de professores, mas de práticos, já que não se promovia a formação jurídica nas universidades inglesas. É que não se procurava a fundamentação das decisões a partir de teorias e ensaios científicos, mas a partir da reprodução das soluções justas em face das circunstâncias dos casos concretos que lhes eram postos a julgamento[43].

Outro aspecto de extrema importância que merece consideração é a formação da doutrina do *stare decisis*, que estabelece os precedentes vinculantes (*binding effects*). Alguns autores como Arthur Goodhart[44] chegaram a sustentar a tese de que a doutrina do precedente vinculante é que fornece a distinção fundamental entre o método jurídico inglês e o continental-europeu. Embora a ideia de seguir decisões pretéritas fosse aplicada na Inglaterra como forma de cristalizar os costumes e de garantir segurança jurídica, a doutrina do *stare decisis* começou a ganhar força a partir da defesa feita por Lorde Campbell no julgamento do caso Beamish x Beamish, no ano de 1861. Todavia, só foi reconhecida em 1898, no julgamento do caso London Street Tramways x London County Council, em que se discutia parâmetros indenizatórios decorrentes de uma desapropriação. Nesse julgado a Câmara dos Lordes adotou entendimento firmado alguns anos antes e estabeleceu que nos casos em que já houvesse uma decisão, caberia a todos os demais magistrados (vinculação vertical) e à própria Câmara dos Lordes (vinculação horizontal) aplicar os parâmetros decisórios desse julgado[45].

Faz-se mister salientar que seguir julgados de cortes superiores em casos análogos não é uma peculiaridade do common law. Entretanto, a doutrina do *stares decisis* caracteriza-se pela

[42]A divisão nesta tradição ocorria essencialmentre entre a common law e a equity, em que paralelamente à atuação dos Tribunais de Westminster, funcionava, como instância recursal, o Tribunal da Chancelaria, que exercia uma jurisdição de equidade (equity), em prejuízo das normas da common law. Cf ASHTON, Peter Walter. A Common Law e a Equity do Direito Anglo-Saxônico. *Revista do Ministério Público do RS*. Porto Alegre, nº 64, out. 2009 – dez. 2009, p. 163-187.

[43] Não obstante, certas obras doutrinárias, a exemplo dos trabalhos de Glanvill, Bracton, Littleton e Coke, alcançaram o reconhecimento pelos tribunais de "books of authority", com um prestígio comparável ao da própria lei nos países de civil law.

[44] GOODHART, Arthur. *Precedent in English and Continental Law* – An Inaugural Lecture Before the University of Oxford. London: Stevens and Sons, 1934, p. 10.

[45] TUCCI, José Rogério Cruz. *Precedente Judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 161.

obrigatoriedade de os magistrados seguirem julgados anteriores de casos semelhantes não por estarem convencidos do acerto daquelas decisões, mas por uma imposição do sistema destinada a conferir segurança jurídica através da declaração do direito, eliminando a discricionariedade dos juízes, tal como a codificação no âmbito da *civil law*.

Importante destacar, como bem elucida Lucas Buril de Macêdo[46], que a ideia de seguir julgados anteriores análogos já era algo frequentemente aplicado na Inglaterra muito antes de 1898, mas a obrigatoriedade só se tornou cogente a partir do momento em que foi possível realizar adequadamente a publicidade das decisões, através dos Law Reports, bem como a partir do momento em que o sistema de corte foi rigidamente hierarquizado através das reformas empreendidas no Judiciário (*Judiciary Acts*)[47].

A doutrina do *stares decisis* assumiu ares de dogma na Inglaterra, possuindo uma rigidez tanto vertical quanto horizontal, ou seja, tanto os tribunais inferiores eram obrigados a seguir os precedentes dos tribunais superiores como a própria Câmara dos Lordes não poderia modificar a norma enunciada no precedente anterior, por mais injusta que lhe parecessem no momento do julgamento diante de novas circunstâncias. Contudo, essa doutrina na sua acepção mais radical não foi algo aceito de forma pacífica na cultura do *common law*, tendo recebido críticas de autores importantes ao longo do tempo, como Goodhart[48], para quem o juiz seria um escravo do passado e um déspota para o futuro, vinculado pelas decisões dos mortos que o precederam e vinculador das gerações por vir.

A situação apenas se modificou com o advento do *Practice Statement*, em 1966, quando a imutabilidade plena do precedente foi relativizada e passou a ser admitida a sua superação nos casos em que o julgado tivesse sido equivocado por falta de conhecimento acerca de determinados aspectos ou decorrente de má interpretação da lei. Todavia, mesmo nessas hipóteses houve menção aos cuidados que deveria existir nessa superação em relação às matérias criminais e tributárias[49].

---

[46] MACÊDO, Lucas Buril. *Precedentes judiciais e direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 66-68.
[47] Afirma Jim Evans que uma importante causa do fortalecimento da doutrina do precedente foi a criação em 1830 de uma Corte Superior (Couro f Exchequer Chamber) a todas as cortes do common law e intermediária entre essas e a Casa dos Lordes. Cf. EVANS, Jim. Change in the doctrine of precedente during the nineteenth century. In: GOLDSTEIN, Laurence (org.). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon, 1987, p. 64.
[48] GOODHART, Arthur. *Precedent in English and Continental Law* – An Inaugural Lecture Before the University of Oxford. London: Stevens and Sons, 1934, p. 48.
[49] EVANS, Jim. Change in the doctrine of precedente during the nineteenth century. In: GOLDSTEIN, Laurence (org.). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon, 1987, p. 70.

Assim, a partir do contexto histórico é possível afirmar que a *common law* possui como como características tradicionalmente aceitas: inexistência de uma doutrina rígida de separação dos poderes, com o reconhecimento dos casos anteriormente julgados como fonte normativa primária do direito de caráter vinculante; configuração do direito como atividade prática e não científica; baixo prestígio da doutrina em relação ao *civil law*; ausência de distinção entre direito público e privado, com a adoção de uma jurisdição única e ampla possibilidade de revisão dos atos estatais.

2.1.3. O Sistema Jurídico Brasileiro como confluência do civil law e do common law

Destaque-se que a tradição da *civil law* engloba uma miríade de países na Europa Continental, na América Latina, na África e na Ásia, não havendo homogeneidade em cada um deles. Observe-se que no Brasil o Poder Judiciário tem ampla competência para anular atos dos Poderes Executivo e Legislativo, o que não corre na França. Por sua vez, a tradição da *common law*, além da Inglaterra, abarca países influenciados por sua colonização como Estados Unidos, Canadá (exceção de Quebec), Irlanda do Norte, País de Gales, Austrália, Nova Zelândia, além de países na África e na Ásia. Também não há homogeneidade nessa tradição. Como exemplo temos os Estados Unidos da América, em que o dogma da soberania do Parlamento nunca teve a rigidez encontrada na Inglaterra, permitindo uma maior maleabilidade da doutrina do *stares decisis* e a existência do controle difuso de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário.

Uma vez expostas as origens e as principais características de cada um desses sistemas, notadamente nos países que melhor representam suas origens (França e Inglaterra), é importante analisar se os mesmos são sistemas completamente autônomos ou se existem vasos comunicantes entre eles, permitindo que em alguns sistemas jurídicos, notadamente no Brasil, haja característica de ambos.

É inegável que o civil law e o common law surgiram em circunstâncias políticas e culturais distintas, provocando a formação de tradições jurídicas diferentes, com alguns conceitos e institutos próprios. Todavia, como adverte Luiz Guilherme Marinoni[50], existem mais semelhanças do que diferenças, sendo preciso apagar alguns mitos, tais como: a) o juiz do

[50] MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 172, 2009, p. 175-232.

common law, por criar o direito, realiza tarefa completamente distinta da do seu colega do civil law; b) o *stares decisis* é incompatível com o civil law.

Em relação à criação judicial do direito (*law-making-authority*) é importante aduzir que embora no início da *common law* não houvesse tantas leis aprovadas pelo Parlamento, atualmente em países como os Estados Unidos da América e Inglaterra existe vasta legislação e códigos aprovados pelo Parlamento. Ademais, a autoridade da lei enquanto fonte normativa não possui caráter secundário em relação aos julgados anteriores[51]. Contudo, desde as suas origens na Inglaterra, e, posteriormente com a Revolução Gloriosa de 1688, a ideologia do *common law* sempre foi de confiança em relação ao magistrado, no sentido de que o mesmo atuaria ao lado do Parlamento contra os abusos da Coroa. Assim, as leis e os códigos nunca foram elaborados com a pretensão de esgotar as possibilidades interpretativas dos juízes, que poderiam criar o direito nas diversas situações de lacuna, omissão, bem como no controle dos atos estatais. A Supremacia do Parlamento não estaria ameaçada diante da atividade criativa dos juízes.

Nesse aspecto é importante a lição de Neil MacCormick[52]ao afirmar que a argumentação a partir de textos normativos pode levar segurança jurídica só até certo ponto, revelando-se vagas para um determinado contexto prático. Herbert Hart[53] já defendia que linguagem é fruto de construção humana, motivo por que nem sempre os significados das expressões se apresentarão de forma inequívoca, podendo haver variações a partir da conjuntura em que se insira. Do mesmo modo ocorre com a linguagem jurídica, que se apresenta como uma variação da linguagem geral. A essa limitação (indeterminação) da linguagem se denominou textura aberta da linguagem. Na mesma linha Genaro Carrió[54] adverte que um texto legislativo é incapaz de confinar o futuro em modelo concebidos no passado dada a porosidade da linguagem. Por fim, Hans Kelsen[55], a partir da teoria da moldura, afirma que existem hipóteses (casos difíceis) em que a legislação seria incapaz de predefinir a solução a ser

[51] VIEIRA, Andreia Costa. *Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: SAFE, 2007, p. 137.
[52] MACCORMICK, Nel. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. Tradução Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 2.
[53] HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. Tradução Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.
[54] CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y linguaje*. Lexis Nexis. Abeledo-Perrot, 2006.
[55] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

alcançada pelo magistrado no caso concreto, dando azo ao poder criativo do juiz e até mesmo a discricionariedade interpretativas no julgamento.

Daí a necessidade de se desenvolver uma teoria para compreender e racionalizar o pensamento dos juízes nessas hipóteses, razão pela qual os precedentes surgem como importante instrumento para a segurança jurídica.

Por sua vez, a ideologia do *civil law*, reforçada a partir do advento da Revolução Francesa de 1789, era de total desconfiança com os magistrados, os quais eram vistos como sujeitos parciais e que se recusavam a aplicar a legislação que era contrária aos interesses dos seus protegidos, sem qualquer ligação com os valores de igualdade, fraternidade e solidariedade. Dessa forma, como aduz Mauro Cappelletti[56], a doutrina da estrita Separação dos Poderes de Montesquieu foi admitida como necessária, impondo-se uma clara diferença entre as funções do Judiciário e do Legislativo. O pavor do arbítrio dos magistrados decorrente do regime anterior clamava a distinção entre o poder de criar o direito pelo legislador e o poder de julgar pelo juiz, o qual deveria ser adstrito à tarefa de identificar a norma jurídica aplicável ao caso concreto submetido ao crivo do Judiciário, sem qualquer possibilidade de interferência no poder governamental.

A ideologia da Separação dos Poderes foi tão estritamente incorporada na Revolução Francesa, que a Lei Revolucionária de 1790 criou uma comissão legislativa a quem os magistrados teriam o dever de consultar em caso de dúvidas na aplicação da norma, sob pena de sofrerem graves sanções. Da mesma forma, foi criada em 1790 uma Corte de Cassação, órgão que não fazia parte do Judiciário, com a finalidade de anular as decisões judiciais que dessem à lei sentido diverso do pretendido pelo legislador. Importante ressaltar que como a Corte de Cassação não era órgão judicial, a mesma não tinha atribuição para decidir o caso concreto em substituição aos tribunais, mas apenas de afirmar como a lei não deveria ser interpretada e anular a decisão. Com o tempo, todavia, a Corte de Cassação passou a ser órgão de cúpula do Judiciário, sobrepondo-se aos tribunais ordinários[57].

[56] CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, 2001, v. 20, p. 269.
[57] MERRYMAN, John; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition*. Stanford: Stanford University Press, 2007, p.39.

Nesse sentido, embora na teoria do *civil law* a lei se apresentasse como instrumento suficiente para a segurança jurídica e a igualdade entre os cidadãos, evitando-se perseguições ou favorecimento por parte dos magistrados, essa noção dogmática de que a lei possuía significado evidente, sendo capaz de por si só funcionar como elemento apto a garantir ordem e previsibilidade às condutas humanas, não sobreviveu aos fatos históricos e foi lentamente sendo enfraquecida.

Realmente, em uma sociedade dotada de baixa diversidade de relações sociais, e com previsão, quase exclusiva, de direitos relacionados à liberdade e à propriedade, como era no final do século XVIII até o século XIX, os casos difíceis e sem previsão nos Códigos e na legislação esparsa eram exceção. Dessa forma, a vagueza e a ambiguidade dos textos legislativos, bem como a ausência de sedimentação da distinção entre texto e norma (significante e significado), eram aspectos que podiam ser escamoteados do sistema jurídico do civil law mediante o uso da retórica pelos juristas, com seus malabares de sentido, como bem aduz João Maurício Adeodato[58]. Perpetuava-se a ilusão da objetividade do direito através da negativa do poder criativo do magistrado e do reforço da estrita Separação dos Poderes, em uma visão do princípio da legalidade que remontava ao início da Revolução Francesa.

Todavia, a partir do aumento da complexidade e da heterogeneidade das relações na sociedade, aquilo que era exceção passou a ser uma constante.

Dessa forma, houve aumento no surgimento de casos levados ao Judiciário sem qualquer previsão legislativa expressa para a resolução desses conflitos, como por exemplo demandas pleiteando cirurgias de mudança de sexo. Ademais, o (neo)constitucionalismo[59] com a força normativa dos princípios e a previsão na legislação de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados teve um grande impacto em alguns dos países rotulados como integrantes do *civil law*. Por fim, ao se permitir o controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário evidenciou-se que a lei não seria suficiente para consagrar os ideais de igualdade,

[58] ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011, p. 274.

[59] O neoconstitucionalismo que adotamos é aquele que valorizando a importância das regras e da subsunção, confira oportunidades para os princípios e a ponderação na definição do direito a partir do reconhecimento da força normativa da Constituição e do respeito aos precedentes. Cf. SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalimo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

solidariedade e fraternidade, pois muitas vezes a legislação infraconstitucional poderia violar esses postulados consagrados na Constituição.

Como aduz Pietro Perlingieri[60], a lei perde o seu posto de supremacia, que agora é da Constituição, podendo o juiz atuar até mesmo na sua omissão para conformar os direitos fundamentais ou dar uma interpretação conforme a constituição. Ademais, os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais funcionam como reconhecimento do poder criativo do juiz diante de casos concretos. Dessa forma, o juiz do *civil law* passou a exercer um papel inimaginável em confronto com a ideia original dessa tradição jurídica, passando a ser tão criativo quanto seu colega do *common law*.

Portanto, as características do *civil law* e do *common law* associadas aos dois países que deram origem a cada uma dessas tradições não se reproduzem com a mesma intensidade em outras nações que se consideram vinculados a cada um desses sistemas. A própria França e a Inglaterra passam por mudanças decorrentes da mundialização do direito[61] que afastam essas características históricas nos seus respectivos sistemas jurídicos.

Por isso existe atualmente um movimento de aproximação cada vez maior entre as tradições jurídicas do *civil law* e do *common law*, em que eventual vinculação histórica a uma determinada tradição jurídica cede espaço para o aprimoramento e o intercâmbio de questões relacionadas ao alcance da segurança jurídica e da eficiência das decisões.

É que como ensina Alceu Maurício Jr.[62], embora a ideologia recente do *civil law* esteja vinculada ao sistema de divisão dos poderes formulado por Montesquieu, o mesmo não se trata de um dogma intertemporal ou um esquema constitucional rígido, mas um princípio organizatório fundamental, que deve ser visto como um princípio histórico em contato com uma ordem constitucional concreta.

---

[60] PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalitá constituzionale*. Napoli: Edizioni Scientifichhe Italiane, 1991.

[61] A mundialização do direito é a influência que os sistemas jurídicos dos países exercem um sobre os outros decorrente da integração econômica ou globalização e a partir de mecanismos institucionais. Cf. ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito*. Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2005, p. 7-13.

[62] MAURICIO JUNIOR. Alceu. *Revisão Judicial das escolhas orçamentárias: a interpretação judicial em políticas públicas*. Belo Horizonte: Forum, 2009, p. 149.

Portanto, qualquer constituição enquanto norma escrita que simplesmente mencione a existência da separação dos poderes em um país vinculado historicamente uma determinada tradição jurídica é um plano de voo que possui diversas rotas a serem perseguidas durante o trajeto, como adverte Bruce Ackerman[63].

No mesmo sentido já reconheceu o Supremo Tribunal Federal que o princípio da separação e independência dos Poderes não possui uma fórmula universal apriorística e completa. Assim, o que se há de impor como padrão não são concepções abstratas ou experiências concretas de outros países, mas sim o modelo brasileiro vigente de separação e independência dos Poderes, como concebido e desenvolvido na Constituição da República.[64]

Como aduz Hermes Zaneti Júnior[65], não é correto afirmar que o sistema jurídico brasileiro é vinculado ao *civil law* apenas pela tradição do seu rótulo. Para o citado autor o sistema brasileiro é híbrido, pois a previsão de controle difuso de constitucionalidade inserida desde 1891 decorre da tradição do *common law* estadunidense, enquanto o direito privado e o direito público infraconstitucional (processual e administrativo) são provenientes do *civil law*.

No mesmo sentido é a observação de Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr.[66] quando afirma que o sistema jurídico nacional materializa uma tendência mundial de convergência entre as tradições jurídicas. Embora haja aspectos intrinsecamente vinculados ao *civil law*, como a força da doutrina e a existência de codificação em várias áreas, o ordenamento jurídico brasileiro contempla desde 1891 o controle difuso de constitucionalidade proveniente dos Estados Unidos da América, bem como confere competência ao Poder Judiciário para julgar atos estatais e privados, sem a separação entre jurisdição administrativa e comum típica do *civil law* proveniente da França. Ademais, a estrutura do Poder Judiciário é bastante rígida e hierarquizada, com a previsão de decisões proferidas por Tribunais, tanto no âmbito infraconstitucional (ex: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas) como constitucional (ex; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), que devem ser seguidas obrigatoriamente tantos pelos juízes como pelos tribunais.

---

[63] ACKERMAN, Bruce. *A Nova Separação dos Poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 113.
[64] BRASIL. STF. ADI nº 98-5. Tribunal Pleno. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. DJ 31.10.1997.
[65] ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 15.
[66] ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 42-44.

Por fim, Marcelo Navarro Ribeiro Dantas[67] ressalta que a partir da doutrinação de Rui Barbosa nenhum debate constitucional importante passa sem a citação de precedentes ou constitucionalistas americanos. Assim, merece ser reproduzida a afirmação de que o Brasil é mestiço até mesmo no seu sistema jurídico[68].

Pode-se concluir, portanto, que embora o Brasil esteja constantemente associado como um país da tradição do civil law, o mesmo possui diversos elementos característicos da tradição do common law. Dessa forma, ainda que se considere a existência dos precedentes obrigatórios como algo próprio da tradição do common law, nada impede sua adoção pelo sistema jurídico brasileiro, pois a Constituição Federal do Brasil contempla características de ambas as tradições. Outrossim, como assevera Ivo Dantas[69], a circulação de modelos jurídicos com a incorporação por determinado sistema jurídico de experiências positivas de outro país é algo recorrente no mundo e bastante presente na cultura jurídica brasileira.

O que não se pode perder de vista é que a recepção de institutos não é meramente passiva, havendo sempre um aspecto que leva em conta peculiaridades do sistema jurídico em que o instituto é incorporado, razão pela qual autores como Júlio César Rossi [70] falam na existência de um sistema de precedentes à brasileira, vez que existiriam elementos típicos da teoria dos precedentes dos países do *common law* com a inserção de elementos próprios da cultura jurídica nacional.

2.1.4. Adoção de precedentes e (des)necessidade de previsão constitucional

Uma vez reconhecida a inexistência de vedação apriorística de incorporação de institutos comumente associados à tradição do *common law* no ordenamento jurídico brasileiro, passa-se a analisar se é possível no nosso sistema jurídico a adoção de precedentes de caráter vinculante a partir de previsão exclusiva em dispositivos infraconstitucionais, como é o caso do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

---

[67] DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000, p. 160-161.
[68] MACÊDO, Lucas Buril. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p.84.
[69] DANTAS, Ivo. A recepção legislativa e os sistemas constitucionais. *Revista de informação legislativa* : n. 158, abr./jun. 2003, v. 40.
[70] ROSSI, Júlio César. *Precedente à brasileira*. São Paulo: Atlas, 2015.

A Constituição Federal prevê uma série de precedentes de caráter vinculante, tais como as ações de controle concentrado de constitucionalidade, a repercussão geral no recurso extraordinário e a súmula vinculante. Todavia, o artigo 927 do Código de Processo Civil ao inserir um rol de precedentes obrigatórios mais amplo do que aquele previsto no texto constitucional suscitou uma série de argumentos por parte da doutrina[71], que enxerga nessa hipótese a existência de vício de inconstitucionalidade. Os principais argumentos estão relacionados à suposta ofensa à independência judicial e ao princípio da separação dos poderes, pois quando o artigo 927 do Código de Processo Civil utiliza a expressão "os juízes e os tribunais observarão", estaria considerando os precedentes como preceitos abstratos e de caráter geral, com as mesmas características da lei.

Para uma melhor análise do tema é preciso verificar se anteriormente a matéria já foi analisada em outros países integrantes do sistema do civil law, com especial destaque para Portugal, em virtude da influência daquele país no sistema jurídico do Brasil desde a colonização, bem como se o Supremo Tribunal Federal já emitiu algum posicionamento sobre a questão, ainda que de forma reflexa. Posteriormente, serão enfrentadas as críticas vinculadas à independência judicial e ao princípio da separação dos poderes, a partir de uma perspectiva constitucional em que estão inseridas as noções de segurança jurídica, igualdade e eficiência.

É possível afirmar que significativa parcela do raciocínio da doutrina em sustentar a inconstitucionalidade da obrigatoriedade dos precedentes a partir de mera previsão infraconstitucional é proveniente das razões fornecidas pelo Tribunal Constitucional Português quando decretou a inconstitucionalidade do instituto dos assentos.

Conforme aduz Thomas da Rosa Bustamante[72], os assentos são um instituto jurídico previsto no artigo 2º do Código Civil de Portugal de 1966[73]. Os assentos conferiam às decisões plenárias do Supremo Tribunal de Justiça português, tomadas a partir de um recurso de

[71] TUCCI, José Rogério Cruz. *O regime do precedente judicial no novo CPC*. MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords). *Precedentes.* Salvador: Juspodivm, 2015, p. 454

[72] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Súmulas, praticidade e justiça: um olhar crítico sobre o direito sumular à luz do pensamento de Misabel de Abreu Machado Derzi*. In: COÊLHO, Sacha Calmon Navarro (Org.). Segurança Jurídica: Irretroatividade das decisões judiciais prejudiciais aos contribuintes. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 79-93.

[73] Possui a seguinte a redação: "Artigo 2º. Nos casos declarados na lei, podem os tribunais fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória geral."

uniformização da jurisprudência, o poder de prescrever um enunciado de caráter geral e abstrato, com aptidão para vincular a todos submetidos ao ordenamento jurídico daquele país– não apenas o Poder Judiciário. Ademais, possuía caráter imutável, não sendo possível sua revisão nem mesmo pelo órgão que havia prescrevido o dispositivo normativo.

A constitucionalidade dos assentos foi apreciada no Acórdão do Tribunal Constitucional de Portugal nº 743/96, o qual declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º do Código Civil, na parte em que atribui aos tribunais competência para fixar doutrina com força obrigatória geral, por violação do disposto no artigo 115º, nº 5, da Constituição de Portugal.

Ao analisar os fundamentos utilizados pelo Acórdão do Tribunal Constitucional de Portugal, verifica-se que não houve a decretação da inconstitucionalidade de todo o instituto consagrado no dispositivo normativo, mas apenas parcial em relação a dois aspectos: a) a possibilidade de sua eficácia para além do Poder Judiciário; b) a imutabilidade da decisão.

Em relação ao primeiro ponto decidiu o Tribunal Constitucional que os assentos funcionavam como proposições normativas de estrutura geral e abstrata, que se autonomizam, formal e materialmente, atuando como fonte autônoma do direito. Portanto, os assentos uma vez estabelecidos serviriam como enunciados genéricos que poderiam ser exigidos não só dos demais órgão do Poder Judiciário, mas também dos demais Poderes e de todos os particulares sem que fosse feito nenhum cotejo com os fatos do caso concreto que ensejaram o enunciado.

Como aduz Ravi Peixoto[74], consta no próprio acórdão que o problema existente na ordem jurídica portuguesa não era a existência de fixação de vinculação por meio de legislação infraconstitucional, mas a forma com a qual essa vinculação fora realizada, que tornava os assentos uma fonte autônoma do direito. A inconstitucionalidade não ocorreria se a vinculação existisse dentro da própria estrutura do Poder Judiciário, obrigando tão somente os tribunais submetidos hierarquicamente e desde que existissem mecanismos para que o precedente fosse debatido pelas partes a ele sujeitas.

No tocante ao segundo aspecto, a Corte Portuguesa consignou em seu acórdão que o precedente não pode ter o caráter definitivo de um diploma legal, sendo mais frágil, estando sempre sujeito a modificação. Portanto, seria inconstitucional instituir imutabilidade de

[74] PEIXOTO, Ravi . (*In)constitucionalidade da vinculação dos precedentes no CPC/2015: um debate necessário. Civil Procedure Review*. 8, , 2017, p. 93-133.

precedentes, tal como ocorreu na Inglaterra entre 1898 e 1966, vez que tal situação impediria a mudança de entendimento ainda que houvesse modificação da lei que lhe serviu de fundamento. Assim, foi consignado de forma reflexa que os assentos não podiam ir além da lei – eles seriam um complemento do texto normativo, razão pela qual assegurar sua imutabilidade seria conferir um poder maior do que aquele dado ao próprio Legislativo quando da possibilidade de revogação das leis.

Pode-se concluir, portanto, que o Tribunal Constitucional de Portugal não proibiu a eficácia vinculante dos assentos em razão de sua natureza infraconstitucional. Da mesma forma não houve qualquer alegação de que o efeito vinculante dos assentos era incompatível com a tradição jurídica do *civil law*. Apenas foi consignada a necessidade de limitação, a fim de que o efeito vinculante da decisão ocorresse entre os tribunais submetidos à hierarquia do órgão prolator dos assentos e que fosse revogável, o que retiraria o seu caráter legislativo.

No direito brasileiro, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, foi prevista a força obrigatória dos precedentes em muitos casos não consagrados na Constituição Federal, o que vem provocando questionamentos acerca da constitucionalidade dessa força obrigatória e vinculante a partir de previsão exclusiva em dispositivos infraconstitucionais.

Inicialmente, é importante aduzir que questionamentos constitucionais acerca da previsão da força vinculante de precedentes a partir de dispositivos infraconstitucionais não é novidade no debate jurídico e nem nos Tribunais Superiores, sendo constantemente suscitados dois julgamentos históricos: um do ano de 1977 pelo Supremo Tribunal Federal [75] e outro de 1992 pelo Tribunal Superior Eleitoral[76].

O primeiro foi uma representação de inconstitucionalidade, em que o Supremo Tribunal Federal entendeu que o art. 902, §1º, da CLT, que concedia força normativa geral às decisões do TST, não teria sido recepcionado pela Constituição de 1946. O segundo era o instituto do prejulgado, previsto no art. 263 do Código Eleitoral e que também tinha por finalidade garantir eficácia vinculante na interpretação do direito. O instituto eleitoral, todavia, era mais restrito porque exigia que a interpretação adotada em determinado pleito eleitoral só teria eficácia vinculante para as questões jurídicas existentes naquele mesmo pleito eleitoral.

[75] BRASIL. STF, Pleno, Rp 946, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, j. 12/05/1977.
[76] BRASIL. TSE, Pleno, Respe. N. 9.936-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, acórdão n. 12.501, j. 14/09/1992.

Em ambos os casos a conclusão dos julgados foi no sentido de que os juízes são livres para decidir apenas com base nas leis, sem qualquer necessidade de vinculação aos precedentes, salvo previsão constitucional.

Não obstante a existência dos referidos julgados, a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2005 houve uma profunda transformação na sistemática constitucional dos precedentes obrigatórios, pois referido texto além de ter promovido uma grande reforma no Poder Judiciário, introduziu a repercussão geral nas questões submetidas a recurso extraordinário.

Essa modificação constitucional não teve o condão de retirar da lei sua condição de fonte primária do direito, mas ressaltou que, nas hipóteses em que a legislação suscitar interpretações divergentes relevantes ou que seja necessário promover a densificação de princípios, a partir da previsão legislativa dos conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas gerais, é possível a extração de uma norma jurídica de caso(s) concreto(s) – *ratio decidendi* – com natureza geral e vinculante para outros análogos submetidos à análise do próprio Poder Judiciário, sem vinculação em relação aos outros Poderes.

Poder-se-ia aduzir, então, suposta inconstitucionalidade do art. 985, §2º do Código de Processo Civil, o qual dispõe que nos casos em que o IRDR seja relacionado a prestação de serviço concedido, caberia ao órgão, ente ou agência reguladora competente fiscalizar a efetiva aplicação da tese por parte dos sujeitos a regulação, pois existiria uma vinculação de outro poder sem a devida reforma constitucional. Contudo, como bem aduz Ravi Peixoto[77], a norma extraída desse texto deve ser focada no aspecto da publicidade, a fim de que a administração pública, por exemplo, ao multar determinada empresa, saiba se essa autuação irá se sustentar perante os Tribunais, a partir das peculiaridade do caso concreto.

Dessa forma, a Carta Magna impõe uma diretriz no sentido de que o julgamento de casos concretos possui também a função de prescrever condutas futuras, tanto para os cidadãos como para os magistrados que irão julgar situações similares, em mais uma nítida aproximação entre a tradição do *civil law* e do *common law*.

[77] PEIXOTO, Ravi . (In)constitucionalidade da vinculação dos precedentes no CPC/2015: um debate necessário. *Civil Procedure Review*, 2017, v. 8, p. 93-133.

A conclusão de que a possibilidade de adoção de precedentes obrigatórios pela legislação infraconstitucional foi permitida no sistema processual brasileiro a partir do advento da Emenda Constitucional nº 45/2004 é reforçada pelo fato de que após essa reforma, mas ainda durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, o Supremo Tribunal Federal[78] passou a sustentar que as decisões proferidas no julgamento de recurso extraordinários com repercussão geral vinculariam os demais órgãos do Poder Judiciário.

Em outro julgado do Supremo Tribunal Federal[79] posterior ao advento da Emenda Constitucional nº 45/2004 existe trecho do voto do Ministro Teori Zavascki ressaltando a evolução do direito brasileiro em direção a um sistema de valorização dos precedentes judiciais emanados dos tribunais superiores. Ademais, no referido julgado foi destacado o perfil institucional atribuído ao Pretório Excelso na seara constitucional, e ao Superior Tribunal de Justiça na esfera da uniformização da interpretação da legislação federal, o que seria prova inconteste força expansiva ultra partes dos seus precedentes.

Registre-se, ainda, que é possível reconhecer a existência de precedentes obrigatórios a partir da previsão de dispositivos infraconstitucionais em virtude dos princípios constitucionais da igualdade e da razoável duração do processo.

Em relação ao princípio constitucional da igualdade, é importante destacar que a adoção de precedentes obrigatórios não está focada na busca da igualdade material, mas na procura da igualdade formal[80]. É que além do conceito de igualdade material ser algo de difícil acesso, a igualdade formal que impõe a obrigatoriedade dos precedentes decorre da noção de impessoalidade/imparcialidade pela qual os juízes devem tratar casos semelhantes de forma igual (*treat like cases alike*), reduzindo-se possibilidades de favorecimentos ou perseguições aos litigantes pelas mais diversas razões, algo bem sedimentado nos países vinculados à tradição do common law[81].

[78] BRASIL. STF, Tribunal Pleno, Rcl 10.793, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 13/04/2011, DJe-107 06/06/2011.
[79] BRASIL. STF, Tribunal Pleno, Rcl 4.335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 20.3.2014
[80] ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: entre permanência e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 463
[81] BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. Rationales for precedente. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Neil (ed.). *Interpreting Precedents*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 486-487.

No mesmo sentido, a adoção de precedentes obrigatórios concretiza a ideia de razoável duração do processo, pois nos casos em que as questões jurídicas suscitadas já tiverem sido adequadamente resolvidas pelos Tribunais Superiores revela-se desnecessária a análise detida e fundamentada de cada uma das questões anteriormente já analisadas. Nesses casos, salvo a hipótese em que seja demonstrada a existência de peculiaridades, basta a remissão à norma que emanou do precedente, evitando-se desperdício de tempo pelo Judiciário quando da fundamentação das decisões.

Portanto, é importante salientar que a adoção de precedentes obrigatórios, da maneira como estão elencados no Código de Processo Civil, possui suporte constitucional, bem como não há qualquer indicativo por parte do Pretório Excelso em reconhecer vício de inconstitucionalidade na sua instituição através da legislação infraconstitucional, como é o caso do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

2.2. ASPECTOS TEÓRICOS PARA COMPREENSÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES

O precedente não constitui um tema específico da teoria geral do processo e nem mesmo da teoria geral do direito, sendo algo presente no processo decisório de qualquer subsistema social que pretende atuar no futuro da mesma forma que atuou no passado na solução de determinada controvérsia[82].

Conforme explicitado por Larry Alexander[83], isso é bem entendido pelos pais de um grupo de filhos, quando o filho mais novo reclama o direito de poder realizar, com a mesma idade, aquilo que o filho mais velho fez quando atingiu aquela faixa etária. Observe-se que a criança está argumentando a partir do precedente e constrangendo o pai a atuar da mesma forma, independentemente do acerto da decisão anterior.

Todavia, apesar de os precedentes judiciais terem uma noção comum ao dos precedentes dos demais subsistemas sociais, possuem peculiaridades que os distinguem, abrangendo aspectos relacionados aos elementos constitutivos, conceito e à forma de

[82] DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedente*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p.1.
[83] ALEXANDER, Larry. *Constrained by precedent*. Southern California Law Review, 63, 1989, p. 1-64.

compreendê-los e aplica-los. Ademais, a importância do precedente é algo que varia em cada sistema jurídico de acordo com o direito positivo e o processo histórico de sua consolidação. É sobre esses pontos que traremos algumas observações pertinentes, com especial destaque para a disciplina dos precedentes previstos no Código de Processo Civil de 2015, sem qualquer pretensão de esgotar o tema.

2.2.1. Elementos constitutivos e conceito de precedente no direito brasileiro

Ensina Jean-Louis Bergel[84] que a função de um conceito é reduzir a complexidade de determinado objeto de análise mediante a definição de seu conteúdo. Para atingir tal desiderato o conceito deve abranger todos os elementos constitutivos relevantes do objeto analisado e deve ser suficiente para individualizá-lo das demais categorias científicas de alguma forma relacionadas.

Elucida Henry Black[85] que o precedente judicial para ser assim qualificado deve ser entendido como a decisão de um tribunal considerada como fornecedora de autoridade para um caso similar ou idêntico posteriormente surgido. Observe-se que a referida definição de precedente abrange toda a decisão proferida pelo órgão julgador, aí incluídos o relatório, a fundamentação e o dispositivo. O referido precedente seria, assim, todo o texto normativo (fonte do direito) e englobaria todos os aspectos fáticos e jurídicos da controvérsia, a partir do qual seria possível extrair a norma jurídica que foi aplicada no caso concreto e que servirá de paradigma em casos futuros análogos.

A referida definição traz dois aspectos importantes para a compreensão dos precedentes, quais sejam: a) os precedentes judiciais não são preceitos abstratos e genéricos, estando diretamente vinculados aos casos concretos que lhes deram origem, razão pela qual sua posterior utilização exige a comparação entre a base fática do caso originário e o daquele no qual se pretende usar; b) a existência de uma subordinação hierárquica do órgão que emitiu o precedente em relação ao órgão incumbido de decidir o litígio posterior.

[84] BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito*. Tradução Mara Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 259.
[85] BLACK, Henry Campbell. *Black's law dictionary*. 7. ed. St. Paul: West Publishing, 1990, p. 1176.

Em relação ao primeiro aspecto, aduz Michele Taruffo[86] que não é possível conceber um julgado como precedente se a interpretação da norma por ele aplicada não estiver diretamente conectada à questão concreta que foi objeto de decisão. Essa característica confere particular importância ao relatório das sentenças e acórdãos e à fundamentação da decisão que gerou o precedente. Outrossim, este aspecto eleva a distinção entre o precedente e a norma extraída da decisão (*ratio decidendi* ou *holding*), que será adiante melhor detalhada, muitas vezes materializada em algum verbete ou enunciado de forma genérica.

Deste modo, o legislador, acertadamente, incluiu, no Código de Processo Civil de 2015 o disposto no art. 489, § 1º, V e VI, o qual aduz que a decisão que aplicar ou deixar de aplicar precedente deve demonstrar, de forma expressa, os elementos fáticos que o autorizam.

Em relação ao segundo aspecto, merece ser ressaltada a observação feita por Frederik Schauer[87] e Thomas Bustamante[88] de que a subordinação aos precedentes decorre da necessidade da universalização do conteúdo das decisões. Esses autores defendem o que a doutrina vem denominando "nomofilaquia mediante o precedente". Trata-se da ideia de que a solução de controvérsias análogas exige decisão uniforme, razão pela qual tal tarefa apenas poderá ser realizada através da vinculatividade normativa das Cortes aos seus próprios precedentes e aos os órgãos de hierarquia inferior.

Nesse ponto é importante destacar que alguns juristas como Leonard Schmitz[89] defendem não ser a vinculatividade um elemento constitutivo do precedente, pois em diversos países, notadamente aqueles tradicionalmente associados ao *civil law*, o que qualifica a decisão como tal é a sua aceitação pelas partes e sua aplicação pelas instâncias inferiores do Judiciário em decorrência da qualidade da fundamentação da decisão. Assim, faz a distinção entre precedentes vinculantes e precedentes meramente persuasivos.

---

[86] TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Tradução Chiara de Teffé. Civilistica. com. Rio de Janeiro, an0 3, n. 2, jul.- dez. 2014.Disponível em: <htpp://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>. Data de acesso: 05 set. 2018.

[87] SCHAUER, Frederik. Precedent. *Stanford Law Review*, 1987, v. 39, p. 596-597.

88 BUSTAMANTE, Thomas. *Finding analogies between cases*. In: PULIDO, Carlos (eds.). On the Philosophy of Precedent: Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy,Beijing, 2009. Stuttgart/Sinzheim: FranzSteiner Verlag/Nomos, 2012. v. 3, p. 68.

[89] SCHMITZ, Leonard. *Fundamentação das decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2015, p. 332-339.

Não obstante o reconhecimento da classificação doutrinária dos precedentes em persuasivos e obrigatórios, entendemos com base na lição de Frederick Schauer[90] que um sistema processual de julgamento por precedentes para poder utilizar essa denominação precisa que os julgadores e os demais atores processuais estejam comprometidos com o futuro dos casos análogos antes mesmo deles surgirem, e isso só seria possível através de um sistema de vinculação cogente.

É que como bem aduz Frederick Schauer[91], o raciocínio através do precedente no direito não configura uma perfeita identidade em relação ao raciocínio por analogia em outras áreas do conhecimento, embora haja grandes semelhanças.

No raciocínio analógico, em primeiro lugar, seleciona-se um caso no passado que será comparado em algum aspecto com a solução em análise, sendo identificadas as similaridades existentes. Em seguida, esse caso pretérito será utilizado para ressaltar que as razões apresentadas para a boa escolha efetuada anteriormente também podem ser utilizadas para uma boa escolha atual, ou seja, surge como mecanismo de persuasão em relação àqueles julgadores que estavam em dúvida - ou tendiam a discordar da decisão paradigma - para que passem a ver o acerto da decisão anterior e replicá-la na controvérsia em análise. Nesse ponto, Frederick Schauer apresenta a metáfora de que a analogia será um amigo do julgador, pois sempre reforçará suas conclusões quanto ao acerto do julgamento que está realizando.

Por sua vez, no raciocínio por precedentes nem sempre existe a pretensão de mostrar que as razões utilizadas no caso paradigma foram corretas. É que embora o precedente também possa ser utilizado para demonstrar as boas razões da decisão anterior, ela pode apresentar a peculiaridade de simplesmente constranger o julgador a aplicar a decisão paradigma independentemente das boas razões. Nesse ponto, Frederick Schauer apresenta a metáfora de que o raciocínio por precedente funciona muitas vezes como um adversário do julgador, pois o constrangerá decidir de acordo com o paradigma elencado mesmo que as razões ali adotadas não estejam em conformidade com o entendimento do magistrado.

---

[90] SCHAUER, Frederick. *Precedente*. In: DIDIER JR, Fredie et al. (Org.). Precedentes - Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 3, p. 49-86.

[91] SCHAUER, Frederick, Why Precedent in Law (and Elsewhere) is Not Totally (or Even Substantially) about Analogy (August 2007). *KSG Working Paper* n. RWP07-036. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=1007001 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1007001

Portanto, apesar de em ambas existir uma decisão paradigma anterior com fortes elementos fáticos de identificação com o caso objeto de análise, a analogia é utilizada pelos interessados na decisão sempre como auxílio ou meio de persuasão para que determinada pessoa tome a decisão que se reputa correta no caso. Já o precedente pode ser utilizado apenas como meio de constranger o julgador a seguir determinada decisão, ainda que esteja convencido do seu desacerto, pelo simples fato dela ter sido tomada anteriormente. Esta peculiaridade é algo que não se encontra nos demais subsistemas sociais.

Tomar decisões com a restrição do precedente – adotando a decisão que reputa incorreta apenas porque foi tomada anteriormente - é altamente contraintuitiva, e, consequentemente, isso se torna muito difícil para os julgadores se não houver uma obrigatoriedade nesse ato e uma tradição nessa seara muito bem sedimentada, o que não ocorre no direito brasileiro.

Ademais, a ausência de obrigatoriedade poderá ser um empecilho ainda maior a que essa cultura de precedentes seja aplicada nos casos em que ocorra votação apenas por maioria e haja modificação da composição da corte emissora, pois nessas hipóteses o magistrado poderia adotar a posição de integrantes da própria Corte e alegar a possibilidade de posterior modificação do precedente em função da nova composição.

Importante ressaltar, ainda, que nem toda decisão judicial, mesmo a proferida pelos Tribunais Superiores, poderá ser qualificada como precedente. No sistema jurídico brasileiro (híbrido) – e mesmo nos países vinculados ao sistema do *common law* – a legislação é considerada fonte primária do direito e vincula fortemente os juízes e demais operadores do direito. Por essa razão, uma vez que a lei entre em vigor e passe pelo teste de inconstitucionalidade formal e material, não resta alternativa ao juiz que não seja aplicá-la.

Por essa razão não será considerada precedente a decisão que aplicar lei não objeto de controvérsia, e apenas refletir a interpretação dada a uma norma legal vinculativa, como por exemplo uma decisão que reconhece a intempestividade de um recurso em virtude de o mesmo ter sido interposto vários dias após o término do prazo recursal. É que nessa decisão a decisão limitou-se a indicar a subsunção de fatos ao texto legal, sem apresentar conteúdo interpretativo relevante para o caso-atual e para os casos-futuros.

Todavia, o Legislativo tem utilizado de forma recorrente na redação dos diplomas legais regras de tessitura aberta, princípios, ampliando a atividade interpretativa do Poder Judiciário no caso concreto. Assim, caso o Tribunal resolva uma dúvida relevante de interpretação da lei, ou promova a densificação de princípios, resta evidente que nesses casos pode ocorrer a formação de um precedente com a aptidão para vincular os julgadores subordinados hierarquicamente à Corte prolatora da decisão[92].

E mais, nessa situação o precedente vinculativo não estaria substituindo a lei e nem os magistrados estariam usurpando funções ínsitas ao Legislativo, mas apenas cumprindo a relevante missão de fechamento da discricionariedade judicial deixada pelo direito positivo e pela necessidade de interpretação das normas jurídicas.

Por sua vez, não será considerado precedente a decisão judicial que na sua fundamentação se limitar a utilizar como razão de decidir uma decisão anterior, sem fazer qualquer especificação nova ao caso, pois nessa hipótese a vinculação decorre do precedente anterior, e não da decisão atual.

Assim, nem toda decisão judicial será precedente, mas apenas os casos em que houver construção judicial para solução de questões jurídicas decorrentes de interpretação relevante controvertida ou de especificação de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais (precedentes especificadores e criativos). Estão fora desse conceito as decisões que fizerem mera remissão legal à lei e que não encerram controvérsia interpretativa, bem como aquelas que se referem a precedentes anteriores sem agregar fatos ou fundamentos jurídicos novos.

Dessa forma, embora todo precedente judicial seja uma decisão, apenas será precedente a decisão que tem potencialidade de se firmar como paradigma para orientação dos jurisdicionados e magistrados na colmatação das lacunas apresentadas pelo ordenamento

[92] Até mesmo a questão da tempestividade recursal pode apresentar-se como um precedente, como ocorreu quando a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do ARESP nº 957.821, decidiu pela necessidade de comprovação prévia da tempestividade de recurso, em razão de feriado local, bem como da impossibilidade de sanar esse vício posteriormente, encerrando controvérsia quanto ao art. 1.029, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil. É que nesse caso a decisão que não conheceu do recurso por intempestividade resolveu uma dúvida relevante de interpretação.

jurídico. Ademais, é preciso ressaltar que o precedente é um texto (fonte do direito*)* e como tal também precisa ser interpretado.

Frederick Schauer[93] ainda estabelece distinção entre precedente e *stare decisis*. Para ele, a obrigação de uma corte de seguir decisões prévias da mesma corte é referida como sendo *stare decisis* e o termo mais abrangente precedente é usado para se referir tanto à *stare decisis*, quanto à obrigação de uma corte inferior de seguir decisões de uma superior. Assim, descreve dois tipos de precedente: a) vertical, que é aquele que estabelece que uma Corte siga as decisões da Corte superior dentro de uma mesma jurisdição; b) horizontal, que é aquele que trata de uma hierarquia artificial ou imposta do anterior para o posterior.

Por fim, para assimilar o conceito de precedente judicial no direito brasileiro surge um último elemento constitutivo que pode não estar necessariamente presente em outro subsistema social: a oportunidade de contraditório real e efetivo entre os sujeitos processuais.

Nesse aspecto é importante observar que não obstante a previsão constitucional do art, 5º, LV, da Constituição Federal, foi o Código de Processo Civil de 2015 que trouxe, em seus art. 9º e 10º, o contraditório como norma fundamental ao sistema processual brasileiro, de tal modo que a participação dos jurisdicionados não tem mais o mero conteúdo formal de informação e possibilidade de reação pelas partes. A sua consagração faz surgir a necessidade de que a fundamentação dos precedentes deve ser construída por meio da atuação de uma comunidade de trabalho, formada por todos os atores do processo, atuando de forma cooperativa, constituindo o contraditório direito das partes, típico de um processo democrático, como ressalta Dierle Nunes[94].

Dessa forma, sem qualquer pretensão de originalidade ou de demérito a definições propostas por outros autores, adotamos a proposta segundo o qual precedentes judiciais são decisões que ensejam controvérsias interpretativas construídas pelos tribunais com a participação efetiva das partes na sua formação e que servem, no arco do processo democrático, para a redução do poder discricionário de fundamentação dos juízes e estabilidade do sistema

[93] SCHAUER, Frederick, Why Precedent in Law (and Elsewhere) is Not Totally (or Even Substantially) about Analogy (August 2007). *KSG Working Paper* n.. RWP07-036. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=1007001 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1007001, p. 26.
[94] NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 215

jurídico, vinculando casos futuros análogos à aplicação das normas extraídas da referida decisão.

Observe-se que o referido conceito de precedente judicial abrange os quatro elementos constitutivos para sua caracterização: a) a noção de decisão judicial como um todo – abrangendo todos os aspectos fáticos e jurídicos do caso - e não apenas o dispositivo ou algum enunciado normativo resultante; b) necessidade da construção da decisão através da possibilidade de participação de todos os atores processuais em contraditório; c) controvérsia relevante - não pode qualquer decisão judicial ser qualificada como precedente, mas somente aquelas relacionadas à densificação de princípios, a partir das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, bem como divergência relevante na interpretação de dado dispositivo legal; d) formação por tribunal com caráter vinculante.

2.2.2. *Ratio decidendi, Obter dictum* e *distinguishing*

Para o funcionamento adequado e eficiente de um sistema de precedentes é necessário que o operador do direito compreenda e aplique de forma satisfatória alguns conceitos vinculados ao tema, dentre eles o de *ratio decidendi*, *obter dictum* e *distinguishing.*

A *ratio decidendi* (direito inglês), *holding* (direito estadunidense) ou razões de decidir/motivos determinantes (direito brasileiro)[95] é a norma jurídica extraída do precedente que possui caráter vinculante ou obrigatório e que deverá ser utilizada na solução de futuros casos análogos[96]. No mesmo sentido é a lição de José Rogério Cruz e Tucci[97] ao afirmar que a *ratio decidendi* é a tese jurídica assentada na motivação do provimento decisório.

Ao se qualificar a *ratio decidendi* como norma jurídica é imprescindível que se reforce a distinção entre o texto do precedente e a norma do precedente, da mesma forma como se opera a distinção entre texto da lei e norma proveniente do texto legal. Todavia, a existência de diversas teorias sobre o tema norma jurídica exige que seja explicitado o conceito de norma jurídica que se reputa adequado para fins do presente trabalho.

---

[95] BRASIL. STF, Primeira Turma, RE nº 630705 AgR/MT, Relator Ministro Dias Toffoli, j. 11.12.2012, DJ 08.02.2013.
[96] MUÑOZ, Martin Orozco. *La creación judicial del derecho y el precedente vinculante*. Navarra: Arazandi – Thomson Reuters, 2011, p. 64.
[97] TUCCI, José Rogério Cruz. *Precedente Judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 12.

Diversas teorias tratam da norma jurídica, podendo ser lembradas as clássicas teses de Carlos Cóssio, que aborda a norma como juízo disjuntivo (teoria egológica)[98]; e a de Hans Kelsen[99], que trata a norma como juízo hipotético (teoria pura do direito).

Todavia, os estudos da norma jurídica durante vários anos se concentraram mais nos seus elementos estruturais (norma primária, norma secundária, hipóteses, perinorma etc) do que na sua função de reduzir complexidades e incertezas e de garantir estabilidade e previsibilidade. Nesse aspecto é importante destacar que até mesmo a divisão de grandes doutrinadores que considera a norma como gênero e as regras e os princípios como espécies está muito concentrada em operar a distinção entre as espécies antes de promover uma correta compreensão do gênero.

Dessa forma, sem qualquer pretensão de maiores digressões sobre o tema, revela-se essencial para compreender o conceito de *ratio decidendi* dar maior ênfase ao aspecto funcional do que ao estrutural da norma jurídica, sendo relevante tecer algumas breves considerações acerca da evolução deste tema desde a Teoria Pura do Direito de Kelsen até a Teoria Estruturante de Friedrich Müller[100].

A Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen constitui uma das primeiras e mais relevantes contribuições acerca do conceito de norma jurídica. Segundo essa teoria, o conceito de texto normativo e de direito confunde-se com o próprio conceito de norma jurídica. Existiriam, portanto, normas jurídicas gerais (Constituição, leis etc) que gerariam normas individuais (sentenças ou decisões) produzidas pelo magistrado no julgamento do caso concreto a partir de um silogismo, sendo o direito um sistema lógico e fechado apto a solucionar as controvérsias de forma racional. Somente depois, quando acrescenta à obra o famoso capítulo VIII, que trata da interpretação, Kelsen reconheceu a impossibilidade de as normas jurídicas gerais servirem como parâmetro pleno para a solução de todas as controvérsias, seja pela indeterminação de sentido das palavras do texto normativo ou pela ausência de disciplina em alguns casos. Nessa situação, em que não houvesse uma prévia definição da solução do conflito

[98] COSSIO, Carlos. *La Valoración Jurídica y La Ciencia Del Derecho*. Buenos Aires, Arayú, 1954.
[99] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
[100] MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do direito*. Tradução Peter Naumann e Eurídes Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

pelas normas gerais em virtude da indeterminação das palavras, deveria ser aplicada a teoria da moldura, a qual pode ser definida como a possibilidade de o juiz resolver discricionariamente o conflito através de uma das possibilidades conferidas pela norma geral.

Não obstante a valiosa contribuição de Kelsen em relação ao fenômeno da interpretação/aplicação, o mesmo parece ter caído no que Friedrich Müller[101] chama de armadilha do paradigma positivista: a confusão entre a norma jurídica e o texto da norma. É que os textos jurídicos (leis ou precedentes), enquanto significantes, não carregam em si sentidos ou significados intrínsecos. Estes só surgem quando alguém procura decodificar o significante. Assim, o significado não é dado no mundo, mas construído em situações históricas específicas, isto é, sentidos só podem ser atribuídos em contextos específicos de realização.

De forma resumida, a obra de Friedrich Müller é fundamental para expor o conceito de norma jurídica que adotamos para fins do presente trabalho e que tem como principais características: a) a norma não pode mais ser reduzida ao seu texto; b) o ordenamento jurídico positivo sem lacunas não é uma presunção, mas uma verdadeira ficção sem sentido; c) a solução dos casos jurídicos não pode mais pretender ser realizada apenas pelo silogismo, porquanto a decisão de cada caso deve ser estruturada e construída a partir dos dados linguísticos (programa da norma) e extralinguísticos (âmbito da norma), a fim de se alcançar a norma decisória do caso concreto.

É importante consignar, portanto, que normas jurídicas não são textos legislativos e nem o conjunto deles, mas juízos deônticos construídos a partir da interpretação sistemática desses textos com a realidade fática do caso em análise. Os textos constituem o objeto da interpretação e as normas seu resultado[102].

Um exemplo pode tornar a distinção mais clara. Na ADI 4.277, o Supremo Tribunal Federal declarou que casais formados por pessoas com a mesma identidade de gênero poderiam constituir regularmente a relação jurídica de união estável, sendo a menção à expressão homem e mulher constante do texto do art. 226, § 3º da Constituição Federal meramente exemplificativa. Portanto, a *ratio decidendi* (norma jurídica) construída foi no sentido de que

[101] MÜLLER, Friedrich. *Postpositivismo.* Cantabria: Ediciones TGD, 2008, n. 3, p. 188-189.
[102] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*: *da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* São Paulo: Malheiros, 2013, p. 33.

Constituição não interdita a formação de união estável por pessoas do mesmo sexo e que a expressão homens e mulheres constante do texto é apenas exemplificativa.

A partir dessas premissas é importante destacar que a *ratio decidendi* (norma do precedente) não pode ser confundida com a fundamentação da decisão, embora a fundamentação seja importante elemento para identificar a norma que emerge do precedente quando da sua aplicação em casos posteriores. É que a motivação do julgamento contém considerações as mais diversas, algumas importantes para o deslinde do processo, outras completamente irrelevantes[103]. Como bem aduz Hermes Zanetti Júnior[104], os adiantamento de entendimentos futuros do tribunal e considerações doutrinárias não fazem parte da *ratio decidendi*, não constituindo os fundamentos imprescindíveis para a solução da decisão e ficando fora do *holding* ou força vinculante do precedente.

Outro aspecto importante é que no caso de elaboração pelo Tribunal de um verbete geral indicando eventual tese jurídica quando da formação de um precedente, esse enunciado geral não será a *ratio decidendi* (norma). É que o referido verbete também é texto e será passível de interpretação, não obstante seja um elemento a mais para facilitar a compreensão da norma. Nessa linha, o Código de Processo Civil nos arts. 926 e 927 determinou de forma expressa a obrigatoriedade de fixação da tese jurídica pelo tribunal quando do julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

É importante destacar que a norma do precedente vai sendo esclarecida e tendo seu caráter ampliado ou restringido a partir da sua invocação em casos posteriores em função do raciocínio analógico. Alguns autores como José Rogério Cruz e Tucci[105] afirmam até mesmo que a *ratio decidendi* não é individualizada pelo Tribunal que proferiu a decisão paradigma, mas apenas posteriormente pelos juízes que irão extrair a norma jurídica da decisão paradigma para aplica-la no caso concreto submetido ao seu crivo.

No mesmo sentido Marinoni[106] esclarece que a definição do que seja a *ratio decidendi*, não é função exclusiva da Corte Suprema e nem de cortes ordinárias. É possível e desejável que

[103] DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent.* Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p.66.
[104] ZANETI JR, Hermes. O *Valor Vinculante dos Precedentes.* Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 372.
[105] TUCCI, José Rogério Cruz. *Precedente Judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 175.
[106] MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*. São Paulo: RT, 2015, p. 133.

a Corte Suprema explicite o que considera *ratio decidendi*, porém a essa tarefa soma a interpretação conferida pela doutrina e, especialmente, pelos advogados e juízes dos casos futuros, sendo atividade dinâmica e conjunta.

Portanto, o sentido jurídico não é estagnado com a emissão do julgamento, razão pela qual o uso posterior do precedente o insere em um novo círculo hermenêutico potencialmente formador de um significado diverso (ciclo virtuoso de significado), tal como propugnado na espiral hermenêutica de Gadamer[107].

Impende trazer à baila para uma melhor compreensão desse aspecto da *ratio decidendi* a metáfora do romance em cadeia de Ronald Dworkin [108]. Em tal projeto, o autor idealiza os magistrados como um grupo de escritores que escrevem um romance em série. Cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu e acrescenta um novo capítulo levando em consideração aquilo já constante nos capítulos anteriores, e assim sucessivamente. Cada um deve escrever seu capítulo sem prejuízo de observação criteriosa do que já foi escrito nos capítulos anteriores, como se fosse obra de um único autor, mas com liberdade para criação no capítulo a ser escrito.

A partir dessa imagem, Ronald Dworkin pretende consolidar a ideia de que o poder judicial de formar precedentes obrigatórios deve ser analisado a partir do paradigma da integridade e coerência. Não há nem liberdade total criativa, vez que não se pode desconsiderar o que foi escrito antes pelo tribunal que inaugurou o romance (precedente), e nem coerção mecânica, tal como ocorre com o tradutor de um texto estrangeiro, pois o intérprete dos casos seguintes é também criador da norma, vez que raramente ocorre uma perfeita similitude dos fatos apresentados.

Afora a dificuldade de se localizar com clareza a *ratio decidendi* do precedente, tarefa que exige minuciosa análise de toda a decisão paradigma, ainda podem existir precedentes com várias *rationes decidendi*. Essa hipótese acontece não apenas nos casos em que há uma *ratio decidendi* de caráter processual e outra de direito material, mas também nos casos de cumulação de ações, através de uma única decisão com fundamentos autônomos, em que cada capítulo que

[107] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.
[108] DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 277

compõe a decisão forma uma norma de precedente diversa. Seria a hipótese, por exemplo, de um precedente formado em uma ação de despejo por motivo de falta de pagamento de aluguel e por má conservação do imóvel, em que o precedente densificasse conceitos jurídicos indeterminados previstos na legislação de locação que estivessem controversos em relação a cada um desses aspectos.

Por sua vez, também podem existir precedentes sem nenhuma *ratio decidendi*, como nas hipóteses de fundamentação deficiente ou em que a decisão prolatada se dá em determinado sentido, por unanimidade ou maioria, mas inexiste um fundamento predominante, ou seja, cada um dos julgadores utilizou um fundamento diverso para o julgamento da demanda[109].

Um outro aspecto que se revela essencial é saber se norma jurídica (*ratio decidendi*) decorrente do precedente se caracterizaria como regra ou princípio. É que com o final da Segunda Guerra Mundial e o advento do neoconstitucionalismo, a doutrina e os Tribunais em diversos países passaram a considerar a norma jurídica como gênero, do qual regras e princípios seriam espécies com aptidão para por si só impor condutas. Esse fenômeno passou a ser observado no Brasil, principalmente, após o advento da Constituição Federal de 1988[110].

Não obstante a existência de diversas correntes doutrinárias que apontam a diferença entre regras e princípios, aspecto que foge aos limites do presente trabalho, adotamos a doutrina reflexiva circular de Marcelo Neves[111]. Dessa forma não abordaremos o enfoque dos princípios como normas imediatamente finalísticas de Ávila[112], o aspecto relacionado à dimensão do peso de Dworkin [113] e a doutrina dos mandamentos de otimização de Alexy[114].

[109] MACÊDO, Lucas Buril. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 334.
[110] DANTAS, Ivo. *Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995, p. 59.
[111] NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais.* São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 103.
[112] ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 78.
[113] DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 39.
[114] ALEXY, Roberto. *Teoria dos Direitos Fundamentais*.Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

Para Marcelo Neves[115] as regras são normas de primeiro grau (descritivas), pois estabelecem obrigações mediante a descrição da conduta a ser exigida, ou seja, são expressas em enunciados que possuem um antecedente (hipótese normativa do fato) e um consequente (hipótese normativa do efeito jurídico) e podem atuar como critério definitivo para a solução do conflito.

Já os princípios são normas de segundo grau (estruturais), embora não ofereçam critérios definitivos para a solução do caso, servem para ampliar ou restringir o conteúdo das regras construídas pelo Legislativo ou para permitir a construção de regras pelo Poder Judiciário na ausência de regras pensadas diretamente pelo Legislativo sobre a controvérsia. Por fim, os princípios são o mecanismo jurídico que permite a interação entre os valores da sociedade e o direito (heterorreferência).

Não há uma hierarquia entre regras e princípios, mas uma relação circular reflexiva entre essas espécies que é essencial para o funcionamento do sistema jurídico. O magistrado que aplica rigidamente as regras, sem permitir uma interpretação restritiva ou ampliativa das mesmas a partir da incidência dos princípios constitucionais, não estará solucionando de forma satisfatória as controvérsias jurídicas complexas e estará desconectado da realidade social. Por outro lado, caso haja a utilização de princípios como critério definitivo para a solução de uma controvérsia, através de uma ponderação *ad hoc* que não leve à construção de critérios para a solução de casos semelhantes no futuro, tal atitude aumentará a insegurança jurídica e não contribuirá para a redução do efeito surpresa de decisões posteriores.

Portanto, a norma jurídica que surgirá do precedente (*ratio decidendi*) será sempre uma regra, vez que apenas essa espécie normativa é capaz de conferir uma solução definitiva para o caso e pode ser aplicada na resolução de casos futuros. Os princípios jurídicos, contudo, não serão irrelevantes na formação dos precedentes, pois os mesmos terão sido utilizados tanto na ampliação ou restrição do conteúdo de uma regra cujo conteúdo era objeto de controvérsia interpretativa quanto na ponderação de princípios que resultou na construção da regra construída pelo Poder Judiciário e que servirá de paradigma.

---

[115] NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais.* São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 112-120.

Nesse sentido, é importante destacar que na hipótese de um tribunal durante um julgamento formular uma *ratio decidendi* bastante abstrata a partir de uma ponderação *ad hoc*, tal norma não terá valor relevante como precedente judicial, já que terá caráter de princípio.

Por sua vez, a hierarquia da norma do precedente será variável e dependerá da legislação utilizada para solucionar a controvérsia que formou a decisão paradigma. Dessa forma, caso a regra tenha sido formada a partir da controvérsia interpretativa de uma lei ordinária - ou a partir da ponderação de princípios infraconstitucionais – essa também será a sua natureza hierárquica e o precedente poderá ser superado, em tese, a partir de uma alteração legislativa infraconstitucional. Por sua vez, caso a regra resultante do precedente tenha sido formada a partir da controvérsia interpretativa de um dispositivo constitucional - ou a partir da ponderação de princípios constitucionais – eventual mudança da ratio decidendi por parte do Legislativo exigirá Emenda Constitucional caso a matéria não seja considerada cláusula pétrea.

Ultrapassada essa primeira análise, não obstante o conceito de *ratio decidendi*, sua força normativa e os limites de sua utilização estejam razoavelmente delineados, revela-se importante destacar os principais métodos criados por doutrinadores para auxiliar na identificação da norma jurídica que emanou do julgamento do precedente, bem como propor uma reflexão acerca da necessidade/utilidade da aplicação dos mesmos quando da utilização do precedente nos casos análogos posteriores.

Há duas técnicas clássicas: a de Eugene Wambaugh[116] e a de Arthur Goodhart[117]. Wambaugh utiliza a metodologia da inversão, onde aquele que procura a *ratio* de um possível precedente deve apartar cada fundamento apresentado pelo julgador, transformando-o, na sequência, em uma proposição. Logo depois, deve-se inserir nesta hipótese um elemento que inverta seu significado. Por fim, deve-se verificar se a decisão poderia ser conservada quando confrontada com o resto da fundamentação, ou se teria de ser invertida para preservar a coerência do julgamento. Caso a decisão não consiga se manter mesmo com a inversão da proposição, aquele fundamento seria uma *ratio decidendi*.

[116] WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases – A course of instruction in Reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticizing and comparing authorities, and compiling digests*. Boston: Litle, Brown and Company, 1894, p.8-12.
[117] GOODHART, Arthur. *Essays in jurisprudence and the common law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1931, p. 1-26.

Por outro lado, Goodhart dissocia completamente a *ratio decidendi* da argumentação jurídica que fundamenta a decisão e defende a tese de que a *ratio* seria formada pelos fatos considerados materiais pelo juiz ao julgar a causa. Enfatiza também o jurista que não há regras ou fórmulas capazes de identificar precisamente os fatos reputados pelo juiz como materiais ou imateriais.

Por fim, é importante destacar o trabalho de Karl Llewellyn[118], que desenvolveu uma teoria apontando mais de uma dezena de formas para se encontrar a *ratio decidendi* de determinado precedente.

É relevante o conhecimento de cada um desses métodos, vez que possuem caráter científico e podem ser utilizados pelo jurista na tarefa de árdua tarefa de encontrar a *ratio decidendi* de determinado precedente. Todavia, não é possível prescrever a existência de um único método correto e infalível, da mesma maneira que também não existe um único método eficaz para encontrar a norma jurídica dos textos legislativos. A definição da *ratio decidendi* deve ser estabelecida a partir de argumentos jurídicos e elementos fáticos que definam com clareza a norma que foi construída, sem prejuízo de que haja uma mudança paulatina da própria *ratio decidendi*, a partir de alterações subsequentes nos textos legislativos tomados em consideração, bem como do contexto em que inserido caso a partir da transformação dos valores da sociedade.

A valoração da compreensão da *ratio decidendi* se revela ainda mais importante quando comparada com outro instituto próprio dos precedentes: o *obter dictum*, que significa em latim "alguma coisa dita de passagem", incidental ou colateralmente.

Afirma Daniel Mitidiero[119] que aquilo que não se oferece como indispensável para sustentação da solução da questão no precedente, coisas ditas a propósito do caso concreto e que não lhe transcendem, muitas vezes suposições e conjecturas em si, não pode ser considerado como integrante da *ratio decidendi*. Este aspecto da fundamentação compõe apenas a categoria do *obiter dictum*, cujo conteúdo não constitui uma norma vinculante para futuros casos e não poderá servir como fundamento para utilização da reclamação e nem como prequestionamento para conhecimento dos recursos especial e extraordinário.

[118] LLEWELLYN, Karl. *The common law tradition*. Boston: Little, Brown and Company, 1960, p. 77-89.
[119] MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*. Revista dos Tribunais. 2015, p. 115.

Nesse sentido é importante destacar decisão do Superior Tribunal de Justiça[120] no sentido de que as simples considerações feitas de passagem pelo Tribunal *a quo*, a título de *obter dictum*, não revelam uma tese jurídica oportunamente suscitada e devidamente resolvida pela Corte Estadual, na forma como exigido pelo conceito de causa decidida presente no art. 105, III, da Constituição Federal, para autorizar o conhecimento do recurso.

Uma questão a ser indagada seria a razão de os magistrados utilizarem *obter dictum* em seus julgados. Não é incomum que as decisões judiciais e os textos jurídicos sejam dotados de uma acentuada carga retórica e indiquem fatos hipotéticos, apresentem teses jurídicas que não possuem qualquer relação com a controvérsia em análise, com valor argumentativo simbólico e emocional. É que como adverte Carlos Maximiliano[121], os magistrados ao proferirem decisões não atuam como frios aplicadores de dispositivos normativos, existindo entre o ordenamento jurídico e o juiz a mesma relação que há entre o texto da peça e o ator, razão pela qual em cada atuação teatral ou fundamentação de julgados se imprime um traço pessoal, emprestando-se às cenas ou à exposição do raciocínio jurídico um certo colorido, com metáforas, utilização de casos hipotéticos etc.

Entretanto, o *obiter dictum* não é de todo desprezível ou de menor importância no conjunto que forma a *ratio decidendi*, pois poderá sinalizar uma decisão futura do tribunal ou ainda ser utilizado como embrião para a construção da solução de questões que não possuam precedentes anteriores sobre o tema[122]. Ademais, os votos vencidos também podem funcionar como *obter dictum* e podem ser utilizados posteriormente, com o reforço de novos argumentos, para uma tentativa de modificação da *ratio decidendi.*

Reconhecemos que a distinção entre *ratio decidendi* e *obter dictum* nem sempre é tarefa fácil. Todavia, eventual dificuldade prática dos juristas não pode significar eventual mitigação da diferenciação entre os dois conceitos, conforme propugnou Thomas Bustamante[123]. Afinal, como o *obter dictum* é decorrente de mera especulação ou conjectura, é possível sua menção na decisão sem o contraditório entre as partes tenha se firmado sobre o

[120] BRASIL. STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp nº 1.222.513/RS, Relator Min. Marco Aurélio Bellizze j. 19/2/2013, DJe 26/2/2013
[121]MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 59.
[122] PEIXOTO, Ravi. *Superação do Precedente e Segurança Jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 169.
[123] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do Precedente Judicial*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 274.

assunto. Por consequência, o Tribunal decide com um nível inadequado de informação sobre o tema, proferindo um entendimento frágil e meramente persuasivo.

Nesse sentido merece registro um julgado do Supremo Tribunal Federal[124], no qual a União se insurgiu contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que afirmara a prescrição de sua pretensão de se ressarcir por prejuízos gerados por um particular em um acidente de trânsito. O fato ocorreu em 1997, ao passo que a ação foi proposta apenas em 2008, transcorridos mais de onze anos do evento danoso. A União alegou, em sua defesa, que as ações de ressarcimento movidas pela Fazenda Pública eram imprescritíveis, em virtude do que dispõe o art. 37, § 5º, da Constituição.

O Relator do referido julgado, Ministro Teori Zavascki, sustentou que a imprescritibilidade de toda e qualquer pretensão de ressarcimento por danos ao erário público, com base no art. 37, § 5º, da Constituição, seria entendimento deveras ampliativo, que deveria abranger apenas apenas as ações de reparação de danos gerados por ato de improbidade administrativa ou por crime contra a administração pública. Propôs, assim, a seguinte tese de repercussão geral:"A imprescritibilidade a que se refere o art. 37, § 5º, da CF diz respeito apenas a ações de ressarcimento de danos ao erário decorrentes de atos praticados por qualquer agente, servidor ou não, tipificados como ilícitos de improbidade administrativa ou como ilícitos penais".

Todavia, o Ministro Luis Roberto Barroso sustentou que aquele julgamento não poderia sistematizar o tema em sua totalidade, vez que a questão da imprescritibilidade em matéria de improbidade ou de crime não foi objeto de contraditório no processo, não sendo aconselhável pronunciamento do Plenário sobre esta questão tão importante e delicada. A partir desses questionamentos o Tribunal optou por não incluir na tese firmada em repercussão geral o entendimento sobre a imprescritibilidade das ações de ressarcimento por atos de improbidade administrativa. Afirmou-se como orientação decorrente do julgado que: "É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil".

Verifica-se, portanto, que já vem sendo empreendido esforço em diferenciar, com maior precisão, *ratio decidendi* e *obiter dictum* e, por consequência, em delimitar

[124] BRASIL. STF. Pleno, RE nº 669.069, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 28/04/2016.

adequadamente a questão jurídica suscitada pela ação, sendo indispensável o aperfeiçoamento dessas técnicas pelos magistrados e demais operadores do direito.

Dessa forma, podemos asseverar que embora o *obter dictum* não configure norma com caráter vinculante, a sua delimitação e individualização se faz importante para indicar inclinações do Tribunal quanto a julgamentos posteriores, indicar tendências deste ou daquele membro do colegiado (voto vencido) e para inspirar novas teses e intervenções do legislador.

Por fim, é importante tecer algumas considerações acerca do *distinguish* (distinção), técnica utilizada para afastar a aplicação da norma vinculante originária do precedente invocado como paradigma no caso concreto sem que isso retire sua validade de norma geral.

Ensina Thomas Bustamante[125] que a técnica do *distinguish* deve ser aplicada em duas hipóteses: 1) estabelece-se uma exceção implícita para a norma do precedente anteriormente reconhecida – na hipótese de se concluir que o fato sub judice pode ser subsumido na moldura do precedente judicial citado; 2) opera-se a exclusão da hipótese fática sob análise do universo de casos compreendidos no âmbito de incidência da norma apontada como paradigma.

Um exemplo da primeira hipótese é o caso *Regina vs National Insurance Comissioner Ex Parte O' Connor*[126], em que uma viúva considerada culpada pela morte de seu marido não fez jus aos benefícios previdenciários deixados por ele, embora inexistisse previsão de exclusão do benefício nesses casos segundo o paradigma. Partindo-se da ideia de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza, criou-se uma exceção implícita da norma do precedente, segundo a qual nem a pensão nem outros benefícios análogos podem ser concedidos ao causador doloso do evento morte.

É que uma regra sempre estará sujeita a exceções implícitas que não podem ser enumeradas exaustivamente de antemão, o que a doutrina denomina derrotabilidade[127] (qualidade daquilo que pode se excepcionado). Cabe ressaltar que a derrotabilidade se opera em regras jurídicas e não em textos normativos, isso porque o texto não contém imediatamente

[125] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do Precedente Judicial*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 473.
[126] MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2008.
[127] BAYÓN, Juan Carlos. RODRÍGUEZ, Jorge. *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales: el debate Bayón-Rodriguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas.* Universidad Externado de Colombia, 2003.

a norma. A norma é construída pelo intérprete no processo de concretização do direito, ou seja, o texto é uma linguagem e a norma jurídica é a revelação.

Em relação à segunda hipótese é importante trazer à baila exemplo do Tribunal Regional Federal da 5ª Região[128], em que particular pleiteava em sede de embargos de terceiro a desconstituição de penhora de imóvel que havia sido adquirido de uma pessoa física, que anteriormente tinha adquirido o bem de outra pessoa física que era sócio-administrador de uma pessoa jurídica que estava com débitos inscritos em dívida ativa.

No julgado foi consignado pelo Desembargador Federal Relator que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.141.990/PR (art. 543-C do CPC), sedimentou o entendimento de que a natureza jurídica tributária do crédito conduz a que a simples alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, pelo sujeito passivo por quantia inscrita em dívida ativa, sem a reserva de meios para quitação do débito, gera presunção absoluta (*jure et de jure*) de fraude à execução. Todavia, a Terceira Turma da Corte Regional entendeu que a hipótese fática do caso em análise não estava enquadrada na norma proveniente do precedente, pois o terceiro que tomou todas as precauções para verificar se quem lhe vendia o imóvel estava inscrito em dívida ativa não pode vir a perder o bem adquirido porque a empresa individual de um proprietário anterior estava inscrita em dívida ativa quando este vendeu o bem ao último alienante. Assim, foi realizado o *distinguish* para se afirmar que não se pode exigir que o adquirente seja obrigado a verificar a situação fiscal de possíveis empresas individuais em nome de antigos proprietários do bem que constem da cadeia dominial.

Como ensinam Roberto Barroso e Perrone Mello[129], o que justifica a aplicação de um entendimento anterior a novas causas é o fato de estas serem efetivamente semelhantes àquela em que o precedente se formou. Se forem diferentes, o precedente não incide e o juiz deve indicar o motivo da distinção. Todavia, o desafio consiste justamente na precisa delimitação dos fatos relevantes e irrelevantes no julgamento em análise, especialmente em um país em que os operadores do direito não têm tradição nessa área. Ademais, a necessidade de fundamentação exauriente prevista no art. 489, §1º, do Código de Processo Civil exige que o magistrado demonstre de forma analítica a distinção entre os fatos relevantes e não que apenas faça uma

[128] BRASIL. TRF da 5ª Região, 3ª Turma, AG/SE nº 08075374220174050000, Relator Desembargador Federal Rogério Fialho, j. 22.08.2018.
[129] BARROSO, Luís Roberto. MELLO, Patrícia Perrone. Trabalhando com uma nova lógica: A ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*. Brasília: AGU, ano 15, n. 3, jul./set. 2016.

afirmação genérica de que os fatos do caso concreto se ajustam na decisão paradigma, como uma simples operação de subsunção.

Uma distinção sem a demonstração analítica da ausência de similitude pode ser denominada de distinção inconsistente ou *drawing of inconsistent distinctions*[130], como são chamadas no direito estadunidense –, e caracteriza-se, na verdade, como um método de burla aos precedentes judiciais, circunstância que certamente o legislador buscou evitar com a edição no atual Código de Processo Civil.

O *distinguish* é, portanto, uma espécie de exceção à *ratio decidendi* de um precedente. A um primeiro exame, o precedente e a nova ação podem parecer semelhantes e merecer o mesmo tratamento. Entretanto, a argumentação desenvolvida pelas partes pode demonstrar e existência de peculiaridades de fato ou de argumentos diferenciados que levem a uma discussão jurídica distinta. Quando isso ocorre, qualquer órgão judicial tem legitimidade para deixar de aplicar o precedente sem que isso signifique negar *o stare decisis.*

2.3. PRECEDENTES E DISTINÇÃO COM OUTROS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS.

Adverte Celso Antônio Bandeira de Mello[131] que o pior erro em que pode incidir um estudioso de qualquer ciência é o de desencontrar-se com o próprio objeto de estudo, é o de distrair-se daquilo sobre o qual seu espírito imaginava e pretendia estar focado. Algumas vezes o cientista duplica palavras para se referir a um mesmo objeto, criando categorizações desnecessárias que, ao fim, apenas confundem. Outras vezes, o cientista utiliza um só termo para se referir a objetos tão distintos que a generalização não possui qualquer sentido e também acaba por confundir.

O presente tópico, portanto, tem a finalidade de ressaltar que o precedente possui um sentido técnico próprio e que sua diferenciação em relação a alguns instrumentos processuais similares (jurisprudência, ementa, súmula) possui relevante efeito prático, contribuindo para

[130] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 874-875.
[131] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço público e sua feição constitucional no Brasil. *In:* MODESTO, Paulo; MENDONÇA, Oscar (Coords.). *Direito do Estado. Novos Rumos*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p.14.

afastar a noção de que tais termos poderiam ser utilizados como sinônimos ou em uma relação de gênero e espécie.

2.3.1. Jurisprudência.

O termo jurisprudência é utilizado historicamente em duas acepções. A primeira, de origem histórica, remonta a uma noção conferida por Ulpiano, em Roma, para se referir à ciência do direito como um todo. Sálvio de Figueiredo Teixeira[132] menciona que a origem do termo utilizado por Ulpiano é a expressão *juris prudentes*, que se destinava para designar os homens que sabiam o direito que seria aplicado. Daí derivou a expressão jurisprudência como sinônimo do conjunto de pareceres elaborados pelos jurisconsultos naquela época.

Todavia, a acepção mais utilizada atualmente é aquela ressaltada por Michelle Taruffo[133], que considera jurisprudência como o conjunto uniforme e reiterado de decisões judiciais (dezenas ou centenas) sobre questões jurídicas semelhantes em um determinado lapso temporal.

A partir dessa última perspectiva conceitual, verificamos que existe uma diferença de caráter quantitativo e outra de caráter qualitativo. A primeira está presente porque enquanto o precedente está associado essencialmente a um único caso concreto que servirá como paradigma, a jurisprudência está essencialmente vinculada a vários casos concretos. Portanto, enquanto o precedente trabalha com um único caso especial que servirá como paradigma para diversos outros, a jurisprudência é algo que necessita uma série de julgados sobre a mesma questão. É possível, portanto, que exista precedente sobre determinada matéria sem que ainda haja jurisprudência sobre a controvérsia.

Como bem aduz Evaristo Aragão Santos[134], tal diferença quantitativa gera uma grande distinção de ordem prática, pois para se formar o *distinguish* é preciso fazer um cotejo do caso objeto de análise com o paradigma, e não com um dos diversos casos aplicados posteriormente em função do paradigma e que formaram a jurisprudência. Igual raciocínio se aplica para ser

---

[132] TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A jurisprudência como fonte do direito e o aprimoramento da magistratura*. *In* O juiz – seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo. Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1999.
[133] TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Tradução Chiara de Teffé. Civilistica. com. Rio de Janeiro, ano 3, n. 2, jul/dez.2014.Disponível em: <htpp://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>. Data de acesso: 05 set. 2018.
[134] *SANTOS*, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, p. 143.

realizada a superação do precedente (*overrruling*). Por isso importante identificar qual decisão efetivamente "formou o precedente" e qual é apenas "formadora da jurisprudência".

No sistema jurídico brasileiro, em que os precedentes passam por um procedimento especial de formação, também existe uma diferença qualitativa. É que a formação do precedente sobre determinadas questões está vinculada à competência de tribunais específicos e em alguns casos, como no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, a teor do artigo 984, §2º, do Código de Processo Civil, a fundamentação deverá ser ampla e exauriente, abrangendo a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários.

Por fim, importante destacar que enquanto o precedente no sistema brasileiro sempre funcionará como fonte do direito com caráter vinculante, apenas a jurisprudência dominante é apta a produzir efeitos jurídicos, como é a hipótese do art. 927, §3º, do Código de Processo Civil, que trata da possibilidade de modulação dos efeitos por interesse social.

2.3.2. Ementa.

A confusão entre precedente e ementa tem sido uma das mais comuns entre os operadores do direito, gerando grandes transtornos no tocante à consolidação de uma teoria dos precedentes no Brasil. A superação desse equívoco se torna ainda mais necessária com o advento do Código de processo Civil de 2015, em que o precedente passou a ocupar lugar central no sistema processual Civil brasileiro.

Ensina Hildebrando Campestrini[135] que a palavra ementa tem origem etimológica latina e significa "coisas a lembrar". Por sua vez, Leonardo Carneiro de Cunha[136] aduz que a ementa é um elemento facultativo das sentenças e obrigatório dos acórdãos, bem como que serve essencialmente para fins de divulgação do julgado e catalogação em banco de dados.

No Código de Processo Civil de 2015, o § 1º do artigo 943 dispõe que todo acórdão conterá ementa, enquanto os artigos 205, § 3º, 943, § 2º, e 944 referem-se à ementa dos acórdãos para fins de publicação da intimação dos julgamentos colegiados dos tribunais.

[135] CAMPESTRINI, Hildebrando. *Como redigir ementas*. São Paulo: Saraiva, 1994, p.1.
[136] CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A ementa nos acórdãos*. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2004, v. 21, p. 109-110.

Não obstante a função de indexação das decisões para fins de base de pesquisas e divulgação, vem se desenvolvendo no Brasil um fenômeno denominado de "ementismo"[137], em que as ementas deixam seu objetivo central e começam a assumir caráter prescritivo, levando os profissionais do direito a considerarem os enunciados genéricos das ementas como textos cogentes desvinculados dos aspectos fáticos e jurídicos dos casos que as originaram, tal como um dispositivo legal.

Nesse sentido são pertinentes as observações de Edilson Nobre Jr.[138] quando afirma que as ementas, frequentemente, são erroneamente utilizadas como substitutas da necessidade de fundamentações dos votos dos julgadores, em função análoga à lei. A distorção da compreensão da função das ementas é tão grande que existem autores como Sérgio Sérvulo da Cunha[139] defendendo que os relatores das ementas devem redigi-las, ao modo do legislador, como enunciados abstratos capazes de orientar a decisão de casos semelhantes.

Importante ressaltar que se a mera menção ao texto de lei já é considerada fundamentação deficiente pelo art. 489, §1º, do Código de Processo Civil, conclusão diferente não pode ser conferida à mera remissão a uma ementa. Portanto, a coleta descontextualizada de ementas, fruto da pressa, da preguiça e da falta de conhecimento técnico, contribui para distorções na compreensão dos precedentes e no julgamento dos casos. A questão se mostra ainda mais complexa nos casos em que a ementa produzida pelo Relator não reflete com integralidade o conteúdo dos votos dos demais magistrados do órgão colegiado.

Um julgado que bem demonstra a prática do ementismo ocorreu na Reclamação nº 9.428/DF[140] do Supremo Tribunal Federal, em que o Relator Cezar Peluso deixou consignado que os fundamentos utilizados pela empresa jornalística reclamante basearam-se, exclusivamente, na leitura da ementa da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130/DF, segundo a qual (na interpretação da reclamante), pelo fato da não recepção da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67), não poderia haver limitações para qualquer tipo de divulgação feita pela empresa, mesmo nos casos de processos em que tenha havido decretação judicial de segredo de justiça.

---

[137] MAGALHÃES, Breno; SILVA, Sandoval. Q*uem vê ementa não vê precedente: ementismo e precedentes judiciais no projeto do novo CPC*. Novas Tendências do Processo Civil, v. 2. Salvador: Juspodivm, 2014.
[138] NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. *Súmula vinculante: o desafio de sua implementação*. São Paulo: MP, 2008, p. 55.
[139] CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *O efeito vinculante e os poderes do juiz*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 137.
[140] BRASIL. STF. Reclamação nº 9.428/DF, Relator Ministro Cezar Peluso, DJe 25/06/10.

Outrossim, o fenômeno do ementismo é causa do não conhecimento de diversos Recursos Especiais por ausência de preenchimento da regra contida no artigo 1.029, § 1º, do Código de Processo Civl, o qual preceitua que para a comprovação da divergência jurisprudencial, não basta a simples transcrição da ementa do acórdão paradigma, sendo necessário o cotejo analítico entre o aresto recorrido e o divergente, com a demonstração da identidade das situações fáticas e a interpretação diversa emprestada ao mesmo dispositivo de legislação infraconstitucional.

Pode-se concluir, portanto, que a ementa representa apenas uma parte da decisão, cuja função precípua é a divulgação resumida dos julgados e a catalogação para fins de indexação dos julgados nos sistemas de busca. Por sua vez, o precedente representa a decisão em sua totalidade, abrangendo todos os aspectos fáticos e jurídicos, tendo como função precípua resolver o caso concreto e servir de paradigma para futuros casos análogos.

Essa distinção não significa desprezo às ementas judiciais, dada sua importante finalidade, mas o ementismo é fator que impede a formação de uma cultura dos precedentes, em que se procura trabalhar através de um raciocínio analógico para que os fatos substanciais sejam identificados e se possa ter uma maior racionalidade do sistema, e não através de uma mera técnica de subsunção do caso analisado ao resumo das ementas.

2.3.3. Súmulas.

A origem etimológica da palavra súmula é proveniente da expressão latina “Sumulla”, que significa: sumário ou resumo. Por sua vez, aduz Manuella Santos[141] que a súmula é a síntese dos entendimentos e decisões dos tribunais, expressando a interpretação da maioria dos magistrados a respeito de questões julgadas, ainda que não tenham sido unânimes. Representam a orientação pacifica do Tribunal, no que concerne à exegese de leis, de direito material ou processual, e no que diz a assuntos não tratados de forma específica pelo direito positivo.

[141] SANTOS, Manuella. Súmula vinculante: implicações de sua adoção no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e internacional*, ano 15, n. 61, out./dez. 2007.

Ensina Vítor Nunes Leal[142] que as súmulas no Brasil foram inspiradas nos assentos portugueses e surgiram por iniciativa da Comissão de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, composta pelos ministros Vitor Nunes Leal (Relator), Gonçalves de Oliveira e Pedro Chaves, diante da necessidade de identificar matérias já julgadas e com intuito de organizar o trabalho dos julgadores. As primeiras súmulas passaram a vigorar em 1º de março de 1964, autorizadas por emenda ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal de 30.08.1963.

Há muitas classificações da doutrina sobre as espécies de súmulas, consoante diferentes critérios levados em consideração. Lênio Streck[143] distingue-as em súmulas de jurisprudência dominante e súmulas vinculantes. As primeiras são as súmulas ditas "comuns" ou "tradicionais", posto que não gozam de efeito vinculante como a outra espécie existente, mas tratam-se de meros orientadores sobre o entendimento dominante do tribunal. Por sua vez, as segundas foram criadas com a Emenda Constitucional nº 45/2004 com o poder de vincular os demais órgãos do Poder Judiciário e administração pública direta e indireta.

Marinoni[144] adverte que as súmulas "comuns", nunca tiveram qualquer eficácia prática ou serventia, "já que não eram obrigatórias nem mesmo aos juízes do tribunal que as produzira e nunca contaram com adequada atenção dogmática. Não obstante, tal crítica desconsidera o fato de que as súmulas são constantemente invocadas nos julgamentos e petições e que influenciam julgamentos ao redor de todos os tribunais brasileiros.

Em relação às súmulas vinculantes, é difícil imaginar sua existência em países associados ao sistema do *common law*, vez que os precedentes já cumpririam esse papel de caráter cogente. Todavia, a tradição jurídica no Brasil de trabalho com a s súmulas fez com que permanecem em atuação conjunta tantos os precedentes quanto às súmulas vinculantes.

Não obstante o caráter cogente das súmulas vinculantes, é dispensado a elas tratamento bem distinto dos precedentes da *common law*, vez que, no momento de sua aplicação, os operadores do direito de maneira geral não levam em consideração a *ratio decidendi* daqueles

[142] LEAL, Vitor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. *Revista de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro, Renovar, n. 145, jul-set, 1981, p. 1-20.
[143] STRECK, Lenio. *Súmula no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional doe feito vinculante*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1998. p. 167
[144] MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 216.

precedentes que a originaram, mas tão somente o substrato sumular. Com isso, corre-se o risco de que as súmulas tenham campo de incidência distinto dos precedentes que a originaram.

Eventual ausência de análise das razões que inspiraram a súmula é causada tanto por falha dos tribunais no momento da referenciação dos precedentes que deram origem àquela súmula quanto por falha dos operadores do direito que, em regra, não detém cultura jurídica para buscar as razões daquelas decisões. Todavia, é exigência da legislação (CPC, art. 489, §1º, V) a análise dos fundamentos determinantes que levaram à formação dos precedentes e das súmulas.

Podemos concluir, assim, que as súmulas (comuns ou vinculantes) surgem como uma tentativa de especificar e de identificar a *ratio decidendi* da jurisprudência dominante do Tribunal, a fim de garantir uma harmonização no sistema jurídico, na medida em que haverá uma tendência em se decidir o caso concreto no mesmo sentido que preceitua o enunciado sumulado.

As súmulas (comuns ou vinculantes) distinguem-se do precedente na medida em que aquelas precisam de reiteradas decisões para serem elaboradas, enquanto este não. Por sua vez, a súmula vinculante assemelha-se ao precedente na medida em que ambos para serem aplicados necessitam de comparação com os casos anteriores que lhes originaram. Destaque-se que o § 2º do art. 926 do Código de Processo Civil exige na elaboração das súmulas a observância das circunstâncias fáticas que motivaram a criação da súmula, merecendo ser rechaçado o argumento de Lênio Streck[145] no sentido de que os enunciados das súmulas possuem autonomia distinta dos casos que lhes originaram.

2.4. PRECEDENTES E (DES)CONSTRUÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA

A valorização dos precedentes no direito brasileiro está geralmente associada à necessidade do alcance da segurança jurídica, que teria sido supostamente comprometida com o aumento da complexidade social, pois houve um incremento da produção legislativa, que ainda passou a ser redigida de maneira bastante fluida, com destaque para as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados. Ademais, a constante evolução da teoria da interpretação no direito, o caráter normativo dos princípios e a ausência de metodologia uniforme pelos

[145] STRECK, Lenio. *Súmula no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do feito vinculante.* Porto Alegre: Livraria do advogado, 1998.

magistrados na aplicação destes fez com que as pessoas não apenas desconhecessem de forma segura qual o direito a ser aplicável em dadas situações, mas também qual seria o resultado de um eventual julgamento, mesmo em casos aparentemente análogos, ocasionando um fenômeno que passou a ser chamado de jurisprudência lotérica[146].

Revela-se, portanto, essencial analisar se a atribuição do efeito vinculante do precedente judicial pode interferir nessa crise e assegurar a segurança jurídica tão almejada. Para tanto será necessário explicitar o conceito de segurança jurídica, bem como demonstrar que existe uma grande distinção entre a segurança jurídica idealizada e a segurança jurídica possível de ser oferecida pelo sistema de precedentes.

2.4.1. A Segurança Jurídica Idealizada dos Precedentes.

Ensina Luiz Alberto Warat[147] que grande parte dos profissionais da área jurídica não trabalha através de forma técnica, científica e crítica, mas através de um senso comum teórico, que seria o conjunto das representações, crenças e ficções que influenciam, despercebidamente, os operadores do Direito.

Esse senso comum teórico é perceptível quando existe referência ao termo segurança jurídica com a finalidade de querer passar à sociedade a impressão de que o ordenamento jurídico é pleno, sem lacunas, sendo possível às pessoas prever todas as consequências jurídicas dos seus atos e que caso os juízes aplicassem a legislação de forma imparcial não haveria lugar para julgamentos discricionários ou contraditórios em casos análogos. Assim, o sistema jurídico seria perfeito e acabado, garantidor de paz, de previsibilidade, em que os problemas sociais estão controlados e possuem todas as soluções aprioristicamente determinadas, sendo eventual disfunção ocasionada por juristas que estariam atuando de modo parcial ou equivocado.

Tal noção de segurança jurídica decorrente do senso comum teórico propugnado por Luiz Alberto Warat muito se assemelha ao mito da alegoria da caverna de Platão[148]. Nesta obra é retratada a imagem de pessoas presas, desde o nascimento, no interior de uma caverna, sem nenhum contato com a civilização. Esses homens visualizavam apenas uma fogueira localizada na extremidade da caverna. As sombras projetadas na parede ganhavam denominações pelos

[146] CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *Revista dos Tribunais*, nº 786, abr. 2001, p. 108-128.
[147] WARAT, Luiz Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *Revista Sequência*, Santa Catarina, v.3, n.5, 1982.
[148] PLATÃO. *A República*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

prisioneiros da caverna, tal como homem, animal, pedra, madeira, e representavam a realidade de forma plena e segura na ótica deles. Certo dia um dos moradores da caverna conseguiu sair das amarras e foi explorar o que existia do outro lado. Ao sair, ficou ofuscado pela luz e no primeiro momento teve repulsa, mas logo percebeu que as sombras eram apenas projeções imperfeitas da caverna e ficou encantado com o mundo real. As sombras, que ele e seus companheiros julgavam ser a exata compreensão da realidade, eram apenas ilusões e a fogueira, na verdade, era o sol. Começou a refletir e teve pena dos seus amigos que não teriam chance de aproveitar outra realidade e ficariam naquela caverna a vida toda, pensando que as projeções eram a realidade. Ao voltar para a caverna e contar a descoberta foi agredido pelos prisioneiros, que se recusaram a acreditar na existência de um mundo diferente daquele em que viviam. Foi chamado de louco, além das ameaças de morte que sofreu se não parasse de contar sobre o que teria supostamente descoberto.

Hans Kelsen[149] ao elaborar a teoria da moldura da interpretação afirmou que em algumas hipóteses pode ocorrer uma margem de indeterminação entre o texto da lei e a norma jurídica, razão pela qual não existiria apenas uma solução a ser aplicada, mas diversas dentro de uma certa esfera de discricionariedade do magistrado. A partir desse instante foi visualizado que a dedução e o silogismo não seriam mais suficientes para garantir a racionalidade da fundamentação das decisões judiciais e que essas já não seriam tão previsíveis e confiáveis como acreditavam. Essa afirmação representava uma grande quebra do paradigma imaginário de segurança jurídica e, guardadas proporções, pode ser equiparada às palavras do homem que saiu da caverna, viu a realidade e voltou para contar aos outros.

Alguns autores como Jerome Frank[150] reforçam esse entendimento ao defenderem que a segurança jurídica seria apenas um mito criado pelos juristas, a partir de um desejo infantil por segurança. Para o autor dado o caráter criativo da atividade judicial e o dinamismo do ordenamento jurídico, seria impossível qualquer previsibilidade do direito. Esse sentimento de imprevisibilidade e de caos total passou a ser reforçado a partir da utilização mais expressiva pelo legislador das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados, bem como a partir do reconhecimento da força normativa dos princípios pelo Judiciário.

[149] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 387-397.
[150] FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2009, p.6

Verificamos que existem doutrinadores – os quais parecem habitar o interior da caverna e serem adeptos do senso comum teórico - que passaram a argumentar que eventual insegurança jurídica denunciada por Kelsen e seus seguidores seria contornada com o estabelecimento e a consolidação de uma teoria dos precedentes. Afinal, a partir da densificação das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminado pelos magistrados, bem como da fixação do sentido dos princípios através do método da ponderação, os riscos propugnados seriam eliminados. Um grande exemplo é Ronald Dworkin[151] e sua teoria da resposta correta.

Não obstante a grande contribuição que a teoria dos precedentes possa conferir à racionalidade e objetividade no âmbito do sistema jurídico, devemos indagar se existe alguma forma de conferir racionalidade e objetividade plenas na interpretação do direito. E mais, qual seria a forma de medir a racionalidade e a objetividade na interpretação do direito?

Nesse ponto são precisas as palavras de Norberto Bobbio[152] quando afirma que a segurança jurídica absoluta, no sentido de previsibilidade total das consequências dos atos e do resultado dos julgamentos pelo Poder Judiciário é uma utopia. Para o autor a segurança jurídica a ser atingida é gradual, existe em certa previsibilidade, mas não é total. É que a segurança jurídica abrange a existência de diversos elementos, tais como: a) cognoscibilidade (possibilidade de conhecimento do direito positivo a partir de sua ampla publicidade); b) calculabilidade (capacidade de prever as consequências dos atos e o resultado das decisões); c) confiabilidade (crença na manutenção dos mesmos critérios de julgamento no futuro)

Nesse ponto concordamos com Carlos Bernal Pulido[153] quando considera ingenuidade a convicção daqueles que acreditam serem os precedentes e a consolidação de sua cultura a forma de se atingir a segurança jurídica plena. É que os textos só se transformam em normas a partir do filtro subjetivo do intérprete, que está permeado de pré-compreensões, ou seja, sempre haverá algum espaço para a discricionariedade decisória. Ademais, a reconstrução dos fatos do caso concreto pelo juiz pode não retratar a realidade em virtude dos efeitos da revelia, do relato incompleto ou tendencioso das testemunhas, da divergência entre juízes na consideração de similitude entre o caso paradigma e o caso sob apreciação etc.

[151] DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 208.
[152] BOBBIO, Norberto. La certeza del diritto è um mito?. *Rivista Internazionale di filosofia del diritto,* 1951, v. 28
[153] PULIDO, Carlos Bernal. La racionalidad de la ponderación. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº. 77, 2006, p. 417-444.

Essa a razão pela qual ao se idealizar o precedente como meio de se conferir uma completa previsibilidade das decisões está se postulando mais do que ele ou qualquer outro instituto jurídico pode oferecer. É que não faz parte do direito uma lógica que opera a partir de uma sistemática de comprovação inequívoca ou de uma única resposta correta empiricamente demonstrável, tal como ocorre em alguns pontos nas ciências exatas. E mesmo nas ciências exatas as teorias da relatividade de Albert Einstein e da incerteza de Heisenberg transformaram a exatidão em mera probabilidade.

Contudo, a impossibilidade de total objetividade e racionalidade na tomada de decisões judiciais, mormente quando envolve aplicação de princípios e dispositivos normativos aberto, não significa a renúncia a toda e qualquer perspectiva de previsibilidade e coerência argumentativa, elementos essenciais para que o direito possa fazer prevalecer princípios como a segurança jurídica, que embora não esteja previsto expressamente na Constituição Federal, pode ser extraído do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.[154]

2.4.2. A Segurança Jurídica Possível dos Precedentes.

Com a consolidação da distinção entre texto e norma, ficou evidente que ao ordenamento jurídico não é possível antecipar todas as respostas para os problemas que surgirão, tal como pretendeu o positivismo com a Escola da Exegese, pois as normas só se concretizam no momento em que os dispositivos legais são interpretados diante de um determinado contexto fático.

Se não é possível eliminar a amplitude das possibilidades normativas, o desafio é tentar diminui-las, sendo o precedente importante instrumento para que esse desiderato seja atingido. Afinal, um conceito jurídico indeterminado como a expressão "preço vil", utilizada para reconhecimento da nulidade de uma arrematação, pode ter sua indeterminação bastante reduzida quando seu significado passa a ser considerado pelo Superior Tribunal de Justiça[155] como o valor menor que 50% (cinquenta por cento) da avaliação do bem, embora haja possibilidade de existir diminuição desse percentual a depender das circunstâncias do caso.

É que embora não haja uma previsão total do resultado dos julgamentos, o rol de consequências esperadas será menor e a possibilidade de acerto das previsões bastante superior.

---

[154] PEIXOTO, Ravi. *Superação do Precedente e Segurança Jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 69.
155 BRASIL. STJ, AgInt no REsp 1.461.951/PR, Rel. Ministro Ricardo Cueva, DJe 24/02/2017.

Ademais, o precedente não é um texto geral e abstrato redigido de forma objetiva, tais como Códigos e a legislação esparsa em geral, mas uma decisão com ampla exposição de fatos e de argumentos jurídicos, trazendo importantes lições para os magistrados de hierarquia inferior de como deve ser desenvolvido o processo argumentativo na fundamentação das decisões. É que para além da previsão do resultado dos julgamentos, a forma de raciocínio a ser desenvolvido e o procedimento argumentativo na fundamentação das decisões também é um importante elemento para fortalecimento da segurança jurídica.

Nesse sentido é importante destacar a previsão do artigo 489, §1º, VI, do Código de Processo Civil, ao considerar não fundamentada a decisão que deixar de seguir precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento. Trata-se de reforço à segurança no modo de raciocínio das decisões judiciais, pois tal como preconiza Barbosa Moreira[156] a simples referência a um precedente ou à sua ementa não é suficiente para que se considere fundamentada uma sentença, sendo necessário que o magistrado avalie de forma expressa a pertinência de aplicação do precedente ao caso concreto, contrapondo as circunstâncias de fato envolvidas, bem como que verifique se a tese jurídica firmada é adequada para o caso em julgamento.

Portanto, embora os precedentes não forneçam a segurança jurídica idealizada, eles, caso utilizados de forma técnica e racional, serão capazes de atender aos três pilares básicos da segurança jurídica: cognoscibilidade, calculabilidade e confiabilidade. A cognoscibilidade em virtude da publicidade exigida não só na sua formação como na divulgação do resultado para as partes e para a sociedade em geral nos sítios eletrônicos dos Tribunais. A calculabilidade porque com a redução das possibilidades normativas advindas da concretização de conceitos jurídicos indeterminados ou da ponderação de princípios será bem mais viável prever as consequências dos atos e o resultado dos julgamentos. É o dever de se manter a jurisprudência íntegra, coerente e estável. Por fim, a confiabilidade porque a necessidade de ampla motivação dos magistrados para afastar o precedente e a possibilidade de em alguns casos ser utilizada a reclamação para restabelecer a autoridade daquela decisão paradigma reforça a crença na manutenção dos mesmos critérios de julgamento no futuro.

[156] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O que deve e o que não deve figurar na sentença*. *In*: Temas de Direito Processual – 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 121-122.

É evidente que uma cultura de valorização e respeito aos precedentes não será estabelecida apenas através da força da legislação, sendo necessário que haja tempo para a consolidação dessa forma de atuação por parte dos operadores do direito, ainda mais que, como adverte Lênio Streck[157], estão consagradas no pensamento jurídico brasileiro algumas características como: a) o modelo de ensino jurídico ainda não superou a leitura de leis e códigos comentados; b) a doutrina busca enunciado linguístico nos repositórios jurisprudenciais e ementas que descrevem de forma breve algum julgado; c) uma simples citação de tribunal torna-se referência para atribuir sentido ao texto, perdendo-se as especificidades do caso concreto; d) as decisões judiciais são fundamentadas em mera remissão a leis, súmulas ou verbetes, sem qualquer contextualização.

Apenas com o decurso de tempo e a consolidação do sistema de precedentes no direito brasileiro previsto na Constituição Federal e no Código de Processo Civil será possível conseguir um mínimo de previsibilidade das decisões judiciais em meio a tantas possibilidades normativas, sendo atingida não uma segurança jurídica idealizada, mas uma segurança jurídica possível e propugnada pelo sistema.

Para tanto será preciso que os membros do Judiciário e demais operadores do direito promovam a superação de argumentações com mera remissão genérica a textos legais e ementas e passem a atuar analisando as circunstâncias de fato envolvidas e a adequação da tese jurídica firmada no caso paradigma. Nesse contexto Luiz Henrique Diniz Araújo[158] adverte que a motivação não é apenas um constrangimento institucional, mas também psicológico, bem como permite avaliar se a decisão decorreu da vontade pessoal ou de construção jurídico-racional.

Esse trabalho árduo necessita de capacitação nas universidades e nas escolas das diversas carreiras jurídicas. Não adiantam mudanças, muito menos ferramentas para alcançá-las, como o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, se não houver a compreensão e o comprometimento de todos essa nova forma de pensar o direito. Longe de um instrumento suficiente para erradicar o problema da jurisprudência lotérica, a disciplina dos precedentes trazida pelo Código Processual Civil é apenas uma nota introdutória para a construção de um novo modo de pensar o direito.

---

[157] STRECK, Lenio Luiz. O direito de obter respostas constitucionalmente adequadas em tempos de crise do direito: a necessária concretização dos direitos humanos. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, , n. 1, jul. 2010, v. 1, p. 93-105.

[158] ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. *O Ativismo Judicial e seus Limites*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 126-127.

3. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E FORMAÇÃO DOS PRECEDENTES

A utilização de princípios no direito brasileiro exige uma prévia delimitação do seu conteúdo, das suas características principais e das suas potencialidades normativas. É que boa parte dos operadores do direito no Brasil estão promovendo uma banalização de modelos principiológicos, com a invocação da expressão sem maiores rigores científicos, como panaceia para solucionar todos os problemas jurídicos. Tudo isso isso sem falar na utilização de construções doutrinárias estrangeiras de forma acrítica, podendo ser citados como exemplos os princípios da ubiquidade[159], da beneficência de Hipócrates[160] e da busca da felicidade[161].

É o que corresponde à metáfora de Forsthoff[162] dos princípios constitucionais como um "ovo jurídico originário", do qual tudo surge, desde o Código Penal até a lei sobre a fabricação de termômetros, retirando a autonomia e a discricionariedade do legislador para a regulamentação das mais diversas matérias e até mesmo desestimulando a aplicação de regras extraídas de textos legislativos sem a devida declaração de inconstitucionalidade ou justificação de sua não aplicação.

Essa situação foi denominada por Lênio Streck[163] de "estado de natureza interpretativo", em analogia à metáfora de Hobbes na obra "O Leviatã". Esse estado de natureza interpretativa seria uma "guerra de todos os intérpretes contra todos os intérpretes", em que cada um reina absoluto na sua argumentação e na maneira de utilizar princípios. Não existem parâmetros quanto ao método e ao conteúdo da argumentação, e cada juiz impõe seus valores a partir da simples referência a um determinado princípio.

No mesmo sentido foi a observação de Marcelo Neves[164] sobre o tema quando relata que em 2003, ao retornar ao Brasil, constatou em nosso país uma ampla recepção do debate em torno de princípios e regras. Todavia, registra o citado professor que, salvo algumas exceções,

---

[159]SILVA, Rossano Glauber Ludgero. Créditos de Carbono – o homem aliando-se à natureza e os meios de solução. *Boletim Clubjus,* 2008, p. 220572., v. 6023

[160]YOSHIKAWA, Daniella Parra Pedroso. *Princípio da beneficência de Hipócrates*. Disponível em:< https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/81060/que-se-entende-por-principio-da-beneficencia-de-hipocrates>. Acesso em: 14 dez. 018.

[161] LEAL, Saul Tourinho. O princípio da busca da felicidade como postulado universal. *Observatório da Jurisdição* Constitucional. ano 2, ago. 2008.

[162] ALEXY, Robert. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. Tradução Carlos Bernal. In: *Revista española de derecho constitucional*, ano 22, n. 66, 2002, p. 13-64.

[163] STRECK, Lênio. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 38

[164] NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios E Regras Constitucionais*. Prefácio. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

tratava-se, mais uma vez, de importação acrítica de construções teóricas e dogmáticas, sem uma recepção constitucional apropriada. Em grande parte, configurava-se a banalização de modelos principiológicos, desenvolvidos consistentemente no âmbito de experiências jurídicas bem diversas da nossa. É o que Fernando Araújo chama de herança bacharelesca colonial[165].

Por um lado, a invocação aos princípios apresentava-se como panaceia para solucionar todos os males da nossa prática constitucional. Por outro, a retórica principialista servia ao afastamento de regras claras e completas, para encobrir decisões orientadas à satisfação de interesses particularistas. Assim, tanto os advogados idealistas quanto os astutamente estratégicos passaram a utilizar-se exitosamente dos princípios e da ponderação, cuja trivialização emprestava a qualquer tese, mesmo as mais absurdas, um tom de respeitabilidade.

Um grande exemplo dessa banalização na utilização dos princípios foi verificada nas demandas judicias relacionadas ao direito à saúde, notadamente aquelas que pleiteavam o fornecimento de medicamentos. A pesquisa intitulada "Judicialização de Base: Perfil dos Demandantes do Direito a Medicamentos e Lições para as Políticas de Saúde no Brasil[166]", coordenada pelo professor João Biehl, da Universidade de Princeton, registrou que de 2002 a 2009 foram protocoladas 18 mil ações judiciais relacionadas ao Direito à Saúde no estado do Rio Grande do Sul, e em 94% dos casos houve deferimento total dos pedidos de liminares pelo Poder Judiciário, com a simples menção genérico ao princípio da saúde e sem a devida análise da legislação infraconstitucional que rege a matéria.

Assim, observa-se a utilização da expressão princípio como fundamento decisório sem a devida fundamentação do caminho logico de sua aplicação no caso concreto, com nítida pretensão retórico-corretiva de regras já existentes para solução da controvérsia. Essa inflação de princípios pode resultar em desestabilização da ordem jurídica e desconfiança no funcionamento da ordem constitucional.

É importante consignar que normas jurídicas não são textos legislativos e nem o conjunto deles, mas juízos deônticos construídos a partir da interpretação sistemática desses textos, capazes de por si só impor comportamentos. Os textos constituem, pois, o objeto da

[165] ARAÚJO, Fernando. *Aspectos da História do Direito no Brasil*: Opressão e Bacharelismo – a gênese do positivismo no Brasil. Recife: Nossa Livraria, 2008, p. 361-363.

[166] Dados extraídos do portal de notícias do CNJ.. Disponível em http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/24927-em-sete-anos-justica-do-rs-defere-94-das-acoes-relacionadas-ao-direito-a-saude. Acesso em 04.01.2019.

interpretação e as normas seu resultado, razão pela qual só se tornam relevantes no plano da argumentação[167].

A distinção entre regras e princípios enquanto espécies de normas jurídicas com o condão de determinar, por si só, condutas teve início com os trabalhos de Joseph Esser[168] e Roscoe Pound[169]. Contudo, essa temática obteve notoriedade com os trabalhos de Ronald Dworkin[170] e Robert Alexy[171], cujas bases teóricas passaram a ser utilizadas como modelo na identificação e aplicação das regras e princípios, com grande repercussão no Brasil.

Não obstante a existência de diversas correntes doutrinárias que apontam a diferença entre regras e princípios, aspecto que foge aos limites do presente trabalho, adotamos para fins do presente trabalho a teoria circular reflexiva[172], formulada por Marcelo Neves. Assim, não abordaremos o enfoque dos princípios como normas imediatamente finalísticas de Humberto Ávila[173], o aspecto relacionado à dimensão do peso de Ronald Dworkin [174] e aos mandamentos de otimização de Robert Alexy[175], embora haja algumas referências tópicas.

Como já ressaltado, para a teoria circular reflexiva[176] as regras são normas de primeiro grau (descritivas), pois estabelecem obrigações mediante a descrição da conduta a ser exigida, ou seja, são expressas em enunciados que possuem um antecedente (hipótese normativa do fato) e um consequente (hipótese normativa do efeito jurídico) e podem atuar como critério definitivo para a solução do conflito (causalidade completa).

Já os princípios são normas de segundo grau (estruturais), embora não ofereçam critérios definitivos para a solução do caso (causalidade incompleta), servem para ampliar ou

---

[167] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 33.
[168] ESSER, Josef. *Principio y norma em la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961.
[169] POUND, Roscoe. *The Theory of judicial decision*. Harvard Law Review, 1922-1923, v. 36
[170] DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
[171] ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Tradução Jorge Seña. Barcelona: Gedisa, 1997.
[172] NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 103.
[173] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 78.
[174] DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 39.
[175] ALEXY, Roberto. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-102.
[176] NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 135.

restringir o conteúdo das regras oriundas de textos aprovados pelo Legislativo ou para permitir a construção de regras pelo Poder Judiciário na ausência de regras pensadas pelo Legislativo sobre a controvérsia.

No Brasil, merece referência a esse último aspecto o pensamento de Ivo Dantas[177], quando classifica os princípios como categoria lógica, incorporados a um sistema jurídico-constitucional positivo, que reflete valores consagrados por uma determinada sociedade.

Não há uma hierarquia entre regras e princípios, mas uma relação circular reflexiva, uma influência recíproca entre eles que é essencial para o funcionamento do sistema jurídico. As regras precisam estar permanentemente sujeitas a uma filtragem interpretativa principiológica que pode restringir ou ampliar o seu conteúdo. Por sua vez, há uma impossibilidade de simples menção aos princípios para a solução de controvérsias nos casos em que não possa ser extraída uma regra diretamente dos textos legislativos. Nessas hipóteses, os princípios são utilizados como instrumentos que permitem a interação entre os valores da sociedade e o direito (heterorreferência) para a construção de regras que servirão como razões não só para a solução do caso objeto de análise, como também para futuros casos em que o suporte fático tenha o mesmo núcleo da controvérsia que deu origem.

O magistrado que aplica rigidamente as regras, sem permitir uma interpretação restritiva ou ampliativa das mesmas a partir da incidência dos princípios constitucionais, não estará solucionando de forma satisfatória as controvérsias jurídicas complexas e estará desconectado da realidade social. Por outro lado, caso haja a utilização de princípios como critério definitivo para a solução de uma controvérsia, através de uma ponderação *ad hoc* que não leve à construção de critérios para a solução de casos semelhantes no futuro, tal atitude aumentará a insegurança jurídica e não contribuirá para a redução do efeito surpresa de decisões posteriores, algo que contraria toda a lógica do sistema de precedentes.

Nesse aspecto, Marcelo Neves[178] traz a narrativa mitológica de Hércules x Hidra e faz uma relação com as regras e os princípios, ressaltando a necessidade da construção de um modelo de magistrado, que chama de juiz Iolau. O direito não permite um juiz hercúleo, que se prende rigidamente ao conteúdo semântico das regras e articula um raciocínio eminentemente

[177] DANTAS, Ivo. *Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995, p. 59.
[178] NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 221-228.

formal e dissociado do contexto valorativo social. Por outro lado, não é possível um juiz hidraforme, que se deixa impressionar pela retórica principiológica e utiliza a ponderação de forma casuística para encobrir a atuação em favor de interesses particulares, sem se preocupar com a construção de critérios para a solução de casos futuros análogos.

É que caso seja admitida de forma larga a exceção de aplicação das regras em virtude de princípios sem que seja formada uma nova regra para casos futuros, corre-se o risco de se tornar inócua a distinção entre esses dois padrões normativos, um verdadeiro "cavalo de troia", expressão utilizada por Bayón para se referir a esse fenômeno[179]:

> Se as exceções aos princípios não podem ser previstas, e se os princípios podem representar exceções à aplicação das regras, parece certo que tampouco as exceções à aplicação das regras podem ser definidas de forma exaustiva, como quer fazer crer o modelo criado pela distinção forte. Nesse sentido, a defesa da existência dos princípios como exceções às regras representa um verdadeiro cavalo de troia para a distinção forte entre regras e princípios.

Verifica-se que a teoria circular reflexiva coloca os princípios como instrumento que servem precisamente para absorver o dissenso e, paradoxalmente, estimular eventual convergência um sistema jurídico complexo. Os princípios funcionam, dessa maneira, como o primeiro degrau estruturador de uma plêiade de conflitos de interesses e ideologias.

Todavia, a solução de um caso apenas possibilitará uma consistência plena e o consequente fechamento operacional do sistema jurídico quando houver regras – ao menos aquelas construídas pelo julgador na ausência de disposições legislativas que descrevam a conduta exigida e a respectiva consequência (causalidade completa). As regras, assim, estruturam as expectativas normativas, permitindo uma maior segurança jurídica.

A referida teoria toma coma pressuposto a função do direito em Luhmann[180], que, em termos bastante amplos, caracteriza-se como a generalização congruente de expectativas normativas. Afinal, a formulação da teoria circular reflexiva procura formular incentivos à estruturação argumentativa de problemas de alta complexidade, mas exige que essa abertura não impeça que o sistema jurídico seja o motor de sua própria construção, ou seja, permite a abertura cognitiva e exige o fechamento normativo.

---

[179] VALE, André Rufino**.** *Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais*: repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 107.
[180] LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I***.** Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 109-123.

A necessidade de uma teoria de aplicação das espécies normativas a partir de balizas científicas é muito bem retratada por Stanislovas Tomas[181], para quem a utilização de princípios sem uma metodologia racional é pura feitiçaria, assemelhada aos rituais jurídicos-religiosos xamânicos da Idade Média. A partir de uma metáfora bastante crítica acerca da utilização sem técnica e meramente subjetiva da utilização dos princípios, ele afirma que os atuais operadores do direito possuem confiança absoluta nas palavras contidas nos livros religiosos sagrados (textos constitucionais) que lhes foram legada por evangelistas (os legisladores) e profetas (os doutrinadores), inspirados pela vontade de Deus (o povo). Os livros religiosos sagrados trazem a promessa do paraíso (um lugar onde todos tem direito à saúde, educação, meio ambiente equilibrado etc.). Os xamãs (os juízes) são os únicos que podem compreender o verdadeiro e único sentido das palavras contidas nos livros religiosos mediante estabelecimento de contato mediúnico com os espíritos (os princípios jurídicos) que a eles falam (método ponderativo) durante um ritual sagrado (o devido processo legal) qual deve ser a solução do caso em litígio.

A metáfora do xamanismo judicial relatada por Stanislovas Tomas deve ser compreendida como uma forma de enfatizar que a utilização de princípios a partir de uma simples menção genérica ou de uma ponderação *ad hoc*, sem a formulação de regra para casos futuros, é apenas um artifício retórico para impor a vontade pessoal dos magistrados, que não passam de antigos xamãs, disfarçando a irracionalidade sob a aparência da lógica da argumentação jurídica.

O resultado da ponderação de princípios realizado pelo Poder Judiciário deve colimar uma fórmula capaz de ser universalizável e que constitua precedente a ser aplicado em casos futuros com as mesmas características, tal como propõe a teoria circular reflexiva. É que os magistrados ao julgarem com base em princípios exercem função regulatória[182], ou seja, criam regras que devem servir não só para o caso em análise, mas para todos que apresentem semelhantes premissas fáticas.

É preciso, assim, anunciar com clareza e precisão a regra a ser utilizada na demanda em apreciação, com uma análise detalhada dos aspectos fáticos e jurídicos da causa, antes de sair tomando atitudes caso a caso, gerando uma jurisprudência que flutua ao sabor dos ventos – em resumo: pura feitiçaria.

---

[181]TOMAS, Stanislovas. *Le rituel chamanique de la Cour Europeenne de Justice*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=970432>. Acesso: 18 novembro 2013.
[182] BADIN, Arthur Sanchez. *Controle Judicial das Políticas Públicas*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 142-154.

Aqui não é o lugar para ser realizada uma análise crítica mais profunda do modelo principiológico da teoria circular reflexiva, menos ainda para uma discussão sobre as objeções dos principais críticos com quem dialogou nesse aspecto.

Pretendemos apenas delinear alguns aspectos básicos da sua aplicação, vez que sua teoria passou a ser mencionada por parte dos doutrinadores e magistrados no Brasil, aí incluídos Ministros de Tribunais, como fundamento teórico para a solução de litígios. E mais, seus pressupostos permitem a construção de uma teoria dos precedentes consistente.

Registre-se, ainda, que a teoria circular reflexiva não pretendeu conferir a resposta certa e definitiva para todos os casos em que não há regra expressa e clara para solucionar a controvérsia. Ela objetivou apenas reduzir a margem de irracionalidade das decisões dos casos difíceis e torná-los controláveis, vez que qualquer operação que efetivamente constrói uma norma com a imposição de condutas – e não apenas a revela – não tem como deixar de incorporar um elemento de vontade subjetivo.

Dessa forma, para uma aplicação racional e técnica do princípio da eficiência é necessário realizar um percurso inverso daquele feito normalmente na utilização de regras extraídas de dispositivos legais, em que, delineado o contexto fático, há mera remissão ao preceito normativo que incidirá por força da subsunção. Isso significa que na ausência de regras sobre determinado contexto fático, inicialmente deve-se investigar a jurisprudência dos Tribunais Superiores em busca de decisões que tenham utilizado o princípio da eficiência como fundamento decisório e extrair a regra que foi construída nesses julgados não só para o caso concreto paradigma como também para hipóteses futuras análogas.

Apenas nas hipóteses em que não há regra oriunda de texto legislativo ou de precedente aplicável ao contexto é que será possível aos magistrados e aos Tribunais realizar uma ponderação a partir da incidência dos diversos princípios conflitantes, desde que haja uma consistente fundamentação dos critérios e medidas adotados, resultando daí uma regra para casos futuros.

Como bem aduz Carlos Ari Sundfeld[183], a fundamentação da decisão por princípios é bem mais trabalhosa e exige uma carga argumentativa maior por parte dos operadores do

[183] SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 70.

direito. Assim, para que os princípios não sejam utilizados como armas de espertos e preguiçosos, é preciso impor, a quem os utiliza, os ônus argumentativos que lhes são inerentes.

Em termos metafóricos podemos dizer que a construção de soluções jurídicas a partir da utilização de princípios é uma operação de pintar quadros tendo como inspiração uma paisagem determinada, e não apenas a de revelar fotografias desse cenário[184]. A paisagem é formada pela Constituição, pelas leis e pelos fatos que envolvem a controvérsia. Não será possível obter pinturas idênticas, vez que as mesmas carregam alguns elementos subjetivos do pintor (intérprete). Mas, essas pinturas não podem expressar paisagens dissociadas da realidade e serem modificadas por casuísmo do pintor/intérprete a depender do cliente ou do jurisdicionado.

Assim, o elemento subjetivo pode ser guiado por balizas racionais, sendo controlável, ainda que não inteiramente. Satisfaz-se, portanto, com conclusões que apesar de não serem necessárias e evidentes, são plausíveis e verossímeis.

Consideramos, assim, que a teoria circular reflexiva dos princípios revela uma evolução racional e consistente do constitucionalismo clássico no tocante às espécies normativas, consolidando o advento do paradigma da jurisdição (neo)constitucional.

É com base nessas premissas que abordaremos a eficiência como princípio e desenvolveremos o raciocínio para a construção de soluções dos problemas ligados ao tema.

3.1. A ORIGEM DA EFICIÊNCIA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

A incorporação de institutos e expressões de outras ciências ao direito pressupõe uma série de pressupostos e condicionantes. A esse respeito escreve Luhmann[185] que o Direito constitui um sistema normativamente fechado, mas cognitivamente aberto, ou seja, pode observar de acordo com seus próprios critérios os institutos e eventos das outras ciências, mas não pode ser diretamente influenciado por eles sem a devida incorporação.

Portanto, ao analisar a expressão eficiência no âmbito jurídico é preciso delimitar o seu conteúdo e o seu caráter normativo, não havendo uma simples incorporação de conceitos

[184] SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 77.
[185] LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro,1983, p.36.

de outras ciências. Ademais, como bem esclarece Herbert Hart[186], os dispositivos normativos são transmitidos através da linguagem, por meio de termos empíricos dotados de textura aberta e indeterminação semântica, impossibilitando que as definições lá contidas sejam verificadas de forma conclusiva ou tenham significado unívoco em todas as hipóteses.

Ainda mais quando esses termos provenientes de outras ciências não possuem histórico de consolidação na jurisprudência dos tribunais, havendo frequente utilização das expressões eficiência, efetividade e eficácia sem a distinção necessária, o que provoca confusão técnica e insegurança jurídica. Outras vezes a expressão eficiência é utilizada como sinônimo de razoável duração do processo ou economicidade.

Assim, é preciso analisar o significado da expressão eficiência nas ciências da economia e da administração e tentar apresentar possibilidades de densificação de seu conteúdo enquanto princípio no direito administrativo, delineado na Constituição Federal, e, notadamente no processo civil, tendo em vista a sua consagração pelo art. 8º do Código de Processo Civil.

A abordagem adotará como pressupostos a força normativa dos princípios constante da teoria da relação circular reflexiva[187] e o modelo cooperativo adotado pelo Código de Processo Civil, com especial enfoque nas diversas funções que podem ser exercidas pelo princípio da eficiência processual e da sua interação com os princípios da razoável duração do processo e da economicidade. Por fim, teceremos comentários acerca da responsabilidade compartilhada das partes e dos magistrados na concretização do referido princípio para a formação eficiente dos precedentes.

3.1.1. A eficiência na administração de empresas

A eficiência começou a ser estudada de forma mais científica com as primeiras teorias da área de Administração. Na Teoria da Administração Científica, Frederick Taylor[188] investiu em estudos de tempos e movimentos para melhorar a eficiência do trabalhado, e na Teoria Burocrática Max Weber abordou a forma organizacional.

---

[186] HART, Herbert. *O conceito de direito*. Tradução A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 137-148.
[187] NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais***.** São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 120-140.
[188] TAYLOR, Frederick W. *Princípios da administração científica*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1995

É que começou a surgir entre alguns pensadores o consenso de que em determinado espaço produtivo de uma sociedade os recursos humanos e patrimoniais são finitos para suprir às crescentes demandas dos usuários e clientes. Dessa forma, os administradores ao iniciarem qualquer atividade produtiva deveriam procurar a melhor combinação dos recursos e as mais racionais formas de organização do trabalho. Essa necessidade de organização dos recursos é ainda maior em um mercado de crescente competitividade, sendo essencial para a sobrevivência das organizações, pois uma das principais funções do administrador é lidar com recursos escassos, cumprir objetivos e metas, atuar da melhor forma e com o menor número de erros.

Ensina Antônio César Amaru Maximiano[189] que na administração de empresas existem dois conceitos essenciais para avaliar o desempenho das organizações: eficiência e eficácia. A eficácia significa escolher os objetivos desejados e atingi-los. Por sua vez, a eficiência se refere à forma como os recursos são utilizados para atingir esse objetivo, uma combinação ótima dos insumos e métodos necessários (inputs) no processo produtivo de modo que gerem o máximo de produto (output). A eficiência relaciona um produto com um de seus insumos, por exemplo: a relação aluno/professor, toneladas de cereais por hectare, produção cientifica por professor. Desse modo, a eficiência expressa o nível de aproveitamento dos recursos empregados e passa a ser visualizada como a antítese do desperdício.

Portanto, o foco da eficiência na administração são os meios de utilização, e o da eficácia são os resultados. O dilema entre essas duas concepções emerge da circunstância de que as organizações podem ser eficientes e eficazes ao mesmo tempo, o que seria ideal, porém, podem ser eficazes sem ser eficientes e serem eficientes sem alcançar eficácia. Um bom exemplo fornecido por Eduardo Azeredo Rodrigues[190] é o de que a produção de determinada empresa que produz carros de elevadas dimensões quando cresce a demanda por carros pequenos será ineficaz, mesmo que tenha efetuado com o máximo de eficiência na produção. Por sua vez, determinada empresa que fabrica um produto de alta procura pelos consumidores, mas que utiliza maquinário antigo e custoso em relação aos concorrentes, torna-se eficaz e ineficiente.

[189] MAXIMIANO, Antônio César Amaru. *Teoria geral da administração: da revolução urbana à revolução digital*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 115.
[190] RODRIGUES, Eduardo Azeredo. *O princípio da eficiência à luz da teoria dos princípios: a*spectos dogmáticos de sua interpretação e aplicação. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 24.

A eficiência pode ser classificada em duas espécies: eficiência técnica e eficiência econômica[191]. A eficiência técnica se caracteriza quando se utiliza o menor nível de insumos possível para alcançar um determinado patamar de produção, ou quando se consegue o máximo de produção possível a partir de um determinado nível de insumo. Por sua vez, um método produtivo é mais eficiente do ponto de vista econômico que outro, quando o primeiro consegue uma quantidade de produto igual ao do segundo com menor custo, ou quando com o mesmo custo se obtém um nível de produção maior. A eficiência econômica é uma extensão da eficiência técnica, uma vez que envolve, além dos aspetos físicos, os monetários. A produção para ser economicamente eficiente requer a máxima eficiência técnica. Porém uma organização tecnicamente eficiente pode ser ineficiente em termos econômicos, se ela não usa a melhor combinação dos insumos que minimiza os custos.

A partir dessa perspectiva, como ressalta Maximiano[192], o desempenho é considerado aceitável, bom ou satisfatório quando os problemas são resolvidos a partir da utilização correta dos recursos utilizados. Para aferir essa eficiência, Dario Myake e Alberto Ramos[193] ensinam que devem ser utilizados dois parâmetros, quais sejam a produtividade e a qualidade. A produtividade está essencialmente relacionada à quantidade, almejando o máximo de unidades obtidas com a mesma unidade de recursos. Por sua vez, a qualidade está relacionada à ausência de erros ou deficiência durante o processo produtivo das unidades, evitando retrabalho ou até mesmo o descarte dos produtos. Ademais, esses dois parâmetros devem levar em conta o tempo utilizado na produção.

Assim, é possível concluir a eficiência na administração de empresas é um parâmetro de avaliação de desempenho das organizações que deve ser necessariamente levado em conta pelos tomadores de decisão durante o processo produtivo para maximizar os lucros, não se confunde com a eficácia, e deve levar em conta os fatores de produtividade e de qualidade, a partir de um número de insumos básicos disponíveis, em um determinado tempo de atividade.

[191] PINTO, N. G. M.; CORONEL, D. A. Eficiência e eficácia na administração: proposição de modelos quantitativos. *Revista Unemat de Contabilidade*, n. 11, 2017. v. 6,
[192] MAXIMIANO, A. C. A. *Teoria geral da administração: da revolução urbana à revolução digital*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 115.
[193] MYAKE, Dario; RAMOS, Alberto. Desenvolvendo Indicadores de Produtividade e Qualidade em Hospitais: Uma proposta de método. *Produto & Produção*, n. 2, jun/2010, v.. 11, p. 67-84.

3.1.2. A eficiência no Direito Administrativo e o Poder Judiciário

Paulo Modesto[194] sustenta que embora não houvesse previsão expressa do princípio da eficiência em constituições anteriores e nem no texto original da Carta Magna de 1988, já seria possível extrair a expressão eficiência da atual Constituição Federal a partir de dispositivos como o art. 70, que dispõe acerca da autorização conferida ao Tribunal de Contas para avaliar a legitimidade e a economicidade da administração; o art. 175, que versa sobre a obrigatoriedade da prestação de serviço público adequado; e notadamente do art. 144, § 7º, que trata da necessidade de os órgão responsáveis pela segurança pública garantirem a eficiência de suas atividades.

Por sua vez, Edilson Pereira Nobre Júnior[195] assevera a previsão infraconstitucional do princípio da eficiência desde o Decreto-Lei nº200/1967, que disciplinava a reforma da administração pública no âmbito federal, embora tal previsão não tenha sido suficiente para por si só impor condutas ao administrador ou aos administrados, funcionando como mera exortação ao legislador ou como argumento de caráter meramente assessório para reforçar a fundamentação de decisões. Um bom exemplo foi um julgado do Superior Tribunal de Justiça[196], que considerou legal a dispensa de servidor público durante estágio probatório por não preencher requisitos como idoneidade, assiduidade e eficiência. Não houve qualquer densificação do conceito de eficiência, mas simples menção genérica ao termo, e a retirada da expressão não alteraria em nada o resultado do julgamento realizado pela Corte.

Embora já existisse alguma menção à expressão eficiência pelos juristas, o fato é que a utilização do referido termo era temática comumente associada à economia e à administração de empresas, não sendo utilizado tradicionalmente no direito brasileiro. Somente a partir da previsão do princípio da eficiência no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional nº 19/98, e no art. 2º da Lei nº 9.784/99, que trata do processo administrativo federal, é que a expressão passou a ser alvo de constantes discussões na doutrina e na jurisprudência dos tribunais brasileiros.

---

[194] MODESTO, Paulo. *Notas para um debate sobre o princípio da eficiência*. Revista de Serviço Público. Brasília, ano 51, n. 2, abr-jun, 2000, p. 105-119.
[195] NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração Pública e o princípio constitucional da eficiência. *Boletim de Direito Administrativo*, p. 38-59, jan 2006, p. 48.
[196] STJ, 5ª Turma, RMS 1.912/MG, Relator Min. Jesus Costa Lima, j. 26.10.1994, DJ 14.11.1994.

É verdade que já seria possível extrair um princípio da eficiência dos arts. 70, 74 e 144, §7º, da Constituição Federal. Todavia, embora os arts. 70 e 74 da Carta Magna tragam de forma expressa a noção de eficiência nos gastos públicos da economicidade, tal previsão teve no Brasil uma interpretação restrita, limitando-se a que os Tribunais de Contas pudessem exigir dos administradores uma programação e uma execução orçamentária baseada em critérios da economia, como existe, em parte, no direito espanhol[197]. Por sua vez, o art. 144, §7º da Lei Fundamental teve interpretação restrita aos órgãos ligados à segurança pública, não tendo sido encontrado em julgados dos Tribunais Superiores julgado que tenha estendido essa noção autônoma do princípio da eficiência para a Administração Pública em geral.

Como adrede mencionado, a eficiência na administração é vista como um arquétipo de otimização dos meios de produção para determinada atividade empresarial atingir maior lucratividade. A Administração Pública, no entanto, não visa ao lucro, nem pode escolher livremente os meios, principalmente quanto isto significar se apartar de outros princípios, como a impessoalidade e a legalidade, razão pela qual é preciso estabelecer um conteúdo próprio para a eficiência jurídica, que sem negar a sua origem decorrente da ciência da administração, compatibilize sua aplicação aos demais preceitos da Constituição Federal.

Nesse sentido Celso Antônio bandeira de Mello[198] sustenta que o princípio da eficiência deve ser construído de forma intrinsecamente conjugada com o princípio da legalidade, algo que na Itália vem recebendo a denominação de "boa administração", segundo o qual a Administração Pública para atingir os fins propostos pela lei deve utilizar os meios mais idôneos e econômicos para tanto.

De fato, no âmbito do direito italiano, a Corte Constitucional há mais de trinta anos já proferiu diversos julgados afirmando que o "princípio do bom andamento da administração pública" (art. 97 da Constituição italiana) também se aplica "aos órgãos de administração de justiça", sendo as mais conhecidas as decisões de 1982[199], 1989[200] e 1992[201].

---

[197] SEGADO, Francisco Fernandez. *El sistema constitucional español*. Madrid: Dykinson, 1992, p. 539.
[198] MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, n.31, 1998, p. 37.
[199] Corte costituzionale della Repubblica italiana, Sentenza 86/1982, Pres. Prof. Leopoldo Elia, Rel. Prof. Livio Paladin, decisione del 07.05.1982, deposito in cancelleria del 10.05.1982, pubblicazione in "Gazz. Uff." n. 137 del 20.05.1982:
[200] Corte costituzionale della Repubblica italiana, Sentenza 18/1989, Pres. Dott. Francesco Sajja, decisione del 11.01.1989, deposito in cancelleria del 19.01.1989, pubblicazione in "Gazz. Uff." del 25.01.1989:
[201] Corte costituzionale della Repubblica italiana, Sentenza 142/1992, Pres. Dott. Aldo Corasaniti, decisione del 17.03.1992, deposito in cancelleria del 30.03.1992, pubblicazione in "Gazz. Uff." del 08.04.1992

Para se analisar de forma satisfatória o atual conteúdo do princípio da eficiência e suas consequências jurídicas no tocante à Administração Pública do Brasil é crucial o conhecimento do percurso histórico de sua positividade no direito brasileiro. Como bem aduz Marcelo Torres[202], a Administração Pública no nosso país passou por três grandes modelos: patrimonialista, burocrático e gerencial.

Sustenta Anderson Ferreira[203] que o modelo patrimonialista se caracteriza como aquele em que a Administração Pública existe exclusivamente para beneficiar os governantes e seus aliados, sem qualquer preocupação com um código de condutas ou satisfação dos cidadãos com a prestação dos serviços públicos. Mediante tal prática, os governantes consideram o Estado como seu patrimônio, numa total confusão entre o que é público e o que é privado, noção que foi institucionalizada durante o Brasil Colônia e durante o Império. Sua origem são os governos das monarquias absolutistas e seu funcionamento é baseada na relação de submissão dos súditos em relação aos soberanos. Funcionam como exemplo práticas de nepotismo, favorecimento de empresas nas contratações, a colocação de amigos nos cargos públicos. Mesmo com o advento da República e com sua vedação nas Constituições, a prática de um modelo patrimonialista ainda é encontrada, e dependendo do desenvolvimento de cada estado ou município, sua intensidade é maior ou menor.

A Administração Pública burocrática, como explica Max Weber[204], surgiu para romper com o modelo anterior e tem como objetivo defender a sociedade contra o poder arbitrário do soberano. Neste modelo são previstas uma série de medidas que ressalta aspectos formais, hierarquia funcional rígida, funcionários especializados, com competências fixas, sujeitos ao controle hierárquico. Surgiu o embrião da profissionalização do servidor público, que exerce o cargo técnico em razão de sua competência, comprovada por processo de seleção. Afasta-se o nepotismo e as relações de apadrinhamento. Houve, no Governo de Getúlio Vargas, na década de 1930, a realização dos primeiros concursos públicos[205]. Todavia, na Administração burocrática não havia controle finalístico ou de resultados, vez que o objetivo era tornar a Administração Pública impessoal. A Constituição Federal de 1988, em sua redação original,

[202]TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. *Estado, democracia e administração pública no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2004, p. 172-174
[203]SANTOS, Anderson Ferreira dos. Evolução dos Modelos de Administração Pública no Brasil. *Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento*. Edição 04. Ano 02, Vol. 01, Julho de 2017
[204] WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Brasília: UNB, 1994, p. 142-143.
[205] TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. *Estado, democracia e administração pública no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2004, p. 174-176.

consagra inúmeros dispositivos que trazem características do modelo burocrático, com destaque para o controle através de instituições como Tribunais de Contas e Ministério Público, princípios que regem a atuação administrativa, previsão de deveres e garantias dos agentes públicos quanto ao sistema remuneratório, estabilidade, entre outras.

No Brasil, a Administração Pública Gerencial é introduzida a partir da década de 1990, durante o governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, notadamente a partir de 1995, com a introdução do Ministério da Administração e Reforma do Estado (MARE). Foram promovidas privatizações, criação de diversas agências reguladores, além da Emenda Constitucional nº 19/98, que introduziu o princípio da eficiência na Administração Pública[206].

Diogo de Figueiredo Moreira Neto[207] sustenta que o modelo de Administração Pública gerencial pressupõe que a missão essencial do Estado não é mais a prestação direta de serviços públicos, mas a regulação dos serviços e a fiscalização da atuação dos entes privados, através de agentes privados e de organizações da sociedade civil, na referida prestação. Estas entidades são denominadas terceiro setor e coexistem com o primeiro setor**,** que é o Estado, e o segundo setor, que é o mercado.

Portanto, como sustenta Paulo Soares Bugarin[208], há uma transferência do foco no controle de procedimentos e das atribuições tipificadas dos servidores públicos para o controle de resultado a ser obtido, com o cumprimento de metas e emprego eficaz do dinheiro público, sem que o primeiro seja também deixado de lado, objetivando-se a redução dos custos e o aumento da qualidade dos serviços prestados.

O alicerce desse terceiro modelo de Administração Pública é o princípio da eficiência, o qual foi inserido no *caput* da Constituição Federal por meio da Emenda Constitucional nº 19/98. Como leciona Edilson Pereira Nobre Jr.[209], o administrador deve seguir diversos parâmetros, como a atuação média do aparato administrativo, o desenvolvimento salutar de praxes administrativas para atingir bons resultados, manifestação de vontade simplificada da

---

[206] GABARDO, Emerson. *Eficiência e Legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político***.** Barueri: Manole, 2003, p. 185.
[207] MOREIRA NETTO, Diogo de Figueiredo. *Apontamentos sobre a Reforma Administrativa*. São Paulo. Ed. Renovar , 2000, p 27-29.
[208] BUGARIN, Paulo Soares. O princípio constitucional da eficiência. Um enfoque doutrinário multidisciplinar. *Revista do TCU*. Brasília, n. 87, jan/mar 2001, v.. 32, p. 39-50.
[209] NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração Pública e o princípio constitucional da eficiência. *Boletim de Direito Administrativo,* jan 2006, p. 45.

Administração e resolução de conflitos por mecanismo consensuais, evitando formalismos exacerbados.

Conforme mencionado, a correta aplicação do princípio da eficiência pressupõe conhecer os precedentes dos Tribunais em busca de decisões que tenham utilizado o referido princípio como fundamento decisório e extrair a regra que foi construída não só para o caso concreto como também para hipóteses futuras análogas. Apenas na ausência de regra sobre a situação ou de precedente aplicável ao contexto é que será possível realizar uma ponderação a partir da incidência dos diversos princípios conflitantes.

Um bom exemplo dessa situação pode ser extraído do julgamento proferido pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do MS 19.336/DF, julgado em 26 de fevereiro de 2014. Naquela assentada foi decidido que não obstante o inciso XVI do artigo 37 da Constituição Federal permita a acumulação de cargos públicos por profissionais de saúde, essa acumulação será vedada quando a soma das jornadas ultrapassar 60 horas semanais, ainda que exista compatibilidade de horários. O fundamento utilizado, a partir de estudos técnicos, foi o princípio da eficiência, no sentido de que o profissional de saúde da rede pública que se submeter a uma jornada superior a 60 horas semanais não estará em condições de entregar um bom resultado para os pacientes, prestando um serviço deficiente.

Nesse precedente o Superior Tribunal de Justiça restringiu o alcance da regra extraída do inciso XVI do artigo 37 da Constituição Federal a partir da incidência do princípio da eficiência. Todavia, essa limitação de 60 horas semanais não pode ser transportada de forma imediata para outras hipóteses de acumulação, como o cargo de professor, em que parte da carga horária é destinada à preparação de aulas. Em outra situação em que não exista precedente específico será necessário ao intérprete analisar as decisões dos Tribunais Superiores em que o princípio da eficiência foi utilizado como padrão decisório principal, verificar os elementos que foram utilizados e as relações que foram consideradas essenciais, para a partir daí construir uma regra que enseje de forma consistente sua aplicação no caso concreto e sua preparação para utilização em casos futuros.

Aspecto importante a ser considerado é que o princípio da eficiência inserido na Constituição através da Emenda Constitucional nº 19/98 se aplica à função administrativa dos três Poderes, inclusive do Judiciário. É que todos os três Poderes além das suas funções típicas,

também exercem as funções atípicas. Como lembra Leonardo Carneiro da Cunha[210], a introdução do princípio da eficiência refere-se à necessidade de a Administração Pública atuar de modo produtivo, econômico e célere, aí incluídos os órgãos do Judiciário responsáveis pela administração da Justiça. A autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário impõe papel gerencial dos magistrados no tocante à manutenção da estrutura das varas e tribunais, gestão de pessoal, programação orçamentária e outros elementos organizacionais.

Um órgão de extrema importância que veio consolidar a concretização do modelo gerencial da Administração Pública no âmbito do Poder Judiciário foi o Conselho Nacional de Justiça - CNJ, criado através da Emenda Constitucional nº 45/2004. Este órgão possui dentre as suas diversas atribuições buscar soluções para os problemas estruturais e conjunturais do Judiciário, definindo o planejamento estratégico, apresentando metas a serem cumpridas a curto, médio e longo prazo pelos Tribunais e magistrados, organizando cursos de aperfeiçoamento obrigatórios (CF/88, art. 93, IV), enfim, concretizando o modelo gerencial e dando maior uniformidade à gestão desse Poder.

Importante registrar, contudo, que as referidas medidas de gestão estão vinculadas não à condução de determinado processo judicial, mas à função administrativa do Poder Judiciário. Portanto, conforme reiterados julgados do Supremo Tribunal Federal[211], o CNJ não detém competência para modificar conteúdo de decisão judicial e possui, somente, atribuições de natureza administrativa.

Outro aspecto importante extraído dessa limitação de atuação na área administrativa pelo Conselho Nacional de Justiça se refere à possibilidade de o órgão realizar controle de constitucionalidade em seus julgamentos. Embora a questão não tenha sido pacificada no Pleno do Pretório Excelso, existem julgados[212] no sentido de que a competência constitucional do Conselho Nacional de Justiça assume perfil estrita e exclusivamente administrativo, não sendo, por isso, possível que este ente realize controle de constitucionalidade das leis.

Como bem explica Eduardo Luiz Campos[213], o ato administrativo decorrente da aplicação do princípio da eficiência estará sujeito a um regime jurídico diverso do ato

[210] CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo:RT, 2014, v. 233, p. 66.
[211] STF, MS 28872 AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe de 18-3-2011.
[212] STF, MS 32582 MC, rel. Min. Celso de Mello, DJe de 11-2-2014.
[213] CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O Princípio da Eficiência no Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 76-82.

jurisdicional aplicado em decorrência do mesmo princípio. Em relação ao primeiro se aplica o direito administrativo enquanto em relação ao segundo seria aplicado o direito processual. As distinções abrangeriam, assim, aspectos relacionados à forma de demonstração da insatisfação pelo jurisdicionado; a possibilidade de interferência do Conselho Nacional de Justiça e das Corregedorias; e ao fundamento e ao prazo para reforma das decisões.

Em relação à forma de demonstração da insatisfação, a insurgência quanto ao ato jurisdicional só pode ser realizada através de recurso ou outro meio de impugnação das decisões judiciais, como a ação rescisória, através de advogado devidamente constituído. Já eventual ato administrativo proferido por um integrante do Poder Judiciário pode ser confrontado através de uma simples petição do cidadão que possa ensejar o início de um processo administrativo no Conselho Nacional de Justiça, nas Corregedorias ou por meio de uma ação popular, resultando daí sua anulação ou reforma. É que como bem aduz Athos Gusmão Carneiro[214], o ato judicial é insuscetível de qualquer controle que não esteja previsto nas possibilidades recursais ou de ações autônomas, dada a insuscetibilidade da jurisdição a qualquer possibilidade de controle externo.

No tocante à possibilidade ou não de interferência do Conselho Nacional de Justiça no mérito das decisões judiciais, já restou fartamente demonstrado que a atuação se limita ao controle administrativo do Poder Judiciário. É verdade que alguma metas e rotinas impostas com base no princípio da eficiência administrativa podem ter efeito reflexo tanto na atividade administrativa como na judicante, como as prioridades de julgamento. Todavia, tais determinações são próprias de suas funções administrativas institucionais e não permitem uma interferência direta que anule ou modifique o mérito da decisão judicial.

Por fim, o regime administrativo permite a revogação dos atos administrativos não apenas por razões técnicas, como por questões de conveniência e oportunidade, como também não está sujeito aos aspectos da preclusão e da coisa julgada. Isto porque, estando a Administração Pública sujeita à observância do princípio da legalidade e ao controle judicial, sempre se reconhece a ela o poder-dever de rever os próprios atos, para anulá-los, convalidá-los ou revogá-los, salvo se o ato ilegal for favorável ao particular, e não tenha sido praticado com má-fé, quando incide o prazo decadencial previsto no artigo 54 da Lei 9.784/99.

[214] CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição – Noções Fundamentais. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 19, , jul/set 1980, v. 5, p. 14.

Assim, eventual programa do Conselho Nacional de Justiça destinado a incentivar cursos de aperfeiçoamento de servidores e magistrados pode ser reduzido para que os recursos e os esforços concentrem-se na implantação e expansão do processo eletrônico. Nesse caso, ocorreria uma mudança de orientação política dos dirigentes administrativos que enxergaram que o Poder Judiciário se tornaria mais eficiente adotando certo programa em detrimento de outro, vez que os recursos orçamentários são finitos e não é possível atingir todas as finalidades, tudo objetivando e a redução dos custos e o aumento da qualidade dos serviços prestados, núcleo essencial do princípio da eficiência.

Portanto, as consequências e os mecanismo de atuação do princípio da eficiência administrativa e da eficiência processual são distintos, ainda que aplicados no âmbito do Poder Judiciário, exigindo que o profissional da área jurídica proceda à distinção dos elementos caracterizadores a fim de que não sejam cometidas impropriedades técnicas.

3.2. A EFICIÊNCIA PROCESSUAL COMO PRINCÍPÍO

Como lembra Leonardo Carneiro da Cunha[215], a introdução do princípio da eficiência no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, refere-se à necessidade de a Administração Pública atuar de modo eficiente, aí incluídos os órgãos do Judiciário responsáveis pela administração da Justiça, não havendo referência a uma eficiência na gestão dos processos submetidos ao crivo de um juiz.

Apenas recentemente é que a Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil) introduziu a expressão eficiência no âmbito da gestão de processos ao elencar em seu art. 8º que o juiz ao aplicar o ordenamento jurídico deve cumprir essa tarefa de forma eficiente.

A eficiência processual foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro através da técnica das cláusulas gerais, a qual possui indeterminação tanto no antecedente normativo (hipótese de incidência) quanto no consequente normativo (efeito jurídico). A mencionada cláusula geral do art. 8º do Código de Processo Civil é composta de dois elementos centrais: "aplicação do ordenamento jurídico" e "agir com eficiência".

[215] CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, v. 233, p. 66.

No tocante à natureza jurídica das cláusulas gerais, Judith Martins Costa[216] afirma que as mesmas não se enquadram no conceito de princípio, mas de norma especial que permite ao juiz decidir com base em critérios extralegais de base e de densidade empírica variável. Não obstante a respeitável posição, tal caracterização da natureza jurídica das cláusulas gerais como um terceiro tipo de norma possui alguns equívocos. Afinal, não se realizou a distinção entre as características essências das cláusulas gerais e dos princípios nem a existência de um modo distinto de operar dogmaticamente as referidas categorias.

Entendemos, com fundamento na teoria circular reflexiva, que as cláusulas gerais não são normas, mas textos legislativos que contém uma indeterminação no antecedente e no consequente normativo. Do texto oriundo das cláusulas gerais é possível através da atividade interpretativa encontrar uma norma-princípio, pois indica uma finalidade a ser perseguida e não descrevem nem o antecedente e nem consequente normativo. Essa norma-princípio servirá de ponto de partida para que o intérprete crie uma norma-regra em que serão especificadas as situações e criadas as consequências jurídicas para a promoção da eficiência.

No mesmo sentido o pensamento de Eduardo Luiz Campos[217] quando afirma que as cláusulas gerais são textos normativos, enquanto os princípios são resultado da interpretação desses textos. Caberia ao intérprete através do método interpretativo da concreção[218] determinar, diante do caso concreto, o conteúdo e a eficácia do comando normativo.

A técnica das cláusulas gerais é bastante utilizada no sistema jurídico brasileiro, dada a impossibilidade de previsão exaustiva de todas as condutas necessária pelo legislador e, como sustenta Paula Sarno Braga[219], permite abarcar um grande número de situações e ganhar flexibilidade e longevidade no sistema jurídico.

---

[216] MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção" – as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro, *Revista dos Tribunais*, ano 87, jul. 1998, v. 753..

[217] CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O Princípio da Eficiência no Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 102.

[218]Método interpretativo que consiste em preencher, com base em valores sistemáticos e problemáticos, o conteúdo normativo que tem na cláusula geral seu ponto de partida. Cf. ÁVILA, Humberto. *Subsunção e concreção na aplicação do direito*. Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros (org.). Faculdade de Direito da PUC/RS: o ensino jurídico no limiar do novo século. Porto Alegre :EDIPUCRS, 1997, p. 448.

[219] BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento: o problema de repartição de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 48.

Ensina Fredie Didier[220]que um ordenamento jurídico estruturado permanentemente em cláusulas gerais e/ou conceitos jurídicos indeterminados[221] seria uma fator de grave insegurança jurídica, ao passo que um sistema baseado apenas em regras não seria nada adequado à complexidade da sociedade contemporânea, sendo essencial a harmonização de enunciados normativos casuísticos com as cláusulas gerais.

Não obstante a previsão legislativa do art. 8º do Código de Processo Civil é importante ressaltar que ainda existe corrente doutrinária que insiste negar caráter normativo ao princípio da eficiência no âmbito processual ou considerá-lo apenas como nova nomenclatura de princípios já existentes.

Os adeptos dessa corrente, como Marcelo José Magalhães Bonício[222], sustentam que a previsão da eficiência processual contida no art. 8º do Código de Processo Civil seria um mero valor destinado ao legislador quando da elaboração das leis. Para essa corrente seria melhor falar em efetividade do processo ao invés de eficiência, ressaltando que a busca por efetividade seria uma constante da legislação, da doutrina e da jurisprudência do país há várias décadas. Outros autores, como Alexandre Freitas Câmara[223], entendem que a eficiência se confundiria com o princípio da economia processual, segundo o qual os fins pretendidos pela tutela jurisdicional devem ser atingidos com o mínimo de custo.

Assim, consideram que nominar a eficiência como novo princípio é apenas oferecer algo já existente com outro nome, sem qualquer conteúdo jurídico individualizado, o que significa produzir mais insegurança jurídica e desestabilizar as expectativas normativas.

Para alguns autores desse grupo[224] o discurso do "eficientismo" judicial funcionaria como um "cavalo de Troia" e serviria apenas para que garantias constitucionais processuais conquistadas ao longo dos anos, como o contraditório e a ampla defesa, fossem suprimidas sob

[220] DIDIER JR., Fredie. Cláusulas gerais processuais. *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*. n..2, 2010, p.5.
[221] Os conceitos jurídicos são textos legislativos que possuem indeterminação no antecedente normativo (hipótese de incidência), mas que delimitam de forma precisa o consequente normativo (efeito jurídico).
[222] BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do processo no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 39.
[223] CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 16.
[224] BORBA, Isabela Souza; CADEMARTORI, Sérgio; ROSA, Alexandre Morais da. O dilema da eficiência na democracia constitucional. In: DIDIER JR., Fredie; LEVY, Wilson; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato (Coords.). *Ativismo Judicial e Garantismo Processua*l. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 314-326.

a alegação de que o a tutela jurisdicional poderia ser prestada em menor tempo possível através de decisões padronizadas e livre dos ritos processuais estabelecidos na legislação.

Entendemos que essa posição não pode prevalecer, pois a alegação de que o princípio da eficiência seria apenas uma nova nomenclatura da noção de efetividade possui equívoco técnico. Afinal, conforme ensinamento de Eduardo José da Fonseca Costa[225] - que será analisado no próximo tópico de forma mais aprofundada - a efetividade está relacionada à concretização no mundo empírico da tutela jurisdicional deferida, enquanto a eficiência está associada ao custo-benefício dos meios empregados (tempo, custo econômico, formalidades) para se obter a tutela jurisdicional pleiteada.

O raciocínio que busca negar autonomia normativa ao princípio da eficiência processual sob a alegação de que o mesmo seria apenas um valor utilizado como artifício retórico pelos intérpretes para permitir violação de garantias constitucionais processuais históricas também não procede. É que como ensina Humberto Ávila[226] os princípios são aplicados sem pretensão de exclusividade ou decidibilidade, de modo que vários princípios podem ser aplicados ao mesmo tempo.

Importante registrar que esse pensamento se aplica à teoria circular reflexiva, pois tal modelo teórico parte do pressuposto de que o intérprete ao criar uma regra a partir de determinado princípio determinante leve em consideração eventuais princípios conflitantes, a fim de que haja a devida compatibilização. Assim, a incidência do princípio da eficiência não pode desconsiderar outros como o contraditório e a ampla defesa.

Como explica Antônio do Passo Cabral[227] nem sempre eficiência pressupõe a escolha que levará a maior rapidez na tramitação, sendo que em alguns casos celeridade significa ineficiência. Um exemplo é a denunciação à lide, intervenção de terceiro que a par de retardar

[225]COSTA, Eduardo José da Fonseca. As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 121, mar. 2005

[226] Quando há intermediação de outras normas (eficácia indireta), os princípios exercem as funções: (i) definitória, quando atuam em outros princípios mais amplos, de forma a especificar seu conteúdo; (ii) interpretativa, quando atuam em princípios de abrangência mais restrita, restringindo ou ampliando seu sentido; (iii) bloqueadora, quando atuam nas regras, afastando elementos inicialmente previstos mas que sejam incompatíveis com o estado ideal de coisas a ser alcançado pelo próprio princípio; e (iv) rearticuladora, quando os sobreprincípios, como o do Estado de Direito e o Devido Processo Legal, permitem o confronto dos vários elementos atinentes ao estado de coisas a ser buscado. Nesse último caso, os elementos passariam a ter uma interpretação diferente daquela sem a influência do sobreprincípio. (ÁVILA, 2013)

[227] CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 195.

a marcha processual da demanda originária poderá promover a eficiência processual ao resolver diversas demandas em um único processo.

Por sua vez, Robert Bedaque[228] afirma que uma vez observado o contraditório, adaptações do procedimento às necessidades do caso concreto atendem à ideia do processo promovido com eficiência, tal como regulado pela Constituição.

O argumento que trata o princípio da eficiência processual como apenas valor de inspiração ao legislador ou como mero artifício retórico ainda nega o dever de gestão processual do juiz e a responsabilidade das partes em contribuírem para a tramitação do processo de forma célere e eficaz, sem a necessidade de ficarem amarradas a modelos pré-concebidos demorados e altamente custosos para algumas situações, notadamente em alguns litígios que fogem do padrão comum. Esse dever foi reforçado com o modelo cooperativo de processo e com a possibilidade de celebração de negócios processuais atípicos pelo art. 191 do Código de Processo Civil.

Não se nega a dificuldade prática de realizar a concretização do princípio da eficiência em algumas hipóteses, vez que, como propõe Robert Alexy[229], o sopesamento de princípios exige um caminho lógico e argumentativo que possui elevado ônus argumentativo, muitas vezes negligenciado nas decisões. Esse aspecto, inclusive, levou teóricos, a exemplo de Friedrich Müller[230], a caracterizar o método da ponderação como uma forma de mascarar o subjetivismo do julgador e exercer o poder sob um falso rótulo de racionalidade e tecnicidade.

Todavia, a ausência de uma argumentação jurídica adequada por parte de alguns intérpretes ou a dificuldade na sua implementação não pode impedir que se reconheça a força normativa do princípio da eficiência instituído através de uma cláusula geral e nem funcionar como fator de desconsideração de sua força normativa.

Uma vez fixadas as premissas acima, é forçoso concluir que a eficiência processual consiste não apenas um valor desejado, mas uma norma jurídica da espécie princípio, e embora não ofereça critérios definitivos para a solução do caso (causalidade incompleta), serve para

[228] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 63.
[229] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 588-611.
[230] MULLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do direito*. Tradução Peter Naumann e Eurídes Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 268-274.

ampliar ou restringir o conteúdo das regras processuais oriundas de textos aprovados pelo Legislativo ou para permitir a construção de regras pelo Poder Judiciário na ausência de disciplinamento formulado pelo Legislativo sobre a controvérsia.

Importante referir o pensamento de Sandro Gilbert Martins[231] quando informa que a eficiência processual traz ínsita algumas exigências quanto à prestação da tutela jurisdicional: a) menor tempo possível; b) mínimo sacrifício econômico; c) livre de formalidades desnecessárias; d) forma cooperativa, segura e previsível; e) técnicas suficientes para atingir os resultados pragmáticos (negócios processuais atípicos, calendarização etc).

O conteúdo da eficiência processual está centrado, portanto, no modelo de processo gerencial e pretende garantir que a tutela jurisdicional ocorra transcorra sem dilações indevidas, custos desnecessários ou tempo excessivo, exigindo uma atuação de todos os participantes da relação processual.

Como afirma Bustamante [232], a utilização de um princípio merece ser analisada não como um modelo que leva a resultados previsíveis em todos os seus aspectos, mas como protótipo de racionalidade realizável, capaz de, ao menos, aumentar a previsibilidade do controle intersubjetivo do fundamento das decisões que expressam a preponderância de um princípio em detrimento do outro em dada situação.

3.2.1. Eficácia, efetividade e eficiência: distinções necessárias

Como bem esclarece Herbert Hart[233], os dispositivos normativos são transmitidos através da linguagem, por meio de termos empíricos dotados de textura aberta e indeterminação semântica, impossibilitando que as definições lá contidas sejam verificadas de forma conclusiva ou tenham significado unívoco em todas as hipóteses.

Entretanto, o fato de existirem termos com variadas possibilidades de significação não autoriza o jurista a escolher o sentido que mais lhe convier para aplicar em um caso concreto, em uma atitude eminentemente subjetiva. É preciso que sejam estabelecidos limites acerca do

[231] MARTINS, Sandro Gilbert. *Processo, procedimento e ato processual: o* plano da eficácia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 102-103.
[232] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do direito e decisão racional: temas da teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 301.
[233] HART, Herbert. *O conceito de direito*. Tradução Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 137-148.

grau de liberdade dado ao intérprete, a fim de que este não transforme o objeto interpretado naquilo que ele desejaria que fosse.

Nesse contexto, adverte Celso Antônio Bandeira de Mello[234] que o pior erro em que pode incidir um estudioso de qualquer ciência é o de desencontrar-se com o próprio objeto de estudo, é o de distrair-se daquilo sobre o qual seu espírito imaginava e pretendia estar focado, razão pela qual é imprescindível identificar um sentido técnico e individualizado da expressão eficiência processual.

O termo eficiência é polissêmico e é usualmente objeto de confusão terminológica com as expressões eficácia e efetividade, que algumas vezes são trocadas e outras vezes são tratadas como sinônimas, daí decorrendo grande prejuízo na solução de controvérsias.

Ensina Marcos Bernardes de Mello[235] que a eficácia é um dos três planos do fenômeno jurídico (existência, validade e eficácia) e consiste na aptidão da norma ou do fato jurídico para produzir efeitos, independente da sua efetiva produção. Trata-se de noção lógico-normativa e que não se importa com a realização de resultados.

Portanto, uma vez aprovada pelo Congresso, sancionada pelo Presidente da República e publicada no Diário Oficial, a lei está apta a produzir efeitos, trata-se de lei com eficácia, sendo irrelevante para a manutenção dessa condição a efetiva produção dos efeitos dessa lei. O mesmo ocorre com uma sentença prolatada por magistrado em processo judicial, que uma vez publicada está apta a produzir seus efeitos, sendo irrelevante o efetivo cumprimento da determinação judicial para que a mesma tenha eficácia, conforme determina o art. 494 do Código de Processo Civil.

Para Leonardo Carneiro da Cunha[236] a eficácia é uma noção própria do Estado-Liberal de Direito, que em virtude do racionalismo iluminista tinha grande preocupação em organizar as categorias jurídicas. Assim, na processualística a preocupação era a categorização analítica de institutos como ação, jurisdição e processo, com a precisa definição de seus elementos, características e formulação de conjecturas. Enfim, a preocupação era conferir aos institutos

[234] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço público e sua feição constitucional no Brasil. In: MODESTO, Paulo; MENDONÇA, Oscar (Coords.). *Direito do Estado. Novos Rumos*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p.14.
[235] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 2013.
[236] CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo:RT, 2014, v. 233, p. 67.

processuais uma noção científica que conferisse ao processo civil uma autonomia, sendo irrelevante a preocupação com o mundo empírico.

Por sua vez, explica Marcos Bernardes de Mello[237] que efetividade é a correspondência entre a previsão do comando normativo (mundo do direito) e o comportamento observado na realidade (mundo dos fatos. Portanto, uma norma será tanto mais efetiva quanto maior correspondência existir entre a sua determinação e o observado na realidade. Trata-se de conceito empírico-normativo, razão pela qual autores a denominam de eficácia social[238].

Com o advento do Estado Social de Direito passou a surgir uma maior preocupação não só com a existência e a categorização dos institutos processuais, mas também com a implementação das decisões judiciais que reconheciam o direito. Daí começa a ganhar relevância a noção de efetividade. Como leciona Leonardo Carneiro da Cunha[239], já não bastava analisar os institutos processuais de forma eminentemente cerebrina e intelectual, sendo imprescindível verificar se a norma jurídica oriunda das decisões judiciais conseguia realmente transformar a realidade a que ela se reportava.

Como bem menciona Eduardo Luiz Campos[240], o Código de Processo Civil de 2015 consolidou essa preocupação com a efetividade das decisões e trouxe diversos dispositivos nesse sentido, como o art. 139, IV, que deixa a cargo do magistrado a determinação das medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento da ordem judicial, inclusive ações que tenham por objeto prestação pecuniária.

Importante destacar uma distinção bastante relevante. A eficácia não detém a condição de norma jurídica, pois não impõe condutas a serem observadas ou vedadas (regra) e nem um ideal a ser perseguido (princípio), sendo apenas um dos três planos do fenômeno jurídico. Já a efetividade é um ideal a ser perseguido, e, portanto, qualifica-se como um princípio processual extraído de diversos dispositivos legais do Código de Processo Civil, como o referido art. 139, IV.

---

[237] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 46.
[238] PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. As normas constitucionais programáticas e a reserva do possível. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, ano 49, nº 193, jan/mar 2012, p. 07-30.
[239] CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo:RT, p. 2014, v. 233, p. 68.
[240] CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O Princípio da Eficiência no Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 73.

Partindo da premissa de que a efetividade é uma norma-princípio não se pode permitir que as decisões judiciais sejam implementadas a qualquer custo e sem levar em considerações outros princípios processuais e fatores externos. Um exemplo desse aspecto foi uma decisão do Superior Tribunal de Justiça[241] que proibiu a apreensão de passaporte como medida coercitiva fundada no art. 139, IV, do Código de Processo Civil para pagamento de prestação pecuniária determinada em ordem judicial.

No referido julgado foi consignado que a determinação de apreensão do passaporte de um devedor como forma de coagi-lo ao pagamento da dívida violou o direito constitucional de ir e vir e o princípio da legalidade, não podendo a efetividade ser implementada sem observância de outras garantias processuais e constitucionais.

Como bem sustenta Eduardo José da Fonseca Costa[242] a existência de instrumentos processuais que possibilitem conferir efetividade ás decisões judiciais não permite uma atuação simplista de aplicação de sanção dissociada dos demais princípios que compõe o ordenamento jurídico em função da complementariedade.

Com a consolidação do paradigma da efetividade e a instituição de mecanismos processuais que pudessem realizar no mundo dos fatos os efeitos pretendidos pela norma jurídica, a noção de modelo gerencial da Administração Pública ocupa a processualística, que passou a se preocupar não só com a efetiva entrega da prestação jurisdicional, mas também com uma prestação jurisdicional prestada com qualidade, que é aferível através de metas.

Nesse contexto, ensina Leonardo Carneiro da Cunha[243] que o sistema processual deixa de se preocupar apenas com a categorização de institutos (Estado Liberal de Processo) e com a realização no mundo dos fatos da norma produzida na decisão (Estado Social de Processo) para estruturar finalidades e evitar desperdício na prestação jurisdicional (Estado Democrático de Processo). E assim a eficiência processual emerge.

A eficiência processual, portanto, surge como representante do paradigma gerencial e exige que o processo não apenas entregue o bem tutelado e garantido judicialmente, mas que o

[241] BRASIL. STJ. RHC 97876/SP, Rel. Luis Felipe Salomão, DJe 09.08.2018.
[242] COSTA, Eduardo José da Fonseca. As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, mar. 2005, v. 121.
[243] CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo:RT, 2014, v. 233 p. 68.

faça da melhor forma possível, sem erros, dilações indevidas, custos desnecessários ou tempo excessivo.

Eduardo Luiz Campos[244] define a eficiência processual como um princípio que determina a necessidade de se promover uma gestão adequada e racional do procedimento, com adaptação às peculiaridades do caso, evitando-se dilações indevidas e a prática de erros ou deficiências consideráveis. Portanto, a eficiência é uma norma-princípio que exige não apenas uma prestação jurisdicional que entregue o bem pretendido (efetiva), mas que também seja feita de forma qualitativa dentro de um espectro temporal adequado (eficiente).

O ideal para o atingimento das finalidades do processo é que a prestação jurisdicional seja realizada de forma eficaz, efetiva e eficiente, ou seja, que a decisão seja apta a produzir efeitos, que o bem da vida pretendido e determinado na decisão seja entregue no mundo fático e que o trâmite processual transcorra sem dilações indevidas, custos desnecessários ou tempo excessivo. Todavia, é possível que haja processo efetivo sem ser eficiente (ex: cumprimento da ordem de desocupação em ação reintegração de posse vários anos após a decisão e com custo econômico elevado) e processo eficiente sem ser efetivo (ex; sentença condenatória de obrigação de fazer com trâmite processual expedito, sem produção de provas desnecessárias ou custos excessivos, mas que não logrou êxito em entregar o bem da vida pretendido porque foi utilizada uma medida coercitiva inútil ou inadequada).

Pode-se concluir, portanto, que eficácia, efetividade e eficiência são termos distintos e operam funções diversas no âmbito do direito. A eficácia é uma noção lógico-normativa, a efetividade uma noção empírico-normativa e a eficiência uma noção finalístico-normativa[245].

3.2.2. Funções do princípio da eficiência processual

Os princípios são normas jurídicas que se caracterizam pela multifuncionalidade, ou sejam, servem a diversos fins e podem ser utilizados em diferentes funções na solução de controvérsias jurídicas[246].

[244] CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O Princípio da Eficiência no Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 74.
[245] CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo:RT, 2014, v. 233, p. 67.
[246] BIANCO, D. dal. *Princípios constitucionais da previdência social*. São Paulo: LTr, 2011, p. 17.

Com base nos fundamentos já analisados da teoria circular reflexiva podemos aduzir que os princípios exercem três funções essenciais: a) interpretativa; b) bloqueadora; c) integrativa. A função interpretativa é utilizada para ampliar ou restringir o conteúdo de uma norma-regra extraída de determinado texto legislativo. A função bloqueadora serve para afastar determinada regra no caso concreto. A função integrativa serve para que na ausência de regra contida em textos legislativos, possa o intérprete através do princípio criar uma regra para a solução à controvérsia.

Humberto Ávila[247] também traz importante contribuição sobre as funções dos princípios, mas realiza uma sistematização a partir das denominadas eficácias principiológicas. Para ele os princípios têm eficácia interna (dentro do sistema normativo) e externa (sobre a compreensão de fatos e provas). A eficácia interna pode ser direta – em que o princípio atua para construir uma regra diante da ausência de regulação legislativa sobre determinado aspecto; ou indireta – em que o princípio atua sobre outras normas com intermediação ou interposição de outros princípios ou regras para cumprir: a) uma função definitória (delimitar e especificar o comando mais amplo de um sobreprincípio axiologicamente superior), ou b) uma função interpretativa (servem para delimitar ou direcionar o sentido de outras normas), ou c) uma função bloqueadora (porque afastam regras que sejam incompatíveis com o estado ideal de coisas a ser promovido).

Um exemplo que pode ser atribuído à função interpretativa do princípio da eficiência foi o julgamento pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça[248] acerca das hipóteses de cabimento do parágrafo único do art. 1.015 do Código de Processo Civil. É importante registrar que o julgado não tratou do rol do art. 1.015 do Código de Processo Civil, mas do seu parágrafo único.

No caso objeto de apreciação ,o Tribunal Regional Federal havia decidido que não cabe o recurso de Agravo de Instrumento contra despacho do juiz que determinou o envio dos autos ao contador judicial para elaboração de cálculos porque tal decisão se destina "ao andamento do processo" e sua viabilidade não está inserta no art. 1.015 do Código de Processo Civil. Inconformada, a parte recorreu ao Superior Tribunal de Justiça alegando que o parágrafo

[247] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 104-110.
[248] BRASIL. STJ, Segunda Turma, REsp nº1700305/PB, Rel. Ministro Herman Benhamin, j. 25/09/2018, DJe 27/11/2018.

único do art. 1014 do Código de Processo Civil prevê que caberá agravo de instrumento de toda e qualquer decisão proferida em processo de execução (CPC, art. 1.015, Parágrafo único. *Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário*).

A Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça ao julgar o recurso decidiu que "*para a otimização do Código de Processo Civil, deve o exegeta interpretar restritivamente o dispositivo legal no sentido de que o Agravo de Instrumento não pode ser utilizado como meio de impugnação de toda e qualquer decisão interlocutória proferida no Processo de Execução, porquanto tal liberdade iria de encontro à celeridade que se espera do trâmite processual. Ademais, se, a cada decisão proferida pelo juiz a quo, o Tribunal de revisão for instado a se manifestar imediatamente sobre o seu acerto ou desacerto, haverá drástica diminuição na efetividade do processo".*

Portanto, não obstante a interpretação literal indicasse que o agravo de instrumento pudesse ser utilizado em toda e qualquer decisão interlocutória proferida no Processo de Execução, em função da necessidade de evitar dilações indevidas, restringiu-se o âmbito de aplicação da norma através de uma interpretação restritiva provocada pelo princípio da eficiência. É importante registrar, ainda, que não obstante a ementa tenha feito referência à efetividade do processo, houve menção indiretamente à eficiência ao se mencionar a necessidade de que o processo não seja retardado com recursos desnecessários.

Por sua vez, um exemplo que pode ser atribuído à função bloqueadora do princípio da eficiência é relacionado à necessidade de designação de audiência de conciliação obrigatória nos casos em que ambas as partes não manifestarem desinteresse, tal como preconiza o art. 334 do Código de Processo Civil.

Imagine a situação formulada por Marco Antônio Rodrigues[249] em que existe um litisconsórcio passivo unitário e que um dos réus é pessoa jurídica de direito público vedada de transigir na matéria objeto da controvérsia. De acordo com o art. 334, parágrafo 6º, do Código de Processo Civil, nos casos de litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve

[249] RODRIGUES, Marco Antonio. *A Fazenda Pública no Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 385.

ser manifestado por todos os litisconsortes. Caso contrário a audiência de conciliação ou mediação ocorrerá necessariamente.

Todavia, caso a pessoa jurídica de direito público não possa conciliar, a audiência será necessariamente infrutífera, ocasionará dilação indevida do processo pela demora na abertura do prazo da contestação e ainda ocasionará indevido custo econômico às partes pela necessidade de deslocamento ao fórum e à Justiça pela utilização da estrutura e dos servidores para ato inútil. Portanto, nos casos de litisconsórcio unitário, basta que uma das partes não possa autocompor para que a audiência seja cancelada e a regra do art. art. 334, parágrafo 6º, do Código de Processo Civil seja bloqueada em função do princípio da eficiência.

Por fim, Fredie Didier[250] fornece dois bons exemplos relacionados à função integrativa do princípio da eficiência, que ocorre quando princípio atua para construir uma regra diante da ausência de regulação legislativa ou regulação deficiente sobre o tema objeto da controvérsia em análise.

O primeiro exemplo está relacionado à possibilidade de o magistrado criar uma "conexão probatória" temporária entre processos, ainda que não haja conexão entre eles, conforme exige o art. 55 do Código de Processo Civil, para evitar o custo econômico dobrado.

O segundo exemplo poderia ser a criação de uma nova hipótese de improcedência liminar do pedido fora do rol previsto no art. 332 do Código de Processo Civil. Imagine o caso de uma ação ajuizada por um cidadão em face da União pleiteando que o ente público seja compelido todo ano a pagar uma viagem de férias para a Europa para ele e sua família em virtude do direito constitucional ao lazer previsto no art. 6º da Constituição Federal; ou ainda o pedido de usucapião de um bem público reconhecido pelo autor na própria Petição Inicial. Não obstante essas hipóteses não estejam no rol do art. 332, o prosseguimento dessas demandas manifestamente improcedentes iria gerar custos com citações, intimações, e tempo de servidores públicos sem justificativa plausível, enquanto outras hipóteses bem menos evidentes estariam amparadas pela regra do art. 332.

[250] DIDIER, Fredie. Apontamentos para a concretização do princípio da eficiência do processo. In: DIDIER, Fredie et al (Orgs.). Novas Tendências do Processo Civil – estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil.. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 1, p. 433-439.

Outro exemplo que merece ser referido é a possibilidade de adequação do procedimento previamente estabelecido na legislação processual civil ao caso concreto, levando em conta, sobretudo, eventual incompatibilidade entre as regras processuais e o direito material tutelado em juízo.

Márcia Zollinger[251] afirma que a flexibilização do rito não apenas permite a observância das garantias processuais fundamentais, como também proporciona a efetividade e a eficiência dos meios (procedimento) e dos fins (tutela jurisdicional). De fato, como bem observa a citada autora, o magistrado em função do princípio da eficiência poderá averiguar se no caso concreto o rito estabelecido é suficiente às necessidades do direito material e, em constatando a insuficiência, deve conformar o procedimento ao direito material. É que a proteção insuficiente do direito impõe ao Judiciário a observância do direito fundamental da tutela jurisdicional adequada e efetiva, mediante a interpretação e a integração.

Não se busca a utilização do princípio da eficiência para a abolição da forma e dos ritos previamente estabelecidos, visto que ela é necessária para a ordem e previsibilidade. O objetivo é evitar o formalismo exacerbado que impede a flexibilização do procedimento e qualquer circunstância. Afinal, levando em conta a existência de um número limitado de procedimentos e o gradativo aumento de litígios sobre temas inusitados e complexos, muitas vezes os procedimentos tipificados tornam-se obsoletos e ineficazes em razão da inaptidão em atender ao direto material, sendo necessária a quebra da rigidez para adequação à realidade fática do litígio.

Essa possibilidade de quebra da rigidez legal do procedimento ficou ainda mais evidente com a previsão expressa sobre o tema da cláusula geral dos negócios processuais prevista no art. 190 do Código de Processo Civil, abrindo-se espaço para amplo diálogo e consenso, de maneira a possibilitar que o processo seja adequado e adaptado às exigências do direito litigioso, fato que permite concluir que a adequação pretendida garantirá maior legitimidade e eficiência à prestação jurisdicional.

Importante ressaltar que a utilização das funções bloqueadora e integrativa do princípio da eficiência exigem que o magistrado confira às partes o direito de se manifestarem sobre a possibilidade de sua utilização e apresentarem suas razões, evitando a decisão surpresa,

[251] ZOLLINGER, Marcia. *Proteção Processual aos Direitos Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 172.

tal como exige o art. 10 do Código de Processo Civil. Ademais, o exercício dessas funções demanda elevado ônus argumentativo para o julgador, que deverá explicitar as razões de sua utilização no caso concreto e a ausência de violação à outros dispositivos processuais.

Partindo das premissas e dos exemplos fornecidos é possível concluir que o princípio da eficiência poderá exercer as mais diversas funções para que o trâmite processual transcorra sem dilações indevidas, custos desnecessários e tempo excessivo, ou seja, de forma eficiente. Todavia, como adverte Marcelo Neves[252], é preciso evitar o perigo da hipertrofia da leitura das possibilidades do respectivo princípio em detrimento de outras, vez que os juízes e tribunais têm o dever de reagir aos perigos da desdiferenciação, que pode ser conceituada como uma leitura principiológica que sempre dá prevalência a uma determinada tendência (economicismo, eficientismo, garantismo etc).

3.2.3. Modelo cooperativo de processo e gestão compartilhada da eficiência

Os sistemas jurídicos na civilização ocidental apresentam dois modelos processuais clássicos[253]: a) dispositivo ou adversarial; b) inquisitivo ou inquisitorial.

Sem pretensões de maiores detalhamentos sobre cada um desses modelos, podemos afirmar, em linhas gerais, que o modelo adversarial de processo é comum em países que seguem a tradição da common Law e é caracterizado pela disputa entre as partes diante de um magistrado relativamente passivo, que assume caráter secundário durante toda a tramitação do processo, sem possibilidade de requerer produção probatória, que fica totalmente reservada às partes. Ademais, o juiz não pode adotar na fundamentação da decisão argumento jurídico que não tenha sido colocado previamente por uma das partes e previamente debatido entre elas. A função do magistrado é de apenas decidir no fim do processo.

O modelo inquisitorial, por sua vez, é mais comum nos países que seguem a tradição do civil law e é caracterizado pelo protagonismo do juiz durante toda a tramitação do processo, assumindo as partes caráter secundário durante toda a relação processual. Dessa forma, uma vez rompida a inércia da jurisdição, o processo passa a se desenvolver por impulso oficial do juiz, que pode determinar, de ofício, a produção de provas e adotar na fundamentação da decisão

[252] NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 165.
[253] DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, n. 198, ago. 2011, v. 36, p. 213-225.

argumentos que não tenha sido colocados ou debatidos previamente entre as partes. O contraditório é visto como mera bilateralidade, simples possibilidade de participação no processo.

A partir da análise das principais características de cada um dos modelos é possível verificar que existe uma preponderância exagerada de um dos sujeitos (partes ou juízes) na condução do procedimento, sem estímulo ao diálogo, com o protagonismo se revelando em razão dos seguintes aspectos: 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. Ademais, nesses dois modelos não se valoriza o diálogo entre os sujeitos.

A existência no plano teórico dos dois modelos processuais clássicos não é empecilho para que o sistema jurídico de cada país adote o modelo adversarial em relação a certo aspecto e o modelo inquisitorial no tocante a outro ponto. Nesse sentido Fredie Didier Jr.[254] sustenta que o direito processual civil brasileiro durante a vigência do Código de processo Civil de 1973 adotava um modelo misto, em que a instauração do processo e a fixação do objeto litigioso eram atribuições da parte (arts. 128, 263 e 460, CPC/1973), mas era permitido que o magistrado determinasse a produção probatória de ofício e utilizasse argumentos de fato e direito na decisão independentemente de manifestação das partes, desde que a matéria fosse de ordem pública (arts. 130 e 267 §3º, CPC/1973).

A adoção de parte de ambos modelos processuais dentro de um mesmo sistema jurídico era fator de desestabilização e permanente fonte de dissenso na forma de pensar o processo civil, sem qualquer estímulo ao diálogo entre os sujeitos processuais na condução do processo, algo contrário ao próprio ideal de exercício democrático do poder. Era preciso que a condução do processo deixasse de ser determinada exclusivamente pela vontade das partes, mas ao mesmo tempo, não houvesse uma condução inquisitorial pelo juiz. Enfim, havia a necessidade de construção de um modelo que buscasse o equilíbrio no protagonismo entre o magistrado e as partes.

[254] DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo, São Paulo*, v. 36, n. 198, ago. 2011, v. 36, p. 213-225.

Nesse contexto, [255] explica Daniel Mitidiero que há o surgimento do modelo cooperativo de processo como superação histórica dos dois modelos clássicos, a partir da necessidade de um diálogo no processo entre autor, juiz e réu em colaboração, com viés problemático e argumentativo, com efetiva participação, para obtenção da melhor solução jurídica possível.

Conforme Lúcio Grassi de Gouveia[256], a cooperação processual tem suas bases na Alemanha. Esse modelo cooperativo se espalhou, prescrevendo Elias Medeiros Neto e Pedro Machado[257] que há previsão legislativa desse modelo no processo civil português desde a redação do art. 266º, 1, do Código Lusitano de 1961. Ademais, ressaltam que esse modelo foi mantido e reforçado no atual Código de Proceso Civil de Portugal, ao preceituar no seu art. 7º, 1, 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.

Leciona Dierle Nunes[258] que o modelo cooperativo de processo se estrutura a partir da união da boa-fé processual e do contraditório, resultando um conjunto de esforços depreendidos entre todos os sujeitos do processo na sua condução, que formam uma "comunidade de trabalho" regida pelo diálogo e o consenso. Em sentido semelhante, Francisco Antônio de Barros e Silva Neto[259] afirma que a probidade processual se insere no contexto da cooperação processual, envolvendo todos os participantes do processo.

Pode-se concluir, portanto, que esse modelo de processo formado a partir de uma "comunidade de trabalho" vai conferir uma nova dimensão ao papel do juiz e das partes na condução do processo. O magistrado do processo cooperativo passa a ser isonômico na sua condução e assimétrico apenas quando impõe suas decisões. Desempenha duplo papel: é paritário no diálogo e assimétrico na decisão.

---

[255] MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de processo*, São Paulo, n. 194, abr. 2011, v. 36, p. 55-65

[256] GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. In: DIDIER, Júnior, Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 201.

[257] MEDEIROS NETO, Elias Marques; MACHADO, Pedro Antônio de Oliveira. Princípio da cooperação no Processo Civil. *Revista Thesis Juris*, São Paulo, n. 1, jan-abr 2016, v. 5, p. 163-191.

[258] NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 215.

[259] SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros e. *Improbidade Processual da Administração Pública e sua Responsabilidade Objetiva pelo Dano Processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 30.

Portanto, como bem pontuado por Daniel Mitidiero[260], a paridade na condução pelo juiz está em que, embora dirija processo atuando ativamente, fará de maneira dialogal, colhendo a impressão das partes a respeito dos seus rumos e da decisão final, possibilitando a influência dessas na formação de suas possíveis decisões e repelindo a frustração de comportamentos legitimamente esperados.

Essa nova perspectiva do papel dos sujeitos processuais provoca uma releitura do entendimento que deve ser realizado no tocante ao princípio do contraditório. Nesse sentido pontua Antônio do Passo Cabral[261] que o contraditório deixa de ser apenas o imperativo da necessidade de bilateralidade de audiência (intimação e possibilidade de reação), em que as partes eram consideradas mero objeto da decisão ou absorvente mudo do pronunciamento judicial, e passam a ter o direito de influir no resultado das decisões judiciais e de ter todos seus argumentos analisados de forma fundamentada.

O funcionamento de modelo processo cooperativo traz consigo, ainda, a permanente atuação dos sujeitos processuais baseada na boa fé objetiva e impõe a necessidade da observância de certos deveres[262]: esclarecimento, prevenção, auxílio e diálogo.

O dever de esclarecimento traduz-se no intuito de excluir o máximo possível eventuais dúvidas existentes no tramite da demanda, no tocante às formulações das partes, evitando-se equívocos por parte do julgador, através do diálogo entre os sujeitos a fim de garantir uma decisão de mérito justa e adequada ao caso. Ainda, o dever de esclarecimento abrange as partes no sentido de que suas pretensões devem ser claras e coerentes.

Já o dever de prevenção, figura-se na ideia de que cabe ao magistrado como gestor principal da atividade processual, alertar as partes dos riscos inerentes a vícios do processo. Isso significa, por exemplo, a vedação de extinção do feito pelo juiz sem a possibilidade de prévia emenda e correção dos vícios pela parte, ainda que a matéria seja cognoscível de ofício. No dever de prevenção, cabe às partes agirem de acordo com a boa-fé processual, evitando causar danos, frustrações e prejuízos uma à outra.

---

[260] MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 63-100.
[261] CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade facie dos atos processuais*. Rio de janeiro: Forense, 2009, p. 117-119.
[262] SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o Novo Processo Civil.* 2. ed.. Lisboa: Lex, 1997, p. 65-67

No que se refere ao dever de auxílio, trata-se simplesmente no dever que o magistrado tem de ajudar as partes a superar alguns obstáculos no processo que estejam fora da sua alçada ou seja de difícil realização, seja na fase postulatória, seja na fase probatória, seja na fase executória. Um bom exemplo é a impossibilidade de o autor localizar o endereço do réu mesmo tendo demonstrado que realizou diversas tentativas de localização através dos meios à sua disposição, surgindo daí o dever do Poder Judiciário utilizar bancos de dados restrito com essa finalidade.

Em face do dever de diálogo, além da vedação à decisão-surpresa, é essencial que o pronunciamento jurisdicional contenha uma apreciação completa das razões levantadas pelas partes para solução da controvérsia (arts. 10 e 489, § 1.º, IV, CPC).

Uma vez fixadas as premissas acima, é forçoso concluir que o princípio da eficiência processual contido no art. 8º do Código de Processo Civil é norma direcionada não apenas aos magistrados como também aos demais sujeitos processuais, inseridos em uma comunidade de trabalho, proporcionando um processo com menores custos, sem dilações de tempo indevidas e sem erros que ensejem repetição de atos.

Existem muitos deveres de gestão processual atribuídos ao juiz no Código de Processo Civil no sentido de que o mesmo deverá promover a eficiência processual, corolário do seu dever de realizar o impulso oficial do processo. Nesse sentido são pertinentes os exemplos trazidos por Eduardo Luiz Campos[263]: a) dever de alterar a ordem de produção dos meios de prova e dilatar prazos processuais quando adequado à promoção da tutela do direito (art. 139, VI, CPC); b) dever de agir em cooperação com outros juízes para tornar a prestação jurisdicional mais eficiente (arts. 67 a 69, CPC); c) adotar preferencialmente a ordem cronológica de conclusão como meio de gestão de julgamento (art. 12, CPC).

Leonardo Valverde dos Santos[264] elenca cinco métodos de gestão do processo que precisam ser implementados pelos magistrados para se alcançar a eficiência processual: a) direção; b) impulsão; c) sanação; d) agilização; e) simplificação.

A direção está relacionada com o dever gerencial, que retira do juiz o exclusivismo na prática dos estatais e impõe delegação de atos ordinatórios (art. 93, XIV, CF/88), a coordenação

[263] CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O Princípio da Eficiência no Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 111.
[264] SANTOS, Leonardo Valverde dos. *Gestão Material do Processo do Trabalho*. Curitiba: Juruá, 2017, p. 84-93

da equipe de trabalho (assessores e demais servidores), a incorporação de boas práticas de outros magistrados e inúmeras outras possibilidades.

A impulsão caracteriza-se pelo dever de o magistrado promover medidas necessárias ou de indeferir medidas impertinentes e protelatórias, como produção de prova de fatos notórios ou de realização de perícias que podem ser provadas por outro tipo de prova menos complexa. A atuação do juiz deve ocorrer de preferência na primeira oportunidade em que os requerimentos tenham sido formulados, evitando dilações indevidas.

A sanação está relacionada ao dever de o magistrado indicar às partes quais vícios supostamente estão presentes no processo para que a parte possa corrigi-los.

A agilização e a simplificação estão associadas ao emprego de mecanismos que permitam diminuir o tempo de tramitação do processo e ao mesmo tempo viabilizem uma tramitação sem formalidades desnecessárias. Nesse aspecto encontra-se o dever de conferência prévia da regularidade das audiências designadas, a fim de as mesmas não serem adiadas por ausência de intimação de todos os interessados; a concentração de várias determinações em um mesmo despacho, evitando sucessivas conclusões desnecessárias; adoção de intimações automáticas programadas nos processos eletrônicos, enfim, diversas medidas que possam evitar o "tempo morto" do processo[265].

O princípio da eficiência também é diretamente relacionado aos Tribunais no tocante à formação dos precedentes e dever de gestão processual de casos repetitivos, uma vez que a instituição de precedentes com força vinculante racionaliza a atividade jurisdicional, reduz as responsabilidades do julgador e torna o seu trabalho mais célere. Importante destacar o posicionamento de Leonardo Carneiro Cunha[266] que defende existir no Código de Processo Civil um microssistema de julgamento de casos repetitivos, com diversas regras destinadas tanto a decidir como a gerir os casos repetitivos.

Entre os mecanismos de gestão eficiente dos precedentes previstos no Código de Processo Civil que constituem poderes-deveres dos Tribunais podemos listar: a) reconhecimento de conexão por afinidade e suspensão dos processos em que a questão debatida

[265] O tempo morto é aquele em que o processo judiciário está em andamento, mas sem estar correndo prazo para a prática dos atos processuais, ou seja, o processo está na mão dos servidores judiciais para que esse volte novamente a ser movimentado pelas partes ou terceiros.
[266] CUNHA, Leonardo Carneiro. *A Fazenda Pública em Juízo*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 212.

se repete (art. 982, I, CPC; b) comunicação ao órgão ente ou agência reguladora do julgamento de questão relacionada à prestação de serviço objeto de concessão, permissão ou autorização, a fim de evitar novas demandas judiciais (art. 985, § 2º, CPC); c) convocação de *amicus curiae* e audiências públicas.

Como já analisado, o modelo cooperativo de processo retirou o protagonismo dos magistrados na condução dos processos, permitindo que as partes também tenham papel relevante na gestão processual e possam promover a eficiência processual. Uma das grandes possibilidades ofertadas pelo Código de Processo Civil é a possibilidade de realização de negócios processuais típicos e atípicos, notadamente as convenções processuais, como por exemplo a prática de atos processuais em relação a determinado Estado da Federação por procuradores do Estado de outra unidade (art. 75, §4º, CPC) e aqueles relacionados à flexibilização do procedimento (art. 190 CPC).

Os negócios processuais típicos já existiam durante a vigência da legislação antecedente, mas não havia uma cláusula geral de negociação processual que desse tamanho espaço para as partes a ponto de possibilitar que as mesmas pudessem construir o próprio procedimento, conforme comenta Pedro Henrique Nogueira[267].

Ademais, no atual modelo processual a regra é a dispensa da necessidade de homologação judicial do negócio processual para que o mesmo comece a produzir efeitos(art. 200 CPC), sendo possível listar uma infinidade de possibilidades: a) acordo de ampliação ou redução de prazos, b) acordo para superação de preclusão, c) acordo de substituição de bem penhorado, d) acordo de rateio de despesas processuais, e) dispensa consensual de assistente técnico, f) acordo para retirar o efeito suspensivo da apelação, g) acordo para não promover execução provisória etc.

Além da possibilidade da gestão do processo pelas próprias partes, o Código de Processo Civil instituiu mecanismo que estimulam o magistrado e as partes a agirem de forma conjunta na prática de atos de gestão eficiente do processo, a denominada gestão compartilhada do processo. Como exemplos desses instrumentos podemos citar a calendarização do procedimento (art. 191, CPC) e o saneamento compartilhado em audiência (art. 357, §3º, CPC).

[267] NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 225.

Ensina Eduardo José da Fonseca Costa[268] que a calendarização é um negócio jurídico processual firmado necessariamente pelas parte e pelo juiz em que são fixadas previamente as datas em que serão realizados os atos processuais e definidos aspectos do cumprimento dos referidos atos. Trata-se de medida que promove a eficiência de forma bastante satisfativa, vez que reduz a possibilidade de perda de prazo processual pelas partes, reduz o trabalho da secretaria da vara pela desnecessidade de sucessivas conclusões e intimações ("tempo morto" do processo), bem como permite que sejam realizados ajustes no procedimento e na forma de cumprimento dos atos.

A calendarização através de convenção processual não é uma novidade do direito brasileiro, sendo a criação de cronograma prévio entre as partes e o juiz medida que possui previsão em diversos outros países como a França (art. 764 do Code de Procédure Civile):

> **Article 764 En savoir plus sur cet article...**
> **Modifié par Décret n°2017-892 du 6 mai 2017 - art. 19**
>
> *Le juge de la mise en état fixe, au fur et à mesure, les délais nécessaires à l'instruction de l'affaire, eu égard à la nature, à l'urgence et à la complexité de celle-ci, et après avoir provoqué l'avis des avocats.*
> *Il peut accorder des prorogations de délai.*
> *Il peut, après avoir recueilli l'avis des avocats, fixer un calendrier de la mise en état. Le calendrier comporte le nombre prévisible et la date des échanges de conclusions, la date de la clôture, celle des débats et, par dérogation aux premier et deuxième alinéas de l'article 450, celle du prononcé de la décision.*
> *Les délais fixés dans le calendrier de la mise en état ne peuvent être prorogés qu'en cas de cause grave et dûment justifiée.*
> *Le juge peut également renvoyer l'affaire à une conférence ultérieure en vue de faciliter le règlement du litige*[269].

Evidente que a mera previsão da calendarização no Código de Processo Civil, por si só, não será capaz de promover a eficiência, sendo necessária a difusão do instituto pelas escolas da magistratura, pelo Conselho Nacional de Justiça e pela Ordem dos Advogados do Brasil para que os advogados e os magistrados verifiquem os benefícios de sua utilização. Afinal, a participação de todos os sujeitos processuais no estabelecimento do cronograma processual é

[268] COSTA, Eduardo José da Fonseca. Calendarização Processual. In: Fredie Didier Jr. (Coord. Geral). Antônio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira (Coords.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Negócios processuais. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 353-369.

[269] Tradução livre: "O juiz do julgamento determinará, como e quando necessário, o tempo necessário para a investigação do caso, tendo em conta a natureza, urgência e complexidade do caso, e depois de ter provocado a opinião dos advogados. Ele pode conceder extensões de tempo. Ele pode, após obter o aconselhamento dos advogados, fixar um cronograma da preparação. O calendário deve incluir o número previsível e a data da troca de observações, a data do encerramento, a data dos debates e, em derrogação do primeiro e segundo parágrafos do artigo 450, a data de entrega da decisão. Os prazos estabelecidos no cronograma pré-julgamento só podem ser prorrogados no caso de um caso sério e devidamente justificado. O juiz também pode encaminhar o caso para uma conferência subsequente para facilitar a resolução da disputa".

fato de estímulo ao cumprimento do que está ali acordado e evita discussões e recursos das medidas ali adotadas, vez que vinculará todos os envolvidos (art. 191, §1º, CPC), podendo eventual impugnação posterior ser entendida como *venire contra factum proprium*.

Outro mecanismo de atuação conjunta das partes e do juiz na promoção da eficiência é o denominado saneamento compartilhado em audiência, conforme previsão no art. 357, § 3º, do Código de Processo Civil.

Não havia previsão da audiência de saneamento compartilhada no Código de Processo Civil de 1973. Todavia, havia doutrina, a exemplo de Paulo Hoffman[270],que não só admitia como recomendava sua realização em determinados tipos de causa, tendo em vista os eventuais benefícios da medida, que permitia a diminuição da divergência entre as partes no tocante às questões prejudiciais de mérito e às questões probatórias, com a consequente diminuição no número de recursos contra as decisões consensualmente ali tomadas.

Segundo Fredie Didier Jr.[271] o saneamento compartilhado é um negócio jurídico processual plurilateral em que as partes e o juiz solucionam as questões processuais pendentes prejudiciais ao julgamento do mérito, delimitam as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios e os respectivos ônus, bem como delimitam consensualmente as questões jurídicas que reputam fundamentais para a solução do mérito.

Realizando-se o saneamento, nos termos do que dispõe o § 1º, do art. 357 do Código de Processo Civil, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de 05 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável. Ademais, tendo em vista a sua condição de negócio jurídico plurilateral também não seria possível ao magistrado extrapolar as questões de direito ou aspectos da matéria probatória definida por ocasião da audiência compartilhada, vez que configuraria decisão surpresa.

Observa-se, portanto, que o modelo cooperativo de processo adotado no Código de Processo Civil através de diversos dispositivos normativos estimula a prática de atos destinados a promover a eficiência pelos magistrados, pelas partes e também uma gestão compartilhada entre os seus sujeitos processuais.

[270] HOFFMAN, Paulo. *Saneamento Compartilhado*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 141-142.
[271] DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil I*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 694.

A possibilidade de celebração de negócios jurídicos atípicos pelas partes em matéria processual é o reconhecimento de um espaço de participação democrática, dentro dos propósitos da cooperação, sem que se retire a autonomia da ciência do direito processual e o caráter publicístico do processo jurisdicional[272].

É evidente que o regime predominante de direito público do processo não permite que o conceito de eficiência aplicável à administração seja inteiramente transposto através de instrumentos como as convenções processuais, vez que existem limites como a indelegabilidade da jurisdição, o juiz natural, o contraditório etc. Todavia, é dever de todos os sujeitos processuais promoverem medidas que compatibilizem o princípio da eficiência com os demais princípios processuais para que a resolução dos conflitos ocorra de forma adequada, sem dilações temporais indevidas e com o menor custo econômico possível.

Importante aduzir, ainda, que o descumprimento do dever de gestão eficiente do processo pelo juiz e pelas partes constitui ilícito processual passível de sanções[273] com caráter indenizativo (geração do dever de indenizar a quem sofreu dano), caducificante (perda, ainda que temporária de um direito) ou invalidante (anulação do ato ensejando a repetição do mesmo). Essas sanções podem estar previstas diretamente nas convenções processuais, em alguns dispositivos do Código de Processo Civil ou serem construídas pelos juízes e Tribunais na resolução de controvérsias envolvendo o princípio da eficiência.

Um exemplo de sanção de caráter indenizativo passível de ser prevista em convenção processual é o dever de uma das partes arcar inteiramente com os custos da perícia judicial caso não entregue toda a documentação exigida pelo perito para a realização da prova técnica, sem possibilidade de ressarcimento ao final da demanda. Seria uma forma de punir aquela parte que gerou dilação temporal indevida da marcha processual. Por sua vez, pode ser mencionado como exemplo de sanção caducificante expressamente prevista na legislação e dirigida ao juiz ineficiente o dispositivo do art. 235, §3º, do Código de Processo Civil, que retira a competência do juiz que exceder injustificadamente os prazos legal em determinado processo. Por fim, podemos citar como sanção invalidante a declaração de nulidade pelo Tribunal de decisão proferida por juiz que não observou as mudanças no procedimento feita pelas partes em

[272] NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 224.
[273] CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O Princípio da Eficiência no Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 113.

processo sobre direitos que admitiam composição (art. 190), e com isso, frustrou expectativa legítima das mesmas em resolver a questão de forma adequada.

Portanto, no modelo processual cooperativo adotado pelo Código de Processo Civil as partes também podem e devem atuar na gestão processual, não mais existindo aquele protagonismo judicial, em uma nítida divisão de responsabilidade de todos os sujeitos processuais na realização do dever de promover um processo eficiente.

3.2.4. Interação com princípios da razoável duração processual e da economicidade

Os princípios da razoável duração do processo e da economicidade são comumente associados ao princípio da eficiência e até mesmo tomados como expressões sinônimas. Todavia, eventual conexão entre esses princípios não pode retirar a individualidade e nem o âmbito normativo próprio de cada um deles, sendo necessário explicitar através de argumentos consistentes essa diferenciação.

É que conforme ensina Claus Canaris[274]os princípios não tem pretensão de exclusividade e tanto podem entrar em oposição como podem depender da associação com outros subprincípios de conteúdo material próprio para uma concretização adequada.

Esses aspectos retratados por Claus Canaris também estão em conformidade com a teoria circular reflexiva[275], vez que a mesma pressupõe que os diversos princípios que atuam na resolução de um caso funcionam como filtro jurídico estruturador da construção das regras que irão realizar o fechamento operacional do sistema jurídico.

Portanto, os princípios convivem e se relacionam, mesmo que eventualmente concorrentes, restringindo-se e se complementando. Apenas o contexto que ensejará sua concretização é que poderá definir de forma satisfatória a função que cada princípio concorrente ou convergente aplicável exprimirá para alcançar a melhor solução possível.

Essas premissas são fundamentais para compreendemos que a celeridade e a redução dos custos, corolários da razoável duração do processo e da economicidade, são importantes

[274] CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p.88
[275] NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais***.** São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 97-98.

componentes do princípio da eficiência processual, mas não elementos essenciais e exclusivos do mesmo.

O princípio da razoável duração do processo foi inserido no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, através da Emenda Constitucional nº 45/2004. Porém, este princípio já estava incorporado no ordenamento jurídico nacional através da Convenção Americana dos Direitos Humanos, também conhecida como Pacto São José da Costa Rica de 1992.

Um aspecto que merece atenção é a vagueza da expressão "razoável duração do processo", razão pela qual é imprescindível que sejam estabelecidos parâmetros para que o intérprete possa aferir a observância ou a violação desse princípio constitucional, sob pena de o mesmo ficar destituído de qualquer praticidade.

Alguns autores, como Alessandra Spalding[276], sustentam que a identificação do tempo razoável de tramitação de um processo deve ser feito a partir do somatório dos prazos legais previstos no Código de Processo Civil para cada ato do procedimento, contados desde o ajuizamento da petição Inicial até o trânsito em julgado. Se não houver previsão legal expressa do prazo em relação ao cumprimento de determinado ato, deverá ser computado 05 (cinco) em relação ao mesmo (CPC/1973, art. 185; CPC/2015 art. 218, §3º).

Esse entendimento recebe críticas de doutrinadores como Frederico Koehler[277], para quem a razoável duração do processo não deve levar em conta o tempo de cada ato processual praticado de forma isolada e sem atentar para as peculiaridades do processo, mas o tempo total da tramitação processual e todos os aspectos relevantes que eventualmente tenham contribuído para uma demora injustificada.

De fato, entendemos que o prazo razoável de duração do processo não pode ser aferido a partir da simples correlação de dias previstos e efetivamente realizados, sem uma maior análise de questões como a complexidade da demanda, a necessidade de uma prova eventualmente complexa, a postura dos advogados e tantos outros fatores que não podem ser elencados aprioristicamente. É que tal parâmetro, ainda que tenha a boa intenção de alcançar

[276] SPALDING, Alessandra. Direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVIII do art. 5º da CF inserido pela EC 45/2004. In: Wambier, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC 45/2004*. São Paulo: RT, 2005, p. 37-38.
[277] KOEHLER, Frederico. *A razoável duração do processo*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 47-51.

objetividade, desconsidera a individualidade de cada processo e o trata como um produto passível de produção em escala, que deve ser produzido em dado tempo e a qualquer custo.

Essa a razão pela qual autores, como Aury Lopes Jr.[278], sustentam que o direito brasileiro deve adotar a "doutrina do não prazo", em que se refuta a violação da razoável duração do processo em função de semanas, meses ou anos, e exige que a aferição do cumprimento ou não desse princípio só pode ser estabelecido em processo posterior (*ex post iudicium*), de conformidade com uma combinação de critérios que permitirão deduzir a razoabilidade ou não da duração do processo em seu conjunto.

É evidente que em alguns casos a violação da razoável duração do processo é tão evidente que não é preciso maiores esforços argumentativos para reconhecer a patente afronta ao referido princípio constitucional. Como exemplo podemos citar recente julgamento do Superior Tribunal de Justiça[279], em acórdão relatado pelo Ministro Og Fernandes, ocasião em que a Corte da Cidadania decidiu que a demora de dois anos e seis meses para se proferir um mero despacho citatório do devedor, em processo de execução, viola a garantia constitucional da duração razoável do processo e enseja indenização para a parte que sofreu os efeitos de demora injustificada, não devendo ser tolerada por nosso sistema processual.

Importante registrar, ainda, que nesse julgado o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que a demora foi tão excessiva que nem mesmo a comprovada insuficiência dos recursos humanos disponíveis e o imenso volume de trabalho poderiam impedir a condenação do Estado ao pagamento da indenização, dada a responsabilidade objetiva, embora fossem justificativas para isentar os juízes e os servidores da responsabilização pessoal pelo atraso, em virtude da ausência de dolo ou de culpa por parte deles.

Todavia, se em alguns casos, como o julgado do Superior Tribunal de Justiça ora citado, é relativamente simples aferir a violação à razoável duração do processo, em outras hipóteses a questão não é tão trivial, impondo-se a fixação de parâmetros para que possa ser realizada a contento e de forma racional a infringência à celeridade processual.

[278] LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 305.
[279] BRASIL. STJ, Segunda Turma, REsp nº 1383776/AM, Rel. Min. Og Fernandes, j. 06.09.2018.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos – TEDH[280] ao longo dos anos estabeleceu alguns parâmetros para a aferição de eventual violação da razoável duração do processo: a) complexidade do caso; b) comportamento dos litigantes e de seus procuradores, que obviamente não poderão se beneficiar de sua própria demora; c) a conduta das autoridades e do serviço do Poder Judiciário como um todo (Ministério Público, juízes, servidores etc.).

Importante tecer algumas considerações em relação a cada um desses critérios, tomando por base algumas observações formuladas por Danielle Annoni[281].

Em relação ao primeiro critério estabelecido, tanto os aspectos legais como as circunstâncias fáticas do caso são levadas em consideração, razão pela poderá haver condenação tanto por eventual problema existente na estrutura organizacional do órgão a que se atribui o dever de julgamento, ou "culpa do agente jurisdicional em dizer o direito", do tempo efetivamente necessário para solução da lide.

Quanto ao segundo critério, a atuação dos litigantes também deve ser considerada pois não se pode imputar ao Estado responsabilidade pela demora para a qual não concorreu, sem olvidar que, nesse caso, deve-se buscar identificar os responsáveis pelo atraso, a fim de responsabilizá-los, sob pena de incorrer em omissão.

Por fim, o terceiro critério é a atuação indevida ou omissão do órgão incumbido da prestação jurisdicional, como por exemplo: a) ausência de impulso oficial; b) a omissão do magistrado frente à procrastinação do feito por uma das partes; c) exigências desnecessárias, como perícias e oitiva de testemunhas sem relevância para o caso.

A classificação do Tribunal Europeu de Direitos Humanos – TEDH foi seguida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos - CIDH, a qual se submete o Brasil, tendo o referido Tribunal efetuado a condenação do nosso País no caso Damião Ximenes Lopes[282], dentre outros

---

[280] Casos: König, de 10/03/1980; Capuano, de 25/06/1987; Sanders, de 07/07/1990; Vernilo, de 20/02/1991, dentre outros.

[281] ANNONI, Danielle. *O direito humano de acesso à justiça em um prazo razoável*.. 326 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006, p. 219 - 225.

[282] Nesse caso a Corte condenou o Brasil pela morte violenta de Damião Ximenes Lopes, ocorrida em 4 de outubro de 1999, nas dependências da Casa de Repouso Guararapes, em Sobral, no Ceará. Na sua denúncia apresentada à Corte, a CIDH referiu-se às condições desumanas e degradantes às quais Damião teria sido submetido durante sua internação na referida instituição, que era acreditada no Sistema Único de Saúde (SUS) do governo brasileiro. Supostamente por causa dos maus tratos sofridos Damião faleceu enquanto internado para receber tratamento psiquiátrico na Casa de Repouso.

aspectos, pela demora nas ações de reparação (o fato de não haver uma sentença de primeiro grau após seis anos do início da ação penal, a ausência de complexidade que demandasse período de tramitação superior a 06 (seis) anos e a inexistência de entrave causado pelos litigantes ou seus procuradores que seriam eventualmente beneficiados com a indenização), o que foi considerado uma violação do direito à duração razoável do processo.

Importante ressaltar que os critérios do Tribunal Europeu de Direitos Humanos – TEDH também foram incorporados pelo Superior Tribunal de Justiça, como pode ser observado no julgamento do já citado Recurso Especial nº 1383776/AM, ocorrido em 06/09/2018. Neste julgado ficou consignado no voto do Relator que as seguidas condenações do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos por ofensa à razoável duração do processo impõem a utilização de parâmetros similares no âmbito interno.

Portanto, as diretrizes elencadas pelo TEDH, pela CIDH e pelo Superior Tribunal de Justiça possuem como ideal que o processo tramite de forma célere, em tempo razoável, e que ao mesmo tempo seja eficiente. Porém, nem sempre isso é possível devido a diversos fatores, como a complexidade da matéria, a produção de provas de difícil realização etc.

Nesse ponto são pertinentes as observações de Marco Félix Jobim[283]quando assevera que um processo pode demorar vários anos e ser eficiente, bem como pode ter tido uma tramitação célere em termos de dias e ser altamente ineficiente.

Por exemplo, se determinado caso exigir prova pericial, e o juiz a dispensar ou determinar sua realização por um perito inidôneo, em nome da celeridade processual, a eficiência do processo estará irremediavelmente comprometida, embora a sentença possa ser prolatada em prazo razoável de tempo, considerando o tempo global da tramitação.

E nesse caso o julgamento será ineficiente porque certamente provocará a anulação da sentença em sede recursal, exigirá a posterior produção da respectiva prova pericial e a repetição de diversos atos até prolação de nova sentença. Houve uma sentença prolatada de forma célere, contudo, a sua anulação provocará custos desnecessários, dilações temporais indevidas e repetição de atos processuais já realizados.

[283] JOBIM, Marco Félix. *O direito à razoável duração do processo*. Responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 119-121.

Da mesma maneira, Sérgio Torres Teixeira[284] afirma que o Código de Processo em seu art. 3º, § 2º, ao estabelecer o dever de realização obrigatória de audiência de conciliação e de promoção de soluções consensuais de conflitos por profissionais e instituições de mediação e arbitragem, aceita que alguns processos possam ter uma duração maior em função da tentativa de se resolver o conflito de forma consensual e eficiente.

Observamos, portanto, que a razoável duração do processo e a celeridade certamente são importantes componentes do conceito de eficiência processual. Talvez em razão dos sistemáticos questionamentos com a morosidade da justiça, a eficiência é identificada com celeridade. Todavia, não são expressões sinônimas, sendo a celeridade um dos elementos para que o processo possa ser considerado eficiente, mas nunca o único.

Enquanto o princípio da duração razoável do processo procura a celeridade processual a partir de certos parâmetros estabelecidos pela Corte Europeia de Direitos Humanos – CEDH, o princípio da eficiência processual procura a produtividade e a qualidade da prestação jurisdicional.

Passamos a analisar o princípio da economicidade e seus aspectos de convergência e de distinção com o princípio da eficiência processual.

O princípio da economicidade é previsto de forma taxativa no art. 70 da Constituição Federal e segundo a doutrina de Ricardo Lobo Torres[285] o seu objetivo é fazer com que o Poder Público realize o máximo rendimento dos recursos disponíveis com o menor custo possível, a partir da utilização de um método que leva em conta os interesses da coletividade e os fatores sociais do mercado, num determinado tempo e espaço. Observa-se, portanto, que a noção defendida pelo referido professor é no sentido de que a economicidade se inspira na máxima do custo-benefício, de modo que o cidadão não seja obrigado a fazer maior sacrifício e pagar mais tributos para obter serviços que estão disponíveis no mercado a menor preço.

[284] TEIXEIRA, Sérgio Torres. Vias Alternativas à Jurisdição Contenciosa da Justiça do Trabalho: superando mitos e apontando caminhos à Luz da Lei nº 13.467/2017. *Revista de Direito do Trabalho*, mar. 2018, v. 187, p. 54-58.
[285] TORRES, Ricardo Lobo. ‘‘O Tribunal de Contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade’’. Rio de Janeiro, *Revista do TCE/RJ*, nº 22, jul/1991, pp. 37/44.

Trata-se de princípio largamente aplicado no âmbito do direito administrativo, de larga utilização na análise das licitações, contratações e gestão de contratos, estando presente como fundamento decisório em julgados do Tribunal de Contas da União[286].

Ensina José Roberto dos Santos Bedaque[287] que o princípio da economicidade processual está associado à possibilidade de que o processo tenha sua tramitação com o menor custo financeiro e com o menor desperdício de tempo e esforço, tanto para as partes como para os servidores estatais incumbidos de realizar a prestação jurisdicional.

O referido conceito é amplo, podendo abranger tanto a economicidade relacionada à macrogestão dos processos a partir de uma perspectiva gerencial, quanto a economicidade relacionada às partes e ao Estado em cada processo considerado individualmente.

A primeira perspectiva é relevante e abrange temas como gastos com estrutura das sedes, capacitação do corpo técnico, teletrabalho, implementação do processo eletrônico, todavia, é seara relacionada ao direito administrativo e por isso não será abordada. O enfoque a ser dado nesse espaço estará vinculado a uma perspectiva interna ao processo, problematizando a possibilidade da adoção da prática de determinados atos processuais que permitam que certa demanda tramite com o menor custo financeiro e com o menor custo de tempo e esforço possíveis para os sujeitos processuais envolvidos.

Podemos analisar o princípio da economicidade processual e sua relação de convergência e divergência com o princípio da eficiência processual a partir de diversas hipóteses. Escolhemos três aspectos que são bastante exemplificativos e que podem demonstrar o objetivo aqui perseguido: acesso à Justiça, nulidades e estímulo voluntário ao cumprimento das obrigações.

Sem pretensão de abordar as diversas ondas de acesso à Justiça propostas por Cappelletti e Garth[288], vez que foge ao âmbito do presente trabalho, o foco do princípio da economicidade aqui abordado é ressaltar a possibilidade de que o valor econômico pretendido por dada pessoa que ajuíza uma ação pode ser inferior ao valor que efetivamente será gasto com

[286] BRASIL. Tribunal de Contas da União, Plenário, Acórdão 1.480/2007-TCU-Plenário. Neste julgado o TCU estabeleceu que economicidade é a verificação da capacidade da contratação em resolver problemas e necessidades reais do contratante, da capacidade dos benefícios futuros decorrentes da contratação compensarem os seus custos e a demonstração de ser a alternativa escolhida a que traz o melhor resultado estratégico possível.
[287] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 46.
[288] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre, RS: Sergio Antonio Fabris, 1988.

a tramitação do processo. Nesse contexto, a partir de uma perspectiva meramente econômica de custo-benefício, tais demandas deveriam ser extintas de plano sob a invocação do princípio da economicidade, evitando prejuízos tanto às partes quanto ao Estado.

Acontece que o processo judicial não possui apenas finalidades econômicas e nem se pauta apenas pela relação custo-benefício financeira, existindo diversas outras funções como a promoção dos direitos da personalidade, a punitiva etc. Portanto, caso a Fazenda Pública ajuíze execução fiscal pleiteando valor irrisório, e não haja lei vedando tal prática, não poderá a autoridade judicial decretar a extinção do feito por ausência de interesse agir, conforme pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça[289].

O magistrado que insistir em determinar a extinção desses feitos estará atuando em conformidade com a economicidade, mas estará sendo ineficiente, porque certamente haverá a anulação da sentença em sede recursal e será necessária a repetição de diversos atos.

No tocante às nulidades, o princípio da economicidade está vinculado a aplicação da máxima *pas de nulité sans grief* (não se proclama a nulidade sem prejuízo), a qual dispõe que a decretação de uma nulidade não abrangerá os atos que sejam independentes do ato nulo, evitando repetições desnecessárias e custos duplicados. Trata-se da convergência entre os princípios da eficiência e da economicidade, pois confere qualidade à prestação jurisdicional ao corrigir vícios e ao mesmo tempo impede que sejam empreendidos esforços humanos e gastos financeiros com atos já realizados e que não foram impactados pelo vício detectado.

Em relação ao estímulo voluntário ao cumprimento das obrigações, a economicidade surge como meio destinado a pressionar a vontade do réu que resiste dolosamente ao cumprimento de suas obrigações. Um bom exemplo é o art. 523, §1º, do Código de Processo Civil, o qual dispõe que "não ocorrendo pagamento voluntário no prazo do caput, o débito será acrescido de multa de dez por cento e, também, de honorários de advogado de dez por cento". Trata-se de mecanismo em convergência com o princípio da eficiência, pois é capaz de a um só tempo encerrar o processo de forma qualificada (eficiência) para o autor e pressionar o réu que tenta protelar o adimplemento e possui patrimônio passível de constrição, vez que o custo-benefício da sua atitude não será economicamente favorável.

[289] BRASIL. STJ, Segunda Turma, REsp nº 1.319.284/SP, Rel. Min. Mauro Campbell, DJe 23.05.2012.

Assim, enquanto o princípio da economicidade busca permitir que os recursos financeiros e humanos utilizados sejam o menor possível em relação aos recursos que pleiteados e que poderão serão entregues ao final da tutela jurisdicional, em uma equação de custo-benefício, o princípio da eficiência processual procura a produtividade e a qualidade da prestação jurisdicional.

Portanto, os princípios da eficiência, da razoável duração do processo e da economicidade convivem e se relacionam, mesmo que eventualmente concorrentes, restringindo-se e se complementando. E essa possibilidade existe porque os princípios não têm pretensão de exclusividade e atuam como filtro jurídico estruturador da construção das regras que irão realizar o fechamento operacional do sistema jurídico.

4. ASPECTOS RELEVANTES SOBRE O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - IRDR.

O Código de Processo Civil de 2015 instituiu uma nova técnica processual denominada Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR, arts. 976 a 987), que permite a um Tribunal fixar entendimento que resolva questão jurídica repetida em inúmeros processos, o qual será aplicado no julgamento de todos os casos presentes e futuros em que esteja presente a controvérsia, evitando-se a quebra de isonomia entre os jurisdicionados e gerando segurança jurídica na interpretação e aplicação do direito.

A existência de um mecanismo de resolução questões jurídicas repetitivas com caráter de precedente e a possibilidade de sua utilização pelos Tribunais de Apelação constitui uma das maiores inovações do atual Código de Processo Civil.

Conforme consta na Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código de Processo Civil de 2015, a criação do IRDR partiu de pressuposto fáticos preocupantes: a) o crescimento incessante da litigiosidade nos últimos anos, com destaque para demandas repetitivas ou com questões jurídicas em comum; b) o desenho estrutural do Código de Processo Civil de 1973, essencialmente voltado para a resolução de demandas de natureza estritamente individual; c) incapacidade de a estrutura judiciária brasileira, diante dos instrumentos processuais colocados à sua disposição e dos recursos humanos, solucionar em tempo razoável esta demanda vertiginosa; d) decisões conflitantes em relação às mesmas questões jurídicas pelos Tribunais e juízos de primeiro grau vinculados a uma determinada Corte.

A inspiração para a solução desses problemas foi buscada pelo atual Código de Processo Civil no direito estrangeiro, com destaque para mecanismos presentes no direito alemão (*Musterverfahren*).

Nesse contexto, pretendemos traçar um panorama geral do contexto histórico da litigiosidade repetitiva no nosso país e de como esse tipo de demanda foi responsável pelo congestionamento dos juízos e Tribunais no direito brasileiro. Em seguida será feita uma distinção entre as demandas individuais, coletivas e repetitivas, bem como uma breve reflexão acerca da necessidade de instrumentos processuais destinados a cada uma dessas tutelas como exigência da eficiência processual.

Almeja-se abordar criticamente ao longo deste capítulo alguns aspectos importantes do referido incidente processual, como a natureza jurídica, a técnica processual adotada, seu objeto, os requisitos para sua instauração e diversos aspectos processuais necessários para o enfrentamento posterior da questão central da tese: os requisitos, limites e possibilidades da audiência pública no âmbito do IRDR.

Não há, por certo, qualquer pretensão de esgotar o tema, mas apenas provocar algumas reflexões acerca da tutela da litigiosidade repetitiva no nosso sistema processual a partir desse novo instrumento, tornando-o compatível com o princípio da eficiência.

4.1. A TÉCNICA PROCESSUAL DA LITIGIOSIDADE REPETITIVA

O sistema-jurídico processual civil brasileiro foi historicamente estruturado para a solução de demandas de natureza individual, composta por características fáticas próprias e por controvérsias jurídicas específicas.

Precisas as palavras de Marcelo Abelha sobre o reino absoluto da técnica processual individualista do Código de Processo Civil de 1973:

> Numa singela leitura do CPC/73, não teremos dúvidas de que a nossa regra fundamental de direito processual civil foi montada num ideal individualista. A própria estrutura do processo de execução, do tipo credor e devedor, mostra-se clara na terminologia empregada pelo legislador brasileiro (art. 588). A regra dos limites subjetivos da coisa julgada (art. 472) dá o sabor inconfundível do individualismo do Código. As técnicas processuais coletivas do CPC/73 apontam, no máximo, para o instituto do litisconsórcio, mas, ainda aqui, o próprio sistema encontra dificuldades para resolvê-lo, mormente quando se está diante da proteção de um bem indivisível, cuja solução dever ser uniforme para todos os titulares do direito, estando ou não presentes na demanda. Portanto, o sistema da coisa julgada e o da legitimidade para agir no CPC, inclusive da dicotômica regra da legitimidade ordinária e extraordinária, são voltados, repita-se, para a proteção de direitos individuais ou com dimensões individuais[290].

Todavia, conforme já abordado na introdução, houve a necessidade de se fazer um trabalho de adaptação das técnicas processuais projetadas pelo Código de Processo Civil de 1973 para permitir a tutela dos direitos de grupo. Surgia um consenso de que a maioria das demandas judiciais não possuíam natureza individualizada, pois proliferavam conflitos de massa envolvendo questões jurídicas comuns em matéria de consumo, planos de saúde, serviços telefônicos, direito tributário e previdenciário, dentre outras

[290] ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e o Meio Ambiente.* Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 12.

A reflexão dessa nova conjuntura e a necessidade de encontrar uma solução para esse problema foi bem sintetizada pelo então Ministro do Superior Tribunal de Justiça Sálvio de Figueiredo Teixeira[291]:

> "em uma sociedade de massa, complexa, competitiva e altamente veloz, a engrenagem estatal já não satisfaz. O Judiciário, nesse contexto, por suas características e dependência orçamentária, que se aliam a um modelo desprovido de modernidade e sem planejamento eficaz, reflete ainda com mais eloquência esse distanciamento, apresentando-se como uma máquina pesada e hermética, sem as desejáveis dinâmica, transparência e atualidade.
>
> (...) dessa moldura se conclui que, sem maiores esforços, há uma nítida distinção entre o Judiciário que a sociedade reclama, e todos desejamos, e o Judiciário que aí está posto, que a todos descontenta, inclusive, e sobretudo, aos juízes, em quem acabam recaindo as críticas generalizadas, desconhecendo os jurisdicionados a real dimensão da problemática, quando temos um juiz para cada 25.000 a 29.000 habitantes (a média, na Europa, é de um para cada 7.000 a 10.000), sendo que o Supremo Tribunal Federal julga mais de 100.000 processos por ano (enquanto a Suprema Corte dos Estados Unidos julga menos de 100 causas em igual período) e o Superior Tribunal de Justiça mais de 150.000, números de longe sem similar no plano internacional, sendo de que acrescentar que igualmente super congestionadas estão as instâncias ordinárias."

Inicialmente, a partir da experiência estadunidense das "*class actions*", pensou-se na tutela coletiva como possibilidade de solução para esse problema de congestionamento e morosidade do Poder Judiciário. Era a tentativa de tornar possível a solução de várias demandas judiciais a partir de um ou alguns poucos processos.

Nesse contexto, foram editadas a Lei nº 7.347/1985 (Ação Civil Pública), a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), a disciplina do Mandado de Segurança Coletivo (Lei nº 12.106/2009), além do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), formando um microssistema de tutela coletiva.

Importante salientar que a referida legislação especial não foi incorporada ao Código de Processo Civil então vigente. Fez-se necessária, portanto, a edição de leis especiais que não se limitavam à complementação das regras gerais impostas no Código, mas, sim, regulavam plenamente setores da sociedade não abarcados pela codificação, criando verdadeiros microssistemas paralelos aos sistemas codificados.

É possível extrair-se de tais diplomas normativos um procedimento-padrão para as causas coletivas. A referida legislação assegurava a tutela dos direitos difusos e coletivos[292],

[291] TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A reforma do Poder Judiciário. In: MARTINS, Ives Gandra; NALINI, José Renato (Coordenadores). *Dimensões do direito contemporâneo*: estudos em homenagem a Geraldo de Camargo Vidigal. São Paulo: IOB, 2001. p. 57-59.

[292] Em atenção ao artigo 81, parágrafo único, inciso II, da Lei 8.078, de 1990, está-se diante de um interesse ou

bem como a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos[293], por meio da substituição processual, aproximando, nesse aspecto, a experiência brasileira do modelo da *class action* americana.

Acontece que o microssistema de tutela coletiva incorporado no Brasil apresenta algumas características peculiares, como a restrição das matérias passíveis de análise (Lei nº 7.347/1985, art. 1º), rol de legitimados ativos sem controle de representação adequada (Lei nº 7.347/1985, art. 5º), limitação da eficácia territorial da sentença (Lei nº 7.347/1985, art. 16) e finalmente a coisa julgada *secundum eventum litis* (LACP, art. 16 e CDC, art. 103, I e II) e a coisa julgada *secundum eventum probationes* (CDC, art. 103, III) - permitindo a convivência de ações individuais desvinculadas da coisa julgada obtida na sentença de improcedência da ação coletiva ou de repetição de outras ações coletivas caso a sentença de improcedência tenha sido obtida sem uma produção probatória satisfatória. Ademais, não há previsão legal estipulando que o ajuizamento da demanda coletiva interrompe o prazo prescricional das ações individuais, estimulando o ajuizamento destas antes do desfecho da primeira.

Já no modelo estadunidense, como assevera Cássio Scarpinella Bueno[294], a ação é proposta de forma individual, porém, com pedido para que o juiz a tome como coletiva, caso entenda ser impraticável o ingresso de todos os membros no processo pelo número de pessoas, questões de fato ou de direito comuns à classe e representatividade adequada da parte que requereu. Ademais, nos Estados Unidos da América o julgamento, favorável ou desfavorável, afetará todos os membros da referida classe (previsto na Rule 23, b, 1), sem opção do direito da auto-exclusão (*right to opt-out*), vez que não existe naquele país a formação da coisa julgada *secundum eventum litis.*

Essas características do modelo de processo coletivo brasileiro, notadamente o rol de legitimados ativos *ope legis* sem controle de representação adequada, os efeitos da coisa julgada

direito coletivo quando "todos os co-titulares dos direitos mantêm relações jurídicas ou vínculos jurídicos formais com a parte contrária, ou seja, a parte contra a qual se dirige a pretensão ou o pedido" ou em razão "de uma relação jurídica base que une os sujeitos entre si, de modo a fazer com que eles integrem grupo, classe ou categoria diferenciada de pessoas determinadas ou determináveis com interesses convergentes sobre o mesmo bem indivisível (jurídica ou faticamente), independente de manterem ou não vínculo jurídico com a parte contrária", conforme leciona Alcides A. Munhoz da Cunha (CUNHA, Alcides Munhoz. Evolução das Ações Coletivas no Brasil. *Revista de Processo*, n. 77, 1995, p. 229).

[293] De acordo com o artigo 81, parágrafo único, inciso III, da Lei 8.078, de 1990, está-se diante de direitos individuais homogêneos, quando um direito eminentemente individual foi erigido à categoria de interesses metaindividuais para fins de tutela coletiva.

[294] BUENO, Cássio Scarpinella. As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 21, abr./jun 1996.

secundum eventum litis e a limitação territorial, contribuíram para sua ineficiência em relação à proteção dos direitos individuais homogêneos. Afinal, muitas ações individuais podem ser intentadas pelo fato de não existir comunicação eficiente por parte do ente coletivo, em razão de que a ação coletiva foi julgada improcedente, bem como porque mesmo as ações coletivas julgadas procedentes estavam limitadas à base territorial do órgão prolator da decisão.

Ademais, como bem enfatiza Leonardo Carneiro da Cunha[295], o regime jurídico do processo coletivo no direito brasileiro pode abranger os direitos individuais homogêneos, mas não questões processuais repetitivas que ocorrem em processos com objetos litigiosos (direito substancial) distintos, como por exemplo aquelas relacionadas à contagem de determinado prazo processual.

O resultado foi a inaptidão da tutela coletiva como instrumento idôneo para reduzir a avalanche de decisões judiciais relacionadas a conflitos de massa, embora tenha sido muito relevante para tratar de questões relacionadas a direitos difusos e coletivos. Conforme Relatório Justiça em números do Conselho Nacional de Justiça[296], em 1990 o Judiciário havia recebido cerca de 04 (quatro) milhões de processos em constante elevação, na década de 2000, o volume ultrapassou 20 (vinte) milhões de ações.

Nesse contexto, com a finalidade de modificar o preocupante quadro, começaram a surgir os primeiros debates acerca da necessidade de reformas estruturais do Poder Judiciário e atualização dos instrumentos processuais, culminando com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004. Em seguida, com o objetivo de implementar a reforma constitucional trazida pela emenda mencionada, foi subscrito pelos chefes dos três Poderes da República, em dezembro de 2004, um Pacto de Estado[297] em favor de um Judiciário mais rápido e republicano, com compromissos fundamentais como a reforma do sistema recursal e dos procedimentos para desburocratizar o processo, a implementação da informatização, além de uma política de cumprimento pelo Poder Público das orientações jurisprudenciais já pacificadas através de súmulas administrativas, bem como incentivo à conciliação.

---

[295] CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. Rio de janeiro: Forense, 2016, p. 207.

[296] Dados disponíveis em: http://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2015.pdf. Acesso em 12 mar. 2019.

[297] BRASIL. Secretaria de Reforma do Judiciário. I Pacto Republicano. Brasília: Secretaria de Reforma do Judiciário. 2004. Disponível em : http://www.mj.gov.br. Acesso: em 12 mar. 2019.

Como ressalta Daniel Carneiro Machado[298], ainda foram realizados mais dois Pactos Republicanos com a finalidade conter a litigiosidade crescente no âmbito do Poder Judiciário. E, como resultado dos esforços conjuntos empreendidos, várias propostas foram implementadas, como a aprovação de alterações no Código de Processo Civil de 1973 que introduziram a técnica de julgamento dos recursos extraordinários (repercussão geral) e especiais (recursos repetitivos). A execução dos títulos extrajudiciais foi simplificada com a criação e a modificação das formas de expropriação de bens (adjudicação, alienação particular, parcelamento imobiliário), e foram introduzidos atos executivos no processo de conhecimento com a criação da fase de cumprimento de sentença (execução sincrética).

Todavia, os esforços empreendidos e a introdução de algumas técnicas de tutela repetitiva não foram suficientes para conter o aumento da litigiosidade, que chegou a um patamar impressionante. O Relatório Justiça em Números[299], divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça em 2015, revelou que tramitavam aproximadamente cem milhões de processos judiciais no Brasil naquele ano, com possibilidade de aumento desse quantitativo. A referida pesquisa expressou que a quantidade de processos aumentou 30% em um ano, com o ajuizamento de mais 28 (vinte e oito) milhões de feitos no ano de 2014, que não tinham sido julgados e arquivados na mesma proporção.

Esse cenário demonstra que, embora tenham sido criados por lei diversos mecanismos que se prestavam a fomentar a eficiência do serviço judiciário através de técnicas processuais repetitivas, a exemplo dos recursos especiais repetitivos, a perspectiva concreta não era de redução de acervo e nem de celeridade processual.

Foi verificado, também, que um número expressivo de processos era relacionado a apenas alguns temas e poucos litigantes, principalmente na Justiça Federal, onde os números de demandas repetitivas (em matéria tributária e previdenciária, por exemplo) e propostas por ou contra o poder público são expressivos. Dessa forma, mesmo em processos com litigantes habituais e envolvendo temas repetitivos, o estoque de ações aumentava.

---

[298] MACHADO, Daniel Carneiro. *A (in)compatibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas com o modelo constitucional de processo: a participação democrática do juiz e das partes na construção do provimento jurisdicional.* 321f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015, p. 38-42.

[299] Conforme dados disponíveis em: http://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2015.pdf. Acesso em: mar. 2019.

Por fim, o Relatório da Justiça em Números, divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça em 2015, ressaltou o aumento da taxa de congestionamento nos Tribunais Federais para 70,5% em 2014, maior índice da série histórica correspondente ao período de 2009 a 2014. Assim, de cada 100 (cem) processos em tramitação nas Cortes Regionais Federais, aproximadamente 70 (setenta) não tiveram solução definitiva, o que demonstra a situação alarmante do congestionamento da 2ª instância federal, mesmo com todos os esforços.

Evidente que os cinco Tribunais Regionais Federais possuem realidades distintas e que também existem motivos estruturais e de recursos humanos, mas os dados acima demonstravam que as técnicas de resolução de demandas repetitivas existentes sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 não surtiram os efeitos desejados.

Nesse contexto, de combate ao excesso de litigiosidade e à demora da prestação jurisdicional, foi aprovado o atual Código de Processo Civil em 2015, que pretendeu a partir da previsão de novos instrumentos processuais ser capaz, pelo menos na teoria, de reduzir o número de demandas e recursos perante o Poder Judiciário. O novo Código de Ritos, como bem lembra Leonardo Carneiro da Cunha[300], instituiu um microssistema de gestão e julgamento de casos repetitivos, dando destaque na formação concentrada de precedentes obrigatórios para conferir maior uniformidade, coerência, estabilidade e previsibilidade à jurisprudência, bem como aprimorar o sistema de tutela repetitiva brasileiro

Capitaneando a referida ideologia norteadora do novo CPC, destaca-se a incorporação ao sistema processual do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR, regulado nos arts. 976 a 987.

Acreditamos que o advento de um novo Código de Processo Civil e a criação de novas técnicas de tutela repetitivas não são suficientes, por si só, para superar a complexa crise de morosidade e da eficiência da Justiça, vez que existe também a necessidade de combater problemas estruturais, de recursos humanos e de gerenciamento.

Todavia, é inegável que um novo instituto de tutela repetitiva pode ser bastante eficiente e contribuir de alguma forma com essa finalidade, razão pela qual devemos analisar o IRDR e projetar sua aplicação enquanto solução pensada pelo Código de Processo Civil de 2015 ao

[300] CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. Rio de janeiro: Forense, 2016, p. 212

problema da massificação dos litígios e da consequente multiplicação de processos sobre idêntica questão de direito.

4.1.1. Distinção entre as demandas individuais, coletivas e repetitivas

Atualmente podemos classificar três grandes grupos de litígio no âmbito do Poder Judiciário no Brasil: a) a litigiosidade individual: versa sobre questões de fato e/ou direito peculiares e isoladas; b) a litigiosidade coletiva: versa sobre direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos levados à juízo porá ação coletiva; c) a litigiosidade repetitiva: envolve prioritariamente direitos individuais homogêneos levados à juízo por meio de pulverização de demandas individuais, bem como demandas heterogêneas, individuais ou coletivas, que possuem questões de direito comuns.

Como aduz Leonardo Carneiro da Cunha[301], o modelo processual do Código de Processo Civil de 1973 foi projetado para soluções de conflitos de natureza individual, em que cada caso deve ser pensado de uma forma isolada de todos os demais. Não há maiores preocupações com a estabilidade da jurisprudência, podendo as partes abordarem as questões jurídicas sem vinculações às teses dos processos anteriores. É que na litigiosidade individual pensa-se o processo de forma artesanal, buscando a Justiça no caso concreto sem preocupação com os efeitos de cada decisão para o conjunto, e voltado para litigantes eventuais.

A litigiosidade individual não acabou e sua utilização no atual modelo processual será necessária em diversos casos, como litígios relacionados a contratos específicos e de alta natureza técnica firmados por pessoas jurídicas, dentre outros.

Como há bastante tempo já prescrevia Kazuo Watanabe[302], o número de processos que atualmente congestionam os Tribunais são, em grande parte, formado por causas em que se discutem e se reavivam questões de direito recorrentes, plurisubjetivas, sendo urgente a necessidade de tirar do foco central uma estrutura atômica (individualizada) de resolução do litígio, fragmentada, para construir uma estrutura molecular (coletiva) de resolução de litígios, na qual a matéria conflituosa atinge diversos indivíduos da sociedade.

[301] CUNHA, Leonardo Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. *Revista de Processo*, São Paulo, , jan./2010, v. 179.
[302]WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense". *Revista de Processo*. São Paulo, RT, n. 67, 1992, p. 15

Se o Código de Processo Civil de 1973 havia perdido sua função de garantir uma disciplina única para o direito processual e não dialogava com o microssistema de tutela coletiva, o Código de Processo Civil de 2015 estabelece essa comunicação e ainda a amplia, com a previsão sistemática da tutela repetitiva.

Conforme explicam Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior[303], o processo é considerado coletivo se a relação jurídica conflituosa (objeto do processo) é referente a um grupo. Assim, pode-se afirmar ser coletiva a relação jurídica se em um de seus polos, como sujeito ativo ou passivo, encontra-se um grupo (grupo é gênero que abrange comunidade, categoria, classe, etc), e se no outro termo a relação jurídica litigiosa envolver direito (situação jurídica ativa) ou dever ou estado de sujeição (situações jurídicas passivas) desse agrupamento. Em síntese, o processo será coletivo quando presentes o grupo e a situação jurídica pertinente.

É fundamental conhecer e ressaltar a distinção entre as duas grandes categorias de direitos coletivos. De um lado, há direitos coletivos que não possuem um titular especifico, pertencem a todos, como é o caso do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e, no mercado de consumo, publicidades que não sejam enganosa. São direitos materialmente coletivos. O direito não possui titularidade subjetiva: pertence, pela própria definição e natureza, a um grupo indeterminado de pessoas[304].

Por outro lado, existem situações de lesões a direitos que se repetem em grande escala e reclamam – por economia processual e necessidade de tratamento isonômico e mais célere – solução processual concentrada. São direitos individuais que podem naturalmente ser questionados numa única ação coletiva.

Trata-se da consagrada distinção doutrinária formulada por Barbosa Moreira[305] entre direitos essencialmente coletivos (difusos e coletivos em sentido estrito) e direitos acidentalmente coletivos (individuais homogêneos), e que serviu de base para a classificação

[303] DIDIER JR., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletiv*o. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 34.
[304] NUNES, Ana Luisa; BESSA, Leonardo. Convivência normativa entre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e as Ações Coletivas: primeiras impressões. *Revista de Direito do Consumidor*, nov./dez. 2016, v. 108, p. 121–160.
[305] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela Jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. *Temas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 195-197.

proposta por Teori Zavascki[306] de tutela de direitos coletivos (difusos e coletivos em sentido estrito) e tutela coletiva de direitos (individuais homogêneos).

A distinção entre direitos essencialmente coletivos (difusos e coletivos em sentido estrito) e direitos acidentalmente coletivos (individuais homogêneos) foi expressamente adotada pelo Código de Defesa do Consumidor - CDC.

Os direitos difusos (art. 81, § único, I, do CDC) são aqueles transindividuais (pertencentes a vários indivíduos), de natureza indivisível (só podem ser considerados como um todo), e cujos titulares sejam pessoas indeterminadas (ou seja, indeterminabilidade dos sujeitos, não há individuação) ligadas por circunstâncias de fato. Não existe um vínculo comum de natureza jurídica. São exemplos a publicidade enganosa ou abusiva, veiculada através de imprensa, que repercute em um número incalculável de pessoas, sem que entre elas exista uma relação jurídica-base.

Os direitos coletivos stricto sensu (art. 81, § único, II do CDC) são aqueles transindividuais (pertencentes a vários indivíduos), de natureza indivisível (só podem ser considerados como um todo), de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas (indeterminadas, mas determináveis, frise -se, enquanto grupo, categoria ou classe) ligadas entre si, ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base. A relação-base necessita ser anterior à lesão (caráter de anterioridade). Como exemplo podemos citar a possibilidade de aumento abusivo das mensalidades nos planos de saúde ofertados por determinada companhia ou de mensalidades escolares por determinado estabelecimento.

A distinção entre o direito difuso e o direito coletivo é a determinabilidade e a decorrente coesão do grupo, categoria ou classe anterior à lesão, fenômeno que se verifica nos direitos coletivos stricto sensu e não ocorre nos direitos difusos.

Os direitos individuais homogêneos foram laconicamente tratados na legislação (art. 81, § único, II do CDC) como aqueles decorrentes de "origem comum" e existe séria controvérsia doutrinária se os mesmos teriam uma dimensão de direito material própria ou se seria mera técnica processual para tutelar direitos individuais.

[306] ZAVASCKI, Teori. Processo Coletivo. *Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. São Paulo: RT, 2014.

Para Gustavo Osna[307] a expressão "origem comum" é proveniente das "class actions" do direito estadunidense, mas foi incorporada de modo falho. É que a *Federal Rule* indica como pressuposto à certificação das "class actions" não a origem comum, mas a existência de questões comuns de fato e de direito. Nesse sentido Kazuo Watanabe[308] sustenta que a origem comum não significa unidade factual e temporal, permitindo que situações como a nocividade de um produto adquirido ao longo de vários anos e em várias regiões do país fossem enquadradas nessas situação.

Todavia, como afirma Sérgio Arenhart[309], o critério mais conhecido para a identificação dos direitos individuais homogêneos, com nítida inspiração americana, é aquele que reconhece o caráter homogêneos aos direitos individuais sempre que houver preponderância das questões coletivas sobre as individuais. Trata-se de critério que exige do magistrado o dever de avaliar os benefícios e desvantagens de concentração do litígio em relação à delimitação da unidade factual, temporal e jurídica (preponderância de elementos homogêneos), orientação em conformidade com o princípio da eficiência processual, e que foi indicada, ainda que em *obter dictum*, em voto do Ministro Teori Zavascki, no Recurso Extraodinário nº 631.111/GO[310].

Entre os que defendem a visão material dos direitos individuais homogêneos não existe uma visão uniforme, mas a defesa do instituto como categoria de direito substancial distinta dos direitos individuais clássicos confere unidade a essa corrente. Como exemplo podemos citar Alcidez Munhoz da Cunha[311] e Eduardo Talamini[312], segundo os quais a possibilidade de condenação genérica, a mera estimativa do número de indivíduos lesados e a possibilidade de reversão ao Fundo de Direitos Difusos do valor da condenação em caso de não haver execuções individuais correspondentes seria a demonstração de que os direitos individuais homogêneos não seriam apenas a soma das pretensões individuais, tornando-os um

[307] OSNA, Gustavo. *Direitos Individuais Homogêneos: pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil.* São Paulo: RT, 2014, p. 89.
[308] WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do projeto*. Rio de janeiro: Forense, 2004, p. 629.
[309] ARENHART, Sérgio. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: RT, 2013, p. 135.
[310] BRASIL. STF. Plenário. RE nº 631.111/GO, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 07/08/2014.
[311] CUNHA, Alcidez Munhos da. Evolução das ações coletivas no Brasil. *Revista de Processo,* jan./mar. 1995, v. 1777, p. 224
[312] TALAMINI, Eduardo. Direitos individuais homogêneos e seu substrato coletivo: a ação coletiva e os mecanismos previstos no CPC de 2015. *Revista de Processo*, mar.2015, v. 241, p. 337-358.

direito transindividual. Em outras palavras, haveria o acréscimo de uma dimensão material que o conjunto das ações individuais não poderia proporcionar.

A visão processual dos direitos individuais homogêneos entende que tal categoria não é de direito substantivo, mas uma técnica processual coletiva adotada pelo Legislador que é distinta da usualmente dispensada aos processos individuais. Nesse sentido relevante é a posição de Antônio Carlos Fontes Cintra[313] para quem a criação de direitos individuais homogêneos é apenas uma técnica, como é o litisconsórcio ou a conexão, que serve como política processual para evitar decisões contraditórias e conferir economia processual.

No mesmo sentido Sofia Temer[314] explica que a possibilidade de condenação genérica e a reversão ao Fundo de Direitos Difusos – escolhas legislativas – não tornam o direito transindividual e tampouco tornam o objeto indivisível, mas apenas funcionam como uma consequência legal para a não manifestação dos interessados (determinados ou determináveis) sobre seus direitos (divisíveis). E prossegue aduzindo que se forem propostas execuções individuais em valores compatíveis com o dano estimado na decisão, não existirá reversão ao Fundo de Direitos Difusos, o que atestaria que a condenação não impõe um acréscimo em relação à soma das pretensões individuais.

Compartilhamos da visão que considera os direitos individuais homogêneos como uma categoria exclusivamente processual. Tal perspectiva adjetiva não retira sua importância, pois funciona muitas vezes como o único instrumento processual idôneo para reparação de prejuízos de pequena monta individual, mas com significativo impacto da lesão global, vez que os custos individuais não cobririam eventual benefício decorrente da procedência do pedido e dificilmente ações individuais seriam ajuizadas.

Em nosso entendimento, portanto, os direitos individuais homogêneos são uma técnica processual que permite a utilização de rito e de ferramentas destinadas ao tratamento de tutelas coletivas, sem que tal permissivo enseje a modificação da divisibilidade e da individualidade das pretensões que visa a proteger, e nem lhes confira uma dimensão material.

Com base no conceito proposto, podemos asseverar que a tutela coletiva de direitos surge como uma exigência da eficiência processual a fim de que as diversas ações individuais

[313] CINTRA, Antônio Carlos Fontes. Interesses individuais homogêneos: natureza e oportunidade da coletivização de interesses individuais. *Revista de Direito do Consumidor*, out/dez 2009, v. 72, p. 14.
[314] TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 49.

de massa sejam tuteladas de forma mais célere, eficaz e isonômica. A justificativa para sua adoção deve estar explicitada quando do ajuizamento da ação, razão pela qual não se justifica uma tutela coletiva de pretensões individuais nos casos em que poucos litisconsortes possam vir a ser os únicos beneficiados.

Ademais, como bem salienta Gustavo Osna[315], a adoção da visão processual dos direitos individuais homogêneos e sua associação à eficiência processual embasa a conclusão de que a técnica de coletivização prevista no regramento da civil pública pode não ser a única existente em nosso ordenamento jurídico.

E essa outra possibilidade existe, como bem lembram Graziela Argenta e Marcelo Rosado[316], pois no Código de Processo Civil de 2015 é possível extrair dois mecanismos para a tutela de situações coletivas: o modelo da ação civil pública (ação coletiva) e o modelo do julgamento de casos repetitivos, pois ambos têm por objeto precisamente a solução de uma situação jurídica coletiva.

Em outras palavras, ambas as técnicas servem à tutela de direitos de grupo, cada qual com suas peculiaridades, de modo que o uso de uma ou outra dependerá, de um lado, das definições estratégicas dos litigantes, e, de outro, do princípio da adequação, pois há situações jurídicas coletivas suscetíveis de deslinde apenas por uma técnica específica.

Na ação civil pública (Lei nº 7.347/1985) seu objeto litigioso é a questão principal do processo, algumas matérias não podem ser analisadas e sua finalidade principal é a prolação de uma decisão que tenha aptidão de formar uma coisa julgada coletiva (a situação jurídica coletiva litigiosa passa a ser situação jurídica coletiva julgada). Ademais, há o requisito da legitimidade adequada (apenas quem consta no rol legal), em que um substituto processual representa todos os demais. A coisa julgada se dá *secundum eventum litis* ou *secundum eventum probationis*, ou seja, a ação coletiva não pode prejudicar os titulares das pretensões individuais que não ajuizaram ações ou que cientes do ajuizamento da ação coletiva não manifestaram interesse de se submeter aos seua efeitos, bem como não impede que outros entes coletivos proponham outra ação idêntica se a a primeira foi julgada improcedente por insuficiência de provas. A

[315] OSNA, Gustavo. *Direitos Individuais Homogêneos: pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil.* São Paulo: RT, 2014, p. 86.
[316] ARGENTA, Graziela; ROSADO, Marcelo. Do Processo Coletivo das Ações Coletivas ao Processo Coletivo dos Casos Repetitivos: Modelos de Tutela Coletiva no Ordenamento Brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro, ano 11, n. 1., jan./abr 2017, v. 18, p. 255.

modificação da coisa julgada se dá através de ação rescisória. Por fim, as demandas individuais, ao menos *ex lege*, não ficam suspensas, razão pela qual pendente ação coletiva, deverá o membro do grupo, caso queira sair (*opt out*) do âmbito de incidência dos seus efeitos, propor ação individual ou nela prosseguir, após ser informado da pendência do processo coletivo[317].

O modelo de julgamento de casos repetitivos está previsto no art. 928 do Código de Processo Civil e prevê o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR – art. 976 a 987) e os Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos (REER - art. 1036 a 1.041). O julgamento de casos repetitivos tem por objeto a definição sobre qual a solução a ser dada a uma questão de direito que se repete em diversos processos pendentes.

Nos casos repetitivos o objeto é a fixação de uma tese jurídica (material ou processual) que se repete em diversos processos pendentes. Os processos podem ser homogêneos (têm por objeto questão de direito semelhante) ou heterogêneos (objeto litigioso dessemelhante, mas questões comuns, normalmente processuais, que se repetem em cada um deles. Todos os processos semelhantes pendentes ou que venham a ser ajuizados ficam suspensos. A definição da questão de direito vincula todos os membros do grupo, independente do resultado ser favorável ou desfavorável. A suspensão dos processos é algo que decorre da lógica dessa técnica, bastando que exista processo pendente ao tempo da afetação da tese para julgamento. Eventual revisão da tese se dá por mecanismo próprio e não por ação rescisória[318].

Fica clara, portanto, a não coincidência do processo coletivo com o processo repetitivo). Contudo, ambas as técnicas, cada qual com suas peculiaridades, servem à tutela de direitos de grupo, de modo que o uso de uma ou outra dependerá das definições estratégicas dos litigantes, notadamente a busca por uma coisa julgada ou por um precedente obrigatório

Portanto, os sistemas de tutela coletiva e repetitiva, apesar de terem características e estruturas próprias, na maior parte dos casos podem conviver e serem complementares, pois como aduz Marcus de Araújo Cavalcanti[319] esses mecanismos de tutela coletiva e repetitiva que admitem a defesa de direitos individuais homogêneos foram pensados com a finalidade de

[317] DIDIER JR., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletiv*o. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 97.
[318] DIDIER JR., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletiv*o. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 98.
[319] CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR*). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 154-155

superar as consequências indesejadas trazidas pela pulverização de processos. Isto é, foram traçados principalmente para assegurar o efetivo acesso à justiça, mediante: (a) o tratamento isonômico entre os litigantes que se encontram em situação jurídica idêntica (isonomia); (b) a segurança jurídico-processual, com a previsibilidade, coerência e credibilidade das decisões judiciais (segurança jurídica); e (c) a redução do custo.

4.1.2. A técnica da litigiosidade repetitiva como exigência da eficiência processual

A previsão legal de procedimentos destinados a tutela coletiva de direitos de grupos surge como uma exigência da eficiência processual, a fim de que as diversas ações individuais de massa sejam tuteladas de forma mais célere, eficaz ou isonômica.

Todavia, como propõe Edilson Vitorelli[320], o princípio do devido processo legal coletivo impõe que se construa um processo coletivo e um processo repetitivo adequado às peculiaridades do caso concreto para que possa ser eficiente, tarefa essa que pode ser concretizada através dos negócios jurídicos processuais e da utilização de outros mecanismos processuais postos à disposição, como o *amicus curiae* e as audiências públicas.

Nesse contexto, Edilson Vitorelli[321] percebeu que o rol de legitimados ativos para representação de determinado grupo na ação coletiva (Lei nº 7.347/1985, art. 5º) pode não coincidir com os interesses de toda a coletividade atingida, com sérias divergências no grupo ou até mesmo a existência de subgrupos. Assim, para ele os litígios coletivos poderiam ser classificados em três categorias: a) difusão global; b) difusão local; c) difusão irradiada.

Os litígios de difusão global seriam aqueles em que a lesão atinge de modo uniforme a coletividade, não havendo grau de conflituosidade no grupo titular do direito, citando como exemplo um pequeno vazamento de óleo no oceano. Nesses casos os legitimados tendem a ser órgãos públicos vinculados à proteção do bem jurídico lesado (Ministério Público, Defensoria Pública), não é comum a atuação de *amicus curiae* e a possibilidade de autocomposição é maior. Por sua vez, o juízo competente (local da lesão) é mais facilmente identificável.

---

[320] VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p.443-444.

[321] VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p.443-444.

Os litígios de difusão local seriam aqueles em que a lesão não atinge de modo uniforme a coletividade, mas é possível verificar um grupo mais diretamente atingido pela lesão, sendo o grau de conflituosidade médio. Cita como exemplo uma lesão ambiental em uma comunidade indígena, pois ainda que o meio ambiente seja um direito de todos quem vive no seio da comunidade é mais diretamente atingido pela lesão. Nesses casos os legitimados tendem a ser órgãos públicos vinculados à proteção do bem jurídico lesado (Ministério Público, FUNAI, Defensoria Pública). Os grupos afetados devem ser diretamente representados através de *amicus curiae* para que não haja uma representação ineficiente dos legitimados legais e a possibilidade de autocomposição seja maior. Por sua vez, o juízo competente (local da lesão) não é de difícil identificação.

Os litígios de difusão irradiada seriam aqueles em que a lesão atinge diretamente o interesse de diversas pessoas, mas essas pessoas possuem uma perspectiva social distinta e não serão atingidas da mesma forma. Ademais, dentro de cada grupo atingido pela lesão podem existir subgrupos. Cita como exemplo a construção de uma hidrelétrica, em que ocorrem alterações no curso de um rio, bloqueio de estradas, alterações expressivas da fauna e da flora. O interesse das comunidades ribeirinhas, dos trabalhadores, dos passageiros de determinadas estrada podem não ser coincidentes e até divergentes. Nesses casos os legitimados legais não podem funcionar isoladamente, havendo a necessidade de que todos os grupos afetados sejam representados através de *amicus curiae*. A possibilidade de autocomposição parcial surge como algo possível, rompendo com o dogma da indivisibilidade da tutela coletiva. Por fim, o juízo competente (local da lesão) pode ser repartido de acordo com os diversos danos causados, mencionando julgado do Superior Tribunal de Justiça (Reclamação nº 31.935/MG) que corroboraria a tese.

A proposta de Edilson Vitorelli está em conformidade com a exigência do princípio da eficiência no tocante ao tratamento da tutela coletiva, pois reconhece que o conceito legal dos direitos coletivos (direito difuso, coletivo em sentido estrito ou individual homogêneo) e o procedimento contido no Código de Defesa do Consumidor e na lei da Ação Civil Pública são insuficientes para abarcar de forma adequada os graus de variedade e complexidade que esses litígios apresentam, notadamente em função da dissociação entre a titularidade dos direitos transindividuais e os indivíduos atingidos pela lesão.

Nesse contexto, a possibilidade de ampliação do contraditório através da convocação de *amici curiae*, a possibilidade de autocomposição parcial e de repartição de competência em

razão dos diversos locais de possíveis danos permitem que, em algumas situações, não sejam dispendidos recursos desnecessários em casos simples ou que sejam indevidamente simplificados casos complexos.

Em relação à técnica de tutela repetitiva, o precedente firmado é dotado de autoridade vinculante, produzindo o efeito de vincular os julgados que, em situações idênticas, lhe forem supervenientes. A norma estabelecida (*ratio decidendi*) obrigará os órgãos judiciais a adotarem aquela mesma tese na fundamentação dos julgados sob sua jurisdição em relação aos processos suspensos, guardando obediência a um tratamento uniforme na resolução de questões de direito e na distribuição da Justiça.

A tese fixada nos processos repetitivos, contudo, não afastará a necessidade de que os titulares do direito reconhecido no precedente repetitivo tenham que ajuizar suas ações individuais a fim de obter o reconhecimento do seu direito, para só então efetivá-lo. Daí concluir que a grande contribuição do IRDR ao sistema processual não guarda necessariamente relação com a prevenção de futuros litígios e sim com a eficiência e racionalidade do sistema, tornando-o estável e previsível frente a questões de direito repetitivas.

Como já salientado, os sistemas de tutela coletiva e repetitiva, apesar de terem características e estruturas próprias, podem conviver e serem complementares algumas vezes.

Por um lado, questões de direito processual que se repetem com frequência em processos heterogêneos não podem ser objeto de ação coletiva, mas apenas de tutela repetitivas de direito. Todavia, a tese jurídica processual repetitiva a ser discutida pode existir dentro de uma ação individual ou coletiva lato sensu (ação coletiva que veicule direito difuso, coletivo em sentido estrito ou individual homogêneo), devendo esta última ter a preferência para funcionar como paradigma no julgamento.

Por outro lado, os direitos materialmente difusos buscados em ação coletiva não podem ser objeto de repetição ou de multiplicação de ações. Eventual pedido de interrupção da publicidade enganosa, em âmbito nacional, deve ser veiculado e analisado apenas em uma única ação coletiva. O mesmo pode ser dito se a publicidade fosse dirigida apenas para determinado Estado. Se houver outras ações com o mesmo pedido da natureza difusa (interrupção da publicidade), a questão deve ser resolvida pelas regras da litispendência ou, eventualmente,

conexão. Em outros termos, não se deve instaurar processo repetitivo quando está envolvida, na definição da tese jurídica, questão de direito difuso de âmbito nacional.

Essa solução prestigia a interpretação sistemática (diálogo das fontes) entre vários diplomas infraconstitucionais, com destaque para a Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) e permite concluir que é da própria natureza do direito metaindividual difuso o efeito *erga omnes*, ou seja, a vocação para afetar os beneficiados com a tutela independentemente do local onde estejam ou residam, obviamente para as situações que assim se colocarem, ressalvados os aspectos dos litígios de difusão irradiada. Esses argumentos foram referendados pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp. 1.243.887/PR, analisado sob a modalidade de recurso repetitivo.

Essa regra não se aplica em relação aos direitos individuais homogêneos, ainda que a ação coletiva tenha abrangência nacional. Nessas hipóteses, o Supremo Tribunal Federal[322] vem decidindo que que "a eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva" está restrita aos beneficiários que são "residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador", nos termos do RE nº 612.043.

Todavia, quando uma ação coletiva estiver pleiteando direitos individuais homogêneos, como, por exemplo, indenização para consumidores decorrente de produtos com vício, deve-se priorizar o julgamento da ação coletiva em detrimento da instauração de um incidente de tutela repetitiva, inclusive com a possibilidade de suspensão de ofício das ações individuais, sob pena de violação da eficiência processual.

Poder-se-ia indagar se tal orientação não violaria os arts. 51, IV e § 1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor, que não permite a suspensão de processos individuais de ofício contra a vontade do autor individual diante de ações coletivas. Todavia, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça[323], no atual contexto da evolução histórica do sistema processual relativo à eficiência jurisdicional, as normas processuais infraconstitucionais devem ser interpretadas teleologicamente, preservando o direito de ajuizamento da pretensão individual na pendência de ação coletiva, mas suspendendo-se o

[322] BRASIL. STF, Ag Reg no RE n°1.101.937, Rel. Ministro Alexandre de Moraes, j. 30.11.2018.
[323] BRASIL. STJ, Segunda Seção, REsp 1110549/RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, j.28/10/2009.

prosseguimento desses processos individuais, para o aguardo do julgamento de processo de ação coletiva que contenha a mesma macrolide.

Neste precedente restou assentado que, no tocante aos direitos individuais homogêneos, os regramentos de suspensão da tutela coletiva e repetitiva se comunicam (diálogo das fontes), sendo plenamente possível que "ajuizada a ação coletiva atinente à macrolide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva, tal como na sistemática da tutela repetitiva. Trata-se de um inovador precedente do Superior Tribunal de Justiça, que vem sendo mantido.

Assim, todos esses aspectos demonstram que as diferenças de objeto e estrutura das técnicas coletivas e repetitivas não impedem que em algumas situações, como a tutela dos direitos individuais homogêneos, haja uma comunicação desses elementos através de um diálogo de fontes a partir da busca da eficiência processual.

4.2. A INSPIRAÇÃO DO IRDR NO DIREITO ALEMÃO (MUSTERVERFAHREN)

O problema do aumento do número de demandas judiciais ocorre em nível global, mas nem todos os países adotaram os mesmos mecanismos processuais para enfrentar a questão. Algumas nações resistiam em implantar formas de tutela coletiva próximas à *class action* estadunidense e criaram novos instrumentos de tutela (ações de grupo) que fossem capazes de conferir tratamento adequado aos processos de massa, mas sem a formação de uma classe e sem a representação de toda uma coletividade por substitutos processuais.

Podemos citar como experiência de mecanismos de julgamento de demandas repetitivas no direito estrangeiro a *Group Litigation Order* (GLO) da Inglaterra[324], o *Testprozess* da Áustria[325] e o *Musterverfahren* da Alemanha. No presente trabalho optou-se por se realizar algumas considerações sobre a experiência do direito alemão, vez que foi o instituto expressamente mencionado como fonte de inspiração estrangeira para a construção do IRDR na Exposição de Motivos do anteprojeto do Código de Processo Civil de 2015:

> "Com esses 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

[324] ANDREWS, Neil. O Moderno Processo Civil. *Formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra.* Tradução Teresa Arruda Wambier. São Paulo: RT, 2010, p. 343.
[325] GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil Law e common Law. Uma análise de direito comparado*. São Paulo: RT, 2011, p. 152-153.

> 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 existência de decisões conflitantes"[326].

Não há qualquer pretensão de se fazer uma análise minuciosa do mecanismo processual alemão e nem de fazer um estudo aprofundado de direito comparado, sendo nossa pretensão apenas expor alguns elementos centrais do *Musterverfahren* para posteriormente verificarmos algumas semelhanças e distinções do mesmo em relação ao IRDR projetado no Código de Processo Civil de 2015.

De pronto, conforme elucida Aluísio Gonçalves de castro Mendes[327], é pertinente esclarecer que a origem do *Musterverfahren* está vinculada às diversas ações judiciais ajuizadas nas décadas de 1960 a 1980 questionando aspectos relacionados à construção de usinas nucleares e aeroportos na Alemanha. Em 1979, em virtude do grande número de processos análogos perante o Tribunal Administrativo de Munique, o órgão judicial de primeiro grau inovou e, sem qualquer previsão legal, fez uma triagem de 40 ações (processos-modelos), que teriam processamento, produção de provas e julgamento. Os demais processos ficariam suspensos, por tempo indeterminado, aguardando o julgamento dos processos-modelos (*Musterverfahren).*

O procedimento foi questionado perante a Corte Constitucional da Alemanha, que afastou as afrontas de ofensa aos princípios da inafastabilidade da prestação jurisdicional e de igualdade perante a lei. Na fundamentação, foi destacado que aqueles que tiveram seus processos suspensos teriam seus direitos preservados porque poderiam requer medidas de urgência, bem como que a medida foi plausível porque garantia tempo de tramitação razoável e propiciava economia de custos.

Com a validação do modelo do *Musterverfahren* pela Corte Constitucional da Alemanha, houve o encaminhamento de uma proposta legislativa para reforma do Código de Processo Administrativo - *Verwaltungsgerichtsordnung* (VwGO). O Parlamento alemão aprovou em 1990 a alteração legislativa e foi incluído o *Musterverfahren* com aplicação restrita as matérias albergadas pelo Tribunal Administrativo. Posteriormente, em 2008, foi admitida a

[326] BRASIL. Senado. Anteprojeto do novo Código de Processo Civil. Brasília-DF. Disponível em HTTP://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf. Acesso em 17 março de 2019.
[327] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 30-33.

sua aplicação para as demandas de competência do Tribunal Social com redação semelhante ao VwGO (na *Sozialgerechtsgezetz* – SGG – §114a), com o propósito de manter um regramento unificado no âmbito do direito público[328].

Todavia, a ampla difusão do *Musterverfahren* na comunidade internacional ocorreu em 2005, com a edição da Lei de Introdução do Procedimento Modelo para investidores em mercado de capitais – *Kapitalanleger-Musterverfahren* (KapMuG). A criação do mecanismo na esfera processual privada foi motivada pela existência de diversas ações individuais ajuizadas por investidores contra a *Deutsche Telekom* e a necessidade de uma resposta jurisdicional mais célere diante da avalanche de processos sobre o referido tema[329].

A empresa *Deutsch Telekom* ofertou entre 1999 e 2000 ações na bolsa de valores de Frankfurt, com informações patrimoniais inverídicas que lastrearam a emissão dos referidos títulos, levando a erro os investidores e ocasionando prejuízos aos investidores. Em virtude dessa conduta, entre 2001 a 2003, mais de treze mil ações foram propostas perante o Tribunal de Frankfurt, cidade sede da Bolsa de Valores alemã. Em virtude da falta de celeridade processual acarretada pela proliferação de ações judiciais do caso *Deutsch Telekom*, o Tribunal Constitucional Alemão julgou, no ano de 2004, dois recursos constitucionais sob a alegação de violação ao direito de duração razoável do processo. A Corte negou provimento aos recursos, entendendo que a demora, naqueles casos, se justificava, todavia, indicou o uso de um procedimento modelo para que os casos fossem solucionados em bloco, permitindo que todos os processos fossem decididos simultaneamente com duração razoável de tempo. Nesse contexto foi publicada em 2005 a lei temporária que institui o *Musterverfahren* para as ações relacionadas às controvérsias do mercado de capitais, com previsão inicial de término de vigência em novembro de 2010 e posteriormente em novembro de 2020 [330].

O *Musterverfahren* foi disciplinado como uma técnica processual que objetiva, a partir de um caso concreto entre litigantes individuais, resolver questões comuns a inúmeros processos análogos, vinculando todos os julgadores de primeiro grau que se depararem com a

[328] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 38.
[329] CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas.* Salvador: JusPodiym, 2015, p. 329-330.
[330]CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas*. Salvador: JusPodiym, 2015, p. 331.

mesma matéria, seja de fato ou de direito, e, assim, assegurar de forma célere e isonômica solução uniforme para todos esses casos.

A técnica do sistema alemão pode ser explicada para fins didáticos em três fases principais: a) hipóteses de cabimento; b) procedimento; c) os efeitos do julgamento[331].

Em relação às hipóteses de cabimento, a lei temporária prevê que o procedimento é destinado aos processos relacionados a pretensões indenizatórias por prejuízos decorrentes de informações falsas ou omissas no mercado de capitais, por prejuízos causados pela utilização de informações públicas falsas ou enganosas sobre o mercado de capitais ou pela falta de esclarecimentos acerca de suspeita de falsidade de informações públicas sobre mercado de capitais, além das pretensões Aquisição e Transmissão de Valores Mobiliários. Não existe, portanto, uma disciplina extensível a toda e qualquer pretensão de natureza cível repetitiva.

O requerimento de instauração do *Musterverfahren* só pode ser realizado pelas partes do processo individual em tramitação, não possuindo o magistrado legitimidade para solicitar, mediante ofício, a instauração do procedimento-modelo perante o Tribunal local.

O requerimento de instauração deve conter todas as informações sobre os fatos e circunstâncias legais existentes na ação individual que no seu entender faz com que estejam presentes os pressupostos para julgamento do caso modelo. Em seguida, após a oitiva da parte contrária, deverá o magistrado de primeiro grau realizar a admissibilidade para instauração do procedimento, no prazo de seis meses contados do recebimento do requerimento.

Para Igor Rossoni[332] a admissibilidade do procedimento é um dos aspectos mais importantes, pois, depois de formalizado o pedido de uma das partes para instauração do procedimento, há a definição vinculativa "com parâmetros objetivos, das questões fáticas ou jurídicas que serão fixadas pelo juiz de primeiro grau e decididas pela Corte de Apelação".

Nesse contexto, uma vez delimitados tais parâmetros pelo juízo de primeira instância, não se admite recurso contra essa decisão. O magistrado fará, então, publicar em cadastro

[331] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 46.
[332] ROSSONI, Igor Bimkowski. O incidente de resolução de demanda repetitivas e a introdução do *group litigation* no direito brasileiro: avanço ou retrocesso? Disponível em: http://www.tex.pro.br/home/artigos/44-artigos-dez-2010/4740-o-incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas-e-a-introducao-do-group-litigation-nodireito-brasileiro-avanco-ou-retrocesso. Acesso: em 17 março. 2019, p. 23.

eletrônico o resumo da demanda, com as partes e o objetivo do procedimento. A partir desse momento é necessário ainda que, em um período de seis meses contados da primeira publicação, outros nove pedidos sejam registrados com a mesma pretensão comum, sob pena de rejeição. O tribunal de segunda instância (*Oberlandesgericht-OLG*) está vinculado ao exame das questões comuns apresentadas pelo juiz de primeira instância em sua decisão vinculativa, cabendo-lhe julgar o procedimento. Com a admissibilidade e instauração do procedimento-modelo e sua remessa ao tribunal para julgamento, automaticamente suspendem-se todos os processos individuais que tratam da mesma matéria[333].

A segunda fase do procedimento ocorre em um Tribunal de Apelação (Oberlandesgericht-OLG) e seguirá as regras procedimentais do Código de Processo Civil alemão. Compete ao Tribunal, antes do julgamento da questão repetitiva, efetuar a escolha de um líder tanto para a parte autora quanto para a parte ré que, os quais passam a ser os interlocutores diretos com a Corte. Caberá ao líder da parte autora definir a estratégia processual e a forma de condução do processo, não podendo os intervenientes contrariá-lo[334].

Marcos Cavalcanti da Costa[335] explica alguns critérios acerca da escolha do líder:

> Embora a KapMuG mencione ter a eleição das partes-principais caráter discricionário, dispõe alguns critérios que devem ser observados, obrigatoriamente, pelo OLG, no momento de se efetivar a seleção do autor principal: a) o candidato deve ser escolhido dentre as partes que tiveram os processos individuais suspensos; b) o candidato deve ter representatividade adequada para defender os interesses das partes envolvidas no litígio de massa; c) a Corte deve verificar a existência de um acordo firmado entre os autores dos processos individuais com o objetivo de indicação de um autor principal; e d) o Tribunal deve considerar o montante da dívida discutida no processo individual.

Importante ressaltar que a escolha do líder não impede a participação efetiva dos outros interessados que não foram escolhidos como líderes, pois as partes dos processos individuais suspensos e dependentes do julgamento do incidente são consideradas intervenientes e também podem se valer de meios de ataque e defesa para reforçar as teses.

Nesse sentido são pertinentes as palavras de Antônio do Passo Cabral[336], quando afirma que a legislação não se afasta de uma inclusão automática dos terceiros interessados que

---

[333] CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas*. Salvador: JusPodiym, 2015, p. 339.
[334] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 49.
[335] CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas.* Salvador: JusPodiym, 2015, p. 340.
[336] CABRAL, Antônio do Passo. O novo procedimento-modelo (Muterverfahren) alemão: uma alternativa às

não sejam efetivos participantes. Aqueles que são partes em processos individuais dependentes do *Musterverfahren*, mesmo não intervindo voluntariamente no incidente coletivo, serão automaticamente considerados intervenientes, com todos os poderes aos terceiros assegurados, podendo complementar as alegações e esclarecer os pontos controvertidos, desde que não contrariem o líder e atuem de acordo com o estado em que o processo se encontra.

A desistência superveniente por parte de um dos requerentes do procedimento-padrão não terá qualquer efeito na tramitação do caso-piloto, mas a desistência por parte de um dos líderes exige que o Tribunal promova a indicação de uma nova parte para funcionar como líder. Portanto, a escolha do líder indica a preocupação do sistema da Alemanha com uma forma específica de controle de representatividade adequada, o que poderá assegurar maior legitimidade e segurança à construção do provimento jurisdicional.

Conforme lição de Antônio do Passo Cabral[337], na segunda fase a cognição judicial pode ser de fato e de direito, demonstrando a possibilidade de resolução parcial dos fundamentos da pretensão, com a cisão da atividade cognitiva em dois momentos: um coletivo e outro individual. Para o citado autor esse detalhe evitaria uma potencial quebra da necessária correlação entre fato e direito no juízo cognitivo.

A terceira fase disciplina os efeitos da decisão proferida no *Musterverfahren*. A Lei do Procedimento-Modelo para os litígios no mercado de capitais (*KapMug*), no seu art. 22, dispõe que a decisão modelo vincula os órgãos judiciais, em relação ao julgamento dos processos que foram suspensos e que dependem da solução das questões controvertidas. A referida decisão produzirá efeitos a favor ou contra todos os participantes do *Musterverfahren*, sejam eles as partes principais ou aqueles que tiveram os processos suspensos[338].

É necessária, porém, a existência de litispendência dos processos individuais no momento da decisão do Tribunal (decisão-modelo). Os processos ainda não ajuizados e que não estavam suspensos no momento do julgamento do incidente não serão alcançados pela eficácia da tutela jurisdicional.

---

ações coletivas. *Revista de Processo*, São Paulo, maio 2007, p. 139.

[337] CABRAL, Antônio do Passo. O novo procedimento-modelo (Muterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, São Paulo, maio 2007, p. 132-133.

[338] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 52.

Há, no entanto, a possibilidade de os intervenientes escaparem dos efeitos da decisão-modelo caso comprovada a má gestão processual. Os intervenientes devem demonstrar que não puderam fazer uso de meios de ataque e defesa dada a situação avançada em que se encontrava o processo, de modo que não poderão ser prejudicados pelo julgamento.

Por fim, conforme destacado por Marcos Cavalcanti[339], a lei permite que, no prazo de um mês contado da intimação da suspensão do processo, o autor da demanda individual formule requerimento de desistência da ação, sem necessidade de consentimento do réu, como forma de não ser alcançado pelos efeitos do julgamento-modelo.

O *Musterverfahren* é, portanto, uma técnica de julgamento dotado de eficácia coletiva para solucionar questões comuns que se irradiam em causas de massa relacionadas com o mercado de capitais e que serviu de inspiração para alguns países como o Brasil.

Todavia, como afirma Marcelo Eugênio Feitosa de Almeida[340], o IRDR, tal como previsto no Código de Processo Civil, muito se afastou do *Musterverfahren*, embora tenha sido sua fonte de inspiração.

4.3 CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS SOBRE A NATUREZA DO IRDR

Antes de adentrarmos na análise dos requisitos de instauração e das principais controvérsias processuais do IRDR, entendemos ser essencial analisar se a técnica adotada em relação ao modelo de processamento do instituto no sistema processual brasileiro foi o da causa-piloto, do procedimento-modelo ou um sistema misto. A definição desse aspecto revela-se imprescindível para a compreensão dos seus elementos objetivos e subjetivos, especialmente em relação à formação, estabilização e eficácia da decisão.

Ademais, daí surgem uma série de questões como verificar se no IRDR o julgamento é da lide em concreto ou da questão jurídica em abstrato, se é possível propor IRDR sem causa pendente que contenha a questão jurídica repetitiva no Tribunal, se o Relator do IRDR obrigatoriamente tem que ser Relator de causa pendente, bem como se é possível propor IRDR para julgamento no Tribunal de processo oriundo de Juizados Especiais.

---

339 CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas.* Salvador: JusPodiym, 2015, p. 340.

340 ALMEIDA, Marcelo Eugênio Feitosa. *Musterverfahren x Pilotverfahren*: os regimes de IRDR adotados pelos Tribunais Regionais Federais. *Publicações da Escola da AGU*, nº 4, Brasília, out./dez. 2017, v. 9, p. 150.

4.3.1. A técnica adotada no Brasil (causa-piloto ou procedimento-modelo)

Em regra, os sistemas processuais estrangeiros que utilizam técnicas para solução de processos repetitivos adotam dois sistemas: 1) o regime da causa-piloto, sendo exemplo o direito austríaco com o *Pilotverfahren.* Neste sistema o órgão jurisdicional seleciona um caso para julgar, fixando a tese a ser seguida nos demais casos sobrestados; 2) o regime da causa-modelo, sendo exemplo o direito alemão com o *Musteverfahren.* Neste sistema, instaura-se um incidente apenas para fixar a tese a ser seguida, não havendo escolha de uma causa[341].

Como aduz Sofia Temer[342], no regime da causa-piloto há uma unidade cognitiva e decisória, pois o Tribunal além de fixar a tese jurídica irá resolver o conflito subjetivo. Já no regime da causa-modelo, há uma cisão cognitiva, pois a Corte fixará a tese jurídica em abstrato sem aplicação direta em um processo subjetivo submetido ao seu crivo, assumindo uma feição eminentemente objetiva.

O IRDR é disciplinado pelos arts. 976 e seguintes do Código de Processo Civil, mas não há uma indicação expressa nos citados dispositivos se o incidente compreenderá julgamento da causa concreta ou se apenas haverá solução da questão jurídica, em abstrato, fixando-se a tese jurídica sem a solução da lide.

Observe-se que se por um lado o parágrafo único do art. 978 do Código de Processo Civil dispõe que "o órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente", o que poderia indicar a adoção do modelo da causa-piloto, por outro lado, o §1º do art. 976 do Código de Ritos dispõe que "a desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente", consagrando a possibilidade cisão cognitiva e fixação de tese jurídica sem o necessário julgamento do conflito subjetivo.

Essa ausência de previsão explícita tem provocado uma série de divergências na doutrina e na jurisprudência acerca da temática. No plano acadêmico entendem que se trata de causa-piloto, entre tantos, Leonardo Carneiro da Cunha[343]. Já em sentido contrário, dentre outros, Sofia Temer[344].

---

[341] CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. Rio de janeiro: Forense, 2016, p. 215.
[342] TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 66-67.
[343] CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. Rio de janeiro: Forense, 2016, p. 215-219.
[344] TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 66-100.

Para Leonardo Carneiro da Cunha, através de uma interpretação sistemática do instituto é possível concluir que houve nítida opção pelo regime da causa-piloto. Aduz o autor que sendo o IRDR de competência dos Tribunais, ele tem obrigatoriamente a natureza jurídica de um incidente, ou seja, trata-se de um procedimento acessório vinculado necessariamente a um outro procedimento maior. E explica que tal conclusão deriva do fato de que não é possível ao legislador ordinário criar competências originárias para os Tribunais, pois estas devem estar previamente estabelecidas na Constituição Federal ou nas Constituições Estaduais para os Tribunais de Justiça (CF/88, art. 125, §1º). Assim, o IRDR como incidente deverá estar necessariamente vinculado ao julgamento de um recurso, remessa necessária ou ação originária do Tribunal, sob pena de inconstitucionalidade.

Em relação à regra contida no §1º do art. 976 do Código de Processo Civil, a qual dispõe que "a desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente", Leonardo Carneiro da Cunha entende que ocorreria uma exceção à regra e nessa hipótese estaria configurada um procedimento-modelo. Todavia, adverte que essa hipótese é rara, pois para ele tanto nos recursos repetitivos quanto no IRDR devem ser selecionados pelo menos dois casos (CPC, art. 1.036, §§2º e 5º), razão pela qual quando houver desistência de um deverá se prosseguir com o outro.

Sofia Temer, por sua vez, entende que o IRDR será formado a partir de um procedimento modelo a partir dos seguintes fundamentos: a) no IRDR apenas há a resolução de questões de direito, o que limita a cognição e impede o julgamento de um processo subjetivo; b) a desistência do que seria a "causa-piloto" não impede o prosseguimento do IRDR, que tramita independente do conflito subjacente; c) a natureza objetiva parece ser mais adequada, em termos de sistemática processual, para aplicar a tese jurídica fixada às demandas fundadas na mesma questão, pois justifica a ampliação do debate.

Para Marcelo Eugênio Feitosa Almeida[345] a jurisprudência dos cinco Tribunais Regionais Federais não adotou de forma taxativa nenhum dos sistemas conhecidos, tendo desenvolvido um modelo próprio procedimental para solução de demandas em cada uma das Cortes.

[345] ALMEIDA, Marcelo Eugênio Feitosa. *Musterverfahren x Pilotverfahren*: os regimes de IRDR adotados pelos Tribunais Regionais Federais. Publicações da Escola da AGU, nº 4, Brasília, out./dez. 2017, v. 9, p. 143-160.

No Tribunal Regional Federal da 1ª Região – de acordo com o sítio eletrônico institucional[346], até a conclusão do presente trabalho, foram admitidos dois incidentes.

Conforme consta no Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (arts. 357 e seguintes), cabe à Corte Especial a competência para julgamento do IRDR quando a matéria for constitucional ou envolver competências de mais de uma seção especializada e, às seções especializadas, nas demais matérias de acordo com a competência de cada seção.

Por sua vez, a norma interna determina na Corte Regional Federal da 1ª Região o apensamento do IRDR ao processo pendente, seja uma ação originária, seja um processo em fase recursal ou devolvido por força de remessa necessária, aduzindo que incidente será distribuído por prevenção ao Relator do processo pendente. Tal regramento indica claramente a adoção da técnica da causa-piloto, vinculando a discussão da questão jurídica ao caso concreto e ainda criando hipótese de prevenção não contida expressamente no Código de Processo Civil.

É verdade que o Regimento abre uma exceção a esse regramento, pois permite a escolha do Relator do incidente livremente, sem prevenção, por sorteio, caso não haja processo pendente na seção especializada ou Corte Especial. Nesse caso o IRDR terá seu julgamento exclusivamente sobre a questão jurídica, em abstrato, independentemente de julgamento de caso concreto, que ficará suspenso.

No primeiro incidente admitido[347], o IRDR foi requerido por um magistrado de primeiro grau e tinha por objeto a fixação de tese acerca da possibilidade de auditores fiscais/ conselheiros participar de julgamento de recursos administrativos no CARF em virtude do recebimento do "bônus de eficiência e produtividade na atividade tributária e aduaneira" instituído pela Medida Provisória nº 765/2016. Analisados os demais requisitos de admissibilidade, o incidente foi admitido e vinculado ao primeiro processo pendente de análise na Seção sobre a matéria.

Em resumo, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região adota como regra geral o regime da causa-piloto. Contudo, nas situações em que não é possível seguir tal modelo em virtude de

[346] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR. https://portal.trf1.jus.br/data/files/A7/C0/6E/44/8C5C9610DA9B2C96833809C2/consulta_internet_irdr.pdf. Acesso: em 17 fev. 2019.
[347] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Quarta Seção, IRDR nº 0008087-81.2017.4.01.0000, Rel. Desembargador Federal Novely Vilanova, admitido em 31/05/2017, j. 18/10/2017.

o órgão de julgamento do IRDR ser distinto daquele do processo subjetivo, seu regimento viabiliza o prosseguimento do IRDR para fixação apenas da tese jurídica.

No Tribunal Regional Federal da 2ª Região – de acordo com o sítio eletrônico institucional[348], até a conclusão do presente trabalho, foram admitidos dois incidentes.

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região adotou em seu Regimento Interno (parágrafo único do art. 112-B) o regime da causa-piloto, pois consta no referido dispositivo que, após julgar o incidente e fixar a tese jurídica, o órgão julgador julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde adveio o incidente.

A norma interna não tratou de regra de prevenção do Relator do processo pendente para relatar o IRDR, mas esse aspecto foi delimitado pela Corte Regional da 2ª Região quando do julgamento do primeiro incidente (IRDR nº 0004491-96.2016.4.02.0000)[349]. Foi decidido no referido julgado que necessariamente o Relator do IRDR terá redistribuído para si o processo pendente, ainda que esteja no âmbito de outra Seção.

Observa-se, portanto, que a técnica processual aplicada no âmbito do Tribunal Regional Federal da 2ª Região revela forte adesão ao regime da causa-piloto, não contendo a exceção prevista no disciplinamento da Corte Regional da 1ª Região, que permite a cisão cognitiva entre o incidente o processo subjetivo quando o órgão competente do IRDR não for também competente para o julgamento da demanda que se encontrava no Tribunal.

No Tribunal Regional Federal da 3ª Região – de acordo com o sítio eletrônico institucional[350], até a conclusão do presente trabalho, foram admitidos dois incidentes.

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região limitou-se a estabelecer em seu Regimento a competência interna da Corte Especial para julgamento do incidente quando a matéria for comum a mais de uma Seção ou das Seções quando a matéria for afeta a sua competência, sem

[348] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR. http://www10.trf2.jus.br/consultas/gerenciamento-de-precedentes-obrigatorios-novo-cpc-nugep/irdr-incidentes-de-resolucao-de-demandas-repetitivas/ Acesso: em 17 fev. 2019.
[349] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Órgão Especial, IRDR nº 0004491-96.2016.4.02.0000, Rel. Desembargador Federal Paul Erick, admitido em 24/10/2016, j. 10/11/2017.
[350] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR. http://www.trf3.jus.br/documentos/vipr/IRDR_01.pdf. Acesso: em 17 fev. 2019.

enfrentar a questão do modelo de processamento do IRDR. Em seu primeiro incidente (IRDR nº 0017610-97.2016.4.03.0000)[351], teve como questão jurídica "*o redirecionamento de execução de crédito tributário da pessoa jurídica para os sócios dar-se-ia nos próprios autos da execução fiscal ou em sede de incidente de desconsideração da personalidade jurídica*".

O IRDR foi suscitado no bojo de um recurso de agravo de instrumento, tendo o incidente sido distribuído a um Relator no âmbito da Corte Especial, ao passo que o recurso permaneceu com seu Relator originário, na Turma competente. O Relator do Agravo de Instrumento, por sua vez, suspendeu a tramitação do recurso, com base no art. 313, IV, do Código de Processo Civil, até o julgamento do IRDR.

Entendemos que a lacuna do Regimento Interno da Corte Federal da 3ª Região somada ao modo de processamento do referido IRDR permite inferir que o julgamento poderá ocorrer apenas para fixação da tese jurídica, sem o julgamento do processo subjetivo. Trata-se de entendimento semelhante ao do Tribunal Regional da 1ª Região, que admite o processamento através do procedimento-modelo quando a competência do órgão de julgamento do IRDR for diversa da do órgão previsto para julgamento do processo subjetivo.

No Tribunal Regional Federal da 4ª Região – de acordo com o sítio eletrônico institucional[352], até a conclusão do presente trabalho, foram admitidos 10 incidentes.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região estabeleceu preferencialmente em seu Regimento Interno (art. 345-C) o regime da causa-piloto ao prescrever que uma vez admitido o incidente, o Relator pedirá dia para julgamento, apresentando voto para fixar a tese jurídica a ser aplicada ao processo ou recurso que deu origem ao pedido de instauração do IRDR

O órgão colegiado, assim, delimitará a tese jurídica a ser apreciada, afetando o processo ou recurso, que deu origem ao pedido de instauração do IRDR. Dessa forma, quando a instauração do IRDR decorrer de recurso, remessa necessária ou de ação originária que tramitam no Tribunal, o Relator será mantido no incidente.

[351] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Órgão Especial, IRDR nº 0017610-97.2016.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal Baptista Pereira, admitido em 08/02/2017.
[352]BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=irdr_listar . Acesso: em 10 fev. 2019.

A Corte Regional Federal da 4ª Região[353], contudo, entendeu excepcionalmente pela possibilidade de aplicação da técnica do procedimento-modelo para a instauração do IRDR a partir de processos que tramitam nos juizados especiais. No referido julgado foi firmado o entendimento de que o Código de Processo Civil, no mínimo implicitamente, ao conferir ao Tribunal a competência para decidir o IRDR, com aplicação explícita do resultado do julgamento a todos os processos que tramitem na sua área de jurisdição, inclusive àqueles que tramitem nos Juizados Especiais do respectivo Estado ou Região, admitiu que os incidentes sejam instaurados a partir de processos que tramitam nos juizados especiais.

Em resumo, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região adota como regra geral o regime da causa-piloto. Contudo, nas situações em que não é possível seguir tal modelo, como nas hipóteses de teses controvertidas no âmbito dos Juizados Especiais Federais admite o prosseguimento do IRDR por meio da técnica do procedimento-modelo.

No Tribunal Regional Federal da 5ª Região – de acordo com o sítio eletrônico institucional[354], até a conclusão do presente trabalho, foram admitidos quatro incidentes.

O Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (art. 6º, I, k) determinou que o julgamento do incidente caberá ao Plenário que, além de apreciar o incidente e fixar a tese jurídica, julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente.

Não há definição de eventual prevenção e reunião entre o Relator do processo pendente (em fase recursal, remessa necessária ou ação originária) e o Relator do incidente. Todavia, a sistemática adotada nos IRDR's já admitidos é de que não há prevenção do Relator da causa pendente para relatar o IRDR. A distribuição é simplesmente por sorteio. Essa questão, foi enfrentada pelo Relator do IRDR nº 08045758020164050000[355], Desembargador Federal Roberto Machado, que, sorteado para relatá-lo, não tinha, em seu acervo, nenhum processo pendente em fase recursal, remessa necessária ou ação originária.

---

[353] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Corte Especial, Processo nº 5033207-91.2016.4.04.0000 Rel. Desembargador Federal Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira, j. 22/09/2016.

[354] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR. https://www4.trf5.jus.br/irdr/paginas/publico.xhtml. Acesso: em 10 fev. 2019.

[355] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Pleno, Processo nº 08045758020164050000, Rel. Desembargador Federal Roberto Machado,,admitido em 27/10/2016.

Não obstante, o Plenário da Corte Regional Federal da 5ª Região decidiu que aquele IRDR tramitaria, tendo em vista ausência de processo pendente com o Relator, apenas para análise da questão jurídica, em abstrato.

Portanto, é possível concluir que O Tribunal Regional Federal da 5ª Região adota um regime aleatório. Se o relator do IRDR possuir em seu acervo processo pendente contendo a questão jurídica objeto do incidente, o julgamento o processo subjetivo ocorrerá na mesma assentada. Do contrário, o Plenário fixará a tese no IRDR através de um Relator e o processo piloto terá um outro Relator.

A partir da leitura dos Regimentos Internos e das primeiras decisões sobre admissão, verificamos ausência de uniformidade em relação à técnica-processual adotada para o processamento do IRDR no âmbito dos Tribunais Regionais Federais, com uma tendência à adoção de um modelo predominantemente de causa-piloto.

Nossa posição é que o Código de Processo Civil adotou a técnica-processual da causa-piloto como mecanismo para admitir o IRDR, pois há no parágrafo único do art. 978 do Código de Processo Civil expressa vinculação entre a fixação da tese e o julgamento do recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária pelo órgão colegiado.

E assim o fez porque sua formatação foi formulada com a natureza de um incidente processual, necessariamente vinculado a um processo subjetivo, e não como de uma ação autônoma. Como bem observa Marcos de Araújo Cavalcanti[356], o IRDR preenche todas as características de um incidente processual típico. É acessório, pois sua instauração depende da existência de diversos processos repetitivos sobre a mesma questão de direito e, ainda, da existência de um desses processos em tramitação no tribunal competente. É acidental, na medida em que representa um desvio ao andamento dos processos repetitivos, os quais deverão ser suspensos para aguardar a definição da tese jurídica. E é incidental em relação aos referidos processos repetitivos em andamento, obedecendo, por consequência, ao regime jurídico dos meros incidentes processuais: o julgamento proferido tem natureza de decisão interlocutória e não fica sujeito à coisa julgada, mas mera preclusão; o requerimento de instauração não

[356] CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas*. Salvador: JusPodiym, 2015, p. 504-505.

necessita de requisitos da petição inicial; as partes são apenas intimadas, não havendo a citação para formação de nova relação jurídica processual; e também não haverá custas e condenação ao pagamento de honorários advocatícios.

Marinoni e Mirtidiero[357] também conferiram ao IRDR a natureza jurídica de incidente e compararam o instituto ao antigo instituto do incidente de uniformização de jurisprudência. Não obstante a natureza jurídica de incidente presente em ambos, existem algumas divergências entre eles que impede uma completa associação, como o fato de que o acórdão proferido pelo órgão colegiado não era atacável por recurso próprio, salvo pelos embargos de declaração, diferentemente do que ocorre com o IRDR.

Entender que o IRDR seria um processo autônomo - e não um mero incidente - ainda esbarraria em um problema de inconstitucionalidade. Afinal, não é permitido ao legislador ordinário ampliar as competências dos Tribunais pela legislação ordinária, pois estas devem ser promovidas mediante previsão expressa na Constituição Federal ou nas Constituições Estaduais para os Tribunais de Justiça (CF/88, art. 125, §1º)[358].

Ademais, o fato de a desistência do que seria a "causa-piloto" não impedir o prosseguimento do IRDR (CPC, art. 976, §1º), que tramita independente do conflito subjacente, não transforma eventual causa-piloto em procedimento-modelo. Afinal, o "processo pilotado" em que houve a desistência poderá continuar servindo de parâmetro para diversos aspectos, tais como aproveitamento dos fundamentos jurídicos debatidos, possibilidade de sustentação oral no âmbito do IRDR pelo recorrido ou réu, prevenção do Relator do conflito subjetivo para o IRDR, dentre outros.

No nosso entendimento, o enquadramento do incidente na técnica de causa-piloto ou procedimento-modelo leva em conta apenas o momento da admissão do IRDR. No regramento do Código de Processo Civil a admissão do incidente pressupõe a concreta possibilidade de um recurso ou ação originária vinculados ao IRDR serem julgados no futuro, e não o seu efetivo julgamento após a admissibilidade. Caso o julgamento do processo piloto não ocorra por motivo de desistência ou abandono do recurso ou da ação originária, não terá havido a exclusão da

[357] MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC. Críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 177.
[358] MENDES, Aluisio Gonçalves Castro. *Competência cível da Justiça Federal*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 34.

técnica da causa-piloto, pois a instauração do incidente ocorreu vinculada a um determinado processo subjetivo específico.

Por fim, não concordamos com o argumento daqueles que defendem a adoção da técnica do procedimento-modelo no IRDR a partir da fundamentação de que como apenas há a resolução de questões de direito no incidente, sendo vedada a apreciação de questões fáticas, esse aspecto limitaria a cognição e impediria o julgamento de um processo subjetivo.

É que diferente do processo objetivo do controle de constitucionalidade, em que há atividade cognitiva puramente abstrata, no microssistema de formação de precedentes há uma mescla de abstração (descolamento de conflitos subjetivos ou lides específicas) e de concretude (não se pode ignorar completamente as circunstâncias fáticas ocorridas nas situações repetitivas sob pena de sucessivas distinções e ineficácia do próprio sistema de precedentes), como bem relata Sofia Temer[359].

A partir dessa premissa podemos concluir que não é possível propor IRDR sem causa pendente no Tribunal que contenha a questão jurídica repetitiva, embora seja possível continuar no julgamento do IRDR caso haja a desistência ou abandono do processo piloto. E essa desistência ou abandono não alteram a técnica de causa-piloto para causa-modelo.

Esse entendimento impede, portanto, que, em regra, processos que tramitam no âmbito dos Juizados Especiais sejam utilizados como pilotos para permitir a instauração do IRDR no âmbito dos Tribunais de Apelação, pois o incidente não estaria vinculado a um recurso, remessa necessária ou processo originário em tramitação naquela Corte. Todavia, esse aspecto não impede que as teses jurídicas fixadas no âmbito do IRDR também se apliquem em processos que tramitam nos Juizados Especiais, como dispõe o art. 985, I, do Código de Processo Civil.

Afinal, um aspecto é a tese jurídica fixada pelo Tribunal em IRDR a partir de processo que estava sob sua jurisdição se aplicar no âmbito dos processos que tramitam nos Juizados Especiais e que também contenham a questão repetitiva, outro aspecto bem distinto é um processo do Juizado Especial funcionar como piloto para permitir a instauração do IRDR.

[359] TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 89.

Em razão desses aspectos discordamos de Frederico Koehler[360] quando o mesmo afirma que admitir a incidência dos efeitos do IRDR nos Juizados Especiais subverteria todo o microssistema dos juizados, em que não há a participação dos Tribunais, bem como que o novo instituto deveria ser interposto perante algum órgão que componha o microssistema, como no âmbito federal a Turma Regional de Uniformização ou a Turma Nacional de Uniformização.

Por fim, em relação aos procedimentos adotados no âmbito dos Tribunais Regionais, entendemos que a melhor solução deve ser aquela que vincula o Relator do processo piloto como Relator do IRDR, como vem atuando o Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Tal prevenção decorre implicitamente da essência da técnica do processo-piloto prevista no parágrafo único do art. 978 do Código de Processo Civil. Ademais, tal procedimento funciona como mecanismo que consagra a boa-fé objetiva e a preservação do juiz natural, evitando que uma parte que esteja com um recurso ou ação originária com Relator que entenda ser desfavorável ao seu pleito, venha a requerer a instauração do IRDR em determinado processo apenas com a finalidade de modificação do magistrado.

Todavia, caso o IRDR venha a ser julgado por um órgão colegiado do Tribunal da qual não faça parte o Relator do processo piloto, deve ser adotada a solução preconizada pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em que o Relator do IRDR terá redistribuído para si o processo pendente, ainda que esteja no âmbito de outra Seção. Afinal, nos termos do art. 978 do Código de Processo Civil o julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno do Tribunal, órgão esse que também deverá julgar o processo piloto.

4.3.2. O Objeto do IRDR (demandas repetitivas ou questões repetitivas).

A incorporação ao sistema processual da nomenclatura "Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas" – IRDR vem gerando sucessivas críticas por parte da doutrina, a qual sustenta que a denominação pode causar confusões terminológicas e obscurecer todas as potencialidades do instituto.

[360] KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. O incidente de resolução de demandas repetitivas e os juizados especiais. *Revista de Processo*, São Paulo n. 237, nov. 2014, v. 39, p. 500.

Marcos de Araújo Cavalcanti[361] critica a redação do texto legal, afirmando que, em vez de "resolução de demandas repetitivas", o Código de Processo Civil deveria ter empregado "resolução de questões repetitivas". É que o autor entende que a similitude de causas de pedir e pedidos (o que caracteriza demanda) não é o fator preponderante para a caracterização de um processo como repetitivo. Esses processos identificam-se no plano abstrato por discutirem em larga escala, questões jurídicas de origem comum e homogêneas, que podem surgir ainda que não exista qualquer similaridade entre os elementos das demandas que se repetem em determinado Tribunal, como, por exemplo, uma questão processual ou outra relacionada a honorários advocatícios.

Humberto Theodoro Jr.[362] também expressa o mesmo entendimento:

> "O incidente de resolução de demandas repetitivas não reúne ações singulares já propostas ou por propor. Seu objetivo é apenas estabelecer a tese de direito a ser aplicada em outros processos, cuja existência não desaparece, visto que apenas se suspendem temporariamente e, após, haverão de sujeitar-se a sentenças, caso a caso, pelos diferentes juízes que detém a competência para pronunciá-las. O que, momentaneamente, aproxima as diferentes ações é apenas a necessidade de aguardar o estabelecimento da tese de direito de aplicação comum e obrigatória a todas elas. A resolução individual de cada uma das demandas, porém continuará ocorrendo em sentenças próprias, que poderão ser de sentido final diverso, por imposição do quadro fático distinto. De forma alguma, entretanto, poderá ignorar a tese de direito uniformizada pelo tribunal do incidente, se o litígio, de alguma forma, se situar na área de incidência da referida tese".

Ainda em relação a esse aspecto é pertinente a observação de Sofia Temer[363] quando afirma que não é possível equiparar os direitos individuais homogêneos com as "questões de direito" veiculadas nas demandas repetitivas, mesmo que se entenda que a origem comum (CDC, art. 81, III) seja exclusivamente um ponto comum de direito, pois naquele caso se exige uniformidade de demandas e neste apenas de questões.

A expressão "demandas repetitivas" também não pode ser identificada com eventual possibilidade de cumulação de partes em litisconsórcio, pois no IRDR não se pretende analisar a existência de vínculos entre os sujeitos processuais. A classificação das demandas como repetitivas é decorrência da existência de questões comuns, de direito material ou processual,

---

[361]CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 527.

[362] THEODORO JR., Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim de. REZENDE, Ester Camila Gomes Norato (Coord.). *Primeiras linhas sobre o novo direito processual civil brasileiro* (de acordo com o Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015). Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 736.

[363] TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 63.

ainda que estas não representem nenhuma parcela significativa do conflito subjetivo a ser resolvido em juízo.

A expressão "demandas repetitivas" deve ser lida como "questões repetitivas" e abranger os processos que contém questões de direito homogêneas, de direito material ou processual, não havendo a necessidade da existência de uma relação jurídica substancial modelo e tampouco identidade da causa de pedir e do pedido, tampouco relação subjetiva entre os sujeitos processuais.

Portanto, apesar de a expressão "demandas repetitivas" contida na denominação do IRDR abranger algumas situações que podem ser classificadas como direitos individuais homogêneos, também abarca situações em que há apenas um ponto marginal (questão de direito processual) entre as demandas.

4.4. REQUISITOS PARA INSTAURAÇÃO DO IRDR

O art. 976 do Código de Processo Civil prevê o cabimento do IRDR desde que presentes simultaneamente as seguintes situações: a) efetiva repetição de processos; b) controvérsia sobre a mesma questão comum de direito; e c) o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Por fim, existe um requisito negativo: a questão jurídica não estar afetada em Recurso Especial ou Extraordinário Repetitivo. É sobre esses aspectos que iremos realizar algumas considerações e verificar como a jurisprudência vem abordando esses apectos.

4.4.1. A efetiva repetição de processos.

O primeiro requisito legal previsto para o cabimento do IRDR é a efetiva repetição de processos. A presença dessa exigência demonstra que o incidente processual exige um número significativo de processos em tramitação no âmbito dos juízos e do Tribunal para que possa ser deflagrado, mas o Código de Processo Civil não estabeleceu um número mínimo.

Como aduz Aluísio Gonçalves de Castro Mendes[364], na Alemanha, o *Musterverfahren,* no âmbito administrativo, fixou inicialmente, em 1990, um mínimo de 51 processos para que o

[364]MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 110.

instituto pudesse vir a ser utilizado, havendo mudança legislativa posterior, em 1996, que estabeleceu a necessidade de um número superior a 20 processos. Todavia, na prática o patamar de processos que ensejou a instauração do *Musterverfahren* nessas hipóteses sempre foi bem superior, como os casos relacionados ao aeroporto de Leipzig/Halle no ano de 2004 (5.700 processos) e do aeroporto de Frankfurt em 2008 (mais de 200 processos).

Em relação ao *Musterverfahren* relacionado ao Procedimento-Modelo para os litígios no mercado de capitais (*KapMug*) não há a exigência de uma quantidade mínima do número de processos em tramitação, mas a necessidade de pelo menos 10 (dez) requerimentos de instauração do processo-modelo para que o instituto possa vir a ser utilizado.

A ausência de um número pré-estabelecido no direito brasileiro não pode significar arbítrio na utilização do instituto, não sendo possível sua utilização na hipótese de alguns poucos processos. Caberá ao tribunal verificar, em cada caso, se presente a multiplicidade de demandas sobre questão jurídica repetitiva capaz de gerar ofensa à isonomia e à insegurança jurídica, sendo possível que o Tribunal venha a estabelecer através de precedente um número mínimo de processos para algumas situações.

Como muito bem advertem Gláucio Maciel Gonçalves e Victor Dutra[365], diante da ausência de critérios objetivos previstos na legislação brasileira, corre-se o sério risco da utilização precoce do IRDR, antes que outras partes afetadas pela mesma questão de direito tenham trazido ao Poder Judiciário novas perspectivas e sem que uma quantidade razoável de juízes tenha se posicionado sobre a matéria de direito. Tal situação poderia "culminar em decisões-modelo desconectadas da amplitude dos problemas.

O IRDR nº 0004491-96.2016.4.02.0000[366], processado no âmbito do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, teve como causa originária conflito de competência, tendo sido constatada a existência de quinze outros processos similares, que também tinham pedido de instauração do IRDR. Essa quantidade de processos foi considerada suficiente para a

[365] GONÇALVES, Gláucio Maciel; DUTRA, Victor Barbosa. Apontamentos sobre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 208 out./dez. 2015, p. 193.
[366] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR. http://www10.trf2.jus.br/consultas/gerenciamento-de-precedentes-obrigatorios-novo-cpc-nugep/irdr-incidentes-de-resolucao-de-demandas-repetitivas/ Acesso: em 17 fev. 2019.

instauração do incidente, em sintonia com o art. 985, I, do Código de Processo Civil. Embora o número não seja tão relevante, a Corte entendeu que esse número era idôneo para o fim pretendido, mas sem fixar parâmetros ou indicações para casos futuros.

Não obstante a ausência de um número mínimo de processos fixados na legislação, é possível afirmar que a necessidade de processos tramitando afasta qualquer possibilidade de utilização do instituto com finalidade meramente preventiva, a partir da simples probabilidade intuitiva de que no futuro venham a ser ajuizados processos que versem sobre determinada questão de direito, algo que se tentou implementar durante a tramitação do Projeto do Código de Processo Civil no Senado, como bem explicou Dierle Nunes[367].

Nesse sentido é pertinente a crítica de Leonardo Carneiro da Cunha[368]:

> Para que se possa fixar uma tese jurídica a ser aplicada a casos futuros, é preciso que sejam examinados todos os pontos de vista, com a possibilidade de análise do maior número possível de argumentos. E isso não se concretiza se o incidente for preventivo, pois não há, ainda, amadurecimento da discussão. Definir uma tese sem que o assunto esteja amadurecido ou amplamente discutido acarreta o risco de haver novos dissensos, com a possibilidade de surgirem, posteriormente, novos argumentos que não foram debatidos ou imaginados naquele momento inicial em que, preventivamente, se fixou a tese jurídica a ser aplicada a casos futuros.

Portanto, a retirada dessa finalidade preventiva da disciplina do IRDR foi correta, pois o caráter preventivo restringiria de maneira indevida o debate processual e o aprofundamento das controvérsias inseridas por intermédio de decisões proferidas em processos subjetivos.

4.4.2. Controvérsia sobre questão comum de direito.

O segundo requisito legal previsto para o cabimento do IRDR é que, além da efetiva repetição de processos, exista controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito. Esse é um dos aspectos que diferencia o IRDR do *Musterverfahren*. Acontece que aferir a diferença entre questão de fato e questão de direito é tarefa árdua, não havendo, ainda, critérios científicos precisos que facilitem a distinção entre estas expressões.

---

[367] NUNES, Dierle José Coelho. Precedentes, padronização decisória preventiva e Coletivização – Paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem constitucional democrática. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, p. 267-268.

[368] CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no Projeto de novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 193, mar. 2011, p. 262.

Diversos autores, a exemplo de Teresa Arruda Alvim Wambier[369], defendem a impossibilidade da separação ontológica das questões de fato e de direito. Para a autora o fenômeno jurídico pressupõe que aquelas não podem ser definitivamente separadas destas, pois o fato deve ser verificado em função da norma que o regula. Por sua vez, a norma deve ser construída em função do fato que o regula. Como o fenômeno jurídico é analisado a partir da incidência da norma aos fatos, não se pode realizar separação absoluta entre fato e direito.

Esse pensamento possui suas raízes em Castanheira Neves[370], para quem o "puro fato" e o "puro direito" não se encontram nunca na vida jurídica. Afinal, o fato não tem existência senão a partir do momento em que se torna matéria de aplicação do direito, e o direito não tem interesse senão no momento em que se trata de aplicar o fato. Assim, quando o jurista pensa o fato, pensa-o como matéria do direito, quando pensa o direito, pensa-o destinado ao fato.

Todavia, Teresa Arruda Alvim Wambier[371] também reconhece que a impossibilidade de separação ontológica entre questões de fato e de direito não impede que seja feita uma distinção para fins eminente práticos no âmbito do processo civil, sendo recorrente sua menção na necessidade da diferenciação dessas questões para cabimento dos recursos especiais e extraordinários, havendo, inclusive, súmula no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (Súmula 07) e do Supremo Tribunal Federal (Súmula 279).

De fato, a discussão entre questões de fato e de direito é uma questão debatida há muitos anos em matéria de recurso aos Tribunais Superiores e opera a partir da lógica da preponderância das questões fáticas ou jurídica, podendo o IRDR utilizar-se dos mesmos fundamentos já consagrados no âmbito da processualística brasileira.

Nesse contexto, sem desconsiderar a complexidade dessa temática da separação entre questões de fato e de direito, que não será aprofundada nesse tópico, deve-se trabalhar no tocante à admissibilidade com os graus de predominância do aspecto fático ou do aspecto jurídico. Assim, seria possível falar em predominância de questões de direito em determinadas

[369] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Questão de fato e questão de direito. *Revista da Academia Paulista de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 3, jan./jun., 2012, p. 235-236.
[370] CASTANHEIRA NEVES, Questão-de-facto/Questão-de-direito. *O Problema Metodológico da Juridicidade*. Coimbra: Almedina, 1967, p. 48.
[371] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Questão de fato e questão de direito. *Revista da Academia Paulista de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 3, jan./jun., 2012, p. 236-237.

situações: a) como deve ser entendido o texto normativo e quais as consequências jurídicas; b) qual a norma aplicável a determinada situação fática; c) compatibilidade entre o texto normativo e a Constituição. Por sua vez, são questões de fato saber: a) quem violou determinado direito; b) quando ocorreu a violação; c) como se deu a violação de determinado direito.

Resumidamente, as questões de fato se relacionam a aspectos que implicam revisar a forma como os fatos supostamente ocorreram. As questões de direito, por sua vez, podem ser dirimidas independentemente das alegações e provas produzidas pelas partes durante a instrução probatória, pois estão relacionadas à qualificação jurídica dos fatos.

Diante disso, pode-se concluir que a distinção entre as questões de fato e de direito pode se dar com base em dois critérios: o primeiro é ontológico, remete à natureza em si da questão analisada, em que a cisão cognitiva se revela de difícil comprovação; o outro, é de cunho técnico processual, estabelecido antes com base na utilidade da distinção para fins práticos de admissibilidade recursal ou como no presente caso, do IRDR.

Todavia, ainda que exista essa distinção para fins práticos, deve-se ter em mente que a questão unicamente de direito para fins de admissão do IRDR (CPC, art. 978, I) não será realizada a partir de uma completa abstração dos fatos. Como bem aduz Sofia Temer[372], o incidente só pode ser instaurado a partir de alguns casos concretos, que funcionarão como fatos projetados ou pressupostos para eventual fixação da tese jurídica no IRDR. Evidente que instaurado o incidente haverá uma separação de peculiaridades fáticas específicas do(s) processo(s), mas eles moldarão uma situação fática padrão para a incidência da norma jurídica a ser construída quando da formação do precedente no IRDR.

Dessa forma, sem levar em conta determinada situação peculiar de um processo subjetivo, o Tribunal deverá delimitar a base fática que se repete nos processos repetidos que permitem a instauração do incidente com o objetivo de oferecer um modelo genérico (pressuposto fático) para fixação da tese (texto normativo). É que o IRDR opera a partir de um raciocínio tipológico[373], em que os juízos precisarão comparar se os fatos concretos dos

[372] TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 73.
[373] KARAM, Munir. A jurisprudência dos tipos. *Doutrinas essenciais de Direito Civil*. São Paulo: RT, 2011, v. 1, p. 711-724.

processos sobrestados ou dos futuros se ajustam aos fatos projetados pelo Tribunal para incidência da tese jurídica fixada.

Um exemplo de não admissibilidade do IRDR por ausência de questão exclusivamente de direito ocorreu no âmbito do Tribunal Regional Federal da 3ª Região[374]. Neste caso, a instauração do IRDR foi solicitada pelo recorrente que pretendia, diante de sucessivos processos com julgamentos distintos, que o Tribunal resolvesse a controvérsia se o depósito judicial, feito por ordem do juízo, deveria receber atualização pelo índice da caderneta de poupança ou pela SELIC, conforme a Lei nº 9.703/98.

Acontece que o Órgão Especial da Corte Regional Federal da 3ª Região verificou que para a análise da questão, além do tema da atualização dos depósitos judiciais, imperioso examinar qual foi a modalidade de depósito realizado pelos depositantes nos julgamentos paradigmas, apresentados para demonstrar a existência de divergência jurisprudencial - se à ordem do Juízo ou do Tesouro Nacional. No entendimento do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, caso admitido o processamento do IRDR, eventual julgamento favorável à tese do agravante envolveria situação fática e condicional, a de saber qual modalidade de depósito realizada para, somente então, aplicar-se a tese jurídica vencedora, o que não seria admissível, por contrariar a exigência do incidente somente ser cabível em matéria unicamente de direito, não se prestando para solucionar demandas envolvendo análise de provas e fatos.

Assim, o voto do Relator concluiu que embora o recorrente tenha exposto diversos *"leading cases"*, com julgamentos diametralmente opostos, a revelar significativo número de processos sobre tal matéria, tais julgados, fundamentalmente, discutiam, como ponto crucial, a realização do depósito por guia simples ou por guia DARF, tendo exigido, assim, o exame de elementos probatórios juntados aos respectivos autos. É que em alguns casos, pleiteava-se a aplicação da lei para depósito anterior a pretexto da natureza continuada da relação jurídica; noutros, o interessado efetua depósito em conta de poupança junto à instituição depositária na vigência da lei; por vezes, a parte faz depósito à conta do Tesouro Nacional e a

[374] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Órgão Especial. Agravo regimental em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, 0000239-52.2018.4.03.0000, Relator Des. Federal Carlos Muta, D.E. 08/02/2019.

instituição depositária não transfere os recursos; e, por fim, ainda há as situações em que o depósito é feito perante instituição financeira distinta da prevista na legislação.

Ressalta-se, por fim, que a questão preponderante de direito objeto do IRDR poderá ser tanto de direito material quanto de direito processual, pois nos termos do parágrafo único do art. 928 do novo CPC, o incidente será cabível para estabelecer teses jurídicas sobre questões de direito material ou de direito processual comuns em demandas repetitivas, não havendo restrição legal, portanto, quanto à matéria jurídica que será objeto do julgamento.

4.4.3. Risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

O terceiro requisito legal previsto para o cabimento do IRDR é a existência de risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Para Leonardo Carneiro da Cunha[375], a isonomia e a segurança jurídica buscada no incidente pode ser encarada como a manutenção do 'status quo' e a garantia de previsibilidade, permitindo que as pessoas possam se planejar e se organizar, levando em conta as possíveis decisões a serem tomadas em casos concretos pelos juízes e tribunais

Trata-se de parâmetro que pretende evitar a denominada jurisprudência lotérica e a existência de conflitos entre juízos vinculados ao mesmo Tribunal. Segundo Artur César de Souza[376], a sociedade não se satisfaz mais com o conflito de decisões diante da mesma questão jurídica, pois o favorecimento de uns em prejuízo de outros demonstra a inconsistência das decisões judiciais e a falta de senso de justiça.

Ademais, se a finalidade do IRDR é proteger a segurança jurídica e a isonomia, conferindo previsibilidade e uniformidade à questão de direito, revela-se necessária a interpretação de que a sua instauração exige a existência de sentenças ou decisões interlocutórias já proferidas e em manifesto confronto, não bastando a mera probabilidade.

Esse aspecto indica que o IRDR não pode ser utilizado com caráter preventivo. É que se as decisões forem no mesmo sentido, não haverá risco à isonomia e à segurança jurídica –

[375] CUNHA, Leonardo Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. *Revista de Processo.* São Paulo: RT, n. 179, jan. 2010, p.138.
[376] SOUZA, Artur César de. *Resolução de Demandas Repetitivas*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 133-134.

pressuposto essencial para o cabimento do incidente. Eventual precipitação e gastos de tempo, recursos humanos e dinheiro desnecessários seria afronta ao princípio da eficiência.

Tal posicionamento é defendido por Júlio Rossi[377], para quem o que se espera de um incidente baseado em experiências do direito estrangeiro (com prazo de vigência, diante da excepcionalidade) e que se pretende introduzir em nosso ordenamento, de forma perene, é o de, no mínimo, o admitirmos quando já houvesse algumas controvérsias comprovadas por sentenças antagônicas a respeito do tema repetitivo, pois, salutar a controvérsia disseminada.

No mesmo sentido se manifesta Leonardo Carneiro da Cunha[378], quando afirma que para caber o incidente é preciso haver, de um lado, sentenças admitindo determinada solução, havendo, por outro lado, sentenças rejeitando a mesma solução.

A ausência desse requisito foi utilizada pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região[379] para inadmitir o processamento de um IRDR. No referido caso, o Ministério Público Federal propôs a instauração do incidente para fixação da seguinte tese: "*a presença do Ministério Público em um dos polos da demanda é suficiente para ensejar a competência da Justiça Federal para apreciar e julgar o processo*". Acontece que a matéria já estava pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, bem como apenas uma Turma da Corte Regional Federal da 2ª Região e poucos juízes no âmbito do primeiro grau possuíam entendimento diverso. Nesse contexto, o Pleno do Tribunal concluiu que o IRDR não atendia um dos seus requisitos e que eventual suspensão dos processos em tramitação nos juízos acarretaria um prejuízo desnecessário.

Portanto, para que se considere atendido o requisito da existência de risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica é preciso exista repetição da questão de direito em número razoável de processos e que haja disparidade de entendimentos (sentença e/ou decisões interlocutórias) entre os diversos juízos em número relevante.

---

[377] ROSSI, Júlio César. O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 208, jun 2012, p. 231

[378] CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas no Projeto de novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo:RT, n.193, mar 2011, p. 262.

[379] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Órgão Especial. IRDR nº 0003096-69.2016.4.02.0000, Rel. Des. Federal Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, j. 27.10.2016.

4.4.4. Questão jurídica não afetada em Recurso Especial ou Extraordinário Repetitivo

Por fim, aparece um requisito negativo, pois nos termos do art. 976, § 4º, do Código de Processo Civil, o IRDR não será cabível quando um dos tribunais superiores, no âmbito da sua respectiva competência constitucional, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.

Trata-se de medida que confere estabilidade e coerência ao sistema processual já que, nessas situações, a uniformização da questão jurídica repetitiva será de atribuição do Tribunal Superior, cuja competência é prevista na própria Constituição Federal, tendo primazia sobre as interpretações dos tribunais locais, de modo que a instauração do IRDR seria inócua.

O IRDR possui, portanto, papel subsidiário no tocante à definição de teses jurídicas e uniformização jurisprudencial, cedendo espaço para a atuação preponderante do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça em sede de recursos especiais e extraordinários, cuja atribuição de uniformização da interpretação da Constituição e da legislação federal infraconstitucional é extraída da própria Constituição.

Por fim, é pertinente a observação trazida por Aluisio Gonçalves de Castro Mendes[380] quando ressalta que o dispositivo menciona apenas a afetação, mas se deve exigir que a questão ainda esteja pendente de resolução. Afinal, se já julgado o recurso repetitivo, a tese jurídica firmada terá efeito vinculativo sobre os órgãos judiciais em todo o território nacional e eventual tentativa de suscitar o IRDR esbarrará no requisito do tópico anterior, vez que não haverá mais risco de ofensa e isonomia à segurança jurídica porque já pacificada a questão.

4.5. ASPECTOS PROCESSUAIS RELEVANTES DO IRDR

Leonardo Carneiro da Cunha[381] defende que o Código de Processo Civil, comprometido com a uniformização, integridade e coerência da jurisprudência, estabeleceu um sistema que serve tanto para gestão e julgamento dos processos de massa como para a preservação da integridade da jurisprudência. Esse sistema é formado pela disciplina legal do IRDR e dos Recursos Especial e Extraordinários repetitivos.

---

[380] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processua*l. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 115.
[381] CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. Rio de janeiro: Forense, 2016, p. 212-214.

Nesse contexto, o julgamento de casos repetitivos seria gênero e existiria um subsistema de gestão de demandas repetitivas e um subsistema de formação de precedentes obrigatórios, ambos contidos no Sistema Processual Civil Brasileiro. Essa dupla função poderia ser facilmente verificada a partir da simples leitura do art. 985 do Código de Processo Civil, que fala tanto do efeito vinculante da tese jurídica quanto da suspensão dos processos enquanto o incidente estiver tramitando.

Muito embora a legislação não traga divisão no procedimento do IRDR, parte da doutrina, a exemplo de Sofia Temer[382], dividiu o procedimento em três fases: 1) admissibilidade; 2) instrução e debates; 3) julgamento e aplicação da tese jurídica.

Com base nessas premissas iremos analisar alguns aspectos processuais bastante controvertidos no âmbito do IRDR e que são essenciais para uma melhor compreensão dos seus limites e das suas possibilidades, vez que as normas que compõem esses microssistemas devem ser interpretadas conjuntamente.

4.5.1. Competência

A jurisdição é exercida em todo o território nacional por qualquer magistrado que esteja atuando no âmbito de suas funções, mas, por uma questão de eficiência, especializam-se setores da função jurisdicional em diversos juízos e Tribunais. Nesse contexto, costuma-se dizer que a competência é a medida da jurisdição, ou seja, a competência estabelece quando cada órgão deve exercer essa função jurisdicional[383].

José Joaquim Gomes Canotilho[384] identifica dois princípios relacionados à distribuição da competência: tipicidade e indisponibilidade. De acordo com o primeiro, as competências dos órgãos devem estar previstas na Constituição, na lei ou nos regimentos dos Tribunais; enquanto em conformidade com o segundo, as competências fixadas não possam ser transferidas para órgãos diferentes daqueles a quem o ordenamento jurídico as atribui.

---

382 TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 101.
383 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Jurisdição e competência*. São Paulo: RT, 2013, p. 93-94.
384 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Lisboa: Almedina, 2002, p. 542-543.

O centro das atenções no estudo da competência do IRDR pode ser dividido em três aspectos: 1) competência funcional do órgão do Tribunal definido pelo Regimento Interno; 2) verificar se a competência originária do incidente se restringe aos Tribunais de Segundo Grau (Federais e Estaduais) ou se abrange os Tribunais Superiores; 3) verificar se o IRDR é cabível no âmbito do microssistema dos Juizados Especiais.

A análise desses aspectos não possui consenso na doutrina e nem na jurisprudência, exigindo no presente trabalho uma análise dos principais argumentos levantados pelas correntes divergentes para, ao final, podermos emitir nossa posição sobre a controvérsia.

No tocante ao primeiro aspecto, dispõe o art. 978 do Código de Processo Civil que caberá a cada tribunal definir, em seu regimento interno, o órgão colegiado competente para o processamento e julgamento do IRDR. A única exigência legal é que o órgão escolhido esteja dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal.

Esse regramento não ofende a competência constitucional dos tribunais para definir no regimento interno as competências dos seus órgãos colegiados (CF/88, art. 96, I, a), mas apenas reforça a necessidade de que a definição da tese jurídica no julgamento do IRDR ocorra pelo órgão que também possua dentre as suas atribuições a de uniformização da jurisprudência, já que a decisão proferida vinculará os demais membros do tribunal e, especialmente, os juízes de primeira instância.

Nesse sentido são pertinentes as palavras de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes[385] quando afirma que a previsão do art. 978 do Código de Processo Civil reforçou algo que seria inerente ao mecanismo criado, qual seja o julgamento por órgão que tivesse composição e atribuição compatível para a uniformização do entendimento do tribunal sobre a questão comum a ser apreciada.

Essa a sistemática que vem sendo observada no âmbito dos Tribunais Regionais Federais. Conforme consta no Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (arts. 357 e seguintes), cabe à Corte Especial a competência para julgamento do IRDR quando a matéria envolver competências de mais de uma seção especializada e, às seções especializadas, nas demais matérias de acordo com a competência de cada seção. Por sua vez, o Regimento Interno

[385] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 138.

do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (art. 6º, I, k) determinou que o processamento e o julgamento do incidente caberá ao Plenário.

Em relação ao segundo aspecto, não analisaremos mais o argumento de que os Tribunais Superiores e os Tribunais de Segundo Grau exigem que suas competências estejam previstas na Constituição Federal ou nas Constituições Estaduais para os Tribunais de Justiça (CF/88, art. 125, §1º). Afinal, conforme já explicado, em virtude da natureza de incidente (procedimento acessório) e da adoção da técnica-processual da causa-piloto, o IRDR é sempre vinculado a uma ação originária, recurso ou reexame necessário que esteja tramitando no Tribunal e que seja de sua competência constitucional.

Autores como Luiz Guilherme Marinoni[386] defendem que o art. 977 do Código de Processo Civil deixa claro que a competência para julgar a questão prejudicial posta no incidente é exclusiva dos Tribunais de Segundo Grau, seja quando as demandas repetitivas que dão origem ao delineamento da questão estão em primeiro grau de jurisdição, seja quando já estão no Tribunal, em vista da interposição do recurso de apelação.

Todavia, analisando os dispositivos que disciplinam o IRDR no Código de Processo Civil, especialmente no Capítulo VIII, do Título I, do livro III, da Parte Especial, constata-se que não houve menção expressa a Tribunal Regional Federal ou a Tribunal de Justiça como competente para processamento e julgamento do incidente, razão pela qual discordamos do professor paranaense.

Como adverte Aluisio Gonçalves de Castro Mendes[387], os autores que possuem uma visão restritiva da competência dos Tribunais Superiores em relação ao IRDR argumentam que os arts. 976, § 4º e 978, ambos do Código de Processo Civil, seriam indicativos de que as matérias repetitivas só devem ser submetidas às Cortes Superiores através de Recurso Especial e Extraordinários. E mais, a terminologia contida nas expressões "estado ou região", utilizadas nos arts. 982, I, e 985, I, ambos do Código de Processo Civil, atribuiria de forma categórica a competência exclusiva para os Tribunais de Segundo Grau em relação à competência originária do IRDR e excluiria a dos Tribunais Superiores.

[386] MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: decisão de questão idêntica x precedente*. São Paulo: RT, 2016, p. 70.
[387] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 138.

Entendemos que a competência para processamento e julgamento do IRDR deve ser vista não apenas a partir dos dispositivos que disciplinam o incidente, mas a partir de todo o microssistema de formação de precedentes obrigatórios. O Código de Processo Civil construiu um sistema de ampla valorização dos precedentes, a fim de que o sistema processual tenha coerência, estabilidade e previsibilidade. Foram estabelecidos três mecanismos principais para os Tribunais de Segundo Grau: o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR (questão comum de direito repetitiva), o Incidente de Assunção de Competência – IAC (questão de direito com repercussão social e sem repetição) e o Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade – IAI (questão de inconstitucionalidade). Aos Tribunais Superiores foram destinados os mecanismos dos Recursos Especiais e Extraordinários Repetitivos, a súmula vinculante e a repercussão geral.

Nesse contexto, em relação aos processos repetitivos a lógica do sistema foi concebida para que os Tribunais de Segundo Grau julguem o IRDR de forma originária e os Tribunais Superiores atuem no IRDR a partir do recurso especial ou extraordinário interposto do incidente (CPC, arts. 982, I, e 987, *caput*).

Não obstante essa ser a regra geral, o sistema de formação de precedentes repetitivos possui uma deficiência no tocante aos processos de competência originária dos Tribunais Superiores, como, por exemplo, algumas hipóteses de conflitos de competência no Superior Tribunal de Justiça (CF/88, art. 105, I, d) ou até mesmo em alguns recursos que sobrem diretamente do juízo de primeiro grau para aquela Corte (CF/88, art. 105, II, c). Afinal, nesses casos não haverá possibilidade de a questão repetitiva chegar através de recurso especial no âmbito do Tribunal da Cidadania e o mesmo não possui competência para editar súmula vinculante, permitindo que os conflitos possam voltar a se repetir e não ocorra a estabilidade no sistema processual.

Nessas situações, revela-se imprescindível a utilização do princípio da eficiência para delimitar o conteúdo dos dispositivos que disciplinam o IRDR e fixar a competência dos Tribunais Superiores no âmbito do IRDR nas hipóteses de ações originárias repetitivas ou alguns recursos em que não existe um mecanismo processual de formação de precedentes obrigatórios para tal fim.

No mesmo sentido é a opinião de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes[388] quando afirma que parece ser perfeitamente cabível o IRDR nos Tribunais Superiores diante de causas originárias, quando presentes os pressupostos do instituto, ainda que com modificações e adaptações que possam ser feitas no regimento interno. Em posição semelhante Leonardo Carneiro da Cunha[389] argumenta que nada impede a instauração de IRDR em Tribunal Superior, bem como que uma interpretação sistemática dos dispositivos do instituto permite sua utilização em causas originárias e em alguns outros tipos de recursos no âmbito das Cortes Superiores.

Esse também parece ser o entendimento que vai sendo formado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça[390]. A questão começou a ser julgada em maio de 2017, a partir do recurso em face de decisão monocrático que não reconheceu a possibilidade de aplicação do IRDR de forma originária na Corte. Na ocasião, a relatora, ministra Laurita Vaz, na condição de presidente, proferiu voto no sentido que o IRDR é restrito ao âmbito dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais como instrumento para rápida solução de demandas de massa.

Para a Ministra Laurita Vaz, "no tribunal, o instrumento afogaria a Corte de processos, o que inviabilizaria o bom andamento processual". Posteriormente, em voto-vista apresentado em outubro de 2018, o ministro João Otávio de Noronha divergiu parcialmente da ministra Laurita e defendeu que, em sede de Recurso Especial, não é cabível o IRDR, mas na competência originária sim, pois nessas hipóteses funciona o Superior Tribunal de Justiça como Tribunal ordinário. Houve novo pedido de vista e, por fim, foi decidido que a instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas diretamente no Superior Tribunal de Justiça é cabível apenas nos casos de competência recursal ordinária e de competência originária, e desde que preenchidos os requisitos do art. 976 do CPC.

O ponto mais problemático em relação ao tema da competência no âmbito do IRDR é o seu processamento no microssistema dos Juizados Especiais, que abrange os Juizados Especiais Cíveis, os Juizados Especiais Federais e os Juizados Especiais da Fazenda Pública (Leis nº 9.099/1995, 10.259/2001 e 12.153/2009).

---

388 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 141.
389 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. Rio de janeiro: Forense, 2016, p. 258.
390 BRASIL. STJ, Corte Especial, Ag Int na Petição nº 11838/MS, Rel. p/acórdão Ministro João Otávio Noronha, j. 07/08/2019.

O art. 985, I, do Código de Processo Civil dispõe que a tese jurídica resultante do julgamento do IRDR será aplicada a todos os processos individuais e coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive aqueles que tramitem nos Juizados Especiais do respectivo Estado ou região.

Não havia previsão no anteprojeto que resultou no atual Código de Processo Civil e tampouco no projeto que tramitou inicialmente no Senado da República da extensão dos efeitos do IRDR ao microssistema dos juizados. Essa hipótese foi acrescentada pelo texto substitutivo apresentado pelo deputado federal Paulo Teixeira e aprovado na Câmara dos Deputados e no Senado[391].

Importante registrar que não há possibilidade de os órgãos integrantes do microssistema dos Juizados Especiais (Turmas Recursais e Turmas Nacionais de Uniformização) processarem e realizarem o julgamento do IRDR, pois o art. 978 do Código de Processo Civil é taxativo em atribuir a competência do incidente a um tribunal.

Poderia, então, surgir o questionamento de qual seria a função das Turmas Nacionais de Uniformização - TNU, órgão de superposição criado pela Lei nº 10.259/2001, para manter a unidade de interpretação da lei federal no âmbito dos Juizados Especiais Federais, diante da afetação dos julgados pelo IRDR? Afinal, decisões oriundas dos Tribunais Regionais Federais iriam vincular os Juizados Especiais Federais em detrimento das tomadas pela TNU.

Ademais, ainda existe a indagação[392] de que os Juizados Especiais Federais e Estaduais estariam subordinados, respectivamente, aos Tribunais Regionais Federais e aos Tribunais de Justiça apenas no aspecto administrativo, de modo que os atos jurisdicionais dos referidos tribunais não podem interferir de forma vinculante nos juizados, sob pena de inconstitucionalidade por ofensa aos art. 98, I , e § 1º, da Constituição Federal.

Entendemos que as duas indagações podem ser solucionadas a partir da utilização do princípio da eficiência e da doutrina do diálogo das fontes[393], vez que dispositivos normativos

[391] Texto disponível no endereço: www.senado.leg.br. Parecer Final n. 956, de 2014, relatado pelo Senador Vital do Rêgo sobre o substitutivo aprovado na Câmara dos Deputados, p. 177-178. Acesso em: abril. 2018.
[392] MATTOS, Luiz Norton Batista. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo CPC. In: GAJORDONI, Fernando da Fonseca. (coord.).*Coleção Repercussões do Novo CPC, Magistratura*, v. 1. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 207.
[393] LORENZETTI, Ricardo Luis. A era da desordem e o fenômeno da descodificação. *Revista de Direito do Consumidor* out. 2008, , v. 68, p. 212.

aparentemente antagônicos podem através de uma interpretação sistemática terem campos de aplicação convergentes.

Em relação ao primeiro questionamento, é importante trazer o pensamento de Aluisio Mendes e Odilon Romano Neto[394] quando afirmam que a extensão de efeitos da decisão do IRDR aos Juizados Especiais vem, de certa forma, suprir as duas deficiências principais do sistema de uniformização atualmente existente no referido microssistema, quais sejam: 1) não existe previsão de órgão de uniformização no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, mas apenas no âmbito dos Juizados Especiais Federais (Lei nº 10.259/2001, art. 14) e da Fazenda Pública (Lei nº 12.153/2009, art. 18); 2) mesmo em relação aos Juizados Especiais Federais e da Fazenda Pública os órgãos de uniformização só podem apreciar questão de direito material, sendo vedada apreciação de matéria processual.

Assim, a partir do dever conferido ao sistema jurídico processual de uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, e diante de uma disciplina deficiente no âmbito do sistema de uniformização do microssistema dos Juizados Especiais, é possível realizar uma leitura dialógica dos dispositivos das Leis nº 9.099/1995, 10.259/2001 e 12.153/2009 com o regramento do IRDR do Código de Processo Civil.

Essa interpretação a partir da teoria do diálogo das fontes resulta que no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis é plenamente aplicável a extensão dos efeitos do IRDR, vez que não existe órgão de uniformização. Em relação aos Juizados Especiais Federais e da Fazenda Pública haveria também extensão total dos efeitos do IRDR em relação à matéria processual, vez que o órgão de uniformização só pode tratar de direito material.

A questão mais problemática se dá nas hipóteses de competência concorrente entre os Tribunais e os órgãos de uniformização dos Juizados Especiais, a exemplo da Turma Regional de Uniformização e da Turma Nacional de Uniformização, como elucida Frederico Kpehler[395].

---

[394] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; NETO, Odilon Romano. O incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os Juizados Federais. In: GAJORDONI, Fernando da Fonseca. (coord.). *Coleção Repercussões do Novo CPC, Magistratura*.. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 58-59.

[395] KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Os problemas e os desafios decorrentes da aplicação do incidente de resolução de demandas repetitivas nos juizados especiais. *In*: DIDIER JUNIOR, Fredie et al (Org.). *Repercussões do Novo CPC: Juizados Especiais*. Salvador: Juspodium, 2015, p. 573-584.

Todavia, a questão é passível de solução. Nas situações em que ainda não houvesse atuação do órgão de uniformização dos Juizados Especiais sobre a matéria, prevaleceria a decisão dos Tribunais Regionais Federais ou dos Tribunais de Justiça, vez que o sistema processual brasileiro exige que os órgãos hierarquicamente superiores formem precedentes para orientar os magistrados e manter a coerência, uniformidade e estabilidade nas decisões. Contudo, caso os órgãos de uniformização dos Juizados Especiais já tenham atuado, esta decisão deve prevalecer em relação às proferidas pelos Tribunais de Segundo Grau no âmbito do IRDR, tendo em vista o princípio da especialidade do microssistema. Ainda mais porque o microssistema dos Juizados permite que haja recurso da decisão da TNU (Lei nº 10.259/2001, art. 14, §4º) e das Turmas de Uniformização dos Juizados da Fazenda Pública (Lei nº 12.153/2009, art. 18, §3º) ao Superior Tribunal de Justiça quando as decisões dos referidos órgãos de uniformização contrariarem súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal da Cidadania. Isso sem contar a possibilidade de recurso extraordinário dirigido ao Supremo Tribunal Federal, desde que se evidencie, no julgamento do litígio, a existência de controvérsia de natureza constitucional.

Por fim, também não merece acolhida o argumento de que os órgãos do microssistema dos Juizados Especiais estariam apenas no aspecto administrativo, de modo que os atos jurisdicionais dos tribunais não poderiam interferir de forma vinculante sob pena de inconstitucionalidade por ofensa aos art. 98, I ,e § 1º, da Carta Magna.

É que não existe deslocamento da competência do julgamento em causas de tramitação nos Juizados Especiais para os Tribunais, mas apenas a possibilidade de extensão dos efeitos da tese jurídica firmada no IRDR para assegurar os valores constitucionais da segurança jurídica e da isonomia aos jurisdicionados.

Essa possibilidade de permitir o julgamento pelos Tribunais de Segundo Grau de processos que terão eficácia no âmbito dos Juizados Especiais já foi chancelada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiçaem algumas oportunidades. Como exemplo podemos mencionar o julgado que firmou a tese de que compete ao Tribunal Regional Federal decidir os conflitos de competência entre Juizado Especial Federal e Juízo Federal da mesma Seção Judiciária[396], bem como que se admite a impetração de mandado de segurança perante

[396]BRASIL. STF. Recurso Extraordinário nº 590.409, Rel. Min. Ricardo Lewandowski**,** j.26.08.2009, repercussão geral, Tema 128.

os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais para o exercício do controle de competência dos Juizados Especiais Estaduais ou Federais[397].

O IRDR como mecanismo processual previsto no Código de Processo Civil e os incidentes de uniformização previstos no microssistema dos Juizados Especiais devem conviver. Apesar de terem natureza e estrutura própria, os sistemas se complementam, devendo ser prestigiada a interpretação que possa conferir coerência, estabilidade e uniformidade ao sistema.

4.5.2. Legitimidade para requerer a instauração

A legitimidade para requerer a instauração do IRD foi disciplinada pelo art. 977 do Código de Processo Civil, o qual dispõe que essa postulação deve ser dirigida ao Presidente do Tribunal pelo juiz ou relator, por ofício; pelas partes, por petição; pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, também por petição. Em qualquer das hipóteses, de acordo com o parágrafo único, o requerimento deverá ser instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente.

Concordamos com Sofia Temer[398] quando afirma que se trata de legitimação extraordinária decorrente de expressa previsão legal, pois a autorização para a prática de tal ato não é extraída de uma posição assumida em uma relação substancial, mas, ao contrário, decorre de dispositivo legal específico do Código de Processo Civil, que estabeleceu um modelo de solução de questões repetitivas que pressupõe a escolha de alguns sujeitos para deflagrá-lo em nome dos demais.

Em relação aos primeiros legitimados, o Juiz ou o Relator (CPC, art. 977, I), revela-se necessário tecer algumas considerações acerca dos condicionantes exigidos pelo sistema processual para que possam solicitar de forma legítima a deflagração do IRDR.

O primeiro aspecto reside no fato de que, como adotamos a tese de que o Código de Processo Civil adotou a técnica-processual da causa-piloto, para o qual se exige

[397] BRASIL. STJ, Terceira Turma, Recurso Especial nº 1537731/MA, Relator Min. Marco Aurélio Bellizze, DJE 29/08/2017.
[398] TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 155.

necessariamente a existência de processo pendente no tribunal, apenas o Relator de um dos processos repetitivos poderia suscitar a instauração do IRDR.

Observação interessante é trazida por Aluisio Gonçalves de Castro Mendes[399] quando afirma que o regramento do IRDR tornou mais simples a sua instauração pelo Relator do que no incidente de arguição de inconstitucionalidade. É que neste (CPC, art. 949, II), caso o Relator entenda por eventual decretação de inconstitucionalidade, essa questão deve ser submetida, em um primeiro momento, ao órgão fracionário (Turma, Câmara ou Seção), que acolhendo, encaminhará a questão, em conformidade com o Regimento Interno, ao plenário ou órgão especial do Tribunal. Já no âmbito do IRDR o Relator, caso entenda que estão presentes os pressupostos, poderá submeter a questão diretamente ao órgão determinado no Regimento Interno, sem a necessidade de prévia concordância do órgão fracionário ao qual estava vinculado o recurso, a remessa necessária ou a ação originária.

Evidente que a possibilidade de o Relator poder submeter a questão diretamente ao órgão do Tribunal estabelecido no Regimento Interno para admitir, processar e julgar o IRDR não retira a possibilidade de o órgão fracionária também fazê-lo na hipótese em que o Relator ficar vencido em relação a esse aspecto. Assim, embora só haja menção ao Relator, poderá o órgão fracionário também requerer a instauração do IRDR quando a matéria for submetida ao órgão colegiado e o Relator ficar vencido nesse ponto.

Em relação ao juiz de primeiro grau é preciso observar dois condicionantes em relação à sua legitimidade para requerer a instauração do IRDR no âmbito do Tribunal. A primeira é que tendo em vista a exigência de inércia da função judicial (CPC, art. 2º), eventual provocação do magistrado de primeira instância ao Tribunal para instauração do incidente só será possível caso o mesmo possua algum processo sob sua responsabilidade em que a questão de direito a ser dirimida esteja sendo discutida. Ademais, tendo em vista que adotamos a tese de que o Código de Processo Civil adotou a técnica-processual da causa-piloto, também é preciso que o juiz indique a existência de múltiplos processos que discutam a questão de direito a ser dirimida e que estejam em tramitação no Tribunal.

[399] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 130.

Nesse contexto, Luiz Henrique Volpe Camargo[400] entende que o juiz de primeiro grau, por sua função, tem mais facilidade em considerar a multiplicação de causas com a mesma questão jurídica, pois, é a ele que as demandas de variados autores, muitas vezes representados por diferentes advogados, é dirigida. Assim, existe até mesmo a possibilidade de o magistrado de primeira instância requerer a instauração do incidente sem que os processos sob sua responsabilidade tenham sido remetidos ao Tribunal.

Por fim, é importante recordar a observação de Leonardo Carneiro da Cunha[401] quando afirma que até mesmo um juiz de Juizado Especial pode fazer o requerimento de instauração do IRDR. É que embora ele não tenha um processo seu apreciado pelo Tribunal em sede recursal, este pode definir a tese relativa a uma questão de direito que esteja sendo discutida no âmbito dos Juizados.

A legitimidade para requerer a instauração do incidente também foi atribuída às partes (autores e réus, isoladamente ou em conjunto). Comungamos da opinião de Marcos de Araújo Cavalcanti[402], para quem que as partes legitimadas não são apenas aquelas que integram a relação processual da causa pendente no Tribunal. Qualquer das partes dos processos repetitivos, tendo conhecimento de que já existe demanda de mesma natureza pendente de análise no tribunal, tem legitimidade para requerer a instauração do IRDR, mediante petição fundamentada, instruída por documentos.

Ademais, partindo-se da premissa de que o Código de Processo Civil estabeleceu um microssistema que serve tanto para gestão dos processos repetitivos quanto para formação de precedentes, é possível asseverar que se as partes das demandas repetitivas em tramitação ainda na primeira instância possuem legitimidade para requerer diretamente ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versarem sobre a questão objeto do IRDR já instaurado (art. 982, § 3º do novo CPC226), essas mesmas partes possuem legitimidade para requerer a instauração do IRDR.

---

[400] CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de novo CPC: a comparação entre a versão do Senado Federal e a da Câmara dos Deputados. In: FREIRE, Alexandre *et al* (Orgs.). *Novas tendências do processo civil*. Salvador: Juspodivm, 2014, v. 3, p. 288.

[401] CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. Rio de janeiro: Forense, 2016, p. 260.

[402] CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas*. Salvador: JusPodiym, 2015, p. 437.

Caso exista litisconsórcio (facultativo ou necessário - unitário ou não), o incidente poderá ser arguido por qualquer um daqueles que formam a cumulação subjetiva, pois todos são partes. O assistente litisconsorcial, como assume os mesmos poderes e ônus processuais das partes, equiparando-se a um litisconsórcio, também possui legitimidade para requerer a instauração do IRDR. Todavia, como o texto do art. 977, II, do Código de Processo Civil elenca de forma expressa apenas as partes da relação processual, o assistente simples não poderá arguir o incidente, pois não assume a condição processual de parte[403].

Caso haja pedido de várias partes perante o mesmo Tribunal, porém em momentos distintos e através de petições diversas, deve-se seguir, em obediência ao princípio da eficiência processual, o Enunciado nº 89 do Fórum de Processualistas Civis: "Havendo apresentação de mais de um pedido de instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas perante o mesmo tribunal todos deverão ser apensados e processados conjuntamente; os que forem oferecidos posteriormente à decisão de admissão serão apensados e sobrestados, cabendo ao órgão julgador considerar as razões neles apresentadas".

Por fim, a petição que formula o requerimento de instauração do IRDR não precisa obedecer aos requisitos formais da Petição Inicial, bastando que indique a existência dos pressupostos de admissibilidade, facultando-se, ainda, a apresentação dos fundamentos jurídicos acerca de determinada interpretação jurídica.

O Código de Processo Civil ainda atribui legitimidade ao Ministério Público e à Defensoria Pública para requererem a instauração do IRDR (CPC, art. 977, III).

Como bem aduz Marcos Cavalcanti de Araújo[404]a previsão do Ministério Público para requerer a instauração do IRDR tem relação com a legitimidade extraordinária dessa entidade para o ajuizamento de ação civil pública na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (CF, art. 129, III).

Todavia, não existe qualquer dispositivo legal exigindo que a questão de direito que ensejou o requerimento de instauração do IRDR esteja vinculada a direitos coletivos, sendo plenamente possível que o órgão Ministerial postule a instauração do IRDR para resolver uma

[403] SOUZA, Artur César de. *Resolução de Demandas Repetitivas*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 146.
[404] CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 540.

questão repetitiva de direito processual ou de direito individual disponível que está controvertida no Tribunal e que foi verificada em processo em que está atuando.

Registre-se, ainda, que a possibilidade de instauração do IRDR a pedido do Ministério Público pode ser tanto na condição de parte como na condição de fiscal da ordem jurídica, pois o art. 977, III, do Código de Processo Civil não fez qualquer restrição nesse sentido. Ademais, o referido dispositivo legal só reforça a possibilidade de atuação do *Parquet* como fiscal da ordem jurídica, pois sua atuação como parte já estava consagrada na previsão constante do art. 977, III, do Código de Ritos.

A previsão da Defensoria Pública como legitimada para requerer a instauração do IRDR reforça a caracterização do órgão não só como representante judicial em caráter individual dos economicamente desfavorecidos, mas também como instituição de defesa de direitos coletivos de hipossuficientes[405]. Em outras palavras, além da assistência jurídica individual dos carentes de recursos econômicos, a atuação da Defensoria Pública deve incluir, ao lado dos estritamente carentes de recursos financeiros, os socialmente estigmatizados ou excluídos, as crianças, os idosos, as gerações futuras.

Essa interpretação está em consonância com a decisão do Supremo Tribunal Federal[406] que declarou a constitucionalidade do art. 5º, II, da Lei nº 7.347/1985, alterado pelo art. 2º da lei n. 11.448/2007, conferindo ampla legitimidade processual à Defensoria Pública para o ajuizamento de ação coletiva voltada à proteção dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, de modo que, a instituição também poderá requerer a instauração do IRDR nos mesmos moldes do Ministério Público.

Assim, embora a previsão legal da Defensoria Pública para requerer a instauração do IRDR também tenha relação com a legitimidade extraordinária dessa entidade para o ajuizamento de ação civil pública na defesa de direitos coletivos de hipossuficientes, não existe

---

[405] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 133.

[406] BRASIL. STF. ADI 3943/DF, julgada em 07/05/2015 e acórdão publicado no DJE nº 154, divulgado em 05/08/2015 com a seguinte ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Legitimidade ativa da defensoria pública para ajuizar ação civil pública (art. 5º, inc. II, da lei n. 7.347/1985, alterado pelo art. 2º da lei n. 11.448/2007). Tutela de interesses transindividuais (coletivos *strito sensu* e difusos) e individuais homogêneos. Defensoria pública: instituição essencial à função jurisdicional. Acesso à justiça. Necessitado: definição segundo princípios hermenêuticos garantidores da força normativa da Constituição e da máxima efetividade das normas Constitucionais: art. 5º, incs. XXXV, LXXIV, LXXVIII, da Constituição da República. Inexistência de norma de exclusividade do Ministério Público para ajuizamento de ação civil pública. Ausência de prejuízo institucional do Ministério Público pelo reconhecimento da legitimidade da Defensoria Pública. Ação julgada improcedente.

qualquer dispositivo legal exigindo que a questão de direito que ensejou o requerimento de instauração do IRDR esteja vinculada a esse direitos coletivos, sendo plenamente possível que o órgão postule a instauração do IRDR para resolver uma questão repetitiva de direito processual, de direito individual disponível referente a um dos assistidos, ou mesmo quando exerce a função do curador especial, prevista no art. 9, II, do Código de Processo Civil.

Essa a razão pela qual discordamos de Sofia Temer[407] quando a mesma afirma que a Defensoria Pública só poderá solicitar a instauração de IRDR em que a questão de direito tenha sido (ou possa ser) extraída de demandas em que esteja presente o signo da vulnerabilidade.

Nesse contexto, é importante ressaltar que o papel conferido pelo sistema processual à Defensoria Pública, que vai muito além de representante judicial em caráter individual dos economicamente desfavorecidos, permite que o órgão solicite a instauração do IRDR mesmo nas hipóteses em que haja discordância por parte dos representados. Afinal, o dever do órgão em contribuir com o sistema de formação dos precedentes ultrapassa a condição de mero advogado da parte, sendo um ônus de quem utiliza os serviços da instituição.

4.5.3. Decisão de Admissão

Uma vez dirigido ao Presidente do Tribunal, o requerimento de instauração do IRDR deve ser distribuído a um Relator que compõe o órgão colegiado competente para o julgamento do incidente, conforme definido pelo Regimento Interno da Corte (CPC, art. 978).

A decisão de admissibilidade do IRDR deve ser incluída na pauta de julgamento, com a devida publicação e antecedência, nos termos dos arts. 934 e 935 do Código de Ritos.

Como o Código de Processo Civil não estabelece o quórum necessário para a admissibilidade do IRDR, caberá tal delimitação ao Regimento Interno de cada Tribunal, com a ressalva se o objeto do Incidente versar sobre a inconstitucionalidade de dispositivo normativo, pois nessa situação o seu julgamento será da competência necessária do Órgão Especial ou do Pleno.

Importante ressaltar que é plenamente possível o Regimento Interno do Tribunal tornar prevento para a admissibilidade do IRDR o Relator do recurso, do reexame necessário ou da

[407] TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 190.

ação originária que deu origem ao incidente. Ademais, nada impede que haja prevenção de outro IRDR já distribuído e que possui questão jurídica conexa.

Como adverte Luiz Guilherme Marinoni[408], uma vez feita a distribuição, caberá ao órgão colegiado do Tribunal - e não apenas ao Relator - a realização do juízo de admissibilidade do IRDR, ocasião em que se averiguará a presença dos pressupostos indispensáveis e cumulativos do art. 976 do Código de Processo Civil.

Concordamos com o professor paranaense de que não é possível decisão monocrática do Relator em relação à admissibilidade do IRDR, diante de ausência de previsão legal, sendo privativa e indelegável a competência do órgão colegiado. Afinal, as decisões monocráticas são exceção à regra da colegialidade dos julgamentos nos tribunais, razão pela qual suas hipóteses são apenas aquelas especificadas no art. 932 do Código de Processo Civil.

Em outras palavras, as hipóteses de decisão singular contempladas no art. 932 do Código de Processo Civil referem-se restritivamente ao julgamento de recursos e processos de competência originária do Tribunal, mas não preveem a possibilidade de julgamento monocrático de reclamação (CPC, arts. 988-993), de incidente de assunção de competência - IAC (CPC, art. 947) ou de incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR (CPC, arts. 976-987).

Daniel Carneiro Machado[409] defende que em atenção ao princípio da eficiência, é salutar que o Relator proceda ao juízo negativo de admissibilidade em caso de ausência manifesta dos pressupostos previstos no art. 976 do Código de Processo Civil. Assim, inadmitido o incidente, contra esta decisão caberia o recurso de agravo interno previsto no art. 1.021 do Código de Ritos para o órgão colegiado competente.

Não obstante a respeitável posição, entendemos que a eficiência processual não é capaz de alterar a competência do órgão colegiado e nem de delega-la ao Relator sem expressa previsão legal, sob pena de inconstitucionalidade. Todavia, tendo em vista que o Código de Processo Civil não estabeleceu um procedimento prévio específico em relação à

---

[408] MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: decisão de questão idêntica x precedente*. São Paulo: RT, 2016, p. 84.

[409] MACHADO, Daniel Carneiro. *A (in)compatibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas com o modelo constitucional de processo: a participação democrática do juiz e das partes na construção do provimento jurisdicional.* 321f. Tese (Doutorado Direito). Universidade Federal de Minas Gerais, 2015, p. 119.

admissibilidade do IRDR, plenamente possível que o Relator busque o máximo de brevidade possível nesta fase de instauração.

Nesse sentido, sustenta Aluísio Gonçalves de Castro Mendes[410] que como não há previsão expressa de as partes e até mesmo o Ministério Público se manifestarem antes da decisão de admissibilidade, seria plenamente possível limitar o contraditório da fase de admissibilidade às sustentações orais antes da decisão do órgão colegiado. Tal medida não violaria o contraditório e evitaria maiores dispêndios de tempo e dinheiro. Ademais, não impediria que as partes apresentassem voluntariamente petições sobre a admissibilidade, apenas não existiria uma obrigatoriedade de intimação por parte do Tribunal para que a prática de tais atos fosse realizada.

O juízo de admissibilidade delimitará a questão jurídica que será o objeto do IRDR, sendo fundamental para se evitar a ampliação da discussão e a fixação de tese vinculante sobre matéria distinta, o que atentaria contra o contraditório substancial e burlaria o procedimento previsto na lei para legitimar a eficácia da decisão proferida. Ademais, a decisão de admissibilidade deflagra o início da fase instrutória e debates no IRDR.

Esse aspecto possui tamanha relevância que Sofia Temer[411] defende que a decisão que extrapolar o objeto do incidente não será, nesta parte, propriamente precedente, porque se presumirá que não houve o debate prévio necessário. Assim, ocorrerá uma estabilização da discussão, não se permitindo a alteração da questão a ser debatida, embora seja plenamente possível a apresentação de novos argumentos jurídicos quando do julgamento da tese definitiva pelo Tribunal, desde que observado o contraditório.

Por fim, embora exista a vinculação sempre a uma questão de direito, é possível que o IRDR trate de mais de uma questão, muitas deles sucessivas e correlacionadas. Como exemplo Aluísio Gonçalves de Castro Mendes[412] cita eventual discussão relacionada à prescritibilidade provocado por agentes públicos em razão de atos de improbidade. Poderiam existir questões de direito relacionadas: a) ao lapso do prazo prescricional ou à imprescritibilidade; b) em caso

[410] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual.* Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 176/177.
[411] TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 130.
[412] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual.* Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 178.

afirmativo, qual o prazo prescricional e o marco inicial da contagem; c) quais causas poderiam interromper a prescrição.

4.5.4. Providência do Relator e Suspensão dos Processos Pendentes

Com a admissão do IRDR pelo órgão colegiado indicado no Regimento Interno do Tribunal, o Relator poderá tomar diversas deliberações importantes previstas no art. 982 do Código de Processo Civil: a) requisição de informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, no prazo de 15 (quinze) dias; b) intimação do Ministério Público para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias; c) suspensão dos processos repetitivos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam na área de competência territorial do tribunal, na primeira instância ou em segundo grau de jurisdição.

Dentre as medidas possíveis, a suspensão dos processos em tramitação no âmbito da jurisdição do Tribunal, aí incluídos os Juizados Especiais, e que tratam da mesma questão de direito, configura-se como a mais complexa e sujeita a interpretações diversas, envolvendo aspectos como a obrigatoriedade ou facultatividade da sua adoção, a possibilidade de suspensão parcial, a extensão da suspensão para todo o território nacional, o tempo de suspensão e, ainda, a possibilidade de prorrogação.

Segundo Artur César de Souza[413] a medida de suspensão dos demais processos, individual ou coletivo, justifica-se, tanto para que não haja decisão conflitante com a que for proferida no IRDR, quanto para se evitar o gasto desnecessário de força intelectual para se definir a matéria de direito, correndo-se o risco de não prevalecer diante do incidente instaurado no Tribunal.

Diferentemente da admissibilidade do IRDR, que exige manifestação do órgão colegiado, a suspensão dos processos pendentes pode ocorrer por ato exclusivo do Relator do incidente, conforme expressa previsão legal (CPC. Art. 982, I). Evidente que o órgão colegiado tem competência para deliberar sobre a suspensão por ocasião da admissibilidade do IRDR, vez que eventual decisão do Relator estaria sujeita ao recurso do agravo interno, mas não existe a obrigatoriedade dessa decisão colegiada.

[413] SOUZA, Artur César de. *Resolução de Demandas Repetitivas*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 155.

Um ponto bastante controvertido é apontar a obrigatoriedade ou a facultatividade da suspensão dos processos repetitivos que tratem da mesma questão de direito a ser resolvida no âmbito do IRDR. Para parte da doutrina[414], trata-se de providência cogente prevista na lei processual como consequência da admissão do IRDR e, portanto, não depende de demonstração pelo relator de requisitos para sua aplicação.

Não obstante a previsão legal de suspensão dos processos, entendemos que a mesma não é medida obrigatória para todos os processos em tramitação no âmbito da jurisdição do Tribunal e que tratam da mesma questão de direito, podendo o Relator indicar elementos concretos que justifiquem não adotar a medida em alguns casos. Um bom exemplo foi fornecido por Aluísio Gonçalves Castro Mendes[415] quando menciona eventuais questões controvertidas que digam respeito a verbas honorárias. Afinal, nesses casos praticamente todos os processos ficariam paralisados, bem como poderia ser feita uma eventual correção na fase final do julgamento, sem a necessidade de interrupção do procedimento, vez que as verbas só são exigidas após o trânsito em julgado.

Poderá existir, ainda, a suspensão apenas parcial dos processos que tratem da mesma questão de direito objeto do incidente, considerando-se as várias hipóteses de cumulação objetiva e subjetiva das demandas. Nesse sentido foi a decisão tomada pelo Relator do IRDR instaurado no Tribunal Regional Federal da 3ª Região[416] para pacificar a controvérsia jurídica relacionada à necessidade de instauração do incidente de desconsideração da pessoa jurídica para se promover o redirecionamento de sócio em execução fiscal tributária. Após a admissão do incidente, o Relator determinou "a suspensão dos Incidentes de Desconsideração da Personalidade Jurídica em tramitação na Justiça Federal da 3ª Região, todavia, sem prejuízo do exercício do direito de defesa nos próprios autos da execução, seja pela via dos embargos à execução, seja pela via da exceção da pré-executividade, conforme o caso, bem como mantidos os atos de pesquisa e constrição de bens necessários".

---

[414]NUNES, Dierle José Coelho; SILVA, Natanael Lud Santos e. *Código de Processo Civil*. Lei nº. 13.105/2015. Referenciado com os dispositivos correspondentes no CPC/73 Reformado, com os enunciados interpretativos do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) e com artigos da Constituição Federal e da Legislação. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p.392

[415] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 185.

[416]BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Órgão Especial. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 0017610-97.2016.4.03.0000 j. 15/02/3017

Assim, em razão do objeto delimitado do IRDR e da possibilidade de cumulação de pedidos, a suspensão do processo, individual ou coletivo, pode ser apenas parcial, não impedindo o prosseguimento das ações em relação ao pedido não abrangido pela tese a ser firmada no incidente processual.

Importante registrar, ainda, que o art. 982, nos §§ 3º a 5º, do Código de Processo Civil, consignou que as partes, o Ministério Público ou a Defensoria Pública, uma vez instaurado o IRDR, poderão requerer ao Superior Tribunal de Justiça (questão de direito infraconstitucional) ou ao Supremo Tribunal Federal (questão de direito constitucional) a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a mesma questão objeto do incidente instaurado.

Nesse contexto, é importante consignar que qualquer parte que tenha um processo que contenha idêntica questão de direito e cujo processo não esteja no âmbito do Tribunal que admitiu o IRDR poderá pedir a extensão da suspensão, bem como qualquer Ministério Público ou Defensoria Pública em atuação no território nacional.

O Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (RISTJ) criou a classe processual suspensão em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (SIRDR), regulamentada pelo art. 271-A do RISTJ, o qual estabelece que o Presidente do Tribunal poderá, "considerando razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, suspender, em decisão fundamentada, todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente".

Desse modo, considerada a vinculação da SIRDR com as atribuições da Comissão Gestora de Precedentes, criada pela Emenda Regimental nº 26, de 13 de dezembro de 2016, a Presidência do Superior Tribunal de Justiça, por meio da Portaria nº 299, de 19 de julho de 2017, delegou ao Presidente da Comissão Gestora de Precedentes a competência de decidir as SIRDRs ajuizadas no Tribunal da Cidadania.

A primeira decisão do Superior Tribunal de Justiça favorável a um pedido de suspensão nacional em IRDR.O presidente da Comissão Gestora de Precedentes, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, determinou a suspensão de todos os processos em tramitação no país, inclusive nos juizados especiais, que versem sobre a mesma questão jurídica debatida IRDR admitido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região: se o Contran extrapolou ou não

os limites de seu poder regulamentar ao dispor na Resolução 543/2015 a respeito da inclusão de aulas em simulador de direção veicular para a obtenção da carteira nacional de habilitação[417].

Na referida decisão, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino reconheceu a existência do fundamento de tutela da segurança jurídica e o excepcional interesse público exigidos como requisitos para o pedido de suspensão nacional de processos em IRDR. Veja-se:

> *"*A solução definitiva da controvérsia de direito impactará, certamente, os centros de formação de condutores no país, mas vejo, com maior destaque, o reflexo que se dará nos milhares de candidatos que se submetem anualmente aos treinamentos obrigatórios para a habilitação como motoristas de veículos automotores. Esse reflexo se dissipa amplamente, pois é sabido que as políticas de trânsito interferem intensamente na vida social e, a depender da definição estatal, pode representar redução de acidentes nas vias urbanas e rurais do Brasil*",*

Como aduz Leonardo Carneiro da Cunha[418], o objetivo é garantir segurança jurídica e isonomia, pois julgado o IRDR provavelmente será interposto recurso especial ou extraordinário, cuja solução será estendida a todo território nacional. Assim, os Tribunais Superiores podem suspender preventivamente todos os processos em curso no território nacional que versem sobre determinada questão de direito, a fim de que futuramente possam vir a receber a aplicação da tese a ser por eles firmada. Ademais, caso seja detectado que existe mais de um IRDR sobre a mesma matéria em Tribunais diversos, será possível manter o processamento apenas do primeiro incidente e o sobrestamento dos demais.

O prazo de suspensão dos processos será de até um ano contado a partir publicação da decisão do Relator que determinou a suspensão (CPC, art. 980). Trata-se de prazo legalmente fixado e que só poderá ser prorrogado mediante decisão fundamentada do Relator por novo lapso de um ano. É disciplina própria do IRDR e que não se repete no âmbito dos recursos repetitivos, pois a Lei nº 13.256/2016 revogou o art. 1.037, § 5º, do Código de Processo Civil, que determinava a cessação da suspensão automática caso não ocorresse o julgamento dos recursos repetitivos após um ano da publicação da decisão de afetação.

A limitação de tempo de suspensão para o IRDR é algo bastante positivo, pois ao contrário do previsto em relação às ações coletivas, não há a possibilidade de as partes dos

[417] BRASIL. STJ. SIRDR 7-PR**,** Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 23/06/2017. **(**TEMA 4**).**
[418] CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. Rio de janeiro: Forense, 2016, p. 265-266.

processos suspensos requererem o prosseguimento de suas causas para não se submeterem aos efeitos do IRDR.

Entendemos que uma vez determinada pelo Relator a suspensão dos processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, a ordem precisa ser materializada em decisão específica proferida pelo juiz ou pelo Relator perante o qual se encontra o processo. É que como defende Aluísio Gonçalves de Castro Mendes[419], a suspensão dos processos é um ato complexo que se inicia com a deliberação tomada pelo Relator e se completa com a análise, por cada órgão judicial, da subsunção das questões ventiladas nos processos ao objeto do IRDR para, em concreto, decidir pela aplicabilidade da suspensão ao processo em tramitação.

Nesse contexto, em função da existência de um microssistema de gestão e julgamento de casos repetitivos, revela-se essencial aplicar analogicamente o dispositivo contido nos §§ 8º a 13 do art. 1.037 do Código de Processo Civil, que impõe a intimação para que a parte de eventual processo sobrestado possa demonstrar eventual equívoco (distinção) da suspensão do seu caso concreto e requerer o prosseguimento do processo. Esta providência é essencial para se respeitar o contraditório e evitar uma decisão surpresa.

Caso haja indeferimento do pedido de cessação da suspensão do caso concreto e a parte ainda entenda que o processo suspenso não se enquadra no tema objeto do IRDR instaurado, caberá agravo de instrumento, se o processo estiver na primeira instância ou agravo interno, caso a decisão seja proferida por um Relator. Todavia, com a ressalva da expressa previsão do Regimento Interno do Tribunal, não existirá prevenção do eventual agravo para o órgão competente para processar e julgar o IRDR, devendo o mesmo ser distribuído para os órgãos fracionários ordinariamente competentes.

É que na hipótese de se considerar existente a prevenção, ocorreria uma grande concentração de recursos nos órgãos mais amplos do Tribunal, colocando em risco toda a economia processual pretendida pelo IRDR, segundo a qual o órgão mais amplo do Tribunal fixa a tese e os órgãos ordinários julgam os casos concretos.

[419] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 192.

Por fim, não há como se sustentar a suspensão do prazo prescricional das pretensões individuais não ajuizadas sem lei expressa que a determine, matéria que deveria se submeter a regramento pelo Código Civil e não pela legislação processual[420].

4.5.5. Cadastro eletrônico e publicidade

Com a admissão do IRDR pelo órgão colegiado previsto no Regimento Interno do Tribunal, deve ser promovida uma ampla divulgação e publicidade acerca do objeto do incidente, com registros nos bancos de dado dos Tribunais e do Conselho Nacional de Justiça, para que a sociedade e a comunidade jurídica saibam que matéria está sendo debatida e possa contribuir na formação da futura tese jurídica a ser fixada, bem como individualizar adequadamente a questão jurídica em análise para fins de suspensão (CPC, art.979).

Ademais, a ampla publicidade tem a finalidade de impedir a multiplicidade de incidentes de igual natureza ou de igual força uniformizadora sobre uma mesma questão de direito, o que enfraqueceria a própria função do instituto, comprometendo-lhe a utilidade e eficácia [421].

Para cumprir a determinação legal de ampla publicidade do IRDR, o Conselho Nacional de Justiça publicou a Resolução nº 235, de 13 de julho de 2016, que regulamentou a criação do banco nacional de dados, com informações dos casos de repercussão geral, das demandas repetitivas e dos incidentes de assunção de competência no âmbito dos Tribunais Superiores, Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunais de Justiça. A referida resolução também dispõe sobre a padronização dos procedimentos administrativos decorrentes dos julgamentos de repercussão geral, casos repetitivos e de incidente de assunção de competência e estabelece a integração eletrônica via *webservice* de todos os tribunais do País, no prazo de um ano.

Para Luiz Norton Batista Mattos[422], diante da realidade do processo eletrônico, o desenvolvimento tecnológico vai tornar a divulgação do incidente mais abrangente e capilar, e facilitar e baratear a manifestação dos interessados.

---

[420]CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 563.

[421] THEODORO JR., Humberto. OLIVEIRA, Fernanda Alvim de. REZENDE, Ester Camila Gomes Norato (Coord.). *Primeiras linhas sobre o novo direito processual civil brasileiro* (de acordo com o Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015). Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 742.

[422] MATTOS, Luiz Norton Batista. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo CPC. In: GAJORDONI, Fernando da Fonseca. (coord.).*Coleção Repercussões do Novo CPC, Magistratura*, v. 1. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 193.

Com base na resolução, cada tribunal deverá organizar um Núcleo de Gerenciamento de Precedentes (Nugep), como unidade administrativa permanente, e manter um banco eletrônico de dados integrado com informações específicas e atualizadas sobre as questões de direito submetidas ao IRDR e deverão alimentar continuamente e de forma padronizada o banco nacional de dados disponibilizado pelo CNJ.

O registro eletrônico deverá conter, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão proferida ao final no IRDR e as normas jurídicas por ela aplicadas e interpretadas para permitir a identificação dos processos que serão abrangidos pela eficácia vinculante do julgamento. (§2º do art. 979). Recomenda-se, ainda, que se imponha a maior divulgação possível das informações sobre o IRDR, podendo os tribunais utilizarem outros mecanismos de publicidade, especialmente a página oficial do próprio tribunal na internet e a imprensa

A correta delimitação da questão de direito no cadastro eletrônico com a especificação dos dispositivos legais em discussão e a moldura fática subjacente na qual a tese jurídica será aplicada revela-se essencial para promover o interesse de pessoas, órgãos ou entidades para atuar no procedimento e ajudar na construção da tese.

4.5.6. Participação dos sujeitos processuais e instrução

Após a admissão do IRDR será inaugurada uma nova fase, em que as partes e os terceiros intervenientes poderão requerer, no prazo comum de 15 (quinze) dias, a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão jurídica em debate e, em seguida, o Ministério Público deverá se manifestar, no mesmo prazo.

O Relator poderá, ainda, designar audiência pública para ouvir depoimento de pessoas com experiência e conhecimento da matéria, para completar a instrução do IRDR.

Esses aspectos relacionados à participação de terceiros na formação da tese jurídica e a disciplina jurídica das audiências públicas no âmbito do IRDR serão desenvolvidos nos capítulos 04 (quatro) e 05 (cinco) do presente trabalho.

4.5.7. O Julgamento de mérito: fundamentação e fixação da tese

Serão necessárias, ao menos, duas sessões do órgão colegiado competente do Tribunal no procedimento do IRDR. A primeira para o exercício do juízo de admissibilidade do incidente, e a segunda para o julgamento do mérito, voltada à definição da tese jurídica.

No julgamento, o Relator deverá realizar a exposição do objeto do incidente, relatando as principais ocorrências e diligências realizadas. Na referida exposição, para assegurar o pleno contraditório, o relator deverá delimitar a questão de direito repetitiva que será objeto de deliberação, especificando as normas jurídicas em discussão, os argumentos apresentados pelos sujeitos processuais, os fundamentos trazidos oralmente pelas audiências públicas e pelos debates travados nas sustentações orais, bem como as consequências econômicas e sociais da decisão, quando for o caso.

De acordo com o contido no art. 984, §2º, do Código de Processo Civil, não basta que o julgamento em que se fixará a tese do IRDR enfrente os argumentos deduzidos no processo capazes de infirmar a conclusão adotada pelo órgão colegiado e profira uma fundamentação adequada, nos termos do art. 489 do Código de Ritos. No IRDR o Legislador foi além, exigindo uma fundamentação exauriente, em que todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam eles favoráveis ou desfavoráveis ao entendimento adotado pelo tribunal, sob pena de nulidade do julgado por ausência de fundamentação.

É que como o IRDR tem força vinculante, incumbe ao órgão colegiado competente evitar o julgamento superficial, incompleto, que impõe ao juízos subordinados realizarem constantes distinçõesem virtude da apresentação de argumentos não decididos[423]. Somente um julgamento com ampla análise de todos os argumentos sobre a matéria poderá evitar precoces revisões ou superações da tese em virtude de fundamentos que não foram detidamente considerados ou analisados pelo Tribunal. Daí a importância de um contraditório ampliado, com intenso debate e pluralidade de sujeitos processuais.

Para Sofia Temer[424] a fundamentação e a fixação da tese no âmbito do IRDR deverá utilizar o raciocínio tipológico, em que, a partir dos processos pilotos que tenham servido como

[423] MATTOS, Luiz Norton Batista. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo CPC. In: GAJORDONI, Fernando da Fonseca. (coord.). *Coleção Repercussões do Novo CPC, Magistratura*, v. 1. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 193.
[424] TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 75-76.

substrato para a instauração do incidente, generalizam-se situações fáticas para evitar sucessivas hipóteses de distinção e apresentam-se raciocínios jurídicos que culminam com a fixação de uma tese jurídica que será aplicada posteriormente a todos os processos que se aproxime daquela situação. Ademais, a autora preconiza que é plenamente possível – e mesmo recomendável – que o Tribunal fixe sub-teses para variantes fáticas extraídas dos casos que servirem como substrato para o incidente, ou seja, em acontecendo A, entende-se B; ocorrendo C, entende-se D.

Quanto mais qualificada for a fundamentação adotada no julgamento do IRDR, mais fácil será para os interessados identificar a *ratio decidendi*, separando-a das suposições e conjecturas que compõe a categoria do *obiter dictum*, cujo conteúdo não constituirá uma norma vinculante para futuros casos e não poderá servir como fundamento para utilização da reclamação e nem como prequestionamento para conhecimento dos recursos especial e extraordinário.

Luiz Norton Batista Mattos[425] sustenta que, em situações excepcionais, o órgão colegiado do Tribunal, ao constatar que a fundamentação jurídica em torno da questão de direito não foi apresentada de maneira "satisfatória, suficiente, vigorosa e completa"e que a definição da tese jurídica comporta debate mais amplo e profundo, deverá extinguir o IRDR ao término do procedimento, sem prejuízo de novo instauração, nos termos do §3º do art. 976 do Código de Processo Civil.

Não obstante o respeitável entendimento, discordamos dessa posição. Afinal, ela contraria o princípio da eficiência ao permitir que um procedimento demorado e custoso, com o sobrestamento de processos por quase um ano ou mais não realize os fins pretendidos pelo Legislador em relação ao IRDR. É dever do Relator e do órgão colegiado durante todo o procedimento, ao verificar que alguns sujeitos processuais não estão atuando de forma adequada à importância do procedimento, realizar preventivas a esse desfecho, como por exemplo convocar outros sujeitos processuais para suprir essa lacuna. Caso a negligência seja por parte de membros do Ministério Público, da Advocacia Pública ou da Defensoria Pública,

[425] MATTOS, Luiz Norton Batista. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo CPC. In: GAJORDONI, Fernando da Fonseca. (coord.). *Coleção Repercussões do Novo CPC, Magistratura*, v. 1.. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 195.

as Corregedorias dos respectivos órgãos podem ser comunicadas para analisarem eventuais medidas capazes de sanar a questão e contribuírem com a formação adequada do incidente.

Portanto, a fundamentação qualificada e ampla atua como fator de legitimidade do Poder Judiciário e de consolidação do IRDR como mecanismo processual de formação de precedentes, vez que não só permite que milhares de processos com questões jurídicas idênticas possam vir a ser resolvidos de maneira mais célere, como possibilita que diversos segmentos da sociedade possam ter o direito de influenciar a decisão.

4.5.8. Sistemática dos Recursos

O sistema recursal no âmbito do IRDR possui alguns traços comuns com a disciplina geral dos recursos do Código de Processo Civil e peculiaridades que exigem do operador do direito uma reflexão mais detida, como os pressupostos de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário e o interesse recursal daqueles que tiveram processos sobrestados e não funcionaram como partes do processo-piloto.

Inicialmente, é importante destacar que em relação a qualquer decisão proferida no âmbito do IRDR, seja ela de admissibilidade do incidente ou de análise do mérito com fixação de tese jurídica, são cabíveis embargos de declaração, que podem ser interpostos para os pronunciamentos judiciais em geral com a finalidade de esclarecer obscuridade ou eliminar contradição, suprir omissão sobre ponto ou questão sobre o qual devia ter se pronunciado o órgão judicial, conforme estabelecem os arts. 1.022 a 1.026 do Código de Processo Civil.

Por sua vez, a disciplina recursal específica do IRDR, constante do art. 987 do Código de Processo Civil, prescreve que do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial. É possível concluir, portanto, que não será possível qualquer recurso, além dos embargos de declaração, contra a decisão que rejeitar o incidente por ausência de seus pressupostos ou em razão da ilegitimidade do requerente.

Afinal, é pertinente a observação de Daniel Carneiro Machado[426] quando afirma que se o Legislador dispôs que os recursos especial e extraordinário serão cabíveis contra o

[426] MACHADO, Daniel Carneiro. *A (in)compatibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas com o modelo constitucional de processo: a participação democrática do juiz e das partes na construção do provimento jurisdicional.* 321f. Tese (Doutorado Direito), Faculdade de Direito,. Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015, p. 155

julgamento de mérito do IRDR, a *contrario sensu*, não poderão ser interpostos recursos extraordinário e especial em face do acórdão proferido pelo órgão colegiado do tribunal local que rejeitar o incidente, sem resolução do mérito.

Artur César de Souza[427] entende que a vedação legal ao cabimento do recurso extraordinário e especial contra o julgamento, sem resolução de mérito, do IRDR não estaria de acordo com a Constituição, que não veda a interposição dos referidos recursos contra julgamentos meramente terminativos.

Todavia, entendemos que a legislação ordinária pode restringir a interposição de recursos em determinadas hipóteses, especialmente, nas situações de julgamentos sem resolução de mérito, desde que justificada a restrição, vez que não existe a garantia do duplo grau de jurisdição obrigatório, devendo ser observado, em qualquer caso, eventual restrição de acesso à jurisdição, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal[428].

Um exemplo na legislação de vedação de recurso a decisões terminativas é o art. 5º da Lei nº 10.259/2001, que disciplina os Juizados Especiais Federais. O entendimento que vem prevalecendo no âmbito do microssistema dos Juizados Especais[429] é que somente será cabível recurso inominado contra sentença terminativa se a extinção do processo obstar que o autor intente de novo a ação ou quando importe negativa de jurisdição.

A mesma lógica restritiva de recursos contra sentença meramente terminativa é passível de aplicação no âmbito do IRDR acerca de eventual recurso extraordinário ou especial interposto em face de julgamento sem resolução do mérito. É que o prosseguimento do incidente nesses casos traria mais prejuízos do que benefício ao microssistema de resolução das demandas repetitivas, pois causaria engessamento e demora na tramitação dos processos suspensos. Assim, a melhor opção seria que outro incidente fosse instaurado o quanto antes com os defeitos formais já corrigidos ou superados.

Um dos aspectos mais polêmicos na disciplina do sistema recursal do IRDR é a admissibilidade dos recursos especial e extraordinário contra o julgamento de mérito que fixa a tese jurídica. Afinal, o tema exige do aplicador do direito uma nova leitura da expressão

---

[427] SOUZA, Artur César de. *Resolução de Demandas Repetitivas*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 162.
[428] BRASIL. STF, Pleno, RHC 79785 RJ, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, j. 28/03/2000, DJ 22/11/2002.
[429] XI FONAJEF (Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais), Grupo 6 – Recursos nos Juizados e Reflexos do Novo CPC nos Juizados, Enunciado n.2 "*É cabível recurso inominado contra sentença terminativa se a extinção do processo obstar que o autor intente de novo a ação ou quando importe negativa de jurisdição*".

"causa decidida em única ou última instância", constante dos arts. 102, III e 105, III, da Constituição Federal, tendo em vista a interpretação consagrada acerca da Súmula 513 do Supremo Tribunal Federal.

Cássio Scarpinella Bueno[430] levanta questionamentos acerca da constitucionalidade do cabimento dos recursos especial e extraordinário em face do julgamento de mérito do incidente (CPC, art. 987), vez que a expressão "causa decidida em única ou última instância" permitiria apenas que o "processo-piloto" fosse recorrível e não o incidente em si. Com isso, em caso de desistência do "processo-piloto" não haveria possibilidade de interposição de recursos excepcionais e, assim, uniformização da matéria, uma das finalidades do IRDR.

A Súmula nº 513 do Supremo Tribunal Federal, editada em 03 de dezembro de 1969, dispõe que "a decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (Câmaras, Grupos ou Turmas) que completa o julgamento do feito".

Analisando os precedentes indicados que ensejaram a formação da Súmula nº 513 no Pretório Excelso (RMS 15.212/SP, RMS 14.710/SP e RE 59.250/BA), verificamos que esses julgados não reconheceram a possibilidade de recurso extraordinário da decisão do incidente de inconstitucionalidade porque a "causa" apenas seria julgada pela Câmara, podendo haver esforço desnecessário do Supremo Tribunal Federal caso a parte desistisse do pedido entre o julgamento do Plenário e o julgamento da Câmara, em uma visão de que as Cortes Superiores serviam mais como julgadoras de última instância de processos subjetivos do que como órgãos uniformizadores da legislação federal e da Carta Magna.

Todavia, como bem sustenta Sofia Temer[431] a desistência do recurso ou da "causa", ao contrário do que ocorria em 1969, não interfere na razão de existência do incidente. No paradigma do atual Código de Processo Civil a razão das técnicas de formação de precedentes, como o IRDR, não é, em absoluto, o julgamento de um caso concreto especifico, como era o do incidente de arguição de inconstitucionalidade na época, o que se comprova pelo fato de ficarem suspensos diversos processos que veiculam demandas repetitivas, aguardando a fixação da tese jurídica a ser aplicada.

---

[430] BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado.* São Paulo: Saraiva, 2015, p. 631-632.
[431] TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 243.

No caso do IRDR essa opção foi expressamente consagrada pelo Legislador quando consignou no art. 976, §1º, do Código de Processo Civil que a desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente. Ademais, embora a repercussão geral constitua exigência da Constituição para a admissibilidade do recurso extraordinário, em relação ao IRDR o Código de Processo Civil presumiu o efeito suspensivo automático e a repercussão geral da questão constitucional eventualmente discutida (CPC, 987, §1º).

Nas palavras de Humberto Theodoro Jr.[432], "estará o recorrente dispensado de buscar outros argumentos para demonstrar, *in* concreto, a presença da repercussão geral já reconhecida pelo próprio legislador.

A jurisdição não é mais pensada apenas para a pacificação de uma lide subjetiva através da edição de normas para um caso concreto, razão pela qual concordamos com Aluisio Gonçalves de Castro Mendes[433] quando afirma que a interpretação do direito processual deve estar irmanada com o seu tempo e com as modificações da sociedade, do sistema jurídico e da legislação processual, contribuindo para que os direitos fundamentais, como o acesso à justiça, a efetividade do processo, o devido processo legal, o princípio da isonomia e a duração razoável do processo possam encontrar um resultado mais profícuo.

Conforme assevera Ticiano Alves e Silva[434], "causa decidida" é conceito processual que pode ser conformado pelo legislador infraconstitucional, como fez o atual Código de Processo Civil, de modo que não se vislumbra inconstitucionalidade quanto à previsão do cabimento dos recursos excepcionais em face do julgamento de mérito do IRDR.

Assim, sem pretender o cancelamento da Súmula nº 513 do Supremo Tribunal Federal, entendemos que a melhor interpretação que pode ser conferida à mesma é no sentido de que, em regra, a "causa decidida" em única ou última instância, e que enseja a interposição de recurso especial ou extraordinário, é a do processo-piloto. Todavia, caso haja desistência do processo-piloto ou o referido processo seja extinto por alguma questão processual específica, é

---

[432] THEODORO JR., Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim de. REZENDE, Ester Camila Gomes Norato (Coord.). *Primeiras linhas sobre o novo direito processual civil brasileiro* (de acordo com o Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015). Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 748.

[433] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 224.

[434] SILVA, Ticiano Alves e. Os embargos de declaração no novo Código de Processo Civil. In: MACEDO, Lucas Buril et al (Orgs.). *Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*. Coleção novo CPC – Doutrina selecionada. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 6, p. 661-684.

possível a interposição de recursos especial e extraordinário em relação ao julgamento de mérito do IRDR que fixou eventual tese jurídica a ser aplicada em relação aos diversos processos suspensos.

Essa interpretação da Súmula nº 513 do Pretório Excelso confere aos Tribunais Superiores uma atuação em favor da isonomia e da segurança jurídica sobre matéria constitucional ou infraconstitucional, reforçando o papel de formação de precedentes do IRDR, inclusive em relação aos processos em tramitação nos juizados especiais. Interpretação contrária esvaziaria a finalidade do IRDR, equiparando-o ao antigo incidente de uniformização de jurisprudência.

Registre, ainda, que por expressa previsão legal (CPC, art. 987, §1º), os recursos excepcionais serão recebidos obrigatoriamente no efeito suspensivo, razão pela qual a tese jurídica fixada no julgamento do IRDR somente será aplicada aos processos em tramitação se não houver a interposição de recursos para os Tribunais Superiores.

Por fim, merece ser destacada a questão da legitimidade para eventual interposição dos embargos de declaração, do recurso especial e do recurso extraordinário.

Não houve previsão expressa no Código de Processo Civil acerca dos legitimados para recorrer no âmbito do IRDR, devendo ser utilizada a sistemática geral dos recursos e as disposições específicas do microssistema de julgamento e gestão de demandas repetitivas.

Não existe maiores controvérsias acerca da legitimidade recursal das partes que compõem o "processo-piloto" do IRDR, do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica e da Defensoria Pública, quando existirem hipossuficientes interessados na fixação da tese, vez que essas hipóteses estão comtempladas no regramento geral (CPC, art. 996).

Por sua vez, também existe legitimidade recursal específica no âmbito do IRDR em relação ao *amicus curiae,* que poderá interpor tanto os embargos de declaração quanto os recursos para os Tribunais Superiores contra o acórdão que julgar o mérito do incidente, conforme dispõe o art. 138, §3º, do Código de Processo Civil.

A grande controvérsia reside na possibilidade de as partes dos processos sobrestados poderem interpor os recursos, vez que não há qualquer regra expressa do Código de Processo

Civil nesse sentido e a versão inicial do Projeto aprovada pelo Senado (PLS 166/2010) que previa o cabimento de recursos por "terceiros interessados" não foi mantida.

Considerando que uma das características mais marcantes do IRDR é a possibilidade de ampla pluralidade argumentativa, a fim de que o Tribunal possa resolver de forma eficiente a questão de direito e fixar a tese jurídica, entendemos possível que as partes dos processos sobrestados possam a vir interpor recurso da decisão que decidir o mérito do incidente.

Nesse mesmo sentido, a interpretação dada pelo Enunciado nº 94 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis, segundo a qual a "parte que tiver o seu processo suspenso nos termos do inciso I do art. 982 poderá interpor recurso especial ou extraordinário contra o acórdão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas".

Todavia, essa possibilidade não pode ser ampla e irrestrita, tal como ocorre em relação a pessoa natural que é assistente litisconsorcial nas ações coletivas para defesa dos direitos individuais homogêneos, pois não há substituição processual das partes do processo piloto em relação aos sobrestados. Assim, no caso do IRDR a possibilidade de recurso pela parte que tiver seu processo suspenso deve estar sujeita a alguns condicionantes, sob pena de essa permissividade gerar a interposição de milhares de recursos, com prejuízo para a própria racionalidade do sistema.

Leonardo Carneiro da Cunha[435] afirma que todos os interessados podem atuar e participar da discussão travada no recurso especial ou extraordinário, mas não será possível haver a confluência ou concorrência de mais de um recurso contra o mesmo acórdão para que o Tribunal Superior revise a interpretação definida pelo Tribunal Ordinário que julgou o IRDR. Para o professor pernambucano, interposto um recurso excepcional não seria possível ajuizar outro sob pena de litispendência.

Entendemos que como regra geral apenas as partes do processo-piloto devem interpor recursos contra a decisão de mérito do IRDR. Todavia, caso seja verificado que esses representantes não promoveram o debate argumentativo de forma qualificada, abre-se a oportunidade para que o órgão julgador selecione alguns sujeitos sobrestados para que estes possam oferecer as razões recursais.

[435] CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. Rio de janeiro: Forense, 2016, p. 269.

Comungando desse posicionamento, Sofia Temer[436] apresenta interessante proposta ao sugerir que o órgão julgador pode selecionar e enviar apenas os recursos que apresentem novas perspectivas argumentativas. Assim, quanto mais completo e abrangente fosse o recurso das partes do processo-piloto, menos espaço haveria para os sujeitos sobrestados atuarem. Essa seleção, inclusive, poderia ser feita a partir da utilização do regramento dos recursos repetitivos (CPC, arts. 1.036 e seguintes).

Observa-se, portanto, que esta problemática não é simples e está longe de ser resolvida satisfatoriamente através da utilização dos institutos tradicionais do processo, exigindo que os operadores do direito atuem com criatividade e levando em conta a eficiência processual para encontrar uma melhor solução para a matéria.

[436] TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 248.

5. PARTICIPAÇÃO PROCESSUAL NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Ensina Leonardo Carneiro da Cunha[437] que o contraditório no modelo cooperativo de processo tem uma dimensão maior do que a tradicionalmente conferida de cientificação das partes acerca dos atos processuais e possibilidade de manifestação. Assim, tal preceito deve ser entendido como garantia de efetiva participação das partes durante todo o desenrolar da demanda, mediante a ciência dos atos, a possibilidade de influírem no convencimento através da produção de provas, de realizar debate de questões de direito e de ver seus argumentos analisados pelo órgão julgador.

Nesse contexto, a incidência do princípio do contraditório no processo subjetivo individual pressupõe que todas as partes envolvidas em uma relação litigiosa judicial, e que sofrerão os efeitos da decisão, possuem o direito de dialogar com o magistrado, tendo a oportunidade de apresentar argumentos jurídicos e influenciar a futura decisão a ser proferida.

Essa lógica, todavia, não pode ser transposta para a técnica processual vinculada à tutela repetitiva, como é o IRDR, em que se instaura incidente com a finalidade de fixar tese jurídica (de direito material ou processual) controversa que se repete em inúmeros feitos, a fim de que a mesma seja repetida nos processos sobrestados e em futuras demandas ajuizadas.

É que, segundo a própria natureza da litigiosidade repetitiva, a decisão tomada no incidente possui aptidão para afetar diretamente as partes dos processos sobrestados através da aplicação da tese jurídica fixada, sem que as mesmas tenham tido o direito a participar dos debates. Ademais, não existe a possibilidade de que esses sujeitos dos processos sobrestados, e que não puderam influenciar o julgamento, escapem dos efeitos da tese jurídica fixada.

Dessa forma, cabe perquirir se a resposta para essas indagações não poderia ser encontrada a partir de uma nova leitura do contraditório em relação à técnica repetitiva, em que o mesmo seria considerado exercido caso houvesse a demonstração de que as teses jurídicas pertinentes foram devidamente apresentadas e considerada pelo Tribunal, independente de quem as tenha feito ou tenha tido a possibilidade de fazê-lo.

---

[437] CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Atendibilidade dos Fatos Supervenientes no Processo Civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileir*o. Coimbra: Almedina, 2012, p. 57.

5.1. CONTRADITÓRIO AMPLIADO E DESPOLARIZAÇÃO

Conforme ensina Edilson Vitorelli[438], a melhor decisão, ou a melhor realização possível do direito material, ainda seria merecedora de críticas se fosse obtida sem o devido resguardo dos direitos de participação dos envolvidos, pois essa atuação funciona não apenas como efetiva contribuição para uma justa resolução dos litígios, mas também como fator de legitimação do próprio julgamento.

Todavia, a participação, corolário do contraditório, não pode ser vista como uma noção estanque no tempo e sem possibilidades de adaptação a uma nova realidade de litígios. Ensina Antônio Herman Benjamin[439] que o processo civil moderno foi talhado sob a ótica do individualismo e, por isso, não dá conta adequadamente das demandas da sociedade moderna.

Com a massificação dos litígios, o congestionamento dos tribunais e a, consequente, demora nos julgamentos houve a necessidade da criação das técnicas processuais coletiva e repetitiva. Com elas consolidaram-se novas forma de participação processual e atuação em contraditório, bastante diferentes da tradicional.

O questionamento de violação ao contraditório em relação aos substituídos na utilização da técnica de tutela coletiva foi razoavelmente dissipada porque eventual repercussão negativa do julgamento coletivo na ação individual foi temperada por um regime benéfico de extensão dos efeitos da coisa julgada e pela possibilidade de auto exclusão (*opt-out*), constante do art. 104 do Código de Defesa do Consumidor.

Como aduz Antônio Gidi[440], discute-se no processo coletivo se a representatividade adequada pode ser realizada pelo juiz, mas pouco se fala se esse sistema de representação é constitucional ou se ofende as garantias dos titulares de direito não participantes.

Em relação à técnica repetitiva, aí incluído o IRDR, o Legislador partiu do pressuposto de que, em razão da elevada quantidade de sujeitos potencialmente afetados pela decisão, nem todos poderão participar diretamente da formação do precedente. Assim, o contraditório será

---

[438] VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p. 175.

[439] BENJAMIN, Antônio Herman. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação Civil Pública – Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: RT, 1995.

[440] GIDI, Antônio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo, São Paulo: RT,* 2014, v. 227, p. 209.

considerado plenamente exercido caso sejam oferecidos amplos e profundos argumentos jurídicos ao Tribunal por parte dos sujeitos processuais que participaram do incidente, ainda que outros sujeitos não tenham tido a oportunidade de se manifestar.

Consoante Robert Bone[441], a implementação de um processo instrumental necessariamente exige a restrição da participação em algum grau. É evidente que um processo sem nenhuma participação causaria profunda violação ao devido processo legal, mas eventual restrição da participação de alguns sem que haja a redução da participação do grupo como um todo pode ser compensada por uma decisão materialmente adequada ao caso.

Nesse sentido podem ser destacados, na parte que disciplina o IRDR no Código de Processo Civil, diversos dispositivos que abrem a possibilidade de contraditório para além das partes do processo originário que originou o incidente, aí incluídos os autores de demandas suspensas por força do IRDR, instituições como o Ministério Público e a Defensoria Pública, além do *amicus curiae* (CPC, art. 138*)* e pessoas com conhecimento e experiência na matéria nas audiências públicas (CPC, art. 983, §1º).

Como ensina Sofia Temer[442], no IRDR, muito mais do que a participação de quem quer que seja, o que é relevante para legitimar a decisão e tornar efetivo o contraditório é a demonstração de que houve a possibilidade de convencimento do Tribunal através do exercício do direito de influência, ainda que por sujeitos "não representantes" dos diversos processos sobrestados.

A formação do precedente passa a ser enxergada como resultado de uma comunidade dialética de trabalho[443], em que a atuação dos diversos sujeitos processuais deve convergir para o objetivo perseguido da melhor maneira possível. É o que dispõe o art. 6º do Código de Processo Civil quando estabelece que "todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva"

[441] BONE, Robert. *Rethinking the "day in court" ideal and nonparty preclusion*. New York Law Review, v. 67, nº 2, 1992, p.233.
[442] TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 141
[443]SOUZA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. Lisboa: Lex, 1997, p.62.

Nesse contexto, revela-se como essencial para uma melhor compreensão da questão as ideias apresentadas por Antônio do Passo Cabral[444] sobre despolarização do processo, legitimidade e zonas de interesse.

Para o professor fluminense, a estrutura bipolar dos processos subjetivos que se desenvolvem em torno da lide apresenta uma dimensão em que autor e réu funcionam necessariamente como atores do contraditório durante todo o decorrer da relação processual. A atuação dos mesmos é deduzida a partir da relação substancial conflituosa e a pretensão de um pressupõe necessariamente a resistência do outro.

Todavia, o IRDR, como técnica de tutela repetitiva, tem como finalidade principal a resolução de uma questão de direito controvertida, e não uma lide. Assim, a depender da questão objeto de análise, as partes dos diversos processos que debatem a referida questão não necessariamente assumiriam a mesma postura no incidente,

Em outras palavras, a legitimidade no âmbito do IRDR não seria uma necessária reprodução da legitimidade existente em cada um dos processos repetitivos que serviram de substrato para a formação do incidente, existindo uma situação cambiante de legitimidade a depender da questão repetitiva de direito analisada como objeto do incidente.

Importante reforço explicativo em relação a essa questão revela Sofia Temer[445], quando afirma que, para a resolução de algumas questões de direito de natureza substancial, a estrutura do IRDR no tocante à legitimidade será provavelmente a reprodução da estrutura dos processos subjetivos. Assim, em um IRDR que tenha como questão de direito eventual declaração de ilegalidade da cobrança de dada tarifa bancária, teremos provavelmente um polo ativo composto de consumidores e associações relacionadas aos mesmos, enquanto no polo passivo teremos instituições financeiras e entidades ligados ao setor bancário.

Todavia, na hipótese em que a questão de direito deduzida no âmbito do IRDR for de natureza processual, os autores, réus e demais intervenientes em cada um dos processos subjetivos repetitivos podem ter posições convergentes ou divergentes no incidente, impedindo

[444] CABRAL, Antônio do Passo. *Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda*. *In*: DIDIER, JR., Fredie et al (Coords.). Tutela jurisdicional coletiva.. Salvador: Juspodivm, 2012.
[445] TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 149-150.

a reprodução da estrutura bipolar do processo subjetivo no IRDR e formando uma estrutura multipolarizada.

Como bem observou Eduardo Fonseca da Costa[446], nas hipóteses em que a lide deixou de ser referencial e a resolução de uma questão de direito passou a ser o objetivo maior, os processos judiciais são assemelhados menos a uma "luta de boxe" e mais a uma "rodada de pôquer". É que a depender da natureza das partes e do objeto litigioso, inúmeros *participantes* – cada um deles encarnando um interesse nele adequadamente representado – podem ingressar no processo para reconhecerem o fim jurídico institucional invocado na petição inicial, oporem resistência ou tratarem apenas de uma questão processual.

Essa noção de estrutura multipolarizada conforma o contraditório, pois todos os incidentes processuais, cujas decisões estabeleçam a forma de decidir de outras demandas, devem necessariamente ser abertos e convidativos à participação de interessados. Às partes dos processos originários, àqueles que podem ter seus direitos afetados pela decisão e a alguns grupos e pessoas que possuem relevância argumentativa deve ser oportunizada a manifestação, de forma a lhes permitir influenciar o órgão julgador.

Todavia, a possibilidade de manifestação ocorrerá não pela simples posição de réu ou autor em um processo similar, mas pela apresentação de novos argumentos que possam contribuir de forma qualitativa ao debate.

Essa conformação do contraditório pressupõe o dever de realização de uma ampla divulgação da existência desses procedimentos, vez que sem ciência prévia aos possíveis interessados não há contraditório. O art. 979 do Código de Processo Civil, que trata da publicidade do IRDR, leva em conta esse aspecto e confere ao Conselho Nacional de Justiça importante atribuição nesse sentido de centralização e difusão da informação.

Ademais, o procedimento dos incidentes repetitivos precisa assegurar, antes de quaisquer decisões, mecanismo eficazes de participação dos interessados, como a possibilidade de oferecimento de manifestações escritas ou orais capazes de influenciar os magistrados que irão resolver a questão jurídica. O contraditório precisa ser prévio.

[446] COSTA, Eduardo José da Fonseca. Jurisdição constitucional, jurisdição coletiva e tutela das instituições. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, jun/2015, v. 244, p. 247-284.

Esse aspecto denota, aliás, que o contraditório não precisa ser exercido pelos diversos interessados durante todo o transcurso do procedimento, podendo ser limitado a alguns pontos (zonas de interesse) que entenda ter maior capacidade argumentativa e de influenciar os julgadores.

Entendemos, portanto, com fundamento nas lições de Antônio do Passo Cabral[447], que o contraditório a ser exercido no âmbito do IRDR se afasta do modelo tradicional de contraposição bilateral de argumentos e incorpora a lógica da estrutura subjetiva multipolarizada. Nesse paradigma, a legitimidade de atuação deixa de ter um caráter estático associado a partir da relação substancial deduzida em juízo e assume uma postura dinâmica, em que é possível aferir a legitimidade de atuação dos sujeitos em função de cada ato processual (ou conjunto de atos) a ser realizado, levando em conta a possibilidade de apresentação de mais amplos e profundos argumentos.

Essa dimensão do contraditório inaugura uma nova fase de comportamento dos sujeitos processuais quando da formação de precedentes através das técnicas de tutela repetitiva, sendo imprescindível que os operadores do direito aprendam a lidar de forma mais eficiente com instrumentos processuais como as audiências públicas e o *amicus curiae*, superando a noção bipolar própria dos processos individuais, ou seja, como se conflitos individuais fossem, em que há uma pretensão pela condenação do réu e uma resistência em face do autor.

5.2. LIMITES E POSSIBILIDADES DE ATUAÇÃO DOS SUJEITOS PROCESSUAIS

Embora o Código de Processo Civil discipline diversos aspectos procedimentais do IRDR, não resolve expressamente a problemática em torno dos limites e possibilidade de atuação de cada um dos sujeitos processuais durante a formação do precedente que irá fixar a tese jurídica a ser aplicada nos processos sobrestados.

A possibilidade de participação plural no IRDR é decorrência da estrutura de contraditório ampliado, própria do microssistema de formação de precedentes, e abrange: 1) a requisição de informações aos órgãos em que tramitem processos nos quais haja a controvérsia afetada, os quais poderão remeter cópias de petições, decisões judiciais e outras informações

[447] CABRAL, Antônio do Passo. *Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda*. *In*: DIDIER, JR., Fredie et al (Coords.). Tutela jurisdicional coletiva. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 42.

relevantes (CPC, art. 982, II); 2) manifestação das partes selecionadas nos processos-pilotos como condutoras do debate (CPC, art. 983); 3) intervenção das partes dos processos sobrestados que possuem a mesma questão de direito (CPC, art. 983); 4) manifestação do Ministério Público (CPC, art. 982, III); 4) a manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, os denominados *amici curiae* (CPC, art. 983); 5) a oitiva de pessoas com experiência e conhecimento na matéria em audiências públicas (CPC, art. 983, § 1º).

A requisição de informações aos órgãos em que tramitem processos nos quais haja a controvérsia afetada, os quais poderão remeter cópias de petições, decisões judiciais e outras informações relevantes, possui contornos bem definidos e não suscita maiores controvérsias na doutrina. Passaremos a tratar, então, dos demais sujeitos processuais e de suas possíveis formas de atuação.

5.2.1. As partes selecionadas como condutoras do debate

Caberá às partes selecionadas do processo-piloto apresentar os argumentos jurídicos que entender pertinentes, requerer a juntada de documentos e as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida (CPC, art, 983). Ademais, ainda incumbirá a elas sustentar oralmente suas razões na sessão do julgamento do incidente (CPC, 984, II, a).

É importante destacar que não há regra no Código de Processo Civil determinando que as partes selecionadas sejam apenas aquelas de onde surja o pedido ou ofício para instauração do IRDR, existindo ampla margem de ampliação da escolha pelo Tribunal em relação aos processos que serão "afetados" para o processamento do referido incidente.

Assim, partindo da premissa de que o Código de Processo Civil estabeleceu um microssistema que serve tanto para gestão dos processos repetitivos quanto para formação de precedentes, revela-se pertinente a aplicação analógica do art. 1.036, § 4º, do Código de Processo Civil, que trata do julgamento dos Recursos Especial e Extraordinário Repetitivos, o qual dispõe que a escolha feita pelo presidente ou vice-presidente do Tribunal de Justiça ou do Tribunal Regional Federal não vinculará o Relator no Tribunal Superior, que poderá selecionar outros recursos representativos da controvérsia.

Portanto, é possível que além das partes dos processos de onde surgiram o pedido de instauração do incidente também sejam selecionadas partes de outros processos que tratem da mesma questão de direito objeto de controvérsia no âmbito do Tribunal.

É que podem ocorrer situações em que os argumentos apresentados no processo-piloto escolhido para resolver a questão de direito em determinado sentido sejam profundos e relevantes, mas a argumentação desenvolvida em sentido contrário pela parte adversa não tenha sido tão ampla e qualificada. Assim, até mesmo em função da isonomia que deve reger a formação do incidente, revela-se necessário pinçar outros processos em que a manifestação em sentido divergente também esteja com bom nível.

Aduz Sofia Temer[448] que o objetivo do IRDR é resolver questão de direito e não a demanda, razão pela qual não há justificativa para se manter a rígida estrutura bipolar própria dos processos que se desenvolvem em torno da lide, sendo dever do Tribunal promover um contraditório multipolarizado, decorrente da pluralidade argumentativa, para resolver da maneira mais profunda a questão de direito.

Defendemos, todavia, que a escolha de outros processos - além daquele em que houve o requerimento de instauração do IRDR - deve ser fundamentada e indicar a amplitude das perspectivas argumentativas, ou seja, casos em que as partes apresentem argumentos amplos e profundos acerca da controvérsia de direito apta a gerar ofensa à segurança jurídica e à isonomia.

Nesse contexto, revela-se importante aduzir que parece existir no tocante à escolha dos processos-pilotos – e das respectivas partes que irão conduzir o debate em nome das demais que tiveram seus processos sobrestados – a necessidade de um controle judicial da representação adequada.

A representação adequada está comumente associada à idoneidade do sujeito que participa do processo para levar adiante a demanda coletiva, tendo em conta que o "nexo entre o direito ou interesse do substituto e o direito ou interesse do substituído é indispensável[449]. O instituto é originário do direito estadunidense[450] e tido neste país como imperativo do devido processo legal, devendo o Judiciário exigir a mudança do representante nas hipóteses em que

[448] TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 148.
[449]CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e* habeas data *(Constituição e processo)*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 20.
[450] Caso *Amchem Prods Inc. v.Windsor* julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América (1997) afirmando que a representação adequada está prevista no direito escrito, nas *Civil Procedure Rules*, na regra 23*(a)*4, como requisito à propositura de uma *class action*, nos seguintes termos: "os sujeitos representativos irão, de forma justa e adequada, proteger os direitos da classe"

considerar que o mesmo não representa a vontade do grupo como um todo e não possui as melhores condições jurídicas e econômicas de atuar perante os Tribunal naquele caso.

No Brasil, predomina nos Superior Tribunal de Justiça[451] o entendimento de que o instituto não foi incorporado na legislação que trata da tutela coletiva, vez que aqui a legitimidade adequada seria decorrente da previsão legal, ou seja, o controle seria *ope legis* ao invés de *ope judicis,* bem como que no modelo brasileiro de ações coletivas a coisa julgada só se estende aos particulares para favorecê-los.

Alguns poucos julgados da Corte da Cidadania[452] reconhecem a necessidade de legitimidade adequada nas ações coletivas, mas restringem sua aplicação às associações e aos critérios legais pertinentes, tais como a constituição nos termos da lei civil há pelo menos um ano, bem como que a mesma tenha dentre os seus objetivos estatutários a defesa do interesse coletivo ou difuso. Tal perspectiva muito pouco se assemelha ao instituto norte-americano, pois permanece o controle *ope legis* ao invés de *ope judicis.*

Todavia, a possibilidade de um controle da "seleção adequada" na tutela repetitiva surge como necessidade do princípio da eficiência, pois o contraditório sem os melhores condutores não promoverá a oportunidade de debate das múltiplas possibilidades argumentativas pertinentes. Como não será possível abranger todas as divergências interpretativas existentes, essa deficiência ensejará a ocorrência de sucessivas distinções nos processos que estavam sobrestados aguardando a fixação da tese jurídica. Essa realidade certamente trará nefastos prejuízos para a segurança jurídica e a isonomia e não justifica a suspensão dos processos durante a formação do precedente.

Não se está propondo que a seleção dos processos-pilotos e das respectivas partes seja analisada a partir da perspectiva da legitimação adequada da tutela coletiva do direito estadunidense, mas apenas enfatizando que a seleção das partes que irão conduzir o debate caracteriza-se como momento de fundamental importância para a formação de um precedente eficiente, exigindo do Tribunal uma análise criteriosa.

---

[451] BRASIL. STJ, 4ª Turma, REsp 1.189.273/SC, *DJe* 04.03.2011. REsp 876.936/RJ, 1.ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 13.11.2008. REsp 901.936/RJ, 1.ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 16.03.2009. Os julgados mencionam que a análise da denominada Representatividade Adequada (Adequacy of Representation), inerente às *class actions*, é limitada no Brasil a aferir os objetivos estatutários e o prazo de funcionamento das associações civis.

[452] BRASIL. STJ, 1ª Turma, AgRg nos EDcl nos EDcl no REsp 1150424/SP, Rel. Desembargador Convocado Olindo Menezes, DJe 24.11.2015.

Erik Wolkart[453] entende que na formação de precedentes vinculados à tutela repetitiva devem ser escolhidos processos que tratem especificamente da questão de direito controvertida ao invés de processos que contenham também outras discussões

Não há critérios rígidos para essa seleção, mas, além do objetivo de ampliar a discussão sobre a questão jurídica, podem ser considerados como fatores adicionais para justificar a seleção de algumas partes, e consequentemente, dos respectivos processos-pilotos, aspectos como interesse e diligência na solução do conflito durante o transcurso do processo, capacidade financeira das partes, boa formação acadêmica e experiência de atuação dos advogados perante o Tribunal, ausência de restrição cognitiva na ação originária, a existência de intervenção de terceiros, dentre outros.

Importante ressaltar, ainda, que pode haver a seleção de alguns processos-pilotos para que as partes atuem em um conjunto de atos ou apenas em alguns atos específicos, como a juntada de requerimento, a realização de sustentação oral, a interposição de recursos, tudo com a finalidade de garantir o melhor e mais amplo debate possível, dentro da lógica do contraditório multipolarizado e da desvinculação do direito substancial.

Por fim, é importante ressaltar que não existe uma estabilização subjetiva rígida no tocante à escolha dos processos-pilotos e dos respectivos líderes, podendo existir alterações devidamente justificadas mesmo após a seleção inicial das partes que irão atuar no IRDR. Essa conclusão é derivada do art. 976, § 2º, do Código de Processo Civil, o qual dispõe, que em caso de desistência ou abandono, o Ministério Público deverá assumir sua titularidade.

A norma extraída do referido dispositivo deve ser interpretada como um dever conferido ao Tribunal para que fiscalize durante todo o procedimento do incidente a existência de uma pluralidade argumentativa ampla e de qualidade, sendo cogente promover a substituição das partes negligentes ou de atuação insatisfatória pelo Ministério Público e/ou por outras partes que reúnam as condições para atuar de forma adequada aos fins do IRDR.

[453]WOLKART, Erik. *Precedente Judicial no Processo Civil Brasileiro: mecanismos de objetivação do processo*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 115.

Todavia, como adverte Antônio do Passo Cabral[454], essa modificação deve observar o princípio da eficiência, com destaque para aspectos como o estágio da tramitação do IRDR e custos materiais e humanos com a medida, vez que sucessivas alterações podem causar demora excessiva e o grau de aprofundamento dos debates podem surgir a partir de manifestações de outros sujeitos processuais como o Ministério Público, *amicus curiae* etc.

Nesse contexto, a fim de que alterações dos processos-pilotos não precisem ocorrer com frequência, a decisão de recebimento do IRDR pelo Tribunal deve indicar de modo preciso qual a controvérsia de direito que se pretende resolver, a situação fática que a ensejou, os argumentos jurídicos dissonantes já apresentados, bem como os dispositivos normativos que tenham sido identificados até o momento da instauração. Essa medida será importante para identificar o enquadramento dos casos (ou sua distinção), bem como para que os sujeitos interessados possam aferir se há novos argumentos a serem apresentados no incidente.

Portanto, uma boa escolha dos processos-pilotos e dos respectivos líderes é a essência para a realização de um IRDR eficiente para os fins a ele destinado pelo sistema.

5.2.2. As partes dos processos sobrestados

Um dos aspectos que mais despertam controvérsias no âmbito do IRDR é a possibilidade de manifestação das partes dos processos que foram sobrestados por conterem idêntica questão de direito, mas que não foram selecionadas como condutoras do debate. Afinal, essas partes não selecionadas e que terão seus processos sobrestados poderão ser afetadas negativamente pela aplicação da tese jurídica fixada no IRDR mesmo sem terem participado do incidente.

Conforme já ressaltado por ocasião da análise do contraditório multipolarizado no âmbito das tutelas repetitivas, o que é relevante para legitimar a decisão e reconhecer como respeitado o contraditório no IRDR é a demonstração de que houve o oferecimento de amplos e profundos argumentos jurídicos pelos participantes admitidos, ainda que com a ausência de alguns sujeitos que poderão vir a sofrer os efeitos do julgado, bem como que o Tribunal tenha analisado esses argumentos devidamente por ocasião da formação do precedente.

[454] CABRAL, Antônio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1439.

A questão que se põe é saber a que título ocorreria essa participação dos sobrestados nos casos em que houvesse insuficiência de argumentos jurídicos apresentados pelas partes selecionadas, tendo em vista as modalidades típicas de intervenção de terceiro previstas no Código de Processo Civil: Assistência Simples e Litisconsorcial (arts. 119 a 124), Denunciação da Lide (arts. 125 a 129) e Chamamento ao Processo (arts. 130 a 132), ficando o *amicus curiae* para outro tópico.

Ensina Fredie Didier Jr.[455].que a intervenção de terceiros ocorre quando um sujeito que não é parte no processo originário, autorizado por lei, ingressa no processo pendente, transformando-se em parte. Para tanto, é necessário interesse jurídico, que se caracteriza como um vínculo entre o terceiro e a relação jurídica material debatida, não sendo possível ingresso no processo pautado exclusivamente em interesse moral, afetivo ou meramente econômico.

O interesse exigido como requisito essencial da assistência decorre de uma relação do terceiro requerente (assistente) com alguma das partes do processo (assistida), que se revele conexa ou dependente da relação material discutida nos autos, como a hipótese do sublocatário que ingressa para defender os interesses do lacatário em ação de despejo.

A situação é distinta da que se pode cogitar em relação às partes em processos sobrestados no âmbito do IRDR, pois essas pessoas não têm uma relação jurídica conexa ou dependente da que foi selecionada. Em alguns casos, como quando a questão de direito for processual, não existe qualquer relação de direito material. Em outras, existe uma relação jurídica própria, autônoma, que é apenas semelhante, em tese, à selecionada, não podendo ocorrer os efeitos da coisa julgada ou da "justiça da decisão" (CPC, art. 123) em função do julgamento do processo-piloto.

Portanto, o instituto da assistência, tal como delineado no Código de Processo Civil, é inaplicável às partes dos processos sobrestados. Eventual enquadramento nessa hipótese viola norma extraída da disciplina do instituto no Código de Ritos, a pretexto de realizar releitura do instituto da assistência simples. Assim, discordamos de autores como Bruno Dantas[456] que sustentam que a parte que se depara com a suspensão do processo por força da instauração do

[455] DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Salvador: Juspodivm, 2017, 538.
[456] DANTAS, Bruno. Comentários aos arts. 976 a 987. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Coords.). *Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil.* São Paulo: RT, 2015, p. 2193.

IRDR detém interesse jurídico para viabilizar sua intervenção na qualidade de assistente simples da parte processual do processo-piloto que sustenta tese jurídica idêntica a sua.

O Supremo Tribunal Federal analisou o tema ao julgar o Recurso Extraordinário nº 550.769/RJ[457] interposto por uma Indústria de Cigarro em face da União Federal. O referido recurso impugnava acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que considerou constitucional a redação do dispositivo do Decreto-lei nº 1.593/77 pela Lei nº 9.822/99.

Tendo em vista que o referido julgado era apto a formar precedente o Sindicato da Indústria do Fumo do Estado de São Paulo – SINDIFUMO pleiteou a intervenção, que foi acatada pelo Supremo Tribunal Federal, como assistência simples.

Aduz Felipe Amaral Marinho[458] que apesar de ter sido deferida a intervenção como assistência simples, o sindicato não mantinha nenhuma relação jurídica conexa com a que consistia no objeto litigioso do feito, não possuindo interesse jurídico. O ingresso do sindicato possuía como desiderato exclusivo a participação no debate do Tribunal acerca da constitucionalidade de determinados meios de coerção indireta para o pagamento de tributos.

O Supremo Tribunal Federal[459] em julgado posterior reconheceu indiretamente o equívoco da tese ao explicitar que esse tipo de participação para qualificar o debate não deve se dar a título de assistência, mas como *amicus curiae*, sujeitando-se, assim, a requisitos distintos da assistência no Código de Processo Civil.

Portanto, segundo o posicionamento mais recente do Pretório Excelso o instituto da assistência foi pensado como um direito do terceiro com interesse jurídico na causa e não se amolda a uma realidade de quem é parte de um processo próprio e que será afetado juridicamente apenas pela tese fixada em outra causa. Para essa realidade distinta, que pode comportar um número indeterminável de pessoas interessadas *(lato sensu)* em influenciar o julgamento, o instituto do *amicus curiae* seria mais adequado. Com isso, possibilitaria a abertura da jurisdição constitucional e a manutenção de sua funcionalidade e celeridade, como assinalado em tópico anterior.

---

[457] BRASIL. STF, Pleno, RE 550.769/RJ, Rel. Joaquim Barbosa, j. 22.05.2013.
[458] MARINHO, Felipe Amaral. Intervenção de terceiros nos incidentes de formação de precedentes. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 26, 2014, v.2.
[459] BRASIL. STF. Embargos Declaratórios no Recurso Extraordinário nº 589.998/PI, Rel. Luis Roberto Barroso, j. 08.05.2017.

Dessa forma, a intervenção admitida não podia ser considerada assistência simples, pois, como visto anteriormente, tal intervenção se caracteriza pela existência de uma relação jurídica de direito material conexa com aquela discutida em juízo, o que não aconteceu..

Tal como leciona Leonardo Carneiro da Cunha[460], no âmbito do IRDR a assistência como modalidade de intervenção de terceiros típica só possui aplicação em relação aos assistentes anteriormente admitidos de uma das causas-pilotos selecionadas como condutoras do debate. Afinal, nessas hipóteses atuariam em nome próprio na defesa de interesse alheio do assistido. Portanto, só podem ser admitidos como assistentes no incidente os sujeitos que tiverem sido reconhecidos anteriormente como assistentes dos processos-pilotos.

Eventual intervenção de terceiro como assistente para colaborar na formação de precedentes só possui expressa previsão legal no processo trabalhista, em decorrência da redação do art. 896-C, § 8º, da Consolidação das Leis Trabalhistas, o qual dispõe que "o relator poderá admitir manifestação de pessoa, órgão ou entidade com interesse na controvérsia, inclusive como assistente simples".

A denunciação da lide também não enseja a atuação das partes dos processos sobrestados no IRDR. Cândido Rangel Dinamarco[461] conceitua a denunciação da lide como a demanda em que um dos litigantes promove o ingresso de um terceiro estranho ao processo pendente, para o duplo efeito de auxiliá-lo no litígio com o adversário comum e de figurar como demandado em um segundo litígio.

Trata-se, pois, de uma modalidade de intervenção de terceiros, na qual a parte principal afirma que, por conta de outra relação jurídica de direito material, caso sucumba naquele processo, o denunciado será obrigado a ressarcí-lo. É o caso, por exemplo, das seguradoras que ingressam em demandas em que alguém pleiteia indenização por acidente de veículos. Não possui qualquer conexão lógica essa modalidade de atuação para legitimar a intervenção dos sobrestados no âmbito do IRDR.

Seguindo nas modalidades típicas existentes no nosso ordenamento, encontra-se o chamamento ao processo, que segundo Athos Gusmão Carneiro[462] é considerado um incidente

[460] CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. Rio de janeiro: Forense, 2016, p. 231.
[461] DINAMARCO, Candido Rangel. Admissibilidade de denunciação da lide. *Revista de processo*, São Paulo, jan/mar 1997, v. 22, p. 67-79.
[462] CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 102-103.

pelo qual o devedor demandado chama para integrar o mesmo processo os coobrigados pela dívida, de modo fazê-los também responsáveis pelo resultado do feito. Acontece que o terceiro que pretende intervir no procedimento de criação de precedentes, não possui com os polos processuais daquela demanda uma relação de coobrigação ou de solidariedade. Ademais, como já afirmado, não se refere à mesma relação jurídica, são apenas questões de direito semelhantes.

Não obstante a ausência de enquadramento nas modalidades típicas de intervenção de terceiros, entendemos que os sujeitos sobrestado possam vir a participar da formação do precedente desde que demonstrem a utilidade-interesse da sua intervenção. Como aduz Antônio Adonias Bastos[463], a admissibilidade deve ser norteada pelo critério da apresentação de argumentos ainda não ofertados pelos sujeitos já admitidos e que enriqueça o debate, não havendo porque permitir a participação de quem queira apenas repetir aspectos já apresentados pela Corte, sob pena de tumultuar o procedimento e retardá-lo indevidamente.

No mesmo sentido enfatiza Luiz Norton Mattos[464] que a manifestação das partes dos processos suspensos deverá ser admitida somente se for "útil, desejável ou producente", ou seja, a participação somente será deferida pelo relator se trouxer "elementos, argumentos, fundamentos, enfoques, abordagens adicionais, diferentes dos contidos no processo-modelo".

Diferentemente do Supremo Tribunal Federal, no nosso entendimento a manifestação dos sujeitos sobrestados não deve se dar como assistente ou *amicus curiae,* e sim com fundamento na expressão "demais interessados" do art. 983 do Código de Processo Civil. É que a figura dos sobrestados não se confunde com a do *amicus curiae*, de modo que não é possível fixar exatamente os mesmos critérios para sua admissão.

O IRDR é uma técnica de julgamento por amostragem, inspirada em procedimentos estrangeiros como o *Musterverfahren,* Trata-se de modelo que tem como fórmula para o sucesso o julgamento de poucos processos-pilotos e a aplicação de eventual tese fixada nos diversos processos suspensos. A participação dos sobrestados, portanto, deve ser vista como excepcional sob pena de desvirtuamento do próprio instituto. Por sua vez, a utilização do *amicus curiae*

[463] BASTOS, Antônio Adonias. *O Devido processo legal nas demandas repetitivas*. 2012. 266 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2012, p. 184.
[464] MATTOS, Luiz Norton Batista. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo CPC. In: GAJORDONI, Fernando da Fonseca. (coord.).*Coleção Repercussões do Novo CPC, Magistratura*, Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 189-190.

como colaborador da formação dos precedentes é algo recomendável e que aprimora a eficiência do instituto.

Caberá às partes dos processos sobrestados admitidas para contribuir na formação do precedente apresentar os argumentos jurídicos que entender pertinentes, requerer a juntada de documentos e as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida (CPC, art, 983). Ademais, ainda incumbirá a elas sustentar oralmente suas razões na sessão do julgamento do incidente (CPC, 984, II, b). Todavia, no nosso entendimento os sujeitos sobrestados não poderão apresentar recurso à decisão do IRDR, pois não ostentam a condição de parte do processo-piloto e nem a de *amicus curiae* (CF/88, art. 138, §3º).

Assim, embora possível a atuação das partes dos processos sobrestados no debate de formação do precedente, sua atuação está condicionada à apresentação de novos argumentos jurídicos ainda não apresentados no curso do processo, bem como sua atuação não se confunde com a das partes dos processos-pilotos ou a do *amicus curiae*, conforme será adiante melhor explicitado.

5.2.3. O Ministério Público

A Constituição Federal determina em seu art. 127 que o Ministério Público é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Essa relevante função institucional é reforçada pelo art. 176 do Código de Processo Civil.

O Ministério Público recebeu diversas atribuições no tocante às possibilidades de sua atuação no âmbito do IRDR, podendo atuar tanto na condição de parte quanto na função de fiscal da ordem jurídica, ainda que as questões de direito controvertidas em disputa sejam disponíveis, de natureza patrimonial, privados e que não haja nenhuma razão relacionada à atuação do Ministério Público (direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos), como eventual questão de direito processual.

Como ensina Ricardo Leonel Barros[465], a necessidade de atuação do Ministério Público no IRDR ocorre pela percepção de que, no julgamento do incidente, existe questão exponencialmente relevante para a promoção do respeito à ordem jurídica. Outrossim, pela

[465] BARROS, Ricardo Leonel. Intervenção do Ministério Público no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, 2012, v. 1, p. 182.

natureza massificada do incidente, a aplicação da lei corretamente ao litígio implicará, necessariamente, o respeito ao próprio regime democrático. Por fim e não menos importante, será inegável a existência do interesse social na decisão desse incidente.

Ademais, se não for parte no processo-piloto, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono (CPC, art. 976, §1º) das partes do processo-piloto.

Essa função de defesa da ordem jurídica como critério diferenciador do Ministério Público fica bem evidenciada quando da comparação com outras relevantes instituições como a Defensoria Pública. São pertinentes as observações feitas por Sofia Temer[466] quando aduz que Ministério Público e Defensoria Pública possuem igual legitimidade para requerer a instauração do IRDR, mas a atuação do órgão ministerial é bem mais abrangente. Afinal, a Defensoria Pública não possui atuação obrigatória, de modo que sua participação nos debates depende de estar atuando na representação de alguma parte selecionada como processo-piloto ou na função de *amicus-curiae*, devendo, ainda, atender às suas finalidades constitucionais.

Assim, em todo e qualquer IRDR, seja na função de parte ou de fiscal da ordem jurídica, caberá ao Ministério Público apresentar os argumentos jurídicos que entender pertinentes, requerer a juntada de documentos e as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida (CPC, art, 983). Ademais, ainda incumbirá à instituição sustentar oralmente suas razões na sessão do julgamento do incidente (CPC, 984, II, a), tendo, ainda, legitimidade recursal.

Ricardo Leonel Barros[467] sustenta que na função de fiscal da ordem jurídica o órgão ministerial não se deverá limitar à tradicional oferta do parecer, mas sim a agir como se, verdadeiramente, ele mesmo fosse o autor de uma ação coletiva de grande relevo social, razão pela qual deverá postular diligências que se fizerem necessárias para o melhor esclarecimento da questão a ser examinada; manifestar-se sempre que surgir algum debate relativo ao procedimento, antes da decisão do relator ou do próprio Tribunal; opinar relativamente aos pedidos de intervenção de interessados, tendo como perspectiva a pluralização do debate; realizar sustentação oral na sessão de julgamento; e assim por diante.

---

[466] TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 191.
[467] BARROS, Ricardo Leonel. Intervenção do Ministério Público no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, 2012, v. 1, p. 183.

De fato, cabe ao Ministério Público atuar em todo e qualquer IRDR como se fosse autor zeloso de uma ação coletiva de extremo relevo social, de forma a contribuir para a consolidação do instituto no sistema processual.

5.3. PLURALIDADE ARGUMENTATIVA E INSTRUÇÃO DO INCIDENTE

A técnica instituída no procedimento do IRDR pretende resolver no âmbito de um determinado processo (piloto) uma questão repetitiva de direito, seja ela de direito material ou processual, com a suspensão dos demais processos em que a referida questão está presente, replicando a tese jurídica fixada a partir do precedente obrigatório para o Tribunal e todos os demais juízos vinculados à respectiva Corte.

É algo próximo ao procedimento de recursos repetitivos dos Tribunais Superiores, razão pela qual autores como Leonardo Carneiro da Cunha[468] afirmam que que tanto o IRDR quanto os recursos repetitivos integram o microssistema de gestão e julgamento de casos repetitivos (art. 928, CPC) e pertencem ao microssistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios, o qual teria como núcleo básico as seguintes características: ampliação da cognição e da participação, qualificando o debate para a formação do precedente, com fundamentação reforçada e ampla publicidade.

Esse modelo, portanto, exige que os Tribunais pluralizem e aumentem o conhecimento acerca do objeto julgado através de um debate público e relevante sobre as matérias objeto de apreciação, garantindo-se à coletividade, e a todos aqueles que possam vir a sofrer os efeitos da decisão, o poder de influir na criação da solução de determinado problema. Ademais, o caráter geral e obrigatório do precedente exige que os magistrados tenham conhecimento das repercussões sociais e econômicas de suas decisões, conforme diretriz trazida pela alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), promovida pela lei nº 13.655/2018. Dois instrumentos surgem no sistema processual como aptos a qualificar e legitimar o precedente: *amicus curiae* e audiência pública.

Nesse contexto, Cassio Scarpinella Bueno[469] adverte que quando se trata de formação de precedentes judiciais, é dever do julgador insistir na necessária e adequada tarefa de melhor decidir, devendo promover a utilização de institutos como o *amicus curiae* a fim de afastar,

[468] CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. Rio de janeiro: Forense, 2016, p. 212.
[469] BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 567-568.

quando existentes, todos os argumentos em prol de ou contra determinada tese jurídica, com vistas a legitimar a decisão.

Portanto, a utilização de institutos como o *amicus curiae* e a audiência pública na formação da *ratio decidendi* dos precedentes no âmbito do IRDR revela-se essencial para pluralizar o debate e aperfeiçoar o conteúdo da decisão judicial.

5.3.1. O *amicus curiae*

O *amicus curiae*, também conhecido como "amigo da Corte" ou "colaborador da Corte", não é instituto clássico do direito brasileiro, tendo adquirido notoriedade nos últimos anos a partir das ações de controle concentrado de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal.

Do ano de 1992 até 2008, foram ajuizadas e julgadas 2054 ADIs, em que 119 tiveram a intervenção do amigo da corte. Comparando os processos com a presença do amigo da corte e os que não tiveram tal intervenção, verificou-se um aumento de 18,1% na probabilidade de êxito da ação quando o amicus curiae apoiava pela procedência, enquanto houve uma queda de 29,3% de julgamento procedente quando esta figura defendia pela improcedência. Diante deste panorama, constatou-se que o lado apoiado pelo *amicus curiae* aumentou, consideravelmente, a possibilidade de ter um julgamento favorável ao seu posicionamento acerca da solução da matéria em discussão[470].

Todavia, como aduz Cassio Scarpinella Bueno[471], a expressão amigo da Corte não é autoexplicativa, pois o direito brasileiro não conhece, pelo menos com este nome, um "amigo" ou um "colaborador" da "Corte". Assim, é vazio de significado para a experiência jurídica brasileira traduzir a expressão *amicus curiae* para o vernáculo.

5.3.1.1. Origem

Existem sérias controvérsias se a origem do *amicus curiae* ocorreu no direito romano ou no direito anglo-saxão. No direito romano existe associação com o *Consilium*, órgão consultivo (colaborador neutro) do qual o magistrado poderia se servir para complementar seu

[470] MEDINA, Damares. *Amigo da Corte ou Amigo da Parte?: Amicus Curiae no Supremo Tribunal Federal*. 2008. 214 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Brasília, Distrito Federal. 2008, p. 145.
[471] BUENO, Cássio Scarpinella. Quatro perguntas e Quatro Respostas sobre o amicus curiae. *Revista Nacional da Magistratura*. Brasília: Escola Nacional da Magistratura/Associação dos Magistrados Brasileiros, ano 2, n. 5, mai/2008, p. 132-138.

conhecimento jurídico[472]. Por sua vez, a denominação *amicus curiae* surgiu no século XIV na Inglaterra, sendo famoso um caso ocorrido durante o Reinado de Henrique VI, no qual, em litígio envolvendo a definição de determinado débito e a condenação do devedor, o tribunal admitiu a participação de um especialista para corrigir erros no cálculo do montante devido[473].

Em outra hipótese Cássio Scarpinella Bueno[474] narra situação, referente a 1686, em que um nobre manifestou interesse de participar de julgamento para esclarecer a Corte a respeito das alterações de determinada lei, vez que tinha acompanhado de perto o processo legislativo. Em outras situações o terceiro colaborador atuava para alertar os julgadores de eventual conluio entre as partes. Em regime marcado pela supremacia do Legislativo, o tribunal, temeroso do cometimento de equívocos em suas decisões, admitiu o *amicus curiae*.

Segundo Marc Ancel[475] o instituto foi trazido para os Estados Unidos no século XVII. Inicialmente tinha a função de colaborador imparcial, mas essa perdeu espaço e passou a funcionar o *amicus curiae* como um terceiro não necessariamente imparcial, mas sim como alguém que elaborava e apresentava ao julgador parecer composto por razões jurídicas cabíveis, porém não examinadas ou invocadas pelas partes, além de questões de fato relevantes para a controvérsia, conforme noticia Carlos Del Prá[476].

O caso mundialmente conhecido e constantemente associado ao atual formato do instituto *amicus curiae* no direito norte-americano foi Müller vs. Oregon[477] - julgado pela Suprema Corte em 1908, no qual se discutia a constitucionalidade de lei do estado de Oregon que pretendia vedar trabalho para mulheres em fábrica ou indústria por um período superior a dez horas. Alegava-se que a referida legislação violava a décima quarta Emenda, a qual consagrava a liberdade contratual.

---

[472] BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 88.
[473] DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: *instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 25.
[474] BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 91.
[475] ANCEL, Marc. *Utilidade e métodos do direito comparado: elementos de introdução geral ao estudo comparado dos direitos.* Tradução Sérgio José Porto. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1980, p. 75.
[476] DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: *instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 27.
[477] UNITED STATES. Supreme Court. Women in Industry. Decision of The United States Supreme Court in Curt Muller Vs. State of Oregon, 1908.

Neste caso, informa Gustavo Binenbojm[478] que houve a apresentação pelo advogado Louis Brandeis aos juízes da Suprema Corte de um parecer que incluía três páginas de citações jurídicas tradicionais, e mais de cem páginas com opiniões médicas, estatísticas sociais e econômicas e um estudo comparativo de legislações estrangeiras para demonstrar o interesse público em uma limitação de dez horas na jornada de trabalho das mulheres. O parecer revelou-se determinante para o caso Müller versus Oregon, que foi a primeira decisão do Supremo Tribunal Federal a aceitar a legitimidade de uma análise científica das condições sociais além das questões legais envolvidas no caso.

Ademais, a partir desse caso houve uma crescente expansão da figura do amicus curiae nos Estados Unidos. O aumento do número de intervenções foi tão grande que a Suprema Corte editou, em 1938, a Rule 27, com vistas a regulamentar o instituto. Ao longo do tempo, com a expansão ainda maior da figura, inclusive para abarcar amici governamentais, outras regulamentações foram concebidas, como a Rule 37 – Brief for *an amicus curiae*, segundo informa Tatiana Machado Alves[479].

Todavia, os elementos caracterizadores do *amicus curiae* variam de forma significativa no sistema jurídicos dos diversos países, de modo que o vínculo com o instituto proveniente do direito inglês se limita muitas vezes à denominação, sem correspondência com o conteúdo. É a situação, por exemplo, do direito da Índia, em que a expressão *amicus curiae* é utilizada em relação àqueles que exercem a função de advogado dativo[480]. Ademais, no próprio direito inglês a denominação foi modificada em 2001 para "*Advocate to the Court*"[481].

Desse modo, não necessariamente o que se denomina de *amicus curiae* no direito estrangeiro pode ser transposto para o direito nacional sem a análise detida da sua configuração prevista na legislação pátria.

---

[478] BINENBOJM, Gustavo. A Democratização da Jurisdição Constitucional e o Contributo da Lei nº 9.868/99. In: SARMENTO, Daniel (org). *O controle de constitucionalidade e a lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 219.

[479] ALVES, Tatiana Machada. Primeiras questões sobre o amicus curiae no novo código de processo civil. *Revista de Processo*, vol. 256. São Paulo: RT, 2016, p. 6.

[480] SILVA, Cláudia Paiva Carneiro da. *O Amicus Curiae na Suprema Corte Americana e no Supremo Tribunal Federal Brasileiro: um estudo de direito comparado. 108*f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2011, p. 15.

[481] BISCH. Isabel da Cunha. *O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.31.

Fredie Didier Jr. e Marcus Seixas Souza[482] lembram que a introdução legislativa do *amicus curiae* no Brasil ocorreu no período do Império, através da criação do instituto dos "assentos", pelo Decreto nº 2.684/1875. Referido diploma conferia competência ao então Supremo Tribunal de Justiça para estabelecer a inteligência das leis civis, comerciais e criminais quando ocorressem dúvidas manifestadas por julgamentos divergentes havidos no mesmo Tribunal e Juízes de Primeira instância. No procedimento dos "assentos" a interpretação do Tribunal tinha força de lei e só podia ser derrogada pelo Legislativo. Ademais, havia a possibilidade conferida pelo Decreto nº 2.684/1875 de manifestação do Instituto da Ordem dos Advogados, dos Tribunais da Relação e de "jurisconsultos da melhor nota" para auxiliar o juízo na consideração dos melhores argumentos possíveis de interferir em seu julgamento. Tal previsão legislativa, contudo, nunca foi aplicada.

No direito brasileiro, é recorrente elencar o *amicus curiae* no art. 31 da Lei nº 6.385/1976 (com a redação incluída pela Lei nº 6.616/1978), que trata da possibilidade de atuação da Comissão de Valores Mobiliários para prestar esclarecimentos em processos que entenda pertinentes sobre sua área de atuação. Ademais, ainda existe previsão na legislação que disciplina o controle concentrado de constitucionalidade (art. 7.º, § 2.º, da Lei 9.868/1999; art. 6.º, § 1.º, da Lei 9.882/1999), bem como em leis esparsas: art. 32 da Lei 4.726/1965 (Junta Comercial); Lei 6.385/1976 (Comissão de Valores Mobiliários – CVM); art. 14, § 7.º, da Lei 10.259/2001 (Juizados Especiais Federais); art. 3.º, § 2.º, da Lei 11.417/2006 (Súmula Vinculante); art. 118 da Lei 12.529/2011 (CADE); art. 896-C, § 8.º, da CLT, acrescido pela Lei 13.015/2014 (recursos de revista repetitivos).

No atual Código de Processo Civil o *amicus curiae* passou a ser tratado como hipótese típica de intervenção de terceiros no Capítulo V, Título III (art. 138), sem prejuízo de ter estabelecido disposições específicas em relação a diversos incidentes: arts. 950, §§ 2.º e 3.º (incidente de arguição de inconstitucionalidade); art. 1.035, § 4.º (repercussão geral); art. 1.038, I (recursos especiais e extraordinários repetitivos); e especialmente o art. 983 (incidente de resolução de demandas repetitivas).

[482] DIDIER JR, Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. Formação do Precedente e amicus curiae no direito Imperial brasileiro: o interessante Decreto nº 6.142/1876. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano 38, n. 220, jun/2013.

5.3.1.2. Natureza Jurídica e Poderes

Definir a natureza jurídica de determinado instituto significa enquadrar o mesmo em determinada categoria previamente conhecida, a fim de delimitar o regime jurídico a ser aplicado nas relações em que ocorre sua utilização [483].

A controvérsia acerca da natureza jurídica do *amicus curiae* nos procedimentos regidos pelo Código de Processo Civil ocorre porque o instituto tornou-se mais conhecido no direito brasileiro a partir de sua utilização nas ações de controle e concentrado de constitucionalidade, tendo o Supremo Tribunal Federal[484] já decidido que não se tratava de uma intervenção de terceiros, e sim mera "admissão informal de um colaborador da corte".

A previsão do *amicus curiae* nos processos de controle de constitucionalidade não guarda perfeita semelhança com a intervenção de terceiros que se encontra prevista no Código de Processo Civil e que serve de parâmetro para a utilização no IRDR.

Na vigência do antigo Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/73), o *amicus curiae* não possuía tal nomenclatura, tampouco estava expresso no referido diploma legal. O instituto do *amicus curiae* no atual Código de Processo Civil vem disciplinado no Título correspondente a Intervenção de Terceiros – Título III, no Capítulo V.

Segundo dispõe o art. 138 do Código de Processo Civil, "o juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação".

Em relação ao IRDR, a previsão constante do art. 138, §3º, do Código de Processo Civil ressaltou sua extrema importância, sendo corroborada pelo Enunciado nº 460 do Fórum de Permanente de Processualistas Civis – FPPC: "o microssistema de aplicação e formação dos precedentes deverá respeitar as técnicas de ampliação do contraditório para amadurecimento da tese, como a realização de audiências públicas prévias e participação de *amicus curiae"*. Assim,

[483] DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico.* São Paulo: Saraiva, 1998, v. 3.
[484] BRASIL. STF. ADI nº 748 AgR/RS, Rel. Celso de Mello, DJ 18.11.94.

como mecanismo do microssistema de formação de precedentes obrigatórios, o *amicus curiae* possui papel relevante no âmbito dos IRDR.

Sustenta Carlos Del Prá[485] que o *amicus curiae* pode ter duas naturezas jurídicas. Nas hipóteses em que a manifestação se dá por iniciativa do juiz, o *amicus curiae* exerce função de auxiliar do juízo. Já nas hipóteses de intervenção voluntária assumiria a natureza de terceiro interveniente - a quem, inclusive, se conferem poderes, como o de, por exemplo, recorrer da decisão que indefere sua manifestação, sustentar oralmente suas razões e juntar documentos - distinta daquelas do Código de Processo Civil. O autor sustenta que a atuação distinta do *amicus curiae* nas duas hipóteses revela a duplicidade da natureza do instituto a depender de sua modalidade de ingresso que determinará sua participação.

Não obstante o respeitável posicionamento, entendemos que, tanto na hipótese de intervenção voluntária como na de intervenção por requisição, a natureza jurídica do *amicus curiae* é de terceiro interveniente. Todavia, trata-se de intervenção de terceiro peculiar, vez que, diferentemente das demais formas de intervenção (assistência, denunciação à lide etc) previstas no Código de Processo Civil, não há necessidade da presença do interesse jurídico, mas sim de um interesse institucional.

Nesse sentido são pertinentes as palavras de Gisele Welsch[486] quando afirma que o *amicus curiae* não guarda perfeita semelhança com demais hipóteses de intervenção de terceiros previstas no Código de Processo Civil, vez que não se exige o interesse jurídico.

Como aduz Leonardo Carneiro da Cunha[487] o interesse do *amicus curiae* é institucional, pois intervém para contribuir com a decisão a ser proferida pelo Tribunal, seja em função de desenvolver atividade relacionada com o assunto examinado, seja em função de realizar estudos sistemáticos sobre a matéria. Assim, afirma o autor que sua intervenção não é imparcial, pois defende uma tese jurídica que pode lhe beneficiar, embora sem o interesse jurídico que justifique a assistência. O interesse do *amicus curiae* é ver sua opinião, ideologia ou posição acolhida com os argumentos técnicos que entende mais pertinentes na decisão que forma o precedente, independente de quem seja o vencedor do processo-piloto.

---

[485] DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae:* instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007, p. 110.
[486] WELSCH, Gisele Mazzoni. *Legitimação Democrática do Poder Judiciário no Novo CPC.* São Paulo: RT, 2016, p. 179.
[487] CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. Rio de janeiro: Forense, 2016, p. 162.

Atuar em favor de tese jurídica defendida por uma das partes não deslegitima a atuação do amigo da corte, pois os interesses subjetivos do *amicus curiae* e o interesse social na melhor aplicação do vigente podem coincidir, bem como é importante que a Corte seja informada acerca das preferências interpretativas de segmentos que, a seu juízo, serão relevantes para a solução da controvérsia jurídica.

O perfil parcial, partidário e litigante também é bastante comum na configuração processual do *amicus curiae* nos Estados Unidos, onde a informação de qual parte está sendo apoiada é um dos requisitos para a apresentação dos memoriais, que tanto pode ser em apoio ao autor, ao réu, ou ainda nenhuma das partes (hipótese mais rara)[488].

Sofia Temer[489]afirma que embora à primeira vista o amigo da corte não seja imparcial, o interesse em contribuir para o debate não pode ser equiparado ao interesse jurídico clássico da intervenção de terceiros, em que existe vínculo entre relações substanciais. Também elucida que esse interesse não se identifica com o das partes dos processos sobrestados, pois a tese a ser fixada não será aplicada em processo em que o *amicus curiae* figura como autor ou réu.

Entendemos que o instituto não deveria ter sido colocado no Título referente à Intervenção de Terceiro no Código de Processo Civil, visto que seu interesse não é jurídico, e sim institucional, opera em defesa de um interesse de abrangência coletiva e social e de decisões mais técnicas. A sua colocação no mesmo título pode provocar confusões, fazendo com que alguns magistrados ou Tribunais venham a exigir interesse jurídico, sendo tarefa da jurisprudência e da doutrina realizar esse alerta.

Todavia, como aduz Eduardo Talamini[490], o *amicus curiae* nos procedimentos regidos pelo Código de Processo Civil é terceiro admitido para fornecer subsídios instrutórios (probatórios ou jurídicos) à solução da causa revestida de especial relevância ou complexidade, sem, no entanto, titularizar posições subjetivas próprias das partes – nem mesmo limitada e subsidiariamente, como o assistente simples. Auxilia o órgão jurisdicional no sentido de que lhe traz mais elementos para decidir, daí o nome de amigo da Corte.

---

[488] EPSTEIN, Lee; O'CONNOR, Karen. Amicus Curiae participation in U.S Supreme Court Litigation: na appraisal of Hakman's Folklore. *Law @ Society Review*, n. 2, 1981-1982, v. 16, p. 36.
[489] TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 191.
[490] TALAMINI, Eduardo. Comentários ao art. 138 do CPC. *Breves comentários ao novo CPC* (orgs. Teresa Wambier et al). São Paulo: RT, 2015, p. 438-445.

Dessa maneira, conclui-se, que o *amicus curiae* é um terceiro que tem um interesse institucional na causa. Apesar de sua atuação ser feita para beneficiar uma das partes, este interesse não é próprio, mas em defesa de um ponto de vista técnico.

Importante aduzir, ainda, que o *amicus curiae* na formação de precedentes tem um papel que vai além de apenas fornecer subsídios jurídicos interpretativos, podendo atuar também para esclarecer questões técnicas interdisciplinares e, ainda, para demonstrar através de estudos técnicos a repercussão social e econômica das decisões, ou seja, possui tanto uma finalidade argumentativa jurídica quanto probatória.

No tocante aos poderes processuais, é importante ressaltar que o *amicus curiae* nem possui os poderes das partes e nem de alguns intervenientes com poderes mais restritos, como os assistentes simples. Dispõe o art. 138, § 2º, do Código de Processo Civil, que caberá ao juiz ou ao relator, na decisão, que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae.*

Há, todavia, como ressalta Leornardo Carneiro da Cunha[491], uma gama mínima já estabelecida em lei: a) possibilidade de manifestação escrita em quinze dias (CPC, art. 138, *caput,*); b) legitimidade para opor embargos declaratórios (CPC, art. 138, § 1º); c) possibilidade de sustentação oral; d) legitimidade recursal para recursos repetitivos (CPC, art. 138, § 3.º). Outrossim, ressalta o jurista pernambucano que também existem limites máximos no tocante à legitimidade recursal, vez que além da regra geral de interposição embargos de declaração, apenas será conferida ao *amicus curiae* a possibilidade de opor recurso contra a decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR.

Dessa forma, não poderá o Relator do IRDR permitir a interposição de outros recursos, vez que expressamente proibida (CPC, art. 138, § 1º). Também não será possível restringir o núcleo essencial dos poderes, como a manifestação por escrito em quinze dias e a legitimidade para opor embargos de declaração.

Dentro desses limites máximos e mínimos o Relator poderá conferir outros poderes, como a possibilidade de formular perguntas no âmbito das audiências públicas.

[491] CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. Rio de janeiro: Forense, 2016, p. 161-166.

Todavia, no âmbito do IRDR existe um aumento desses poderes restritos, pois os *amici curiae* por expressa dicção legal poderão requerer a juntada de documentos e eventuais diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida (CPC, art. 983), bem como interpor recurso contra acórdão que julgar o IRDR (CPC, art. 138, §3º).

Observa-se, portanto, que no âmbito do IRDR houve uma manifesta opção legislativa no sentido de que os *amici curiae* poderão atuar tanto com finalidade de apresentar argumentos jurídicos através da apresentação de manifestação por escrito quanto com a finalidade probatória através da apresentação de documentos. Ademais, no IRDR a produção probatória através de documentos e eventual requerimento de diligências com tal fim não precisa de prévia autorização do Relator, diferentemente da disciplina geral.

Como bem ressalta Fredie Didier Jr.[492] as partes *não* podem *limitar* os poderes do *amicus curiae* ou negociar para impedir a sua participação, valendo-se do art. 190 do CPC. Entretanto, é lícito um negócio processual plurilateral, de que faça parte o *amicus curiae,* para organizar a forma de sua manifestação (por escrito, oralmente), dentre outras.

Essencial, ainda, reafirmar que o direito à manifestação do *amicus curiae* faz surgir para o Tribunal o dever de analisar os argumentos apresentados, corolário do contraditório do processo cooperativo. Entendimento contrário provocaria grave violação ao contraditório, além de tornar inócua a intervenção do amigo da corte. Assim, quando há intervenção do *amicus curiae,* a decisão deve enfrentar as alegações por ele apresentadas, nos termos do art. 489, §1º, IV, do Código de Processo Civil.

Portanto, o *amicus curiae* não assume a condição de parte e sua intervenção não se fundamenta no interesse jurídico na vitória de uma das partes. Por isso, ele não assume poderes processuais sequer para auxiliar qualquer das partes. Existem poderes mínimos, mas o Relator poderá ampliá-los no caso concreto com a finalidade de ampliar o debate e fornecer elementos fáticos necessários à formação eficiente do precedente no âmbito do IRDR.

A previsão expressa e a delimitação dos poderes do instituo no âmbito dos procedimentos regidos pelo Código de Processo Civil, aí incluído o IRDR, aumenta o conhecimento dos magistrados sobre o objeto do julgamento, especialmente naqueles destinados à formação de precedentes, possibilitando um debate profundo sobre as matérias de

[492] DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil* I. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 592.

maior repercussão. Ademais, permite aos julgadores visualizar as possíveis consequências sociais e econômicas das decisões a partir de dados empíricos fornecidos pelos amigos da Corte, fazendo uso das diligências que entender pertinentes para esse fim.

5.3.1.3. Pressupostos objetivos

Eduardo Talamini[493] classifica , de forma didática, os pressupostos de admissão do *amicus curiae* no Código de Processo Civil em objetivos e subjetivos.

Em relação aos pressupostos objetivos foi estabelecido que cabe a intervenção do *amicus curiae* quando houver "relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia" (CPC, art. 138, *caput*).

Inicialmente é importante destacar que são requisitos alternativos, e não cumulativos, vez que contém a expressão "ou". Ademais, defendemos que nos casos em que não se põem isoladamente de modo tão intenso cada um dos requisitos, os mesmos podem ser somados, considerados conjuntamente, a fim de viabilizar a admissão do *amicus* para conferir maior legitimidade eficiência ao precedente no âmbito do IRDR.

O primeiro pressuposto é a relevância da matéria, que está relacionado à transcendência do assunto, ou seja, é necessário que a solução do conflito possa interferir na vida de um número indeterminado de pessoas não relacionadas àquela divergência, sendo, assim, de importância pública.

Nesse contexto, Mirella Carvalho[494] ressalta que a relevância da matéria diz respeito à sua complexidade e à extensão dos efeitos da decisão sobre a sociedade, ou sobre importante parcela desta. Não se confunde com a relevância do processo, tendo em vista que, em princípio, possui relevância para todo incidente destinado a formar um precedente obrigatório.

A segunda exigência é a especificidade do tema objeto da demanda, que nada mais é a complexidade da tese jurídica ou dos fatos postos sob apreciação, sendo necessária, a intervenção do amigo da corte, a fim de auxiliar o magistrado na solução do conflito com o fornecimento de informações complementares sobre o assunto.

---

[493] TALAMINI, Eduardo. Comentários ao art. 138 do CPC. *Breves comentários ao novo CPC* (orgs. Teresa Wambier et al). São Paulo: RT, 2015, p. 438-445.
[494] AGUIAR, Mirella de Carvalho. *Amicus curiae*. Salvador: JusPodivm, 2005, p. 37.

Nesse sentido são pertinentes as palavras de Anderson Rocha Paiva[495] ao afirmar que se cabe ao magistrado conhecer o direito, toca *ao amicus* apresentar ao julgador, em tema de elevada complexidade jurídica, possíveis formas pelas quais o direito pode revelar-se, na hipótese concreta. Inclusive naquelas situações especialmente dramáticas, cada dia mais frequentes, em que o direito interage como outras ciências, sobre as quais o magistrado não detém expertise, embora às voltas com o dever de decidir.

Um bom exemplo foi o julgamento conjunto das ADI's nº 3937, 3470, 3357, 3356 e 4066 e da ADPF nº 109, quando o Pretório Excelso pronunciou a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei federal 9.055/1995, que permitia a extração, o beneficiamento, o transporte, a industrialização e a exportação do amianto crisotila, e reconheceu a validade de leis estaduais de diversos estados da Federação que proíbem tais atividades econômicas. No referido julgamento, o Supremo Tribunal Federal adotou como fundamento o conhecimento científico a respeito da lesividade do amianto em suas diversas modalidades e a inexistência de limites seguros para a exposição ao minério.

A especificidade do tema objeto da demanda, de acordo com Leonardo Greco[496] "significa que, na sofisticação tecnológica do mundo contemporâneo, há conhecimentos científicos e tecnológicos que se tornaram de domínio seguro de poucas pessoas ou instituições altamente especializadas, sendo dever dos magistrados compreenderem quando da realização de julgamentos em que tais conhecimentos se façam necessários. Portanto, a complexidade da matéria, que justifica a participação do *amicus curiae*, tanto pode ser fática quanto técnica, jurídica ou extrajurídica.

Por último, pode haver a repercussão social da controvérsia, o que está relacionado ao quão polêmico o assunto é, ou seja, o assunto discutido no processo judicial deve ser de interesse social. Nesse sentido, decidiu o Tribunal Regional Federal da 4º Região, no âmbito do IRDR, no tocante à repercussão social*:*

> "Trata-se de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR admitido pela 3ª Seção desta Corte para decidir acerca da seguinte tese jurídica: Se o adicional de 25% previsto no art. 45 da 8.213/91, destinado à aposentadoria por invalidez, pode ser estendido aos demais tipos de aposentadoria, em face do princípio da isonomia. Após a realização das comunicações e demais formalidades previstas na lei processual, a tese jurídica a ser decidida foi ampliada nos seguintes termos (evento

[495] PAIVA, Anderson Rocha. Amicus curiae: da legislação esparsa ao regramento genérico do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nov/2016, v. 261, p.43e 44.
[496] GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.507.

> 80): Se o adicional de 25% previsto no art. 45 da 8.213/91, destinado à aposentadoria por invalidez, em face do princípio da isonomia, pode ser estendido aos demais tipos de aposentadoria e aos beneficiários de pensão por morte e do benefício assistencial. Posteriormente, foram admitidos os pedidos para ingresso da DPU (evento 90) e do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (evento 87) na qualidade de *amicus curiae*.[...]"[497]

Como ressalta Eduardo Talamini[498], a atuação do amicus curiae pode ocorrer tanto sob o prisma qualitativo ("relevância da matéria") quanto quantitativo ("repercussão social da controvérsia"). Afinal, em certas ocasiões, como nas demandas repetitivas relacionadas à tributação, à previdência e às relações de consumo. Em outras situações, embora sem a possibilidade de reproduzir-se em quantidade considerável de demandas, tratam acerca de matérias que provocam amplo debate na sociedade, como a possibilidade de o ensino domiciliar (*homeschooling*) ser considerado como meio lícito de cumprimento, pela família, do dever de prover educação.

Por fim, importante registrar o pensamento de Cíntia Regina Guedes[499], para quem é possível a criação jurisprudencial de outras hipóteses de atuação do amicus curiae como exigência da necessidade da observância da paridade de armas. Assim, a citada autora sustenta que seria possível que terceiros de processos repetitivos cujos processos foram sobrestados e que seus argumentos não foram expostos possam atuar na condição de *amicus curiae*.

Não obstante as considerações da autora, entendemos a possibilidade de atuação dos terceiros sobrestados nessas condições sem a necessidade de que sua atuação seja a título de amicus curiae, que possui seus requisitos de atuação já delimitados.

Observa-se, portanto, que os pressupostos objetivos estão todos relacionados com a noção de que a atuação do *amicus curiae* é decorrência de um processo que exige não apenas uma fundamentação jurídica qualificada, mas também que leve em conta aspectos de interdisciplinaridade e eventuais impactos sociais e econômicos da decisão.

---

[497] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Terceira Seção, Processo nº 5026813-68.2016.404.0000, Relator Rogério Favreto, j. 22/06/2017.

[498] TALAMINI, Eduardo. Comentários ao art. 138 do CPC. *Breves comentários ao novo CPC* (orgs. Teresa Wambier et al). São Paulo: RT, 2015, p. 438-445.

[499] GUEDES, Cintia Regina. A evolução da figura do amicus curiae, seu potencial de participação nas demandas repetitivas e a necessidade de observância da paridade de armas. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 44, ago/2019, v. 294, p. 317-318.

5.3.1.4. **Pressuposto Subjetivos**

Os pressupostos subjetivos referem-se à delimitação dos sujeitos aptos a atuarem como amigo da corte. O art. 138 do Código de Processo Civil dispõe que podem pleitear o ingresso *como amicus curiae,* "pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada".

Há nessa previsão do Código de Processo Civil uma diferenciação com o estabelecido no art. 7º, §2º, da Lei nº 9.868/99, que permite a atuação como *amicus curiae* apenas de órgãos ou entidades, excluindo as pessoas naturais.

Desse modo, podem atuar como *amici curiae* tanto as pessoas naturais quanto as jurídicas, sejam elas de natureza pública ou privada, entidades com ou sem fins lucrativos. Mesmos órgãos internos a outros entes públicos podem em tese intervir nessa condição. Essa atuação poderá ser tanto espontânea, através de um pedido de habilitação, quanto por meio de requisição do Tribunal.

É inegável que entidades como a Ordem dos Advogados do Brasil, que tem por finalidade "defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas" são vocacionadas ao exercício da função de *amicus curiae*. Da mesma maneira, órgãos ou entidades como a CVM, o CADE ou o INPI que remontam a exemplos clássicos e dispersos de *amicus curiae* no direito processual civil brasileiro. Por fim, existe uma predisposição para todos aqueles que detêm legitimidade para as ações coletivas atuarem como *amicus curiae.*

Todavia, não basta a vocação natural para o terceiro atuar nessa condição, sendo elemento essencial para se permitir o ingresso na condição de *amicus curiae* a representatividade adequada, a qual não se confunde com aquela exigida dos legitimados para as ações coletivas do direito estadunidense (*class actions*), conforme discutido quando do tópico referente às partes dos processos pilotos selecionados.

Como bem explicam Fredie Didier e Sofia Temer[500], o elemento central para aferir a representatividade adequada em relação ao *amicus curiae* é a apresentação de novos elementos (dados e/ou argumentos jurídicos e extrajurídicos) para a formação do precedente, o que reflete uma análise da utilidade da intervenção. Não havendo novos elementos de contribuição ao julgamento, a intervenção deve ser indeferida. Nesse sentido importante precedente do Superior Tribunal de Justiça[501] no sentido de que a mera afirmação da Defensoria Pública da União de atuar em vários processos que tratam do mesmo tema versado no recurso representativo da controvérsia a ser julgado não é suficiente para caracterizar-lhe a condição de *amicus curiae*.

Esse precedente foi reafirmado recentemente, pois o Superior Tribunal de Justiça[502] entende que eventual atuação da Defensoria Pública em incidente de formação de precedente deve ocorrer na condição de *custos vulnerabilis*, e não como *amicus curiae***.** *Custos vulnerabilis* significa "guardiã dos vulneráveis" ("fiscal dos vulneráveis"), razão pela qual enquanto o Ministério Público atua como *custos legis* (fiscal ou guardião da ordem jurídica), a Defensoria Pública possui a função de *custos vulnerabilis*.

Nesse contexto, é relevante a posição de Eduardo Talamini[503] ao defender que aquilo que se exige para aferir a legitimidade do *amicus curiae* seria, na verdade, uma "contributividade adequada", entendido o neologismo como o grau ou a relevância de contribuição que se aguarda do sujeito interveniente. Tal observação é bastante pertinente, pois a expressão "representatividade adequada" poderia passar a errônea impressão de que um terceiro estaria representando ou defendendo os interesses das partes quando, na verdade, refere-se à capacitação (técnica, cultural) do terceiro e do conteúdo de sua possível colaboração (petições, pareceres, levantamentos das consequências econômicas e sociais).

Assim, é preciso aferir a reputação do sujeito – como, por exemplo, órgãos públicos especializados, pesquisadores de universidades reconhecidas, órgãos de classe – e, também, a sua potencialidade de trazer elementos úteis para a solução do processo ou incidente.

---

[500] DIDIER, JR., Fredie; TEMER, Sofia. Técnicas Adequadas à litigiosidade Coletiva e Repetitiva. *Revista de Processo.* São Paulo: RT, n. 258, ago/2016.
[501] BRASIL. STJ, Segunda Seção, REsp. 1.333.977/MT, Rel. Min. Isabel Gallotti, julgado em 26.02.2014.
[502] BRASIL. STJ. Segunda Seção. EDcl no REsp 1.712.163-SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, julgado em 25.09.2019
[503] TALAMINI, Eduardo. Comentários ao art. 138 do CPC. *Breves comentários ao novo CPC* (orgs. Teresa Wambier et al). São Paulo: RT, 2015, p. 438-445.

A representatividade do *amicus curiae* exige, portanto, tanto uma análise do objeto do incidente como de seus atributos subjetivos, pois à falta de relevância da pessoa ou da instituição e de qualquer acréscimo de contribuição a ser ofertada, o caso é de indeferimento da intervenção. Afinal, o "interesse *institucional*", que pode ser titularizado até por pessoas naturais que reúnam uma especial *expertise* sobre determinada questão, pode tornar a sua opinião relevante para a formação do precedente. São argumentos e dados que importam à legitimidade da decisão, ao aprofundamento do debate e ao convencimento dos julgadores.

5.3.1.5. Atuação eficiente do amicus curiae no IRDR

Conforme já exposto no capítulo 2, a eficiência processual é norma jurídica da espécie princípio, e embora não ofereça critérios definitivos para a solução do caso (causalidade incompleta), serve para ampliar ou restringir o conteúdo das regras processuais oriundas de textos aprovados pelo Legislativo ou para permitir a construção de regras pelo Judiciário na ausência de disciplinamento legal sobre a controvérsia.

Como ressaltou Eduardo Luiz Campos[504], a eficiência processual surge como um princípio que determina a necessidade de se promover uma gestão adequada e racional dos institutos processuais, evitando-se dilações indevidas e a prática de erros ou deficiências consideráveis. Portanto, a eficiência é uma norma-princípio que exige não apenas uma prestação jurisdicional que entregue o bem pretendido (efetiva), mas que também seja feita de forma qualitativa dentro de um espectro temporal adequado (eficiente).

Para que a contribuição a ser ofertada pelo *amicus curiae* no âmbito do IRDR traga qualidade ao debate destinado à formação do precedente e justifique a maior dilação temporal do processo é preciso que exista diálogo entre o Tribunal (Relator) e o pretenso sujeito que pretende atuar como amigo da Corte antes da admissão deste no incidente.

É que em virtude do princípio da eficiência processual a qualidade da contribuição do *amicus curiae* não pode ser aferida apenas posteriormente à sua intervenção, sob pena de possíveis frustrações do objetivo da intervenção.

Assim, uma vez requerida a intervenção de determinada pessoa, órgão ou entidade, bem como aferida a sua capacidade e idoneidade técnica para tratar da temática, deve ser

[504] CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O Princípio da Eficiência no Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 74.

verificado se o mesmo pretende elencar novos argumento jurídico, extrajurídicos ou dados de eventuais consequências econômicas e sociais da decisão. Caso os dados e argumentos que o pretenso *amicus curiae* objetive trazer já estejam nos autos trazidos por outros sujeitos processuais, deve ser indeferida a sua participação, por mais relevante que seja a entidade ou órgão que pretenda realizar a contribuição.

Nesse contexto, a decisão de admissão do incidente deverá delimitar o modelo de participações e intervenções futuras no incidente, podendo identificar quais os argumentos e dados que já foram apresentados. Esses aspectos, inclusive, deverão constar dos cadastros do Conselho Nacional de Justiça e do Tribunal.

Não se pode ter a pretensão de que a adoção dessas providências irá evitar que as informações ou esclarecimentos ofertados pelo *amicus curiae* sejam de todo frustrantes ou desimportantes, mas representa um importante filtro para que haja sensível diminuição dessas possibilidades, vez que a atuação desse terceiro estaria previamente delimitada e justificada não apenas pelo grau de idoneidade da entidade como também pelos possíveis argumentos.

Outro aspecto que poderia ser implementado no tocante à eficiência processual da atuação do *amicus curiae* no âmbito do IRDR é proveniente das ideias apresentadas por Antônio do Passo Cabral[505] sobre despolarização do processo, legitimidade e zonas de interesse. É que dentro da ideia de contraditório multipolarizado e de contribuição específica para trazer novos elementos à formação do precedente, a atuação do *amicus curiae* deve ser multifacetada, limitada em relação ao aspecto elencado como critério para sua admissão.

Assim, caso no âmbito do IRDR existam diversas teses jurídicas a serem debatidas, a admissão do *amicus curiae* em relação a determinado aspecto não pode conferir a ele a possibilidade de atuar em todos os outros aspectos em relação aos quais ele não demonstrou inovação ou idoneidade, sob pena de afronta à eficiência processual. Afinal, o "interesse *institucional*" não pode ser confundido ao interesse *jurídico* que anima as demais intervenções de terceiro.

No mesmo sentido, é dever do Relator do IRDR definir os poderes do *amicus curiae* em conformidade com os limites de sua atuação, a fim de que o mesmo não tenha a

[505] CABRAL, Antônio do Passo. *Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda*. *In*: DIDIER, JR., Fredie et al (Coords.). Tutela jurisdicional coletiva. Salvador: Juspodivm, 2012.

possibilidade de atuar de maneira a retardar indevidamente o procedimento do incidente ou provocar encaminhamentos desnecessários.

Por fim, também com preocupação de desenvolver diretrizes para o desenrolar do debate que precede a fixação da tese, é possível a fixação de calendário processual no âmbito do incidente para a atuação do *amicus curiae*, o que pode ser provocado pelo órgão judicial na decisão de organização, e se completará com a concordância das partes e intervenientes.

5.3.2. A audiência pública

Os aspectos relacionados às audiências públicas no IRDR serão devidamente analisados no capítulo 5, vez que constituem o objeto central do presente trabalho.

6. AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - IRDR.

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR é uma das novidades do atual Código de Processo Civil, vez que não havia uma técnica no âmbito dos Tribunais de Apelação que fosse capaz de resolver uma questão repetitiva, seja ela de direito material ou processual, de caráter constitucional ou infraconstitucional, com a paralisação dos demais processos em que também se discutia a dita questão, e que tivesse força de precedente obrigatório para o próprio Tribunal e todos os demais juízos vinculados à respectiva Corte.

É algo próximo, no segundo grau de jurisdição, ao procedimento de recursos repetitivos dos tribunais superiores, razão pela qual autores como Leonardo Carneiro da Cunha[506] afirmam que que tanto o IRDR quanto os recursos repetitivos integram o microssistema de gestão e julgamento de casos repetitivos (art. 928, CPC) e pertencem ao microssistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios, o qual teria como núcleo fundamental a característica de ampliação da cognição e da participação, qualificando o debate para a formação do precedente, com fundamentação reforçada e ampla publicidade.

Como já mencionado no quarto capítulo do presente trabalho, que trata da legitimidade da manifestação de cada um dos sujeitos processuais e das respectivas possibilidades de atuação, o contraditório a ser exercido no âmbito do IRDR se afasta do modelo tradicional de contraposição bilateral de argumentos e incorpora a lógica da estrutura subjetiva multipolarizada[507]. Nesse paradigma, a legitimidade de atuação deixa de ter um caráter estático associado a partir da relação substancial deduzida em juízo e assume uma postura dinâmica, em que é possível aferir a legitimidade de atuação dos sujeitos em função de cada ato processual (ou conjunto de atos) a ser realizado.

A abertura do contraditório no processo constitucional tem como um dos principais fundamentos a teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, de Peter Häberle[508], inspirada nos ensinamentos de Karl Popper, que está intimamente associada à necessidade de

---

[506] CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. Rio de janeiro: Forense, 2016, p. 212.

[507] CABRAL, Antônio do Passo. *Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda*. In: DIDIER, JR., Fredie et al (Coords.). Tutela jurisdicional coletiva. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 42.

[508] Cf. HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. *A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição:* Contribuição para a Interpretação Pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

abertura da participação processual como forma de conferir aumento da qualidade e da legitimidade do Poder Judiciário na tomada de decisões de caráter geral e vinculante.

É necessário, contudo, lançar um olhar com viés bastante reflexivo acerca da suposta noção da sociedade aberta dos intérpretes formulada por Peter Häberle na atual configuração das audiências públicas no âmbito do IRDR, procurando, ainda, semelhanças e diferenças com as audiências públicas legislativas, administrativas e judiciais no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a fim de que não sejam tomadas todas como modelo jurídico uniforme, apenas em função da idêntica nomenclatura. Por fim, exige-se que esse modelo teórico da audiência pública judicial na formação de precedente seja compatibilizado com o princípio da eficiência processual e o modelo cooperativo de processo adotado pelo Código de Processo Civil de 2015.

O presente capítulo se propõe, assim, a estabelecer um modelo discursivo que proponha uma utilização racional das audiências públicas no âmbito do IRDR, em que sejam delineados o objeto e as justificativas plausíveis de serem apresentadas para a convocação das mesmas, quem são os legitimados para participar das audiências, o procedimento a ser seguido, quais os tipos de argumentos que podem ser lançados pelas partes no debate, os deveres e direitos dos sujeitos processuais durante a realização das audiências públicas e de que maneira as razões expostas pelos participantes devem ser consideradas nos votos dos magistrados. Por fim, será definida a sua relação com o instituto do *amicus curiae*, bem como serão efetuadas sugestões de utilização eficiente das audiências públicas.

6.1. PRESSUPOSTOS TEÓRICOS DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO IRDR

A inserção das audiências públicas no processo judicial como mecanismo de aperfeiçoamento das decisões proferidas por magistrados na formação de precedentes tem como pressupostos filosóficos-jurídicos marcantes o racionalismo crítico de Karl Popper e o possibilismo constitucional de Peter Häberle. Assim, revela-se imprescindível o conhecimento de alguns pontos do pensamento desses autores para um melhor juízo acerca das funções e dos limites desse recente instituto no direito brasileiro.

Aqui não é o lugar para ser realizada uma análise crítica mais profunda do pensamento desses autores, menos ainda para uma discussão sobre as objeções dos principais críticos com quem eles dialogaram, vez que fugiria ao objeto do trabalho.

Pretendemos apenas delinear alguns aspectos básicos do racionalismo crítico de Karl Popper vinculados à falibilidade cognitiva e à existência de uma sociedade aberta, vez que esses pressupostos filosóficos foram a base para a construção do pensamento possibilista de Peter Häberle, concretizado através da teoria jurídica da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, a qual passou a ser mencionada por ministros do Supremo Tribunal Federal[509] como fundamento teórico para a criação das audiências públicas judiciais.

6.1.1. A Sociedade aberta e os seus inimigos: Karl Popper

Karl Popper nasceu na Áustria em 1902, estudou física e psicologia na Universidade de Viena e doutorou-se em Filosofia em 1928. Alguns anos após, em 1934, concluiu a sua obra "A Lógica da Descoberta Científica*"*. Em função de sua origem judaica foi perseguido pelo regime nazista e a partir de 1937 foi viver na Nova Zelândia, onde foi professor universitário de Filosofia e escreveu o livro "A Sociedade Aberta e os seus Inimigos". Em 1946 mudou-se para a Inglaterra e posteriormente lecionou na London School of Economics, tendo falecido naquele país em 1994. Os anos de perseguição aos judeus durante o período do regime nazista e a experiência de vida em países de caráter democrático como a Inglaterra foram marcantes na construção do seu pensamento[510].

O método científico de Karl Popper[511] é denominado "racionalismo crítico" e parte do pressuposto de que toda teoria científica precisa ter em conta a sua própria falibilidade. Esse modelo abrangeria tanto as ciências naturais quanto às ciências sociais. Para o filósofo austríaco as teorias surgem como propostas racionais de cientistas para tentar resolver problemas que perturbam a sociedade. Através de conjecturas, cálculos e investigações especulativas são elaboradas as premissas teóricas que após testadas e aprovadas conferem a sensação de diminuição ou até mesmo de resolução desses problemas.

Todavia, Karl Popper[512] afirma que toda teoria é uma abstração e por melhor que sejam os resultados de verificação alcançados por ela antes de ser apresentada ao público, certamente será falseada com o tempo, algumas mais rápidas que outras. Mesmo quando uma hipótese sobreviveu a várias tentativas de refutação isto não nos permite dizer que ela foi definitivamente

[509] MENDES, Gilmar. A influência de Peter Häberle no constitucionalismo brasileiro. *Revista Estudos Institucionais*, 2016, v. 2, p. 31-33.
[510] POPPER, Karl. *Busca Inacabada – Autobiografia Intelectual*. Lisboa: Esfera do Caos, 2008.
[511] POPPER, Karl. *A Lógica da Pesquisa Científica*. Trad. Leônidas Hegenberg. São Paulo: Cultrix, 2001, p. 30.
[512] POPPER, Karl. *A Lógica da Pesquisa Científica*. Trad. Leônidas Hegenberg. São Paulo: Cultrix, 2001, p. 22

confirmada, mas apenas temporariamente. Em outras palavras, ele parte do pressuposto de que as hipóteses de verificação de uma teoria são infinitas e jamais todas elas poderão ser colocadas à prova antes da divulgação da mesma.

Importante ressaltar que o caráter crítico da filosofia de Karl Popper não retira sua perspectiva racional. Apenas seu racionalismo é consciente de suas limitações e dos potenciais equívocos, estando sempre propenso a dialogar e ouvir críticas. Por isso o filósofo austríaco entende que a ciência e as teorias devem operar a partir da lógica do verossímil e não a partir da lógica da verdade.

Como bem destacam Giovanni Reale e Dario Antiseri[513], para Karl Popper essa sua visão epistemológica ao invés de desacreditar a ciência, permite o desenvolvimento contínuo da mesma, com o estímulo à realização de novas teorias mais verossímeis e que conseguem evitar que os problemas que perturbam a sociedade voltem a ficar sem solução ou explicação plausível. Em síntese, novas teorias em que as hipóteses de verificação tiveram menos erros em relação às anteriores prevalecem. Teria sido assim com a evolução de Copérnico a Galileu, de Galileu a Kepler, de Kepler a Newton e de Newton a Einstein.

Importante registrar, ainda, que para Karl Popper algumas falseabilidades experimentadas pela teoria não a desacreditam completamente e nem retiram sua validade. É que alguns ajustem sempre se revelam necessários e a teoria pode ser aperfeiçoada sem que necessariamente seja considerada inverossímil. É o que se denomina de método racional de mecânica gradual[514], permitindo a evolução da teoria sem grandes rupturas.

Todavia, em determinados momentos históricos as hipóteses de verificação passam a ser frequentemente falseadas em virtude do surgimento progressivo de situações sequer imaginadas anteriormente, ocasião em que as premissas deixam de responder ou respondem de forma tão insatisfatória aos problemas da sociedade que é necessário o surgimento de novas teorias.

---

513 REALE, Giovanni; ANTISERI, Giovanni. *História da Filosofia*. São Paulo: Paulus, 1991, v. 2, p.1028.

514 POPPER, Karl. *A Sociedade Aberta e Seus Inimigos.* Tradução Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia 1998, t. 1, p. 183.

Trata-se de algo similar ao que Thomas Kuhn[515] abordou quando falou das revoluções científicas. Para ele todos os paradigmas serão inadequados, em alguma medida, no que se refere à sua correspondência com a natureza. Quando esta falta de correspondência se torna séria, isto é, quando aparece crise, a medida revolucionária de substituir todo um paradigma por outro torna-se essencial para o efetivo progresso da ciência.

Essa noção de que a ciência não é um conjunto de teorias absolutas, mas um conjunto de generalizações provisórias, refutáveis por demonstrações científicas, influenciou a filosofia política do autor e resultou na obra "A Sociedade Aberta e os seus Inimigos".

Karl Popper[516], em linhas gerais, entende como "sociedade aberta" o agrupamento social na qual existe espaço político para a liberdade de crítica e em que existe a possibilidade de gradual alteração das leis e dos costumes a partir da incorporação gradual dessa crítica pelos detentores do poder. A "sociedade fechada", por sua vez, seria um agrupamento social em que não haveria liberdade para a crítica ou em que esta não seria jamais incorporada pelos grupos dominantes, vez que as leis, os costumes e as forma de atuação seriam inquestionáveis.

Os inimigos da sociedade aberta seriam todos os fatores que prejudicassem a existência desse ambiente de crítica construtiva, como os dirigentes tiranos e filosofias que pretendem governar idealizando a realidade da vida social de um povo, vez que a democracia seria menos propícia a permanecer nessas estruturas, citando a experiência das sociedades totalitárias e filosofias como o historicismo, o coletivismo e o relativismo ético[517].

Para o filósofo austríaco, portanto, a sociedade aberta pressupõe uma sociedade liberal democrática em que é amplamente permitida a crítica ao espaço público e aos detentores do poder inseridos no ambiente de governo.

Importante ressaltar que Karl Popper, apesar de ser favorável a uma ética da tolerância em que as críticas são vistas como fator de aperfeiçoamento do sistema e não como forma de

[515]Para Thomas Kuhn paradigmas são as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência. (KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas. São Paulo: Editora Perspectiva S.A, 1997, p. 13).
[516] POPPER, Karl. *A Sociedade Aberta e Seus Inimigos*. Tradução Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998, t. 1, p. 184-217.
[517] POPPER, Karl. *A Sociedade Aberta e Seus Inimigos*, Tradução. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998, t. 1, p. 183.

destruição dos dirigentes do momento ou das instituições estabelecidas, é adepto do paradoxo da intolerância para que haja um regular funcionamento da sociedade aberta. Para ele a crítica leal é uma necessidade da democracia, enquanto a crítica desleal é um elemento de desintegração do sistema e deve ser combatida e até suprimida.

Nesse sentido Karl Popper[518] sustenta que a tolerância ilimitada leva ao desaparecimento da própria tolerância (paradoxo da tolerância), razão pela qual se a sociedade aberta não estiver preparada se defender contra o ataque dos intolerantes (participantes ou críticos desleais), então os tolerantes serão destruídos e a tolerância com eles. Para o filósofo austríaco esta formulação não significa que a filosofia intolerante deve ser sempre suprimida, mas que ela inicialmente deve ser combatida por argumentos racionais e mantida sob controle da opinião pública.

Contudo, se os adeptos desta filosofia não estiverem dispostos a debater com base em argumentação racional, mas em bases de ódio e superioridade, e tentarem impor seu argumento através de métodos não democráticos, a sociedade aberta deve suprimi-la e se for preciso utilizar a força institucional para combatê-la.

Observa-se nesse aspecto da teoria de Karl Popper um claro reflexo da perseguição sofrida por ele em decorrência do nazismo, razão pela qual defende que a sociedade aberta depende da tolerância e das críticas para sobreviver, mas ao mesmo tempo sustenta que qualquer movimento que pregue a intolerância, como o nazismo, deva ser colocado fora do debate, e tratado na esfera criminal.

Ademais, adverte Karl Popper[519] que as estruturas de governo em uma sociedade aberta, além de permitirem a crítica e estarem propensas a incorporá-las, necessitam estimular, construir e aperfeiçoar mecanismos dialógicos a fim de que todos os indivíduos possam efetivamente contribuir com o aperfeiçoamento das leis e a correção das decisões, bem como para que seja criado um ambiente favorável para eventual alternância de poder.

---

518 POPPER, Karl. *A Sociedade Aberta e Seus Inimigos.*. Tradução Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998, t. 1, p. 289-290.

519 POPPER, Karl. *A Sociedade Aberta e Seus Inimigos.*. Tradução Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998, t. 1, p. 149 e 290.

Nesse contexto, cabe ressaltar dois importantes elementos constitutivos da filosofia política de Karl Popper: a) a democracia consiste no sistema político que permite aos governados se livrar dos maus governantes sem derramamento de sangue, por meio de eleições gerais; e b) a democracia não repousa unicamente no princípio de que a maioria deve governar, mas, antes, na adoção de salvaguardas e/ou mecanismos de controle democrático – como eleições diretas, imprensa livre, judiciário independente etc - que permitam a proteção das instituições democráticas contra os movimentos que querem destruí-la para instituir em seu lugar a tirania.

Nesse ponto e a partir do pensamento de Karl Popper[520] é possível argumentar que apenas criar mecanismos dialógicos em que os detentores do poder não estejam dispostos a escutar ou em que as pessoas não possam se expressar livremente e de forma adequada consubstancia mero artifício retórico, e que um fator que aparentemente parece amigo é, na verdade, um inimigo disfarçado da sociedade aberta. As audiências públicas como mecanismo dialógico de salvaguarda da democracia precisam ser utilizadas como amiga da sociedade aberta e não como inimiga disfarçada.

Por fim, destaco um dos mais importantes aspectos da filosofia política de Karl[521] Popper e que pode ser aplicável a institutos e instituições que pretendem ser "amigas" da sociedade aberta, a exemplo das audiências públicas no âmbito do Poder Judiciário. É que o filósofo austríaco defende as instituições dentro de uma sociedade apresentam forte caráter evolutivo e o seu retrato atual não consubstancia uma simples resposta a um problema social para o qual a instituição foi desenhada como resposta.

Assim como as instituições sociais atuais foram construídas de forma evolutiva em virtude de eventos inesperados e imprevisíveis que foram surgindo ao longo do tempo, a compreensão do significado das funções e potencialidades de qualquer instituição social está acima da capacidade de que qualquer indivíduo ou grupo é capaz de alcançar. Por isso, defende o filósofo austríaco que as mudanças na sociedade e nas instituições que a compõem devem ser

[520] POPPER, Karl. *A Sociedade Aberta e Seus Inimigos.*. Tradução Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998, t. 1, p. 183.
[521] POPPER, Karl. *A Sociedade Aberta e Seus Inimigos.*. Tradução Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998, t. 1, p. 146.

gradativas porque a capacidade de sabermos as consequências, muitas vezes trágicas, é diminuta.

6.1.2. A Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Peter Häberle

As bases filosóficas da "falibilidade do conhecimento" e da "sociedade aberta" construídas por Karl Popper serviram de inspiração para a teoria jurídica da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição formulada por Peter Häberle. Bruno Galindo[522], por exemplo, afirma que o possibilismo constitucional de Peter Häberle e a sua teoria da "constituição aberta" representa desdobramento, no âmbito da teoria da constituição, da filosofia popperiana.

Peter Häberle, professor de Filosofia do Direito da Universidade da Augsburg – RFA, na Alemanha, publicou, em 1975, o livro "Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten", traduzido para o português por Gilmar Ferreira Mendes e publicado no Brasil, em 1997, como Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralística e 'procedimental' da Constituição[523].

A referida obra propõe uma revisão da tradicional hermenêutica constitucional no que se refere aos intérpretes. A partir da construção filosófica de "sociedade aberta" de Karl Popper, Peter Häberle sustenta que a tradição jurídica na interpretação constitucional é de uma sociedade fechada, em que só participam do processo interpretativo os magistrados e os demais sujeitos formais do processo (advogados, membros do Ministério Público etc). Essa restrição provocaria sucessivos déficits interpretativos e de legitimidade nas decisões da Corte Constitucional.

A visão de Peter Häberle estabelece um novo paradigma e supera a visão de Kelsen[524], que restringia a interpretação das normas constitucionais aos membros do Tribunal Constitucional, o qual seria o grande guardião da Constituição.

---

[522] GALINDO, Bruno. *Teoria Intercultural da Constituição: a transformação paradigmática da Teoria da Constituição diante da integração interestatal na União europeia e no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 135-137.

[523] HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralística e 'procedimental' da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

[524] KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Peter Häberle propõe, assim, ampliar o direito de participação no processo de interpretação constitucional para todos aqueles que possam viver e sentir os efeitos da norma, pois os intérpretes jurídicos da norma não teriam o monopólio do processo hermenêutico, sugerindo para isso a realização de audiências e intervenções de terceiros nos processos sob análise da Corte Constitucional. Essa participação não afetaria a independência e nem a autoridade da Corte Constitucional, que continuaria a dar a última palavra. Com isso estaria formada uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição que além de legitimar as decisões também funcionaria como um mecanismo de salvaguarda da tirania do Judiciário[525].

Essa percepção é comungada por Christiane Silva[526], para quem o pressuposto básico da teoria de Peter Häberle é que todo cidadão é potencialmente um intérprete, pois seu cotidiano também é condicionado pela interpretação de normas constitucionais. Possui, assim, o direito de poder participar diretamente do debate na Corte Constitucional e apresentar os possíveis sentidos e/ou equívocos de determinada interpretação.

No momento em que foi publicada a obra na Alemanha (1975), o Brasil vivia uma ditadura militar em que a liberdade de expressão sofria sérias restrições e em que até mesmo ministros do Supremo Tribunal Federal haviam sido aposentados compulsoriamente pelo regime[527] em virtude de votos e opiniões que desagradaram os governantes. No cenário mundial vivia-se o período da Guerra Fria, em que manifestações favoráveis ao socialismo poderiam também trazer consequências danosas. Não havia, portanto, ambiente político favorável para que uma teoria com tanta base democrática fosse aplicada ou até mesmo discutida.

Com o restabelecimento da democracia no Brasil, a inserção de direitos de minorias nos debates da sociedade, a promulgação de uma Constituição consagradora de direitos fundamentais e uma transformação nos métodos clássicos de hermenêutica, houve o aumento

---

525 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralística e 'procedimental' da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 15.

526 SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado constitucional cooperativo: o futuro do estado e da interpretação constitucional sob a ótica da doutrina de Peter Haberle. *Revista Jurídica da Presidência da República*, Brasília, n. 72, maio 2005, v. 7, p. 1-18.

527 Em janeiro de 1969, com base no AI-5, o Presidente da República General Costa e Silva determinou a aposentadoria compulsória dos Ministros do Supremo Tribunal Federal Victor Nunes Leal, Hermes Lima e Evandro Lins e Silva.

do debate público das decisões do Supremo Tribunal Federal[528], as quais passaram a ser questionadas e discutidas em setores da sociedade.

Nesse contexto, impulsionado pelo magistério do então Advogado-Geral da União Gilmar Ferreira Mendes, o pensamento de Peter Häberle se desenvolve e é incorporado no direito brasileiro com a promulgação das Leis nº 9.868/99 eº 9.882/99, que consagraram a adoção das audiências públicas e do *amicus curiae* nos processos de controle concentrado de constitucionalidade. Mais que isso, os referidos instrumentos processuais receberam forte acolhida por parte dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, tendo sido admitidas várias intervenções de *amici curiae* e convocadas mais de dezessete audiências públicas entre 2007 e 2016 sobre os mais variados temas[529].

Inocêncio Martíres Coelho[530] defende que a teoria de Peter Häberle não é uma ideia original, mas uma decorrência da teoria da folha de papel de Ferdinand Lassale[531], que sustenta a permanente necessidade de existência de uma relação estável entre a Constituição Jurídica e os fatores reais de poder para evitar a ruptura da ordem jurídica. Essa instabilidade também recebe o nome de hiato constitucional, expressão que foi consagrada por Ivo Dantas[532] e que significa uma grave dissociação entre o conteúdo da Constituição Política e a realidade social. Não obstante Inocêncio Martíres Coelho criticar a falta de ineditismo de Peter Häberle, reconhece que sua teoria impulsionou a criação de importantes mecanismos processuais para aferir essa dissonância entre a Constituição e os fatores reais de poder.

Conforme já mencionamos ao tratar da falibilidade cognitiva proposta por Karl Popper, toda teoria é em certo grau resultado de aperfeiçoamento de teorias anteriores, possui falhas e surge para diminuir as perturbações causadas por problemas sociais. A teoria de Peter Häberle não foge desse padrão. É decorrente de teorias como a de Ferdinand Lassale, Karl

---

528 Como exemplo o julgamento da amplitude da legitimidade ativa das ADI's na CF/88(ADIn 364-DF).

529 SANTOS, Bruno Carazza dos. Peter Häberle e as Audiências Públicas no STF: um balanço após 08 anos. *Revista Direito e Liberdade – RDL* – ESMARN ,, n. 3, set./dez. 2016, v. 18, p. 34.

530 COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n. 5, ago. 2001, v. 1.

531 LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Trad. Ricardo Gama. Campinas: Russel, 2005, p. 30-34.

532 DANTAS, Ivo. *Direito Adquirido, Emendas Constitucionais e Controle da Constitucionalidade*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1997, p. 58/59.

Popper e possui contatos com a teoria do constitucionalismo popular de Lary Kramer[533]. Acontece que a formulação de Peter Häberle aperfeiçoa essas outras teorias, adaptando-as ao processo constitucional moderno e sugerindo a adoção de mecanismos como audiências e *amicus curiae* para construir a denominada interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Dessa forma, consegue diminuir as críticas acerca de déficits interpretativos e de legitimidade da Corte Constitucional, amenizando as perturbações sociais.

Peter Häberle ressalta três aspectos na teoria da "sociedade aberta dos intérpretes da constituição" que precisam ser melhor explicados para uma perfeita compreensão da tese: a) a abertura procedimental para intérpretes não formais do processo constitucional exige que a Corte Constitucional exerça algum controle dos participantes; b) a intensidade da participação popular no debate e o grau de divergência ocorrido durante a tramitação legislativa é fator relevante para eventual utilização dos mecanismos processuais; c) a abertura procedimental da interpretação constitucional para intérpretes não formais aumenta a democracia e confere mais legitimidade às decisões da Corte Constitucional.

Em relação ao primeiro aspecto, Peter Häberle[534] afirma que a abertura para a participação de terceiros no processo constitucional deve sofrer algum controle para evitar uma "dissolução" da interpretação constitucional frente a um grande número de interpretações e de intérpretes. Ao analisar o rol de supostos intérpretes considerados legitimados pelo professor de Augsburg (peritos, partidos políticos, associações, igreja, imprensa etc) verifica-se que o mesmo também sugere um filtro a fim de que o processo constitucional não se torne uma "babel interpretativa" devido à infinidade de métodos e pessoas.

Todavia, Peter Häberle[535] preocupa com a possibilidade de que determinados segmentos da sociedade fiquem sem representação. Assim, afirma que o processo constitucional deve levar em conta o interesse dos diversos grupos, notadamente aqueles que não estiveram presentes no processo legislativo e nem se apresentaram voluntariamente no

---

[533] KRAMER, Larry D. Democracia deliberativa e constitucionalismo popular: James Madison e o "Interesse do Homen". In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.91.

[534] HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralística e 'procedimental' da Constituição.* Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 29-30.

[535] HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralística e 'procedimental' da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 29-30.

processo constitucional. Considera essas hipóteses presentes em questões envolvendo matéria de consumidor e de meio-ambiente.

Nesses casos é dever da Corte Constitucional adotar medidas para que esses grupos façam se representar e ofereçam sua interpretação constitucional. Essa passagem da teoria do professor de Augsburg é relevante ao abordar a atuação da Corte para evitar sub-representações de grupos no processo interpretativo e assegurar a possibilidade de atuação da Corte para proteger minorias.

Outro aspecto da teoria de Peter Häberle é a restrição de participação para os intérpretes não leais. Uma participação leal seria aquela apta a contribuir para o aperfeiçoamento da decisão da Corte Constitucional. Karl Popper adota o paradoxo da intolerância para impedir que grupos contrários à democracia de participarem do debate político. Peter Häberle[536] não assume expressamente essa categoria popperiana, mas, ao manifestar concordância com a jurisprudência da Alemanha que veda o acesso a cargos públicos de grupos "radicais" que pregam a quebra da "ordem democrática", é possível concluir que ele também aceita que não deve ser assegurada a participação no processo constitucional de grupos que não estão interessados em aperfeiçoar a interpretação constitucional, e sim em deslegitimar a interpretação pluralista constitucional.

Peter Häberle, portanto, não ignora a impossibilidade fática de que toda a sociedade esteja representada no processo interpretativo e sugere que a convocação de audiências públicas e intervenções de terceiros funcionariam como filtro de uma presença qualitativa, mas o mesmo não oferece soluções para limitar eventual quantidade excessiva de intérpretes de determinado grupo já representado, o que pode gerar a inviabilidade do próprio trabalho da Corte por não absorver esse contingente.

Não obstante a teoria de Peter Häberle seja um marco de abertura da interpretação constitucional, alguns aspectos estruturais das Cortes e de racionalidade do procedimento não permitirão que a teoria tenha a amplitude que o mesmo pretendeu. É que as audiências públicas propostas pelo professor de Augsburg não terão como partícipes qualquer cidadão interessado

536 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralística e 'procedimental' da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 25.

nos efeitos da interpretação de determinada norma constitucional, mas aqueles que representam determinado segmento da sociedade, como peritos em determinado assunto, representantes de partidos políticos, das associações, da igreja, da imprensa, dentre outros. A comunidade irá intervir de modo mais próximo, mas ainda através de representantes.

Esse aspecto não compromete sua teoria e apenas significa que esse aspecto deverá ser objeto de conformação nos países que adotarem essa abertura procedimental do processo constitucional. São pequenos ajustes que toda teoria passa e que foi denominada por Karl Popper como "método racional de mecânica gradual", conforme já exposto.

Atento a essa peculiaridade, o despacho convocatório da audiência pública na ADI nº 4.439/DF, do Ministro Luís Roberto Barroso, sobre o ensino religioso nas escolas públicas apresenta questão bastante interessante: além de exigir uma apresentação sintética sobre as qualidades do requerente, também deixa claros os critérios para a seleção dos habilitados: "*A solicitação de participação deverá conter (i) a qualificação do órgão, entidade ou especialista, conforme o caso, (ii) a indicação do expositor, acompanhada de breve currículo de até uma página, e (iii) o sumário das posições a serem defendidas na audiência. [...] Os participantes serão selecionados, entre outros, pelos seguintes critérios: a) representatividade da comunidade religiosa ou entidade interessada, b) especialização técnica e expertise do expositor, e c) garantia da pluralidade da composição da audiência e dos pontos de vista a serem defendidos"*

Em relação ao segundo aspecto, Peter Häberle[537] defende que a intensidade da participação popular no debate e o grau de divergência ocorrido durante a tramitação legislativa é fator relevante para eventual utilização dos mecanismos processuais.

Para Peter Häberle, a Corte Constitucional deve atribuir um controle mais rigoroso à apreciação de leis que despertam grande divisão na opinião pública. Por controle mais rigoroso deve-se entender maior restrição na admissão dos intérpretes não-formais no debate através dos mecanismos processuais. A Corte deve zelar nesses casos para que não se perca o mínimo indispensável da função integrativa, pois as leis que provocam grande interesse na sociedade (relacionadas a temas como aborto, sistema educacional etc) são aprovadas no Parlamento com

[537] HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralística e 'procedimental' da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 45.

intensa participação da opinião pública, o que já traz em si uma peculiar legitimação democrática. Esse aspecto deve ser levado em conta pela Corte Constitucional a fim de que a mera repetição de debates que ocorrem em passado recente não se tornem fator de instabilidade. Nas palavras do próprio Peter Häberle[538], a ausência de self-restraint procedimental também pode levar a uma perda de autoridade em certas ocasiões.

Evidente que essa hipótese não se enquadra quando o objeto da questão é a incômoda questão da "tirania da maioria". Nos casos de eventual restrição a direitos individuais de "minorias", a convocação de audiências públicas revela-se essencial para aprofundar o debate. Porém, a atuação contramajoritária deve ser utilizada com bastante critério, pois, assim como o Parlamento pode atuar de forma arbitrária em relação aos direitos de categorias sem importância representativa na esfera política, os Tribunais também podem agir de forma tirânica em relação à maioria política por questão de preferência ideológica.

Outro aspecto é que audiências públicas e *amicus curiae* não são a única forma de participar da interpretação constitucional no âmbito da Suprema Corte. No Brasil, por exemplo, a Constituição Federal, no seu art. 103, abriu a possibilidade de que cidadãos participassem do debate ao aumentar o rol de legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade em relação à Carta Magna anterior. Embora não haja uma legitimidade ativa pessoal de cada cidadão, a sociedade civil pode ajuizar uma ação por meio do Conselho Federal da OAB, de partido político com representação no Congresso Nacional ou de confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Esse aspecto, inclusive, foi ressaltado pelo Ministro Luiz Fux no despacho proferido na ADI 4029/AM[539]:

> *"A Carta de Outubro de 1988, ao estatuir amplo rol de legitimados para a propositura da Ação Direta, inaugurou nova fase no controle de constitucionalidade brasileiro, superando o amplo domínio do controle difuso e incidental sobre o abstrato e concentrado, decorrente do monopólio conferido pela Constituição de 1967 ao Procurador-Geral da República para a utilização da Representação de Inconstitucionalidade. O novo regime preza, indubitavelmente, pela abertura dos canais de participação democrática nas discussões travadas pelo Judiciário, colimando instituir aquilo que Häberle definiu como sociedade aberta de intérpretes constitucionais".*

538 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralística e 'procedimental' da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 55.
539 BRASIL. STF. ADI nº 4029, Rel. Ministro Luiz Fux, j. 08.03.2012.

Por sua vez, nas decisões aprovadas sem tanta discussão da opinião pública, com aprovações simbólicas e muitas vezes com diversos dispositivos de caráter técnico, a adoção de mecanismo processuais que permitam a participação de intérpretes não-formais é extremamente necessária. Nessas hipóteses, mesmo autores adeptos do controle de constitucionalidade fraco, como Jeremy Waldron[540], sustentam que não é fácil para os legisladores perceberem quais questões de direitos estão embutidas na proposta legislativa apresentada para avaliação, e nem os efeitos que podem surgir a partir da aplicação subsequente da proposta legislativa. Assim, o amplo debate constitucional com a convocação de diversos intérpretes e utilização do mecanismo da audiência pública revela-se amplamente recomendável.

Portanto, para Peter Häberle a efetiva participação plural no debate parlamentar, o acompanhamento dos debates pela opinião pública e a natureza da norma impugnada podem refletir em alguns casos no rigor da admissão dos intérpretes não-formais e no nível de intensidade dos debates a serem realizados nas Cortes Constitucionais.

Em relação ao terceiro aspecto, Peter Häberle[541] defende que a abertura procedimental da interpretação constitucional para intérpretes não formais aumenta a legitimidade da Corte, pois a democracia não consiste apenas na delegação formal de responsabilidades do povo para os órgãos estatais. Para o professor de Augsburg, o povo não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição, mas também um elemento pluralista que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão.

Nesse contexto, importante consignar a lição de Friedrich Müller[542], para quem povo é um conceito polissêmico, abrangendo diversas acepções como: as pessoas que vivem legalmente no país, os titulares dos direitos de nacionalidade, os titulares dos direitos civis, os titulares dos direitos eleitorais ativos e passivos, os membros de determinados grupos étnicos, religiosos ou sociais. A menção da expressão povo exige que haja sua prévia definição no âmbito do direito positivo.

---

[540] WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao Judicial Review. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 100-104.
[541]HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralística e 'procedimental' da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 36-40.
[542] Cf. MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

Assim, a teoria de Peter Häberle, sem adotar expressamente um modelo de povo, parte do pressuposto que a constituição é um processo público que deve ser construído por todos os seus potenciais destinatários, e essa expansão de intérpretes seria para ele aumento de democracia. Para ele, portanto, quanto mais intérpretes existem mais democracia constitucional há, e quanto mais democrática for a interpretação mais aberta será a sociedade.

Mais uma vez se faz presente a influência da teoria de Karl Popper no pensamento de Peter Häberle, pois, assim como aquele, entende que a ciência não resulta dos esforços de apenas um homem, mas da cooperação de vários, vez que somente a intersubjetividade e a publicidade do método garantem melhores resultados. Para Peter Häberle o processo só conseguirá alcançar um resultado satisfatório com a conjugação da interpretação de diversas pessoas, e não apenas dos intérpretes formais das carreiras jurídicas.

Contudo, é importante registrar que a simples participação de novos atores no processo constitucional sem que os mesmos tenham poder de efetiva deliberação e sem que seus argumentos sejam devidamente analisados não conseguirão tornar realidade esse novo modelo.

Nesse sentido, Marcelo Labanca Corrêa de Araújo[543] afirma que a confiança do Legislador no Supremo Tribunal Federal para que este tenha a palavra final sobre a constitucionalidade de uma lei, com a participação de toda uma "comunidade de intérpretes" reunida em audiência pública, desde que devidamente realizada, pode dar ao Judiciário o poder não apenas de defesa da cidadania, mas também de racionalização da administração pública.

É com base nessas premissas teóricas que pretendemos compreender o instituto das audiências públicas no direito brasileiro e sua aplicação no âmbito do IRDR.

6.2. AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS E A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

Conforme ensinamento de Gomes Canotilho[544], o conceito de democracia não é algo estático, mas sim dinâmico, em constante aperfeiçoamento, visto que sua construção e

[543] ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de; OLIVEIRA, Tassiana. Judicialização da Política e Ativismo Judicial: Conceitos e o Quadro Brasileiro. *Revista Direito e Justiça* – Reflexões Sociojurídicas, ano 16, n. 26, abr. 2016, p. 224.
[544] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 289.

aprimoramento decorrerem de acontecimentos históricos sucessivos. Portanto, não é simples definir democracia tendo em conta a quantidade de significados historicamente atribuídos ao termo e a incalculável quantidade de subespécies que possui[545].

Assim, sem qualquer pretensão de realizar uma análise da evolução histórica e das características das diversas modalidades de democracia, vez que foge ao objeto do trabalho, revela-se imprescindível tecer algumas considerações acerca das principais características da democracia representativa no direito brasileiro e das possibilidades de participação popular no processo decisório conferidas pela Constituição Federal.

É que as audiências públicas, ao lado de outros mecanismos jurídicos, como as leis de iniciativa popular, o plebiscito e o referendo, vêm sendo associadas com a transposição no direito brasileiro do modelo tradicional da democracia representativa para o paradigma da democracia participativa [546], questão que precisa ser analisada de forma mais refletida. Afinal, sem uma precisa definição dos fundamentos e dos limites da democracia representativa, os mecanismos de participação previstos podem ser utilizados de forma hipertrofiada e provocar distorções na democracia que se deseja aperfeiçoar[547].

A expressão democracia tem sido utilizada desde a idade clássica para designar uma forma de governo e o exercício do poder político pelo povo, corolário da própria origem etimológica da palavra (*demos* – povo, *kratein* – governo). Como aduz Robert Dahl[548], a palavra povo é portadora de múltiplos significados e foi modificada historicamente para justificar as mais variadas formas de democracia. Assim, deve-se evitar um conceito ontológico ou meramente retórico para adotar uma noção operacional, que trata o povo como projeção do exercício da cidadania, associando o regime democrático à existência de cidadãos, diversas pessoas com direitos e deveres no campo político [549] .

---

[545] GOYARD-FABRE, Simone. O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
[546]CABRAL, Antônio do Passo. Efeitos processuais das Audiências Públicas. *Boletim de Direito Administrativo*, n. 7, jul. 2006, v. 22, p. 789.
[547] DANTAS, Ivo. A pós-modernidade como novo paradigma e a teoria constitucional do processo. In: *o novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides.* São Paulo: Saraiva, 2009. p. 315-376.
[548] DAHL, Roberto. *A democracia e seus críticos*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 5.
[549] MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 13.

Nesse contexto é oportuna a diferenciação proposta por Peter Härbele[550] entre democracia do cidadão e democracia popular. Entende o professor que aquela é mais verossímil do que esta última, pois no seu entender a democracia do cidadão é mais associada à ideia que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais e não a partir da concepção segundo a qual o povo soberano limita-se apenas a assumir o lugar do monarca.

Sua proposta específica, assim, é promover a realização da democracia mediante o desenvolvimento interpretativo das normas constitucionais pelos cidadãos, a fim de se promover uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição como expressão máxima de legitimidade democrática. Essa noção de cidadania propugnada por Peter Häberle é ampla, abrangendo toda e qualquer pessoa que possa contribuir com processos decisórios estatais, ainda que não esteja em gozo dos direitos políticos ou sequer tenha essa possibilidade, salvo se houver restrição legal expressa nesse sentido.

Essa distinção tem muita importância no tocante à definição das pessoas habilitadas para participar das audiências públicas, incluindo pessoas que não possuem direito de votar, mas que podem contribuir com o processo decisório, como indígenas, estrangeiros etc. Ademais, impede que restrições de cidadania para certos fins, como ajuizamento de ação popular, seja estendido para outras hipóteses.

Todavia, comungamos do pensamento de Eduardo Bim[551] quando afirma que só ordenamento jurídico de cada país poderá definir o limite e o alcance da cidadania para a prática dos mais diversos atos de participação na formação do processo decisório político, vez que ela é um conceito jurídico, inclusive para concretizar o dispositivo previsto no art. 1º, II, da Constituição Federal. Na Constituição da República, a presença do ideal da cidadania como fundamento constitucional é muito marcante em diversas passagens. Por exemplo, estabelece-se no art. 22, XIII, a competência privativa da União para legislar sobre "nacionalidade, cidadania e naturalização". Já o art. 58 garante às comissões parlamentares a prerrogativa de "solicitar depoimento de qualquer autoridade ou cidadão", ao passo que o art. 61 confere aos "cidadãos" a iniciativa na propositura de leis.

---

[550] HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralística e 'procedimental' da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 36-38.

[551] BIM, Eduardo Fortunato. *Audiências Públicas*. São Paulo: RT, 2014, p.26.

Costuma-se classificar a democracia quanto aos que exercem o poder decisório em direta, indireta (representativa) e semidireta (participativa).

Para Paulo Bonavides[552] democracia direta é aquela em que o povo exerce, por si, os poderes governamentais, fazendo leis, administrando e julgando. Refere-se ao sistema político em que os cidadãos decidem, de forma direta, cada assunto, por meio do voto. Atenas, na Grécia Antiga, historicamente tem sido indicada como o berço da democracia direta, embora autores como José Afonso da Silva[553] afirmem que a democracia ateniense não era tão direta como se apregoa, vez que já existiam algumas instâncias de decisão e contrapeso, bem como mecanismos de controle e responsabilidade dos dirigentes.

Com exceção de alguns diminutos cantões suíços[554], o modelo grego de democracia direta é reminiscência da história e permanece apenas como utopia, vez que alguns fatores como a dimensão territorial dos Estados e o elevado quantitativo de cidadãos que integram a sociedade moderna acabaram por inviabilizar a sua adoção e difusão.

Segundo Norberto Bobbio[555], democracia representativa significa que as deliberações relativas à coletividade inteira são tomadas não diretamente por todos aqueles que dela fazem parte, mas por pessoas eleitas para essa finalidade. Pressupõe, portanto, um conjunto de institutos voltados ao sistema de representação, a exemplo de um Parlamento. A eleição é o momento máximo da democracia liberal, em que o povo legitima o exercício do poder, outorgando-o aos representantes por um período determinado.

Jorge Miranda[556] elenca as principais características da democracia representativa: a) possibilidade de o povo exercer poder; b) reconhecimento da impossibilidade por motivos técnicos e operacionais de o povo governar diretamente; c) vontade do povo manifestada na escolha dos representantes através de todos os cidadão com direitos políticos; d) responsabilidade dos governantes através do cumprimento dos deveres constitucionais relativos ao exercício de seus cargos e do dever de informação do povo e, especialmente, de eleições após o término do mandato, de eleições parciais durante este ou de referendo.

---

[552] BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995, p.270
[553] SILVA, José Afonso da. *Cadernos de Soluções Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2006, v. 2, p. 186.
[554] DUARTE NETO, José. *A iniciativa popular na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 2005, p. 30.
[555] BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Trad. Marco Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 63.
[556] MIRANDA, Jorge. *Formas e Sistemas de Governo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 47-48.

Uma das grandes críticas à democracia representativa[557] reside no fato de que os representantes após o período eleitoral não mantém ligação nem com seus eleitores e nem aos compromissos de campanha estabelecidos. Existem, ainda, os vícios eleitorais, a propaganda dirigida, a manipulação da consciência pública e opinativa do cidadão pelos poderes e veículos de informação. Ademais, como o mandato político não possui identidade com o instituto homônimo de direito privado, o representante eleito não pode ter os poderes que lhe foram conferidos durante certo prazo destituídos por vontade dos eleitores.

A partir dessa crise de legitimidade da democracia representativa, alguns países passaram a incorporar elementos da democracia direta no sistema político, com o objetivo de lhe dar mais legitimidade, mesclando institutos da democracia direta e da indireta. Essa conjugação de elementos culminou no que se denomina democracia semidireta, que para Paulo Bonavides[558] seria uma efetiva democratização da democracia, uma teoria do constitucionalismo de emancipação, conferindo a possibilidade de atuação conjunta entre mandantes e mandatários e não apenas uma atuação dos mandantes do povo.

Autores como Roberto Amaral[559] sustentam, inclusive, que a democracia representativa está morta porque carrega a impossibilidade de uma representação legítima (seu pressuposto) e que apenas terá condições de sobreviver a democracia participativa que incorporar novos e modernos instrumentos de controle e de participação no poder, com ênfase nos mecanismos de controle social.

Ensina Eduardo Bim[560] que os instrumentos de participação do cidadão nos processos decisórios estatais podem ser orgânicos, como a previsão de Conselhos Permanentes (Conselho da República, Conselho Nacional de Recursos Hídricos etc) ou não orgânicos, como a oitiva da população sobre certos temas (audiências públicas, plebiscito, referendo etc). Essa participação poderá ser meramente consultiva ou vinculativa, mas esta última possibilidade em hipótese bem restritas, conforme demonstraremos adiante.

---

[557] PITKIN, Hanna Fenichel. 2006. *Representação: palavras, instituições e ideias*. Lua Nova, São Paulo, n°67, p. 15-47.
[558] BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 41.
[559] AMARAL, Roberto. *A democracia representativa está morta; viva a democracia participativa*. In: Direito Constitucional: Estudos em homenagem a Paulo Bonavides (Org. Eros Grau). São Paulo: Malheiros, 2001, p. 46.
[560] BIM, Eduardo Fortunato. *Audiências Públicas*. São Paulo: RT, 2014, p. 28.

Os conselhos são perenes (orgânicos), com atribuições permanentes, relacionadas a uma área de política pública e promove a articulação permanente entre Estado e sociedade civil. Ao contrário, as audiências públicas e demais instrumentos de participação não-orgânicos são invariavelmente vinculados a um processo decisório específico, seja ele a elaboração de um plano, a elaboração de normas regulatórias sobre determinado tema, a avaliação de uma ação governamental ou mesmo a produção probatória de fatos legislativos.

Os tradicionais mecanismos de participação popular (plebiscito, referendo, lei de iniciativa popular, audiências públicas, conselhos etc) conjugados com as formas digitais de comunicação (*twitter, whatsapp, instagram, facebook*) alimentam, ainda, o argumento de que a democracia participativa seria uma inexorável mudança de paradigma democrático e que possibilitaria até mesmo a restauração da democracia direta.

Todavia, temos que refletir se os mecanismos digitais de participação popular realmente representam uma mudança de paradigma democrático ou se apenas funcionam como novos instrumentos auxiliares da democracia representativa.

Como adverte Benjamim Barber[561], devemos analisar o impacto da inserção dos meios digitais na tomada de decisões com parcimônia, pois aqueles que entendem de tecnologia sabem pouco sobre democracia e aqueles que conhecem de democracia são deploravelmente ignorantes acerca de tecnologia. Fatores como a baixa inclusão digital da população, a impossibilidade de questões complexas da democracia submetidas ao parlamento serem respondidas através de uma lógica binária (sim ou não), bem como a própria formulação de perguntas passíveis de induzir o eleitor, demonstram que as ferramentas eletrônicas são um importante fator de fiscalização do exercício do mandato e de pressão popular, mas conclusões além destas parecem ser precipitadas no momento.

No Brasil, a Constituição de 1988 consagrou um sistema político democrático. O *caput* do art. 1º prescreve que o Brasil desta nova ordem constitucional é um "Estado Democrático de Direito". Trata-se de "...um regime democrático fundado no princípio da soberania popular, segundo o qual todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes, ou diretamente" através de mecanismos de participação popular previstos na própria Constituição ou através de lei. Existe, portanto, uma adoção da democracia

[561] BARBER, Benjamim. The uncertainty of digital politics: democracy's uneasy relationship with information technology. *Harvard International Review*, 2001, v. 23.

representativa com predominância de que as decisões estatais sejam tomadas prioritariamente por governantes escolhidos eleições periódicas, através de voto secreto e universal, ou por agentes investidos em cargos na forma prevista constitucionalmente, como, por exemplo, os membros do Poder Judiciário. Isso sem prejuízo da adoção de instrumentos de participação direta do povo na formação da vontade no processo decisório.

Em relação aos mecanismos de participação popular, a Constituição Federal, em seu art. 14, previu o poder de maneira semidireta através de três instrumentos políticos: plebiscito, referendo, lei de iniciativa popular. A legislação infraconstitucional também contemplou possibilidades de manifestação de poder indireto, como por exemplo as consultas públicas e as audiências públicas previstas no processo administrativo (Lei nº 9.784/99) e no Supremo Tribunal Federal (Leis nº 9.868/99 e 9.882/99).

Não obstante os instrumentos de participação popular aumentem a influência da vontade dos representados na tomada de decisões estatais e aperfeiçoem a legitimidade das mesmas, não há previsão constitucional de que esses mecanismos terão caráter vinculante e nem manifestação específica do Supremo Tribunal Federal nesse aspecto.

Não desconhecemos a existência de relevante doutrina, a exemplo de Wallace Martins Júnior[562], que defende a vinculação da decisão estatal em relação ao resultado do plebiscito e do referendo, vez que esses institutos seriam reflexo da própria soberania estatal por terem sido provenientes do mesmo eleitorado que elegeu os representantes políticos, nos termos do art. 14 da Carta Magna.

Todavia, no sistema de democracia representativa os mecanismos de participação popular não podem superar a decisão dos representantes legitimamente investidos (art. 1º, parágrafo único, CF/88), exceto por previsão constitucional expressa constante dos instrumentos políticos oferecidos na própria Carta Magna (art. 14, I, II e III CF/88) .

Na Constituição de Portugal, por exemplo, o referendo é vinculativo porque está expressamente consignado no art. 115, I que "os cidadãos eleitores recenseados no território nacional podem ser chamados a pronunciar-se diretamente, a título vinculativo, através de referendo". Não há presunção em relação à delegação na democracia representativa.

[562] MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Participação Popular no Estatuto das Cidades*. In: FINK, Daniel Roberto (coord.). Temas de Direito Urbanístico 4. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado; Ministério Público do Estado de São Paulo, 2005, p. 252.

Como adverte Elenaldo Teixeira[563], não há impeditivo para que mecanismo de participação popular seja criado por intermédio de legislação infraconstitucional. Tal medida deve até ser incentivada como forma de aperfeiçoamento do sistema representativo, pois permite aferir a responsabilização política dos mandatários, o controle social e a transparência das decisões. Contudo, a função principal da participação não é a substituição do mandatário, mas a influência qualificada nas decisões que serão promovidas pelos agentes estatais.

Em outras palavras, os mecanismos de participação popular podem ser criados através de instrumentos legais e funcionam como fator de qualificação da democracia. Contudo, não podem superar a decisão dos representantes constitucionalmente investidos sem previsão constitucional explícita, embora seja fator de demonstração do anseio popular ou de limitação da discricionariedade em alguns casos. Um exemplo é o plebiscito para criação de novos Municípios (art. 18, §§ 3º e 4º), em que a rejeição popular impede o prosseguimento da tramitação legislativa, mas a aclamação popular não retira a necessidade de edição de lei pelo Parlamento Estadual. Caso a população não aprove a sua formação, a Assembleia Legislativa não poderá editar a lei. Caso aprove, porém, constitui discricionariedade do Poder Legislativo Estadual elaborar ou não a lei estadual, conforme critérios de conveniência e oportunidade.

Merecem ser destacadas as observações de Pogrebinschi e Santos[564], pois, ao questionarem a ideia de crise do modelo representativo, ressaltaram que as novas práticas democráticas de participação não significa a anulação ou enfraquecimento da ideia de representação: "As práticas participativas fortalecem a democracia ao ampliar o papel dos cidadãos na mesma. Mas isso não se dá em detrimento da representação política e de suas instituições". Há uma ligação entre as ideias de representação, participação e deliberação, razão pela qual o surgimento de novos espaços democráticos deve ser encarado como forma de fortalecimento da representação política, e não como um sinal de enfraquecimento das instituições.

[563] TEIXEIRA, Elenaldo Celso. *O local e o global: limites e desafios da participação cidadã*. Cortez: São Paulo, 2002 p. 31.

[564] POGREBINSCHI, Thamy; SANTOS, Fabiano. *Participação como Representação: O Impacto das Conferências Nacionais de Políticas Públicas no Congresso Nacional*. DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, n. 3, 2011, v. 54, p. 261.

Em linha de pensamento similar é a posição de Eduardo Bim[565] quando prescreve que quando a Constituição ou eventualmente a lei reguladora não preveem o caráter vinculante da deliberação do mecanismo de participação social, ele é meramente consultivo, pois essa deve ser a regra na democracia participativa, que apenas traz elementos informativos à democracia representativa.

Como reforço podemos citar o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.416[566] em que ficou consignado que o Conselho de Administração e Fiscalização de Áreas Públicas Regularizadas do Distrito Federal, mesmo sendo uma estrutura administrativa orgânica, como não era composto majoritariamente por servidores estatais, não poderia decidir sobre a alienação de bens públicos. Prevaleceu nesse caso a posição que, não obstante a autorização dada pela Lei Distrital nº 2.689/2001, seria inconstitucional a transferência de competência própria da Administração Pública sem autorização da Carta Magna.

O mesmo acontece em relação às audiências públicas. Sem ainda adentrar no mérito da(s) finalidade(s) do instituto, é preciso ter em mente que as audiências públicas não poderão ter como uma de suas finalidades a substituição da atividade decisória dos agentes estatais nem no processo legislativo (art. 58, §3º, CF/88), nem no processo administrativo (art. 32, Lei 9.874/99) e nem no processo judicial (Leis nº 9.868/99 e 9.882/99). Afinal, não há previsão constitucional de efeito vinculante das decisões das audiências públicas, as mesmas não são estruturas orgânicas permanentes do Estado formada por agentes públicos, e a manifestação de sua vontade não é feita por cidadãos convocados de forma cogente do mesmo eleitorado que elegeu os representantes políticos. Participam das audiências públicas aqueles que se interessam pelo tema e/ou que possuem experiência ou algum conhecimento na matéria.

As audiências públicas, portanto, podem ser consideradas como inseridas em um modelo democrático que, através da criação de mecanismos de comunicação, estimula a maior participação social na formação dos processos decisórios estatais, aí incluídas as audiências públicas judiciais. Modifica-se, assim, a noção de que participação era restrita a eventuais decisões do Poder Executivo e do Poder Legislativo.

---

[565] BIM, Eduardo Fortunato. *Audiências Públicas*. São Paulo: RT, 2014, p. 38.
[566] BRASIL. STF, ADI nº 2.416/DF, Rel. p/acordão Min. Ricardo Lewandowski, DJe 14.10.2013.

Todavia, a criação de mecanismos de comunicação como as audiências públicas não pode significar uma ruptura como o modelo de democracia representativa, mas sim um aspecto do aperfeiçoamento desta. Afinal, como bem aduz Eduardo Bim[567] no sistema constitucional brasileiro a democracia participativa deve conviver com a representativa, sendo esta a regra e aquela a exceção, cujo exercício deve ocorrer dentro dos parâmetros constitucionais, com a interpretação restrita dos efeitos de seus instrumentos.

Como conclusão, podemos considerar que os instrumentos de participação social como as audiências públicas funcionam como mecanismos auxiliares de aperfeiçoamento da democracia representativa, e não significam a ruptura de seu paradigma, havendo perfeito convívio de acordo com as disposições constitucionais. Ademais, como as audiências públicas são instrumento de participação não orgânicos, não possuem previsão de efeitos vinculantes de suas deliberações na Carta Magna e não são catalizadoras de uma vontade do eleitorado, não é possível que suas decisões assumam caráter vinculante.

6.3. ESPÉCIES DE AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO DIREITO BRASILEIRO

Consta no dicionário Aurélio[568] que a palavra audiência significa "ação de prestar atenção ou de ouvir". Por sua, vez a palavra pública tem por significado "aquilo que é do conhecimento da comunidade".

Embora as expressões científicas possam utilizar palavras do cotidiano de determinada língua, essas palavras ao serem apropriadas por determinada ciência adquirem conteúdo próprio (ex: competência no direito processual). Por vezes ainda se mantém alguma vinculação com a expressão que lhe deu origem (ex: litisconsórcio, derivada do latim *litis consortium*, que significa com o mesmo destino no processo), outras vezes ocorre uma completa dissociação (ex: precatório, derivada do latim *precatorius*, que significa súplica).

Existe, ainda, a possibilidade de uma mesma palavra ser utilizada com dois significados científicos distintos dentro de um mesmo ramo do conhecimento, tal como ocorre na linguagem comum. É o caso da palavra manga, que em português tanto pode ser utilizada para designar uma fruta quanto a parte de uma camisa, bem como a expressão ausente, que pode ser utilizada no direito civil tanto para se referir a uma pessoa que desaparece do seu domicílio

[567] BIM, Eduardo Fortunato. *Audiências Públicas*. São Paulo: RT, 2014, p. 35.
[568] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

sem dela haver notícia (art. 22 do Código Civil) quanto a uma pessoa que se encontra em local diverso da apresentação da proposta contratual e que não foi cientificado dessa proposta por meio de comunicação que permita fornecer uma resposta de aceitação ou recusa imediata (art. 434 do Código Civil).

As audiências públicas são mecanismos jurídicos presentes em processos decisórios existentes no âmbito do Poder Executivo, do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e do Ministério Público. Não há uma previsão constitucional ou legal abrangente da disciplina dessas audiências públicas, mas mera previsão tópica da realização das mesmas em algumas leis esparsas, algumas com abordagens bem diversas.

Podemos citar como mostra da diversidade de audiências públicas no ordenamento jurídico brasileiro os seguintes exemplos: a) (art. 32, Lei nº 9.784/99) relativa ao processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal; b) (art. 39, Lei nº 8.666/93) relativa às licitações e aos contratos da Administração Pública; c) (art. 4º, §3º, Lei nº 9.427/96) relativa a processos decisórios na Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL; d) (art. 19, Lei nº 9.478/97) relativa a processos decisórios na Agência Nacional do Petróleo – ANP; e) (art. 9º, §4º, Lei Complementar nº 101/2000) relativa à demonstração do cumprimento de metas fiscais pelo Poder Executivo; f) (art. 58, §2º, II, CF/88) relativa ao processo legislativo no âmbito das Comissões do Congresso Nacional; g) (art. 9º, §1º, Lei nº 9.868/99; art. 6º, §1º, Lei nº 9.882/99) relativa aos processos de controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal; h) (art. 1.038, II, CPC) relativa ao julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos; i) (art. 983, §1º, CPC) relativa ao julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas; j) (art. 27, parágrafo único, IV, Lei nº 8.625/93) relativa à coleta de subsídios para atuação do Ministério Público na defesa dos direitos que lhes são confiados.

Assim, tendo em vista a diversidade de previsões legislativas do instituto, apenas com a compreensão das dos fundamentos, das finalidades e das características das audiências públicas no âmbito de cada Poder será possível definir o termo audiências públicas e verificar se as audiências públicas judiciais apresentam objeto e finalidades distintas das demais.

E mais, mesmo no âmbito das audiências públicas judiciais é preciso analisar se aquelas previstas no âmbito do IRDR (art. 983, §1º, CPC) possuem peculiaridades que permitam tratamento jurídico diverso. Afinal, a utilização de uma por outra apenas com base

na denominação idêntica pode acarretar consequências jurídicas desastrosas, hipertrofiando as potencialidades do instituto algumas vezes, descaracterizando-o em outras situações e até mesmo violando princípios processuais como a eficiência.

Em outras palavras, é preciso identificar se a audiência pública no âmbito do IRDR (art. 983, §1º, CPC) e as demais audiências públicas são institutos que permitem a aplicação de um regime jurídico comum, ou se existe apenas nomenclatura idêntica utilizada para abranger estruturas heterogêneas com apenas alguns pontos de contato em comum.

6.3.1. Fundamento Normativo das Audiências Públicas

Inicialmente é importante registrar que não há previsão expressa na Constituição da realização obrigatória de audiência pública em processos decisórios estatais que possam vir a afetar alguma coletividade. O único dispositivo constitucional que trata da realização da audiência pública é o art. 58, §2º, II, o qual dispõe apenas que as Comissões de cada Casa do Congresso Nacional poderão realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil, sem qualquer necessidade de sua adoção como etapa obrigatória no processo legislativo.

Também não existe qualquer previsão regimental nas Casas do Congresso Nacional de obrigatoriedade de realização dessas audiências públicas. O Regimento Interno do Senado Federal, no art. 90, II, apenas repete o texto do art. 58, §2º, II, da Carta Magna. Por sua vez, o Regimento Interno da Câmara dos Deputados, nos arts. 255 a 258[569], fala da audiência pública como uma faculdade para os deputados federais colherem mais subsídios com a sociedade, sem previsão de convocação compulsória em qualquer hipótese.

[569] Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Art. 255. Cada Comissão poderá realizar reunião de audiência pública com entidade da sociedade civil para instruir matéria legislativa em trâmite, bem como para tratar de assuntos de interesse público relevante, atinentes à sua área de atuação, mediante proposta de qualquer membro ou a pedido de entidade interessada. Art. 256. Aprovada a reunião de audiência pública, a Comissão selecionará, para serem ouvidas, as autoridades, as pessoas interessadas e os especialistas ligados às entidades participantes, cabendo ao Presidente da Comissão expedir os convites. § 1º Na hipótese de haver defensores e opositores relativamente à matéria objeto de exame, a Comissão procederá de forma que possibilite a audiência das diversas correntes de opinião. § 2º O convidado deverá limitar-se ao tema ou questão em debate e disporá, para tanto, de vinte minutos, prorrogáveis a juízo da Comissão, não podendo ser aparteado. § 3º Caso o expositor se desvie do assunto, ou perturbe a ordem dos trabalhos, o Presidente da Comissão poderá adverti-lo, cassar-lhe a palavra ou determinar a sua retirada do recinto. § 4º A parte convidada poderá valer-se de assessores credenciados, se para tal fim tiver obtido o consentimento do Presidente da Comissão. § 5º Os Deputados inscritos para interpelar o expositor poderão fazê-lo estritamente sobre o assunto da exposição, pelo prazo de três minutos, tendo o interpelado igual tempo para responder, facultadas a réplica e a tréplica, pelo mesmo prazo, vedado ao orador interpelar qualquer dos presentes. Art. 257. Não poderão ser convidados a depor em reunião de audiência pública os membros de representação diplomática estrangeira. Art. 258. Da reunião de audiência pública lavrar-se-á ata, arquivando-se, no âmbito da Comissão, os pronunciamentos escritos e documentos que os acompanharem. Parágrafo único. Será admitido, a qualquer tempo, o traslado de peças ou fornecimento de cópias aos interessados.

Alguns autores como Diogo Figueiredo de Moreira Neto[570] sustentam que as audiências públicas se originam do direito anglo-saxão, a partir do princípio de que uma decisão que afete interesses não pode ser tomada sem que antes seja oferecida a possibilidade de ouvir os potenciais destinatários.

Por sua vez, Antônio do Passo Cabral[571] entende que a convocação das audiências públicas no direito brasileiro seria um desdobramento do contraditório e do devido processo legal previstos na Constituição Federal, vez que tal mecanismo se insere na abertura do cânone interpretativo como direito de influenciar a formação da decisão estatal no processo administrativo.

Existem, ainda, autores, a exemplo de Giovana Roriz[572] e Augustin Gordillo[573], que defendem a imposição da realização de audiências públicas em algum procedimentos do processo civil sem previsão constitucional ou legal em virtude de considerar que a Constituição Federal consagra uma democracia participativa e que a convocação desses instrumento funciona como fator de legitimidade das decisões.

Não obstante a posição dos respeitáveis doutrinadores, entendo que o princípio do contraditório não pode ser invocado como fundamento constitucional para a realização cogente das audiências públicas no âmbito dos processos decisórios estatais. É que a construção do contraditório como princípio nunca foi pensada para abarcar situações de produção de normas legais ou infralegais de caráter genérico.

Nessas situações, como adverte Edilson Vitorelli[574], o que protege as pessoas não é a participação e a possibilidade de influenciar os debates em eventual audiência, mas o sistema democrático e o controle que o cidadão exerce, ainda que indiretamente, sobre as autoridades que produzirão o texto normativo. Ademais, eventual ato concreto baseado nesses dispositivos normativos genéricos poderão ser impugnados posteriormente perante o Poder Judiciário.

---

[570] MOREIRA NETO, Diogo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 203.
[571] CABRAL, Antônio do Passo. Os efeitos processuais da audiência pública. *Boletim de Direito Administrativo*, n. 07, jul. 2006, v. 22, p. 795
[572] RORIZ, Giovana Ferro de Souza. *Audiência Pública na Jurisdição Ordinária: mecanismo de aprimoramento da instrução processual com vistas ao adensamento de legitimidade da decisão judicial no Brasil*. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 177.
[573]GORDILLO, Augustín. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2006, t. 2, p. 11.
[574] VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p. 148-149.

Importante salientar que incidentes de formação de precedentes no âmbito judicial no Brasil, como é o caso do IRDR, também entram nessa hipótese de produção de textos legais de caráter genérico. Como aduz Walter Murphy[575] a formação de precedente também anuncia regras gerais que os juízes aplicarão em casos futuros. Dessa forma, adverte o autor que o impacto dessa decisão é similar a um estatuto (lei formal) que servirá de guia para a condução de todas as pessoas, não admitindo que partes com processos análogos tenham o direito de atuar na Corte para expressar seus fundamentos alegando violação ao contraditório[576].

Registre-se, ainda, que caso o fundamento da convocação de audiência pública fosse o princípio constitucional do contraditório, haveria a necessidade de que todo processo decisório estatal tivesse necessariamente que conter uma audiência pública, sob pena de inconstitucionalidade, o que significaria uma nova fase procedimental obrigatória nos processos administrativo, legislativo e judicial.

A participação da coletividade na formulação dos textos normativos gerais pelos representantes dos Poderes e no controle das autoridades é algo salutar e deve ser estimulado nas democracias através da adoção de diversos mecanismos, podendo as audiências públicas funcionarem nessa perspectiva. Contudo, invocar a obrigatoriedade da convocação das audiências públicas com base na previsão constitucional do contraditório ou do devido processo legal gera um efeito perverso, que é potencializar as audiências públicas em detrimento das outras formas de participação e permitir questionamentos de inconstitucionalidade em relação a todos os dispositivos normativos que foram criados sem a adoção das mesmas.

O afastamento da fundamentação da convocação das audiências públicas com base no contraditório possui ainda um caráter pragmático, pois a democracia representativa surge justamente em virtude da impossibilidade fática de que todos os cidadãos possam se manifestar na integralidade das decisões estatais. Debates aprofundados devem surgir quando da tomada de decisões relevantes, sendo imperiosa nessas situações a utilização dos instrumentos de participação por convocação espontânea das autoridades ou requerimentos.

---

[575] MURPHY, Walter F. et al. *Courts, judges, and politics: an introduction to the judicial process*. New York: Mc Graw Hill, 2002, p. 42

[576] Essa argumentação já foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal, em pronunciamento singular do Ministro Marco Aurélio no RE nº 566.471/RN, no sentido de que o fato de ser parte em outros processos sobrestados não gera o direito à assistência no processo paradigma.

Portanto, em virtude dos argumentos já abordados, é possível concluir que no Brasil as audiências públicas não possuem fundamento no direito constitucional ao contraditório, mas sim de imposição legal. Esse aspecto, como ressalta Alessandra Obara Soares da Silva[577], nega o caráter de direito fundamental às audiências públicas. Todavia, a previsão legal como fundamento da realização da audiência pública não a torna um instrumento menos relevante e também gera direito obrigatório à sua realização nos casos em que previstas com densidade normativa suficiente, como a hipótese do art. 39 da Lei nº 8.666/93[578].

Devemos partir do pressuposto de que em democracias representativas, os instrumentos de participação social não-orgânicos, como as audiências públicas, funcionam como mecanismos auxiliares do processo decisório. Portanto, só devem ser utilizados caso haja imposição constitucional ou legal expressa, vez que o legislador poderá em alguns casos preferir outros instrumentos de participação e em outros sequer utilizar esses mecanismos.

Essa perspectiva pode ser observada de forma bem explícita no art. 37, § 3º, da Carta Magna, que se refere à participação dos usuários na Administração Pública através de diversas formas. Nesse caso, a Constituição Federal exige expressamente a existência de lei para a participação popular.

Portanto, como aduz Eduardo Bim[579], a exclusão constitucional do direito à realização das audiências públicas é legítima limitação à democracia participativa, vez que ela é exceção, e não a regra do sistema. A sua realização pressupõe vontade inequívoca a partir de previsão específica ou genérica de sua realização, não podendo ser sacada de alguma cláusula constitucional autoaplicável como o contraditório ou a ampla defesa.

Mesmo nos Estados Unidos da América, em que as audiências públicas são adotadas com regularidade há vários anos no âmbito das agências reguladoras, existe decisão expressa

---

[577] S SILVA, Alessandra Obara Soares. *Participação popular na administração pública: as audiências públicas*. 157 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2009, p. 55.

[578] Lei nº 8.666/93. Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito às informações pertinentes e a se manifestar os os interessados.

[579] BIM, Eduardo Fortunato. *Audiências Públicas*. São Paulo: RT, 2014, p. 55.

da Suprema Corte desde 1915 (*Bi-Metalic Investment Co. x State Board of Equalization*[580]) rejeitando a extensão da cláusula constitucional do devido processo legal como fundamento para a realização das *town meetings.* Quando uma regra de conduta se aplica a mais do que a um grupo restrito, é impraticável que cada uma tenha voz direta em sua adoção. Nem a Constituição dos Estados Unidos da América exige que todos os atos públicos sejam feitos em *town meetings* ou em assembleias com a participação de todos. Deve haver um limite à argumentação individual que afete a comunidade se o governo quiser avançar.

No mesmo sentido foi o entendimento de Cabral de Moncada[581] ao abordar o tema da participação social no âmbito das agências reguladoras dos Estados Unidos, quando aduziu que "o procedimento é nos EUA uma criação legislativa e não propriamente uma exigência constitucional, não obstante a cláusula constitucional do '*due process'* (Emenda 5ª da Constituição), de aplicação muito mais limitada".

Nos Estados Unidos a necessidade de base legal para as audiências públicas é tão consolidada que outro precedente interessante da Suprema Corte acerca do tema, proferido, em 1973, no caso *United States x Florida East Coast*[582], entendeu que o simples uso da expressão "*after hearing"* (depois de ouvir), não significaria que a decisão teria que ser precedida necessariamente de uma audiência, pois a oitiva da comunidade poderia se dar através de diversas modalidades, como uma consulta pública e a apresentação de memoriais.

A Suprema Corte dos Estados Unidos demonstra que a realização de audiências públicas no processo decisório das agências reguladores não tem base constitucional, que eventual realização das mesmas depende de expressa previsão legal, não sendo suficiente a

580 A Bi-Metallic Investment Company (Bi-Metallic), proprietária de imóveis em Denver procurou impedir o Conselho de Equalização do Estado do Colorado e a Comissão Fiscal do Colorado de aumentar a avaliação de todos os bens tributáveis em Denver. A Bi-Metallic argumentou que foi negado seu direito constitucional sob a cláusula de devido processo da Constituição dos Estados Unidos para ser ouvido antes de ser privado de sua propriedade.

581 MONCADA, Luís Cabral de. *Estudos de Direito Público*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001, p. 129.

582 Duas empresas ferroviárias interpuseram uma ação no Distrito Central da Flórida para anular as taxas diárias que haviam sido estabelecidas porque elas só tinham permissão para fazer observações por escrito durante "audiências" para a regra proposta e não argumentos orais. O Tribunal Distrital concluiu que a Lei de Comércio Interestadual exigia que a Comissão de Comércio Interestadual agisse de acordo com a Lei de Procedimentos Administrativos, 5 U.S.C. Sec. 556 (d), que exigia que as partes não fossem "prejudicadas" pela decisão de uma agência de receber todas as apresentações de provas por escrito. A Suprema Corte decidiu que a Seção 1 (14) (a) da Lei Interestadual do Comércio, que havia ampliado a autoridade da Comissão para aprovar regulamentos "depois de ouvir" não era um requisito para que o TPI permitisse argumentos orais em seus procedimentos de regulamentação e que o requisito de audiência foi atendido. O Tribunal se referiu à sua decisão no Bi-Metallic Investment *Co. x State Board of Equalization*, no qual declarou que nenhuma audiência era constitucionalmente exigida antes de uma decisão dos fiscais estaduais do Colorado de aumentar a avaliação de todos os bens tributáveis em Denver por uma quantidade substancial.

simples necessidade de oitiva da comunidade, a qual pode ser realizada por outros mecanismos de participação social sem qualquer prejuízo para as decisões regulatórias.

Em sentido um pouco diverso é a disciplina na Espanha, mas lá também se adota o entendimento de que a realização de audiências públicas na formação de decisões de caráter geral não possui fundamento no contraditório o no devido processo legal. Neste país ibérico, a Constituição prevê a necessidade de participação popular em vários processos decisórios estatais (art. 9º, 2; art. 23,1) e prevê no art.105, a[583], a realização de audiência dos cidadãos, diretamente ou através das organizações e associações, na tomada decisões administrativas que afetem direitos da população. Todavia, por expressa disposição constitucional essa auscultação popular deve ser regulamentada por lei. Na Espanha, portanto, o fundamento da realização das audiências é constitucional, mas por dispositivo próprio, e não em decorrência do contraditório ou do devido processo legal, e ainda assim, exige regulamentação legal.

6.3.2. Finalidade(s) das Audiências Públicas

Uma vez reconhecida a ausência de fundamento constitucional para a obrigatoriedade da realização das audiências públicas no Brasil e demonstrada a necessidade de expressa previsão legal para a realização das mesmas, tal como ocorre em países como os Estados Unidos da América, passamos a tratas das finalidades desse mecanismo.

A finalidade das audiências públicas é tema de estudo de diversos doutrinadores, não havendo consenso acerca da matéria. Odete Meduar[584] prescreve como finalidade a instrução do processo, isto é, as "atividades de averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão". Sérgio Ferraz e Adilson Dallari[585] veem a audiência pública sob o prisma da publicidade, como veículo para "obter maior publicidade e participação" dos cidadãos, diretamente ou através de entidades representativas. Luiz Guilherme Marinoni[586] diz que a finalidade da audiência pública é abrir o debate entre as posições divergentes para uma melhor

[583] Artigo 105, a, da Constituição da Espanha: *A lei regulará: a) A audiência dos cidadãos, diretamente ou através das organizações e associações reconhecidas pela lei, no procedimento da elaboração das disposições administrativas que lhes afetem* (Tradução livre).
[584] MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: RT, 2002, p. 216.
[585] FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo.* São Paulo: Malheiros, 2002, p. 448.
[586] MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: decisão de questão idêntica x precedente*. São Paulo: RT, 2016, p.94.

análise da inteligência da norma ou da questão jurídica, sendo semelhante a posição de Antônio do Passo Cabral[587].

Entendo que para uma melhor compreensão das finalidades das audiências públicas é preciso realizar uma distinção entre as finalidades sociológicas e as finalidades jurídicas das mesmas, bem como ter em mente que as finalidades podem variar de acordo com a espécie de processo (legislativo, judicial ou legislativo) e a previsão contida no texto legal.

Autores como Daniel Fiorino[588] e Thomas Heberlein[589] sustentam que as audiências públicas podem ter diversas finalidades sociológicas, tais como: a) informacional (colher opiniões e propostas sobre dado tema); b) probatória (colher dados técnico-empíricos sobre dada questão); c) cooptação (cooptar o público para legitimar a decisão futura); d) interativa (proporcionar debates para obtenção de consenso); e) fiscalização (analisar a conduta dos gestores, a licitude do ato e o desempenho alcançado).

As finalidades sociológicas das audiências públicas são as potencialidades do instituto, que só integram a finalidade jurídica se forem incorporadas na legislação que a disciplina em algum processo decisório específico. Ademais, as finalidades sociológicas das audiências públicas podem ser satisfeitas através de outros mecanismos, tais como conselhos e consultas públicas, ou a combinação deles por opção discricionária do legislador.

Eduardo Bim[590], por exemplo, sustenta que a regra na legislação administrativa é a realização de consulta pública, e não de audiência pública para colher dados e opiniões. E mais, aduz que a partir da compilação das diversas legislações que preveem a audiência pública é possível deduzir que existe uma primazia da auscultação popular por escrito (consulta pública ou comentários), funcionando as audiências públicas como exceção. Cita que na Lei nº 8.080/90, que regula as ações e serviços de saúde, existe uma fase obrigatória de consulta pública para a incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, (art. 19-R, §1º, III), mas apenas uma fase acidental de audiência pública (art. 19-R, §1º, IV).

---

[587] CABRAL, Antônio do Passo. Os efeitos processuais da audiência pública. *Boletim de Direito Administrativo*, n. 07, jul. 2006, v. 22, p. 789-900.

[588] FIORINO, Daniel. Citizen participation and environmental risk: a survey of institutional mechanisms. *Science Technology Human Values*. SAGE Publications Inc., n. 2, 1990, v. 15, p. 230.

[589] HEBERLEIN, Thomas. Some observations on alternative mechanisms for public involvement: the hearing, public opinion poll, the workshop and the quase-experiment. *Natural Resources Journal*. Albuquerque University of New Mexico, n. 16, 1976, p. 197-212.

[590] BIM, Eduardo Fortunato. *Audiências Públicas*. São Paulo: RT, 2014, p. 97-99.

Menciona, ainda, que essa preferência pela realização de outros mecanismos de participação popular decorre do princípio da eficiência, pois sem a demonstração de que a complexidade da matéria é elevada e de que apenas o debate presencial de pessoas irá fornecer o resultado esperado da audiência pública, não se justifica a realização da complexa logística (escolha do local, instalação equipamentos, segurança etc). Por fim, nesse mesmo sentido, aduz que o *Administrative Procedure Act* – APA (§ 553), legislação estadunidense que disciplina as agências reguladoras, dispõe que a auscultação popular deve se dar ao menos por escrito, ficando a critério de cada agência a realização de audiência pública.

Portanto, embora a finalidade de um instituto jurídico tenha o potencial de ser ampla e possibilite o atendimento de diversos interesses, deve-se ter em conta que essa gama de opções não significa que o ordenamento jurídico de um dado país necessariamente contemplou todas, ou seja, que transformou todas as finalidades sociológicas em jurídicas.

Esse cuidado deve ser levado em conta quando determinado instituto é operado historicamente em outro ramo do direito ou quando é proveniente do direito estrangeiro, como é o caso das audiências públicas no direito brasileiro, especialmente as judiciais. Afinal, pode ocorrer o equívoco de se interpretar o instituto incorporando as finalidades das audiências públicas realizadas no âmbito do processo legislativo ou administrativo, bem como a partir da doutrina de outros países com tradição na temática, como os Estados Unidos[591], mas sem levar em conta aspectos próprios da legislação brasileira.

No caso das audiências públicas no direito brasileiro, em que seu fundamento normativo é a lei, é preciso indagar se nos diversos diplomas legais que a disciplinam existe uma finalidade jurídica única ou finalidades jurídicas diversas. Ademais, no caso de existirem múltiplas finalidades, torna-se necessário perquirir se as mesmas podem ser utilizadas indistintamente nos processos legislativo, administrativo e judicial, tendo em vistas as especificidades de cada um desses processos decisórios.

Essa a razão pela qual rejeitamos uma finalidade jurídica ontológica das audiências públicas no direito brasileiro, aplicável em toda e qualquer ocasião e em todo e qualquer espécie

[591] Ivo Dantas afirma que não se pode pretender que institutos jurídicos provenientes de sistemas estrangeiros e possuam a mesma finalidade no país de destino, como se fossem produto de uma clonagem. (DANTAS, Ivo. *Novo Direito Constitucional Comparado*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 185).

de processo (administrativo, legislativo ou judicial), sem levar em conta as especificidades previstas em cada uma dessas funções e em cada uma das leis que as preveem.

E mais, a descoberta na legislação da finalidade jurídica de cada uma das audiências públicas e a sua utilização de acordo com essa perspectiva é algo de extrema relevância prática. Afinal, a utilização de determinada audiência pública de forma estranha às suas finalidades gera disfunções e pode fazer com que as contribuições da sociedade sejam dispersas, fragmentadas e com grau de abrangência que vai além do que é possível ser decidido naquela esfera de Poder.

Todavia, se não é possível, de plano, indicar uma finalidade comum a todas as modalidades de audiências públicas previstas na legislação brasileira, é forçoso excluir uma que eventualmente pode ser associada: a possibilidade de a audiência pública ter finalidade decisória e não meramente deliberativa/consultiva.

Conforme já analisado ao tratarmos da audiência pública enquanto mecanismo de participação social na democracia representativa, a função primordial desses instrumentos não é a substituição do mandatário pela parcela da sociedade que participou dos debates, mas a possibilidade de influência nos processos decisórios.

Portanto, como também sustentam Maria Luiza Granziera[592] e Eduardo Bim[593], as audiências públicas têm caráter consultivo e não deliberativo. Não haverá votação, mas apenas debates, coletas de opiniões, sugestões e entrega de dados. É possível que a autoridade se manifeste acerca de críticas formuladas, de sugestões ofertadas e de dados informados, mas não é possível haver decisão.

6.3.3. Audiências Públicas no Processo Legislativo

O processo legislativo no direito brasileiro configura-se como instrumento destinado à criação de espécies normativas previstas no art. 59 da Constituição Federal. A sua disciplina está delineada a partir de regras estabelecidas na Carta Magna, em legislação infraconstitucional (Lei Complementar nº 95/1998) e no Regimento Interno das Casas Legislativas, as quais devem ser obedecidas como pressuposto para uma atuação legítima do Parlamento[594].

[592] GRANZIERA, Maria Luiza. *Direito Ambiental*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 398.
[593] BIM, Eduardo Fortunato. *Audiências Públicas*. São Paulo: RT, 2014, p. 93.
[594] SOUZA, André Leandro Barbi. *A lei, seu Processo de Elaboração e a Democracia*. Rio de Janeiro: Livre Expressão, 2013, p. 115.

Não há que se confundir, porém, o conceito de processo legislativo com o de procedimento legislativo. Enquanto o processo é o instrumento utilizado pela sociedade para a criação das leis (conjunto de atos ordenados e inter-relacionados,) procedimento é a ordem em que se praticam os atos de um processo, podendo existir vários para cada uma das espécies de atos legislativos [595].

Em virtude da existência do sistema federativo no Brasil, o processo legislativo ocorre na só na área federal, como também nas esferas estadual e municipal, havendo disciplinamento da matéria em relação a estes entes federativos na Constituição de cada Estado da Federação e na Lei Orgânica do respectivo Município.

Foge ao objeto desse trabalho analisar todas as características, espécies e controvérsias existentes no processo legislativo, razão pela qual iremos realizar apenas uma breve indicação de suas fases para que tenhamos uma perfeita compreensão do momento em que ocorrem as audiências públicas no âmbito do Poder Legislativo e possamos traçar algumas conclusões relacionadas ao seu objeto, à sua finalidade e à atuação dos participantes.

Ensina Kildare Gonçalves[596] que o processo legislativo ordinário é composto de quatro fases: a) iniciativa; b) discussão; c) votação; d) sanção ou veto. A primeira fase do processo legislativo é a iniciativa, que se caracteriza pela apresentação de um projeto de lei por alguém ou por algum órgão legitimado. Essa iniciativa pode ser privativa de um dos legitimados ou concorrente. A segunda fase do processo legislativo é a discussão, caracterizada pelos debates técnicos e políticos acerca dos projetos de lei e da apresentação de emendas. A discussão ocorre tanto no âmbito das comissões temáticas das casas legislativas quanto no Plenário. A terceira fase do processo legislativo é a votação, em que o Parlamento através da votação dos seus membros aprova ou rejeita o projeto de lei apresentado e discutido. A votação possui quórum diferenciado a depender da espécie normativa. A quarta fase do processo legislativo é a sanção ou veto. Essa fase é realizada por ato do Chefe do Poder Executivo que aprova o projeto de lei e o envia para publicação, transformando-o em lei, ou o rejeita, por motivos políticos ou técnicos, e determina o retorno à Casa Legislativa para que esta analise se concorda ou não com as razões do veto, através de nova votação. A quarta fase não existe em todas as espécies normativas, como, por exemplo, nos casos de Emenda Constitucional.

[595] CAVALCANTE FILHO, João. *Processo Legislativo Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 26.
[596] CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Técnica Legislativa (Legística Formal*).Belo Horizonte: Del Rey, 2014

A necessidade de constante aperfeiçoamento do processo legislativo fez surgir uma nova área do conhecimento denominada Legística[597], que se preocupa com o aprimoramento da sistemática de elaboração das leis, sendo as audiências públicas parte desse contexto.

As audiências públicas ocorrem na fase de discussão do projeto de lei. Conforme já referido, existe previsão constitucional da possibilidade de sua realização no processo legislativo (art. 58, §2º, II, CF/88), mas não há qualquer obrigatoriedade de convocação e nem disciplina da sua forma de realização, limitando-se o texto a indicar que as Comissões poderão realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil.

Por sua vez, o art. 48, I, da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) dispõe que as audiências públicas são importantes instrumentos de transparência da gestão fiscal e que deve haver incentivo à realização das mesmas durante a elaboração e discussão dos planos, da lei de diretrizes orçamentárias e dos orçamentos.

Ao analisar o Regimento das Casas do Congresso Nacional, verifica-se que o Regimento do Senado Federal (art. 90, II) apenas repete o texto da Carta Magna. Por sua vez, o Regimento da Câmara dos Deputados, nos arts. 255 a 258 traz algum detalhamento das audiências públicas no tocante à finalidade, ao objeto e aos participantes.

Não há qualquer exigência de requisito temático, ou de espécie normativa a que se refira o projeto lei, bastando que haja menção a algum interesse público relevante para realização da audiência pública, sendo sua convocação atitude discricionária dos integrantes de determinada comissão da Casa Legislativa. A exigência é apenas que existam exposições orais em sessão previamente designada para tal fim.

Podem participar da audiência pública autoridades, pessoas interessadas e especialistas ligados às entidades participantes, cabendo ao Presidente da Comissão expedir os convites. O convidado deverá limitar-se ao tema ou questão em análise e disporá, para tanto, de vinte minutos, não podendo ser aparteado. Não existe debate entre os participantes, sendo a comunicação destes feita apenas com a mesa diretora dos trabalhos e os demais parlamentares. Na hipótese de haver defensores e opositores relativamente à matéria objeto de exame, a Comissão procederá para possibilitar a audiência das diversas correntes de opinião.

[597] CRISTAS, Assunção. Legística ou a arte de bem fazer leis. *Revista CEJ*, Brasília, n.33, jun.2006, p. 78-82.

Como aduz Manoel Gonçalves Ferreira Filho[598], na seara do processo legislativo a decisão estatal submete-se a critérios políticos destoantes e variáveis, não ligados necessariamente a critérios qualitativos. Portanto, embora conste no art. 255 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados que a finalidade da audiência pública na comissão é instruir o processo legislativo e subsidiar os parlamentares, essa expressão "instruir" deve ser lida em um sentido amplo, e não com as balizas do processo civil, permitindo que os participantes das audiências possam fornecer aos parlamentares informações técnicas, impressões pessoais e visões políticas acerca de determinado tema que é objeto de uma proposição legislativa.

É que a votação do processo legislativo não é fundamentada, não existe mecanismo de controle dos argumentos apresentados pelos parlamentares e não há qualquer dever de os congressistas demonstrarem que o projeto de lei está em conformidade com a ciência ou outro dado técnico. Embora haja designação de um Relator para melhor estudar e encaminhar a matéria, a maioria de votos parlamentares é o único critério decisivo no processo legislativo. E ela pode ser formada pelos mais diversos motivos, que sequer precisam ser revelados, pois a votação se dá a partir de um singelo sistema binário de sim ou não.

Não se retira a importância política desse instrumento de participação, pois as audiências públicas podem conseguir sensibilizar alguns líderes parlamentares e com isso provocar a rediscussão de alguns pontos, paralisar a tramitação para uma tentativa de obter consenso sobre outro aspecto etc. Todavia, há uma impossibilidade fática de aferir se as audiências públicas realmente funcionam como fator de relevo no processo legislativo ou se atuaram apenas como mecanismo retórico capaz de equipar os partidos em conflito com possibilidades de agressividade legítima mais canalizada.

Portanto, a amplitude e o desenho institucional do processo legislativo, bem como as regras que condicionam o funcionamento das audiências públicas legislativas, tornam esse instrumento passível de atuação com múltiplas finalidades (informacional, probatória, cooptação, interativa), de convocação discricionária e de seleção dos participantes por critérios essencialmente políticos.

[598] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 254.

6.3.4. Audiências Públicas no Processo Administrativo

O processo administrativo no direito brasileiro consubstancia o instrumento destinado a garantir, de um lado, a proteção dos direitos dos administrados conferidos em lei, e, portanto, sua participação na formação da vontade estatal, e de outro, evitar o arbítrio estatal e permitir o melhor cumprimento dos fins da Administração[599].

A disciplina geral do processo administrativo no ordenamento jurídico pátrio é regulada pela Lei nº 9.784/99. Trata-se de lei federal, e não nacional, razão pela qual seu âmbito de aplicação é precipuamente direcionado aos órgãos da administração pública direta e indireta da União[600]. Aplica-se também aos Poderes Legislativo e Judiciário da União quando estes atuam de forma atípica na função administrativa, nos termos do art. 1º, §1º, do diploma.

Importante registrar, ainda, que a Lei nº 9.784/99 atua como diploma legal aplicável ao processo administrativo federal apenas nas hipóteses em que não existir lei especial disciplinado a matéria, ocasião em que incidirá de forma subsidiária, conforme expressa previsão contida no art. 69 da aludida legislação. Como exemplo de processos administrativos federais regidos por legislação especial podemos mencionar, dentre outros, o das divergências agências do setor regulatório (exs. Lei nº 10.233/2001 – ANTT, Lei nº 9.427/96 – ANEEL; Lei nº 9.478/97 – ANP), o tributário (Decreto n° 70.235/1972) e o licitatório (Lei nº 8.666/93).

Foge ao objeto desse trabalho analisar as características, espécies e controvérsias existentes no processo administrativo disciplinado na Lei nº 9.784/99, bem como em cada uma das leis especiais que tratam do tema, razão pela qual iremos realizar apenas um breve indicação de suas fases para que tenhamos uma perfeita compreensão do momento em que ocorrem as audiências públicas no âmbito da função administrativa e possamos traçar conclusões relacionadas à finalidade, ao objeto e à atuação dos participantes nas mesmas.

As fases comuns ao processo administrativo, destinadas a propiciar uma decisão vinculante sobre os atos, fatos, situações e direitos controvertidos perante o órgão competente,

---

[599] FERREIRA, Luiz Tarcisio Teixeira. Princípios do Processo Administrativo e a Importância do Processo Administrativo no Estado de Direito. *In* FIGUEIREDO, Lucia Valle (coord.). *Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo (Lei n. 9.784/99)*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p 12.

[600] Importante registrar, todavia, que a jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que a Lei 9.784/1999 pode ser aplicada de forma subsidiária no âmbito dos demais Estados Membros, se ausente lei própria que regule o processo administrativo local (REsp nº 852.493/DF, Rel. Arnaldo Esteves Lima, DJe 25/8/2008).

são cinco: instauração, defesa, instrução, relatório e julgamento[601]. O processo é instaurado pela própria administração, de ofício, ou, por requerimento do interessado, a pedido. É a primeira fase do processo, onde são oferecidos, por escrito, os fatos e a indicação do direito que enseja o processo. A etapa seguinte é a defesa, ocasião em que são assegurados todos os meios legais para que o acusado apresente sua versão dos fatos, da interpretação de eventual direito controverso e requeira produção de provas. A instrução é a fase em que são elucidados os fatos por iniciativa própria da Administração, determinando diligências, produzindo provas, requerendo depoimento da parte, oitiva de testemunhas, inspeções e perícias. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução. O relatório surge no processo administrativo como um parecer consultivo e realiza uma apreciação célere e sucinta de tudo que foi informado, colocado, como: provas, fatos. É peça apenas opinativa, não vinculando a autoridade julgadora. Por fim, a fase da decisão, que poderá ser de improcedência, procedência total ou procedência parcial, deverá estar devidamente fundamentada. Essas fases não ocorrem necessariamente em todos os processos administrativos.

As audiências públicas estão previstas no art. 32 da Lei nº 9.784/99, o qual estabelece que após a instrução, "antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo". Como aduz Gustavo Henrique Justino de Oliveira[602] a finalidade de sua realização é o amplo debate acerca de questão relevante. Objetiva-se, assim, permitir debates sobre a matéria, estando excluídas outras finalidades como a produção de provas ou fiscalização de atos administrativos. Como adverte Eduardo Bim[603], extrapola o escopo da audiência pública a inclusão de função informativa ou instrutória sem respaldo legal ou constitucional para sua convocação. Esta, inclusive, é uma tendência que existe no direito Argentino, vez que a Lei provincial de Buenos Aires nº 13.569/2006 dispõe que a finalidade das audiências públicas é conhecer a opinião dos cidadãos, falando em espaço institucional para que a cidadania possa se manifestar e para que haja o confronto de distintas opiniões.

[601] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 530.
[602] OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. As Audiências Públicas e o Processo Administrativo Brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Público* n. 21. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 168.
[603] BIM, Eduardo Fortunato. *Audiências Públicas*. São Paulo: RT, 2014, p. 75.

Todavia, como adverte Thiago Marrara[604], nada impede que durante o depoimento de um participante na audiência pública sejam trazidos documentos com valor probatório para embasar sua manifestação ou que sejam emitidos relatos com conteúdo fiscalizatórios. O impeditivo é que as audiências públicas sejam convocadas com fins outros que não os debates no processo, mas a realização de provas documentais ou testemunhais é algo possível e que não desborda de sua previsão legal se houve a convocação da audiência para a finalidade dos debates, esse fim se realizou e as outras funções realizadas funcionaram como acessórias.

Outro aspecto que merece relevância é sobre a expressão "para debates sobre a matéria do processo", contida no art. 32 da Lei nº 9.784/99. Alguns autores, como Antônio do Passo Cabral[605], entendem que essa previsão ensejaria o reconhecimento do caráter informativo ambivalente da audiência pública, que consistiria no necessário diálogo entre os participantes e aqueles que a dirigissem, sendo construída uma via de interação em que Administração e sociedade fornecem informações reciprocamente. O pensamento de Antônio do Passo Cabral parte da premissa de que o contraditório substancial consagrado no processo judicial deve ser estendido para o processo administrativo durante o procedimento das audiências públicas.

Eduardo Bim[606] também entende que deve haver interação entre os participantes e os condutores, vez que a audiência pública é convocada para o debate sobre uma determinada questão relevante. Todavia, para o autor debate significa troca de ideias, e não necessariamente conversação entre os convidados. A oralidade exigida seria na condução, nas explicações e respostas durante a audiência. Assim, poderia o regulamento da audiência pública prever apenas a participação por escrito do membro da sociedade, sendo a crítica, resposta ou sugestão lida na audiência antes de ser analisada pelo dirigente.

Desse modo, a necessidade de existência de um contraditório substancial conjugada com a possibilidade de restrições de encaminhamento oral dos participantes a partir de certas circunstâncias (número excessivo de participantes, possibilidade de tumulto etc) podem levar o dirigente a realizar o referido ajuste, o que não compromete a finalidade da audiência pública.

---

[604] MARRARA, Thiago. Da instrução. In: NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: Lei 9.784/99 comentada*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 239.

[605] CABRAL, Antônio do Passo. Os efeitos processuais da audiência pública. *Boletim de Direito Administrativo*, n. 07, jul. 2006, v. 22, p. 789-900.

[606] BIM, Eduardo Fortunato. *Audiências Públicas*. São Paulo: RT, 2014, p. 142-143.

Tal prática, inclusive, já foi referendada por tribunais estadunidenses[607], os quais firmaram precedente de que as audiências públicas nem sempre precisam de encaminhamento orais pelos representantes da sociedade.

No Brasil. A jurisprudência sobre o tema ainda é escassa, mas vale registrar julgado do TRF da 1ª Região[608] no sentido de que a oralidade bilateral das audiências públicas não é um aspecto essencial. O caso tratou de uma audiência pública promovida pela Agência Nacional da Aviação Civil – ANAC, em que se alegava violação do mecanismo de participação popular das audiências públicas pelo fato de que somente se permitia o oferecimento de sugestões por intermédio de preenchimento de formulário. O julgado entendeu que a forma de participação popular atingiu os fins perseguidos pela audiência pública e não violou os princípios da Administração Pública.

O requisito para a realização da audiência pública prevista no art. 32 da Lei nº 9.784/99 é a relevância da questão, via de regra identificada pela presença de interesses metaindividuais, difusos ou coletivos, previstos em temas ambientais, de direito do consumidor, de regulação normativa, dentre outros[609]. Não há rol exaustivo de temas e nem existe vinculação necessária com os custos do processo ou com as partes envolvidas.

Importante ressaltar, ainda, que a audiência pública tem um caráter subsidiário, pois a Lei nº 9.784/1999, no art. 31, §§1º e 2º, prevê, expressamente, outro meio de participação social, qual seja, a *consulta pública*, quando a matéria envolver assunto de interesse geral e destinada a colher manifestação de terceiros, desde que não haja prejuízo para a parte interessada, antes da decisão do pedido.

Importante efetuar a distinção entre audiência pública e consulta pública. Ensina Gustavo Oliveira[610] que ambas são mecanismos de participação popular no controle da Administração Pública, mas enquanto a audiência pública tem por finalidade o debate público e pessoal, por pessoas físicas ou representantes da sociedade civil, de temas cuja relevância

---

607 D. C. Circuit Court no caso Defense Fund Inc. v. M Costle (1980); e 9ª Circuit Court, em Marathon Oil Co. v. EPA (1977).

608 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. AR no AgIn 0019798-30.2010.4.01.0000/DF, 6ª Turma, Rel. Des. Federal conv. Evaldo de Oliveira Fernandes Filho, e-DJF1 13.07.2012.

609 CARVALHO FILHO. José dos Santos Carvalho. *Processo Administrativo Federal. Comentários à Lei nº 9.784/1999*. São Paulo: Atlas, 2013.

610 OLIVEIRA, Gustavo. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. Brasília, *Revista de Informação Legislativa*, n. 135, 1997, v. 34, p. 271-281.

ultrapassa o processo administrativo concreto, a consulta pública está relacionada ao interesse da Administração Pública em "compulsar a opinião pública através da manifestação firmada através de peças formais, devidamente escritas, a serem juntadas no processo administrativo. Não audiência pública prevalece a oralidade, enquanto na consulta pública a escrita é o prevalente.

Além da consulta e da audiência públicas, o art. 33 da Lei nº 9.784/1999, faculta aos órgãos e entidades administrativas, nas matérias relevantes, a adoção de outros meios de participação popular, a exemplo de reuniões, convocações e troca de correspondências.

Conforme já mencionamos, a regra na legislação administrativa é a realização de consulta pública, e não de audiência pública para colher dados e opiniões, vez que existe uma primazia da auscultação popular por escrito (consulta pública ou comentários) em detrimento da oral, funcionando as audiências públicas como exceção. É que os custos mais acessíveis, o menor tempo de duração e a possibilidade de se atingir o mesmo fim militam em favor da prevalência das consultas.

Trata-se de utilização do princípio da eficiência administrativa, que é constatada de forma expressa na nossa legislação e que possui acolhimento em outros sistemas, como os Estados Unidos, vez que a Suprema Corte, em 1973, no caso *United States x Florida East Coast*, entendeu que o simples uso da expressão "*after hearing"* (depois de ouvir), não significaria que a decisão teria que ser precedida necessariamente de uma audiência, pois a oitiva da comunidade poderia se dar através de diversas modalidades, como uma consulta pública e a apresentação de memoriais.

Portanto, a audiência pública não pode ser realizada para outra finalidade que não a prevista em lei: debater relevante matéria do processo. O debate pode ser feito não apenas através da audiência pública como da consulta pública. Contudo, se a intenção do administrador for meramente colher opiniões especializadas ou transmitir informações aos particulares pode utilizar a consulta e as convocações, e não necessariamente uma audiência pública.

Ademais, a audiência pública não pode ser convocada por iniciativa dos cidadãos, mas exclusivamente da autoridade, o que levanta críticas por parte de Gustavo Oliveira[611] no tocante

[611]OLIVEIRA, Gustavo. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo,* Rio de janeiro, jul/set 1997, v. 209, p. 153/167.

à restrição do direito de participação popular. Nesse ponto, concordamos em parte com as críticas. Para nós, caso fosse constatado pelo administrador o relevante interesse público, poderia ter a lei oportunizado que um número expressivo de pessoas tornasse cogente a realização da audiência pública para a ampliação do debate.

E aqui é importante consignar que a audiência pública prevista no art. 32 da Lei n º 9.784/99, e que dá margem para a utilização de outros mecanismos igualmente idôneos em seu lugar, não se confunde com outras audiências públicas de realização obrigatória previstas em leis especiais, como aquela do art. 39 da Lei nº 8.666/93.

No tocante à audiência pública prevista na lei licitatória, afirma Jessé Torres Pereira Júnior[612] que seu objetivo não é submeter aos participantes a necessidade de se realizar a licitação, vez que obrigatória, mas sim debater o projeto a ser licitado e a forma de sua execução, a fim de que possa reavaliar a conveniência e oportunidade de prosseguir ou receber sugestões para uma contratação mais eficiente no tocante ás especificações do projeto e aos custos a serem despendidos.

Em relação às agências reguladoras é importante consignar que a expressão audiência pública não foi adotada com o sentido consagrado no art. 32 da Lei nº 9.874/99, razão pela qual autores como Eduardo Bim[613] sustentam que o sentido das audiências no setor regulatório foi de consulta pública em sentido amplo, que geraria amplo grau de liberdade para as agências reguladoras escolherem se realizariam a participação com sessões presenciais e predomínio da oralidade (audiências públicas) ou mediante predominância de análise de documentos oferecidos (consultas públicas em sentido estrito).

Em relação aos participantes, não há qualquer restrição na Lei nº 9.784/99 da atuação em razão da condição legal de cidadão, qualificação, da natureza da pessoa ou de experiência na matéria. Logo, a atuação na audiência pública pode se dar de forma direta ou indireta. No primeiro caso, o particular, pessoalmente, em nome próprio, a comparecer e expor sua opinião, debater e aduzir razões sobre a matéria relevante e de interesse geral. No segundo, a organização ou associação legalmente reconhecida, cuja participação possa atender aos interesses daqueles que se fazem por ela representar.

---

[612] PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à nova Lei de Licitações Públicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 200-201.
[613] BIM, Eduardo Fortunato. *Audiências Públicas.* São Paulo: RT, 2014, p. 158.

No tocante à limitação da participação de pessoas um importante comentário foi realizado por Marcos Augusto Perez[614], para quem se houver um número de inscritos tão grande que possa inviabilizar os trabalhos e a própria conclusão da audiência será possível realizar algum credenciamento ou restrição, desde que devidamente fundamentada e pautada na impessoalidade. Concordamos com o posicionamento do referido autor, vez que a realização da audiência pública não pode ser um fim em si. Todavia, em alguns casos de intensa procura e da necessidade de oitiva de múltiplos argumentos é possível realizar a divisão das audiências públicas em alguns dias, sem necessariamente limiatr o número de participantes.

No processo administrativo, a necessidade de fundamentação da decisão impõe que os debates travados na audiência pública sejam considerados no processo decisório, o que representa um forte constrangimento ao administrador para que este não transforme a convocação da mesma transforme em um ato meramente retórico.

Portanto, o desenho institucional do processo administrativo, bem como as regras que condicionam o funcionamento das audiências públicas administrativas previstas na Lei nº 9.784/99, tornam esse instrumento passível de atuação com a finalidade de ampliar o debate entre os participantes sobre relevante matéria do processo, sendo sua convocação subsidiária em relação a outros instrumentos como a consulta pública, e a seleção dos participantes por critérios amplos.

6.3.5. Audiências Públicas no Processo Judicial

6.3.5.1 Experiência estrangeira do modelo argentino

Importante registrar, inicialmente, que a audiência pública judicial não é uma criação do direito brasileiro e está presente em países da América do Sul, merecendo destaque a utilização das mesmas na Argentina, conforme relatam Benedetti e Sáens[615].

Para Gordillo[616] a audiência pública judicial seria uma ampliação dos legitimados a se manifestar em nome da coletividade, vez que a legitimidade padrão para falar em nome desta

[614] PEREZ, Marcos Augusto. *A Administração Pública Democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 171.
[615] BENEDETTI, Miguel; SÁENZ, M. Jimena. Decisión judicial y participación ciudadana: los impactos de las audiencias públicas en las sentencias de la Corte Suprema argentina. *Revista en Cultura de la Legalidad*, nº. 15, octubre 2018 – marzo 2019, pp. 102-122.
[616] GORDILLO, Augustin. *Tratado de Derecho Administrativo*. 4. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, Tomo 2, Cap. XI , 2000, p. 450.

nos processos judiciais de interesse geral cabia precipuamente ao Defensor Geral e ao Procurador Geral da Nação.

Na Argentina as audiências públicas judiciais surgiram informalmente em 2004 e passaram a ter previsão normativa expressa a partir de 2007, quando o Supremo Tribunal de Justiça da Nação disciplinou a realização das mesmas através do Acordado nº 30/2007[617], com o objetivo de elevar a qualidade institucional no âmbito do Judiciário.

Entre 2004 e 2017 foram convocadas trinta e duas audiências públicas na Argentina, muitas em temas complexos e de alto impacto social, como aquelas relacionadas ao desmatamento de matas nativas em Salta (Salas), à liberdade de expressão (Patitó), à despedida discriminatória do trabalho (Pellejero), aos resíduos nucleares (Schroder) e à exploração de lítio e borato em Jujuy (Comunidade Aborígine do Santuário de Três Poços)[618]..

Segundo Benedetti e Sáens[619] as audiências públicas judiciais conseguiram em um período relativamente curto na Argentina melhorar as relações tensas com o Executivo e promover o diálogo entre o Poder Judiciário e a sociedade; amenizar o problema da transparência e da ausência de estimativa do impacto das decisões judiciais; e, por fim, reconstruir a confiança da Corte perante o país, isso em um momento em que a Suprema Corte detinha baixo nível de legitimidade.

Assim, a partir de um procedimento baseado na oralidade, na publicidade e na participação, esse mecanismo passou a ser utilizado na Argentina como um dos principais

617 "1.- La Corte suprema de Justicia de la Nación convocará a audiencias públicas cuando lo dispongan al menos tres jueces. 2.- La audiencias serán de tres tipos: I) Informativa: tendrá por objeto escuchar e interrogar a las partes sobre aspectos del caso a decidir; II) Conciliatoria: tendrá por objeto instar a las partes en la búsqueda de soluciones no adversariales; III) Ordenatoria: tendrá por objeto tomar las medidas que permitan encauzar el procedimiento a fin de mejorar la tramitación de la causa. 3.- La finalidad de la audiencia (informativa, conciliatoria, ordenatoria) será especificada en el acto de su convocatoria. 4.- La Corte fijará un calendario semestral, el que será publicado por los medios que el Tribunal considere conveniente. 5.- Las audiencias serán públicas. Para la asistencia se otorgará prioridad a las partes y a quienes ellas designen hasta una cantidad máxima que fije el Tribunal, según sea necesario en cada caso. Podrá asistir el público en general, hasta el número de personas que fije el Tribunal según la disponibilidad de espacio que exista en cada assunto (...) 9.- Los jueces interrogarán libremente a los abogados sin que ello implique prejuzgamiento. 10.- El Tribunal decidirá en cada caso la participación en las audiencias de los representantes del Ministerio Público Fiscal y de la Defensa por ante esta Corte. 11.- Las audiencias serán filmadas y grabadas siendo ello suficiente medio de prueba, sin perjuicio de que se realice trascripción taquigráfica. Las actas de las audiencias serán públicas y accesibles."

618 BENEDETTI, Miguel; SÁENZ, M. Jimena. Decisión judicial y participación ciudadana: los impactos de las audiencias públicas en las sentencias de la Corte Suprema argentina. *Revista en Cultura de la Legalidad*, nº. 15, octubre 2018 – marzo 2019, pp. 102-122.

619 BENEDETTI, Miguel; SÁENZ, M. Jimena. Decisión judicial y participación ciudadana: los impactos de las audiencias públicas en las sentencias de la Corte Suprema argentina. *Revista en Cultura de la Legalidad*, n.. 15, out. 2018 – mar. 2019, pp. 102-122.

instrumentos para promover a abertura do Judiciário à sociedade e ao mesmo tempo permitir aferir o impacto de eventuais decisões judiciais em casos complexos de efetivação de direitos sociais, em que as consequências eram baseadas em meras conjecturas dos magistrados[620].

Paul Kahn[621] sugere que além das questões de justiça que poderia estar ligada à dimensão epistêmica do diálogo nas audiências, também existe uma dimensão de legitimidade ligada ao reconhecimento: os cidadãos devem ter a possibilidade de participar para poder se reconhecer como autor de sentenças judiciais. A nomeação e o sério envolvimento nos debates da Comissão Pública das audiências pode, nesse sentido, ajudar esse reconhecimento e, dessa maneira, também fortalecer a legitimidade das decisões judiciais.

Como sustentam Benedetti e Sáens[622], ainda existem alguns problemas na utilização das audiências públicas judiciais na Argentina, sendo um dos maiores a existência de forte discricionariedade no seu manejo por parte dos magistrados, que abrange a seleção das causas em que será utilizado o mecanismo, a habilitação dos participantes e a consideração formal e substancial na decisão dos argumentados tratados na audiência. Não obstante, trata-se de instituto que vem sendo consolidado, com crescente utilização no âmbito da Suprema Cote da Argentina e interesse da academia no seu estudo.

6.3.5.2. Introdução e desenvolvimento no direito brasileiro

No direito brasileiro, diante da ausência de previsão na Constituição Federal de 1988, as audiências públicas judiciais surgiram com a promulgação das Leis nº 9.868/99 eº 9.882/99, que as consagraram nos processos de controle concentrado de constitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Assim como na Argentina, a adoção das audiências públicas judiciais no direito brasileiro foi inspirada na teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, de Peter

[620] ABRAMOVICH, Victor. "La apertura del debate constitucional. Nuevas vías de participación ante la Corte Suprema", *Revista Pensar en Derecho*, ano 2, n. 3, 2013, p.17-26.
[621] KAHN, Paul. *Making the Case. The Art of the Judicial Opinion*. Yale University Press, New Haven, 2016.
[622] BENEDETTI, Miguel; SÁENZ, M. Jimena. Decisión judicial y participación ciudadana: los impactos de las audiencias públicas en las sentencias de la Corte Suprema argentina. *Revista en Cultura de la Legalidad*, n.. 15, out.2018 – mar 2019, p. 102-122.

Häberle[623], que está intimamente associada à necessidade de aumento de diálogo e de participação social na jurisdição constitucional como forma de conferir aumento da qualidade e da legitimidade do Judiciário na tomada de decisões de caráter geral e vinculante.

Trata-se de uma possibilidade de abertura inimaginável para uma Corte que mesmo alguns anos após a Constituição de 1988 ainda tinha um perfil historicamente reservado e refratário à participação social, como bem retratam Ferreira e Fernandes[624].

Como já mencionado, as audiências públicas judiciais no direito brasileiro não são uma exigência constitucional, mas uma decorrência legal. No contexto de promulgação das Leis nº 9.868/99 eº 9.882/99, as audiências processuais existentes eram apenas as de instrução e julgamento, intrinsecamente associadas ao primeiro grau de jurisdição para a produção de prova oral e/ou pericial, algo supostamente incompatível com a importância e a natureza das atribuições do Supremo Tribunal Federal.

Essa incorporação legislativa da audiência pública judicial sem uma tradição na doutrina e na jurisprudência do país provocou um certo retardo na utilização do instituto no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Tanto que a primeira audiência pública realizada no Pretório Excelso só ocorreu em 20 de abril de 2007, quase oito anos após o advento da Lei nº 9.868/99, tendo sido convocada pelo Ministro Carlos Ayres Britto, Relator da ação direta de inconstitucionalidade nº 3510, que impugnava dispositivos da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005).

Em 2009, as mesmas foram regulamentadas no Supremo pela emenda regimental nº 29/09, que atribuiu competência ao presidente ou ao relator, nos termos dos arts. 13, XVII, e 21, XVII, do regimento interno, para "convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante" debatidas no Tribunal. Dessa forma, ampliava-se sua utilização para qualquer tipo de procedimento em tramitação na Corte.

---

623 Cf. HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. *A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

624 FERREIRA, Sidharta; FERNANDES, Eric. O STF nas "Cortes" Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes. *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 1, jan./jun. 2013, v. 9, p. 23-46.

O art. 9º, §1º, Lei nº 9.868/99 e o art. 6º, §1º, Lei nº 9.882/99 prescrevem que em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Importante registrar, ainda, que as Leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99 também trouxeram para o processo constitucional de controle de constitucionalidade a figura do *amicus curiae*, cujos dispositivos dispõem que o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Em consulta ao sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal[625], observa-se que entre 2007 e 2018 foram convocadas 24 (dezessete) audiências públicas, dentre as quais 16 (dezesseis) discutiam Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIN) e Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Por outro lado, as audiências públicas também foram utilizadas em julgamentos de processos subjetivos, pois 4 (quatro) trataram de Recursos Extraordinários (RE) e uma audiência foi convocada para tratar de Suspensões de Liminar (SL), Suspensões de Segurança (SS) e Suspensão de Tutela Antecipada (STA). De forma residual, uma audiência pública discutiu conjuntamente uma ADPF e um RE.

Observa-se que foram realizadas audiências públicas em todos os anos desde 2007 (data da primeira audiência pública judicial), sendo exceção o ano de 2011. O máximo de audiência realizadas ocorreu em 2013 – número de sete. Analisando a receptividade dos Ministros que compõem o Pretório Excelso, observa-se que o instituto das audiências públicas está bastante difundido entre os membros do Tribunal, vez que mais de oito Ministros já utilizaram o instituto na condição de Relator, com proeminência para o Ministro Luiz Fux, com cinco audiências públicas realizadas no âmbito de processos sob sua relatoria. O Supremo Tribunal Federal tem se mostrado bastante aberto ao instituto da audiência pública, aplicando-o a ações de distinta natureza processual, tanto relacionados à sua missão primordial de corte constitucional (ações de controle concentrado de constitucionalidade), como também naqueles em que atua como última instância recursal.

[625] Conforme dados disponíveis em http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo = realizada. Acesso em: 18 mar. 2019.

6.3.5.3 A superação do déficit de legitimidade e os fatos legislativos/prognoses

Conforme bem elucidam Margarida Camargo, Sidharta Legale e Rodrigo Johann[626], a audiência pública e o *amicus curiae* foram instrumentos disponibilizados na legislação para a Corte enfrentar dois déficits da jurisdição constitucional: a) o de legitimação democrática (legitimidade decisional); e b) o de expertise técnica (qualidade decisional).

O primeiro déficit é permanente, algo sempre presente nos processos de controle concentrado de constitucionalidade realizados pelo Poder Judiciário e objeto de diversas teorias acerca da legitimidade do exercício da jurisdição constitucional. O segundo déficit é contingente, na medida em que só aparece quando a solução de questões constitucionais também passa pela superação de questões técnicas de áreas não jurídicas.

A legitimidade da jurisdição constitucional no Brasil é algo construído historicamente, pois as Constituições da República (à exceção de 1937)[627] e o Supremo Tribunal Federal ao longo dos anos incorporaram o modelo que Jeremy Waldron[628] denominou de "controle de constitucionalidade forte". Este pode ser definido como o modelo em que a Suprema Corte tem autoridade para deixar de aplicar uma lei ou modificar seu efeito em função de eventual desconformidade da mesma com a Constituição Federal.

Por sua vez, o controle de constitucionalidade fraco, aplicado especialmente em alguns países de colonização inglesa como o Canadá, é aquele em que a Corte Constitucional ou o Judiciário embora tenham capacidade para declarar a inconstitucionalidade de uma lei, não poderão deixar de aplica-la aos casos concretos submetidos ao seu crivo[629]. A matéria volta ao Legislativo que analisa as razões do Judiciário e as acata ou não. Assim, o Judiciário possui

[626] LEGALE, Siddharta ; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe ; JOHANN, Rodrigo Fonseca . As audiências públicas no Supremo Tribunal Federal nos modelos Gilmar Mendes e Luiz Fux: a legitimação técnica e o papel do cientista no laboratório de precedentes. In: José Ribas Vieira, Vanice Regina Lírio do Valle e Gabriel Lima Marques. (Org.). *Democracia e suas instituições*. 1ed. Rio de Janeiro: IMOS, 2014, p. 184.

[627] O parágrafo único do art. 96 da Constituição de 1937 dispunha que no caso de declaração de inconstitucionalidade de lei, que a juízo do Presidente da República fosse necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa do interesse nacional de alta monta, poderá ele submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmasse por dois terços dos votos em cada uma das Câmaras, ficaria sem efeito a decisão do Tribunal.

[628] WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao Judicial Review. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.100.

[629]GARDBAUM, Stephen. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

uma palavra em matéria de controle de constitucionalidade, mas não necessariamente a última (cláusula não-obstante do direito canadense)[630].

O crescimento da atuação do Poder Judiciário após a Constituição de 1988 em processos de controle de constitucionalidade sobre tema polêmicos e de grande controvérsia social tem recebido críticas sob o argumento de que estaria havendo usurpação da atribuição dos outros poderes, fenômeno constantemente denominado ativismo judicial[631].

Nesse sentido merecem destaque as observações de Luís Roberto Barroso[632], para quem uma das críticas mais contundentes em relação ao Judiciário diz respeito à sua capacidade institucional, que seria preparada para decidir casos específicos, e não para avaliar o efeito sistêmico de decisões que repercutem sobre políticas públicas gerais, que seriam atribuições próprias do Executivo e do Legislativo.

Nesse contexto, as audiências públicas, decorrência da teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, surgiriam como importante mecanismo para tentar aumentar a legitimidade do exercício da jurisdição constitucional. Em entrevista ao jornal Valor Econômico, em 09 de junho de 2008, o Ministro Gilmar Mendes[633], então Presidente do Supremo Tribunal Federal, afirmou que a abertura aos argumentos da sociedade através das audiências públicas faz da Corte "um espaço democrático, aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas".

Mark Tushnet[634] parece concordar com esta segmentação quando cita Kelsen para analisar o tema das audiências públicas no Brasil. Segundo ele, interpretação constitucional é

---

630 CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *Revisitando os fundamentos do controle de constitucionalidade: uma crítica à prática judicial brasileira*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2008, p. 27-47.

631 O termo ativismo judicial foi utilizado pela primeira vez pelo jornalista estadunidense Arthur Schlesinger Jr., em um artigo escrito na revista *Fortune*, em janeiro de 1947, intitulado *The Supreme Court: 1947*. Nessa publicação, o autor fez um levantamento dos votos dos juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos que apreciaram a inconstitucionalidade de leis nas causas relacionadas ao programa *New Deal* do presidente Franklin Delano Roosevelt. Os juízes que decidiam interferir nas decisões tomadas pelo Executivo ou nas leis editadas pelo Legislativo, pronunciando a inconstitucionalidade das mesmas, eram rotulados de ativistas (*judicial activism*) e aqueles refratários à ingerência do Judiciário nessas questões eram considerados de autocontenção (*self restraint*). A expressão tribunal ativista ou tribunal de autocontenção se tornou popular nos Estados Unidos e chegou, inclusive, no Brasil, embora aqui o termo só tenha ganhado força a partir do advento da Constituição de 1988. Cf. (LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou Altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 18).

632 BARROSO, Luís Roberto. *O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. Neoconstitucionalismo em perspectiva*. Viçosa: UFV, 2014, p.16-17.

633 MENDES, Gilmar. *Jornal Valor Econômico*, São Paulo, 09 jun. 2008.

634 TUSHNET, Mark. *New institutional mechanisms for making Constitutional Law*. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2 abr. 2015.

uma complexa mistura de direito e política, e as audiências públicas judiciais no Brasil podem ser entendidas como um constitucionalismo ao mesmo tempo político e jurídico.

Manifestações desse tipo são muito semelhantes ao que os Ministros dizem a respeito do instituto do *amicus curiae*, que serviria também para "pluralizar o debate constitucional" (Min. Celso de Mello na ADI 2321-MC), "pluralizar e a legitimar social e democraticamente o debate constitucional" (Min. Rosa Weber no RE 592891-SP).

A busca por legitimidade de um Poder cujos membros não foram eleitos é louvável, mas é importante ressaltar que a legitimidade política não encontra seus delineamentos apenas em mecanismos eleitorais. É possível também ser identificada em instituições capazes de compartilhar as consequências políticas de demandas sociais, pois os cidadãos julgam as instituições como democráticas por suas ações e consideram-nas legitimadas na medida em que as reconhecem como socialmente úteis, segundo critérios de eficiência e competência.

Nesse contexto afirma Rosanvallon[635] que o Judiciário atua em busca da chamada legitimidade de reflexividade, que é definida não somente pela eleição ou seleção dos membros, mas essencialmente pela qualidade da sua atuação e seus comportamentos.

O segundo déficit é o da expertise técnica da jurisdição constitucional, relacionado à necessidade de que os ministros obtenham algum tipo de dado ou informação necessários à decisão, mas que escape aos limites da dogmática jurídica.

Trata-se do reconhecimento da necessidade de superação da visão de jurisdição constitucional limitada ao modelo hermenêutico-clássico, em que o controle de constitucionalidade se fazia exclusivamente com o simples contraste entre o dispositivo legal questionado e o dispositivo constitucional superior. Aí entram dois importantes elementos do processo constitucional: os fatos legislativos e o respectivo regime probatório

A distinção entre fatos adjudicativos e fatos legislativos ou constitucionais foi proposta por Kenneth Culp Davis[636], em 1942, ao analisar o aspecto técnico regulatório das agências reguladoras nos EUA. A partir dessa observação, Davis percebe que o Poder Judiciário também utiliza fatos legislativos para julgamentos em que se formam precedentes.

---

[635] ROSANVALLON, Pierre. *Democratic legitimacy: impartiality, reflexivity, proximity*. New Jersey: Princeton University Press, 2011, p. 8.
[636] DAVIS, Kenneth Culp. Judicial Notice nº 55, *Columbia Law Review*, 1955, p. 952

Para Kenneth Culp Davis os fatos adjudicativos se referem a uma situação específica e concreta de determinada pessoa ou grupo, por exemplo, para saber se alguém fez alguma coisa, onde essa coisa foi feita, quando foi feita, o motivo de ter sido feita e as consequências de ter sido feita. Já os fatos legislativos ou constitucionais não se relacionam às particularidades das situações concretas ocorridas no passado, mas às situações fáticas padrão idealizadas ou projetadas no texto normativo legislativo.

No mesmo sentido é a explicação de David Faigman[637] quando aduz que os fatos adjudicativos são relevantes para a solução de casos particulares pelo juiz ou pelo júri, enquanto os fatos legislativos seriam relevantes para o pensamento jurídico e para moldar o conteúdo das normas jurídicas.

Os fatos legislativos ou constitucionais são, portanto, fatos pressupostos tomados em consideração pelo legislador ao elaborar a lei ou os fatos projetados que servirão como modelo fático para posterior aplicação da tese formada no precedente. Os fatos legislativos compreendem, ainda, termos técnicos sem consenso no âmbito da ciência e que para uma delimitação jurídica necessitam de dilação probatória.

A doutrina brasileira tem poucos trabalhos sobre o tema, merecendo destaque Gilmar Mendes[638] que trata a matéria a partir da denominação de prognoses legislativas. O referido autor afirma que a decisão sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de uma dada lei depende muitas vezes da confirmação de um prognóstico fixado pelo legislador ou da provável verificação de um dado evento. Para ele é possível classificar os fatos legislativos em históricos, atuais e futuros. O estudo quanto aos dois primeiros, seria chamado de diagnose; enquanto, dos fatos futuros, prognose.

Portanto, Gilmar Mendes realiza uma divisão dos fatos legislativos em: (a) fatos históricos, aqueles que foram o motivo das escolhas do Legislador; (b) fatos atuais, que são as investigações empíricas e não empíricas (estatísticas, opinião de peritos etc.) sobre temas contemporâneos à atividade hermenêutica; (c) e eventos futuros (prognoses), quando se afere a ocorrência de um prognóstico efetuado pelo Legislativo. Enquanto nas duas primeiras hipóteses

[637] FAIGMAN, David. *Constitutional fictions: a unified theory of constitutional facts*. New York: Oxford University Press, 2008.
[638] MENDES, Gilmar. Controle de Constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. *Revista Diálogo Jurídico, CAJ – Centro de Atualização Jurídica*, n 3, 2001, v.3.

o Judiciário analisa como o Legislativo considerou os fatos, na terceira situação é examinado o que o legislador previu.

Germana de Oliveira Moraes[639] estabelece diferença entre as incertezas condicionadas pela linguagem e as incertezas de avaliação da situação concreta, da qual adviria a categoria dos conceitos indeterminados de prognose. Quanto a esse último, seriam conceitos cuja complementação de sentido demandaria uma avaliação prospectiva das circunstâncias de fato, mediante um juízo de aptidão formulado em razão do futuro- juízo de prognose.

Essa distinção entre fatos adjudicativos e fatos legislativos é bastante relevante, pois a questão de fato que o Supremo Tribunal Federal não admite ser analisada em sede de Recurso Extraordinário[640] ou de controle concentrado de constitucionalidade são os fatos adjudicativos. Os fatos legislativos, todavia, transcendem o caso concreto e são relevantes para a interpretação da norma constitucional controvertida, razão pela qual são passíveis de análise nessa seara.

Os fatos legislativos ou constitucionais até o advento das Leis nº 9.868/99 e 9.882/99 não tinham instrumento processual próprio para sua aferição no âmbito do Supremo Tribunal Federal, razão pela qual esses dados empíricos controvertidos que integram o predicado normativo projetado, diante da ausência de instrumento adequado, eram idealizados e considerados pelos magistrados como fatos notórios ou máximas de experiência[641].

Sobre esse aspecto aduziu Gilmar Mendes[642] que a necessidade de captação de elementos fáticos possui peculiaridades que não se verificavam no tradicional sistema fechado de controle de constitucionalidade, em que a Corte Constitucional ignorava as prognoses legislativas feitas pelo legislador, o que gerava sérios déficits decisionais qualitativos.

Em outras palavras, a adoção de fatos legislativos como se fato notório ou máximas de experiência fossem, sem a determinação de dilação probatória, tornava frágil e ineficiente o objeto do controle de constitucionalidade, vez que corresponderia, ainda que de maneira

---

639 MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 64-70.
640 Súmula 279 do STF: " para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário".
641 Para um melhor entendimento dos conceitos de fato notório e máximas de experiência. Cf. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Fato Notório e Máximas de Experiência. Revista Forense, nov/dez 2004, v. 376, p. 3-10.
642 MENDES, Gilmar. Controle de Constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. *Revista Diálogo Jurídico, CAJ* –, n. 3, 2001, v. 1.

inconsciente, a uma vinculação indesejável aos fatos legislativos pressupostos ou fixados pelo legislador, implicando o reconhecimento de uma renúncia ao controle efetivo das leis.

A Corte Constitucional alemã já utilizou diversos procedimentos racionais para a realização de dilação probatória no tocante aos fatos legislativos. Na verificação desses fatos, o Tribunal utilizou-se de documentos históricos, literatura especializada, dados estatísticos e análises de peritos ou "experts

No caso "Kassenzahnarzt-Urteil"[643], discutiu-se a constitucionalidade de dispositivo legal que estabelecia um processo de admissão, com *numerus clausus*, para os dentistas das caixas de assistência, que supostamente violaria a liberdade de exercício profissional. O Governo Federal e o Legislador ao elaborarem o dispositivo normativo tinham o prognóstico de que a habilitação ilimitada dos dentistas vinculados às caixas de assistência acabaria por encetar uma concorrência desenfreada entre os profissionais, com a inevitável redução de seus rendimentos. A se confirmar esse prognóstico, a própria existência das caixas de assistência restaria ameaçada.

A Corte Constitucional acabou por infirmar o prognóstico do legislador, observando que a liberação da inscrição de dentistas nas caixas de assistência provocaria um aumento de odontólogos vinculados às caixas não superior a 12 %, o que não seria suficiente para afetar substancialmente os ganhos desses profissionais. Na sua análise, anotou a Corte que 50% da população estava vinculada aos seguros de saúde. Se considerados os membros da família, cerca de 80% da população estaria submetida ao regime de seguro de assistência. Por isso, os dentistas, assim como os médicos, dependiam da vinculação às caixas de assistência. Por outro lado, os números existentes em janeiro de 1959 demonstravam que existiam 28.742 dentistas estabelecidos como profissionais liberais. Desses, 24.286 estavam vinculados diretamente às caixas de assistência e 3.786 apenas às caixas complementares. Portanto, 84% dos consultórios estavam vinculados às caixas de assistência e 14% às caixas complementares. Em síntese, somente 2% dos profissionais liberais dessa categoria não estavam vinculados ao sistema de assistência direta ou complementar.

[643]MENDES, Gilmar. Controle de Constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. *Revista Diálogo Jurídico, CAJ –*,, n. 3, v. 1, 2001.

Em face desses números, a Corte Constitucional da Alemanha concluiu que o livre acesso às caixas de assistência poderia quando muito elevar – na mais drástica das hipóteses – em não mais do que 4.500 o número de profissionais vinculados a essas instituições, o que não seria suficiente para causar uma redução significativa dos ganhos médios auferidos pela categoria ou um aumento significativo das despesas das caixas de assistência[644]. Assim sendo, não se vislumbravam razões de interesse público suficientes para restringir a liberdade de exercício profissional dos dentistas. Com esses fundamentos, entendeu a Corte que a restrição era incompatível com o princípio da liberdade de exercício profissional.

Não devemos perder de vista que há limites funcionais à jurisdição constitucional (princípio da não-controlabilidade do âmbito da prognose legislativa) quando se tratar de espaço de livre conformação do legislador. Portanto, eventual elemento fático respaldado em dados estatísticos ou na comunidade científica, ainda que sem consenso, pode ser utilizado como fato legislativo sem possibilidade de sindicabilidade judicial. Contudo, as leis que partem da mera liberalidade do legislador, sem qualquer vinculação ao contexto social e científico, sem qualquer senso futuro de responsabilidade, devem, à luz dessas razões, ser afetadas ao controle de constitucionalidade e pronunciadas inconstitucionais.

Um exemplo dessa questão no Brasil ocorreu no julgamento da liminar da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.501[645], que suspendeu a eficácia da Lei 13.269/2016 e, por consequência, o uso da fosfoetanolamina sintética, conhecida como "pílula do câncer. Ainda que sem menção aos fatos legislativos ou às prognoses, foi reconhecido no julgamento que diante da ausência de testes da substância em seres humanos e de desconhecimento acerca da eficácia do medicamento e dos efeitos colaterais, sua liberação é incompatível com direitos constitucionais fundamentais como o direito à saúde (artigos 6° e 196), o direito à segurança e à vida (artigo 5°, caput). Assim, o legislador ao permitir a distribuição de remédio sem o controle prévio de viabilidade sanitária pela Anvisa, teria invadido uma seara de juízo técnico que não lhe pertence e ainda atuou em confronto com as pesquisas médicas acerca da matéria.

Buscando elencar critério para a análise das prognoses legislativas empreendidas pelo Legislativo, Gilmar Mendes[646], a partir de julgados do Tribunal Constitucional Federal Alemão,

---

644 MENDES, Gilmar. Controle de Constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. *Revista Diálogo Jurídico, CAJ* –, n. 3, v. 1, 2001.
645 BRASIL. STF. ADI nº 5.501, Rel. Marco Autrélio, j. 19.05.2016.
646 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 479-480.

leciona o seguinte: no que respeita à falhas de prognósticos, a Corte adota uma solução diferenciada, avaliando se a prognose legislativa se revela falha de início ou se se cuida de um erro de prognóstico que somente se pode constatar a posteriori, após uma continuada aplicação da lei. No primeiro caso, o déficit de prognose enseja a nulidade da lei. Na segunda hipótese, é irrelevante do prisma constitucional o erro de prognóstico cometido, desde que seja parte integrante de uma decisão tomada de forma regular ou obrigatória.

Analisando os dispositivos legais que disciplinam os institutos da audiência pública judicial e do *amicus curiae* (art. 7º, §2º; art. 9º, §1º, Lei nº 9.868/99; art. 6º, §1º; art. 6 º, §2º, Lei nº 9.882/99), entendemos que a previsão legislativa da audiência pública jurisdicional no âmbito do Supremo Tribunal Federal é mais associada aos campos do conhecimento em que a expertise dos ministros é insuficiente (fatos constitucionais ou legislativos), ficando a exposição de teses de direito e opiniões da sociedade (legitimidade) para o *amicus curiae*.

Contudo, na prática do Supremo Tribunal Federal as duas funções são consideradas pelos Ministros nos despachos que determinam a realização das audiências públicas, sem qualquer menção à suposta distinção com o *amicus curiae*. Nesse sentido Siddharta Legale, Margarida Lacombe e Rodrigo Fonseca[647] realizaram pesquisa em várias das audiências públicas já realizadas e detectaram dois modelos: Luiz Fux e Gilmar Mendes. Essa denominação ocorreu em virtude de que esses Ministros são os que mais convocaram audiências públicas. Os demais Ministros que também as convocaram tendem a se aliar a um desses modelos.

No modelo Luiz Fux há uma maior participação da comunidade científica e as pessoas são convidadas para esclarecer questões de fato e técnicas (objetivo de expertise técnica - qualidade decisional), enquanto no modelo Gilmar Mendes os participantes estão mais relacionados à área jurídica e política, havendo mais uma preocupação em fomentar o debate jurídico e diminuir o déficit de legitimação das decisões da Corte do que efetivamente sanar indagações técnicas e científicas (objetivo de legitimação democrática).

[647] LEGALE, Siddharta ; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe ; JOHANN, Rodrigo Fonseca . As audiências públicas no Supremo Tribunal Federal nos modelos Gilmar Mendes e Luiz Fux: a legitimação técnica e o papel do cientista no laboratório de precedentes. In: José Ribas Vieira, Vanice Regina Lírio do Valle e Gabriel Lima Marques. (Org.). *Democracia e suas instituições*. 1ed.Rio de Janeiro: IMOS, 2014, v. 1, p. 181-211.

Como exemplo do primeiro modelo (Luiz Fux) podemos citar a audiência pública convocada no Recurso Extraordinário nº 586.224, cujo objetivo era avaliar a inconstitucionalidade da Lei 1.952/1995, do Município de Paulínia/SP que proíbe totalmente a queima da palha de cana de açúcar em seu território. No despacho convocatório, datado de 20 de novembro de 2012, o Ministro Luiz Fux consigna expressamente que "a audiência pública não versará sobre discussões jurídicas, mas apenas sobre aspectos técnicos de áreas do conhecimento diversas do Direito, sendo absolutamente vedadas manifestações sobre normas constitucionais ou infraconstitucionais, em especial sobre competência legislativa ou administrativa dos entes federados. O escopo da audiência é esclarecer, pela participação de especialistas, as inúmeras questões ambientais, políticas, econômicas e sociais relativas à proibição da técnica de colheita da cana-de-açúcar por meio de queimadas", sendo oportuno citar, as seguintes indagações: 1) O que é a geração de energia pela queima de biomassa (cogeração)? Qual a quantidade de usinas sucroalcooleiras que se valem dessa prática? Esse mecanismo é evitável? Qual a relação entre a cogeração e a colheita mecânica?

Como exemplo do segundo modelo (Gilmar Mendes) podemos citar a audiência pública convocada no Recurso Extraordinário nº 641.320, com repercussão geral reconhecida, que discutia a possibilidade de cumprimento de pena em regime menos gravoso quando o Estado não dispuser, no sistema penitenciário, de vaga no regime indicado na condenação. No despacho convocatório, datado de 25 de fevereiro de 2013, o Ministro Gilmar Mendes consigna expressamente que a finalidade da audiência é o depoimento de autoridades e membros da sociedade em geral que possam contribuir com esclarecimentos técnicos, políticos, econômicos e jurídicos sobre o tema.

Não obstante o reconhecimento da existência dos dois modelos de audiências públicas é importante destacar que nenhum deles é puro, ou seja, embora no modelo Luiz Fux haja predominância do objetivo de realizar a produção probatória dos fatos legislativos e no modelo Gilmar Mendes exista preponderância com a questão da legitimidade da Corte, nenhum dos dois modelos desconsidera a importância do outro. No mesmo sentido, as audiências públicas convocadas pelos demais Ministros tendem a se aproximar de modo significativo de um desses modelos, não sendo possível informar uma adesão absoluta.

6.3.5.4. Audiências públicas e *amicus curiae*: uma relação eficiente

Um outro aspecto essencial é que a audiência pública embora constitua importante instrumento utilizado para aumentar a legitimidade do Supremo Tribunal Federal no tocante ao exercício da jurisdição constitucional e em relação à elucidação de fatos legislativos, não se trata do único instrumento, vez que o *amicus curiae* também se apresenta como apto a cumprir tais finalidades.

Portanto, é de extrema importância investigar se a convocação das audiências públicas para realizar uma função de ampliação do contraditório que o *amicus curiae* e as partes já poderiam exercer de forma satisfatória com menor tempo de duração do processo e de forma menos custosa não seria uma violação ao princípio da eficiência processual. Afinal, se a justificativa da convocação for apenas a ampliação dos participantes do debate, em vez de duas ferramentas para dois problemas diferentes, audiências e *amicus* podem se tornar mecanismos duplicados para uma só questão.

Nesse sentido são pertinentes as observações de Fernando Leal, Rachel Herdy e Júlia Massadas[648] ao afirmarem que o que se tem atualmente é uma aproximação funcional tão estreita entre audiências públicas e *amicus curiae* que parece que a única diferença relevante entre os institutos está nos diferentes caminhos pelos quais a sociedade como um todo pode se fazer ouvir no tribunal: ou por demanda ativa da corte ou por provocação ativa da sociedade. Em outras palavras: ou o Supremo Tribunal Federal convoca a sociedade, ou a sociedade requer que seja ouvida pelo Pretório Excelso.

É verdade que não existe uma perfeita identidade entre os institutos, vez que como aduz Oscar Valente Cardoso[649] no controle concentrado de constitucionalidade o *amicus curiae* pressupõe a atuação de uma pessoa jurídica ou órgão, enquanto na audiência pública são ouvidas pessoas naturais. Ademais, a admissão do *amicus curiae* exige que haja matéria relevante, enquanto na audiência pública a análise dos fatos legislativos ocorre quando determinado termo científico ou prognóstico não estiver suficiente esclarecido no processo. Por fim, o *amicus curiae* pode se manifestar livremente acerca do assunto controvertido, enquanto

[648] LEAL, Fernando; HERDY, Rachel; MASSADAS, Júlia. Uma década de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal (2007-2017). *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, n. 1, jan./abr. 2018, v. 5, p. 331-372.
[649] CARDOSO, Oscar Valente. *Amicus Curiae* e Audiências Públicas no Controle de Constitucionalidade Brasileiro. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito UFRGS*, n. 2, 2014, v. 9.

na audiência pública há a imposição de uma prévia delimitação dos fatos pelo relator ao requisitar informações, devendo estes se restringir a responder ou esclarecer as questões fáticas solicitadas.

Contudo, essas diferenças legais não são rigorosamente observadas pelo Supremo Tribunal Federal na prática, vez que nos Mandados de Segurança nº 29.058, nº 30.531, e nº 32.033 foi permitida a oitiva de pessoa natural como *amicus curiae*, sendo que nesse último foi permitida, inclusive, a sustentação oral da pessoa natural. Ademais, nas audiências públicas não há mais rigor com a fixação da matéria ou circunstância de fato a ser esclarecida, ou de complemento das informações existentes, mas apenas a sustentação oral ampla e irrestrita de pessoas favoráveis e contrárias à constitucionalidade da norma questionada no processo.

A mesma ausência de distinção técnica ocorre na doutrina[650], em que não raramente os convidados a participar das audiências públicas e contribuir com os debates tem sido chamados indistintamente de *amici curiae*. Ainda que todos os *amici curiae* possam ser ouvidos em audiência pública, nem todos os ouvidos em audiência pública poderiam ser admitidos no processo como *amici curiae*.

Esse baralhamento entre os institutos da audiência pública e do *amicus curiae* tem provocado, notadamente naquelas audiências convocadas para conferir maior legitimidade às decisões da Corte (modelo Gilmar Mendes), cada vez mais manifestações de integrantes do meio jurídico que se assemelham a sustentações orais, não só em sua duração, mas especialmente em seu teor, o que coloca em risco a sua função de esclarecer aspectos específicos das controvérsias, por meio de depoimentos de especialistas.

Em relação a esse aspecto, é relevante o despacho convocatório da audiência pública realizada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nª 5.072, na qual se discutiu a utilização de recursos de depósitos judiciais e extrajudiciais pelos Estados para o pagamento de despesas diversas. Houve quarenta participantes admitidos, sendo que dezessete são profissionais do ramo do direito: doze advogados públicos, dois membros do Ministério Público e três professores, de direito tributário, financeiro e comercial. Outros seis inscritos são deputados estaduais, dos quais cinco têm formação em Direito. Portanto, dos quarenta admitidos na

[650] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 201.

audiência pública, pelo menos vinte e dois contribuirão com opiniões jurídicas sobre o assunto em discussão na mencionada ação direta de inconstitucionalidade.

Ademais, como relata Carlos Bastide Horbach[651], já houve situação de manifestações na audiência pública serem praticamente repetidas da tribuna do Supremo Tribunal Federal, na forma de sustentação oral, quando do julgamento da causa, como se deu na ADI 4.650, relativa ao financiamento de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas.

Os referidos exemplos demonstram que se as audiências públicas judiciais não estão sendo limitados ao campo da expertise técnica, ao menos elas devem observância ao princípio da eficiência. É que além de cumprirem ao menos uma das duas finalidades – aumento da legitimidade e ganho de expertise técnica – as audiências públicas judiciais precisam observar um mínimo de dispêndio de tempo, recursos humanos e dinheiro. E, nesse aspecto, torna-se importante ao magistrado justificar se a convocação da audiência pública judicial é necessária nas hipóteses em que já há a admissão de terceiros participando na condição de *amicus curiae* ou em que as audiências públicas se limitarão à oitiva de novos argumentos jurídicos.

Conforme já mencionamos ao tratarmos das finalidades das audiências públicas, a regra na legislação administrativa é a realização de consulta pública, e não de audiência pública para colher dados e opiniões, vez que existe uma primazia da auscultação popular por escrito (consulta pública ou comentários) em detrimento da oral, funcionando as audiências públicas como exceção. Essa orientação é seguida em países como os EUA, conforme decisão da Suprema Corte, em 1973, no caso *United States x Florida East Coast*.

O próprio Peter Häberle, ao defender a ampliação do direito de participação no processo de interpretação constitucional para todos aqueles que possam viver e sentir os efeitos da norma, sugere a realização de audiências e/ou intervenções de terceiros (*amicus curiae*) nos processos sob análise da Corte Constitucional, sem designar a preferência por qualquer desses instrumentos[652].

651 HORBACH, Carlos Bastide. Audiência pública tem de ir além do Direito para não ser mais do mesmo. Setembro 2015. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-set-19/observatorio-constitucional-audiencia-publica-ir-alem-direito-nao-mesmo. Acesso :em 01 mar. 2019.

652 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralística e 'procedimental' da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 15.

A audiência pública no processo constitucional possui paralelo com a audiência de instrução comum, pois ambas possuem finalidade instrutória, sendo a primeira um alargamento da segunda. Assim, como não há uma perfeita identidade entre o processo comum e o constitucional, também não há entre a prova testemunhal e pericial produzidas nessas duas audiências, mas existe uma similitude perfeitamente passível de ser transposta.

Os depoentes na audiência pública irão relatar não um fato concreto que foi presenciado por elas, mas uma possível interpretação da norma questionada a partir de determinado prisma de seu conhecimento ou eventuais consequências possíveis em função de uma realidade vivenciada por elas. Por sua vez, a perícia do controle de constitucionalidade, manifestada por um parecer, não consiste na explicação técnica acerca de fatos específicos e concretos (fatos adjudicativos), mas de fatos projetados ou prognósticos legislativos feitos por notórios especialistas sobre questões científicas (fatos legislativos ou prognoses legislativas). Ambas as audiências servem como local para produção de provas e, por consequência, para conferir fundamentação fática a um discurso de aplicação ou formação do precedente.

A preferência pela manifestação por escrito em detrimento da oral em relação às provas periciais ocorre no processo civil comum, pois o art. 477, §3º, do Código de Processo Civil dispõe que a regra será o perito judicial apresentar a conclusão de seus trabalhos através de laudo pericial depositado em juízo. Apenas se ainda houver necessidade de novos esclarecimentos é que o juiz poderá mandar intimar o perito a comparecer à audiência de instrução e julgamento, formulando, desde logo, as perguntas.

Por sua vez, no sistema de tutela de direitos subjetivos do processo civil comum não existe uma primazia de produção da prova testemunhal por escrito. Contudo, conforme aduz Edilson Vitorelli[653], a participação processual de terceiros na formação de precedentes deve levar em conta a eficiência processual, razão pela qual não se pode demandar a implantação de estruturas processuais cujos custos sejam substancialmente superiores aos benefícios sociais que ocasionam, ainda mais sem regra expressa e quando o benefício pode ser realizado de maneira menos custosa por outro meio.

Caso interessante ocorreu na audiência pública realizada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nª 3.510, que impugnava dispositivos da Lei de Biossegurança (Lei

[653] VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2006, p. 193-195.

11.105/2005). Foram convidados 17 especialistas, além dos 12 previamente indicados pelo Procurador Geral da República. Desses, foram ouvidos 22 especialistas. Apenas o requerente, requeridos e instituições admitidas como *amici curiae* puderam indicar participantes. Não houve qualquer abertura aos demais segmentos da sociedade para que pudessem trazer argumentos à Corte e ampliar as possibilidades interpretativas. Nesse caso houve uma confusão entre os dois institutos, pois a audiência pública virou apenas mais uma oportunidade para os *amici curiae* se manifestarem, não servindo para que novos autores participassem do debate.

Fixadas as premissas da primazia da auscultação popular por escrito na participação de terceiros no processo constitucional, de que tanto as audiências públicas como os *amicus curiae* servem como instrumentos de produção probatória, que existe um paralelo entre a audiência de instrução e a audiência pública, bem como que é dever de todo magistrado adotar o princípio da eficiência, é possível concluir: 1) as audiências públicas para conferir maior legitimidade às decisões da Corte (modelo Gilmar Mendes) deverão ser feitas preferencialmente nas hipóteses em que os convocados não forem apresentar argumentos jurídicos e não participaram como partes ou *amicus curiae*; b) as audiências públicas para conferir maior expertise técnica às decisões da Corte (modelo Luiz Fux) deverão ser feitas preferencialmente nas hipóteses em que existam profundas divergências entre os cientistas ou técnicos e que as manifestações apresentadas por escrito demandem maiores esclarecimentos.

Nada impede que o Ministro Relator entenda que determinada hipótese reclama a realização de uma audiência pública mesmo sem estar enquadrada nas hipóteses acima, nem existe empecilho a que os dois institutos possam ser aplicados conjuntamente, mas ele terá o ônus argumentativo de demonstrar que a designação da audiência pública é imprescindível para alcançar uma das suas finalidades e que não será possível atingi-la de forma tão qualitativa apenas com a presença do *amicus curiae*.

Nesse sentido importante manifestação do Ministro Eros Grau na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, [654]proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, questionando a lei de anistia. Nesta ação foi requerida a realização de audiência pública, cujo pedido foi indeferido pelo Relator sob a alegação de que o grande lapso temporal entre a data de ingresso da ação e a solicitação da OAB, bem como o fato de o processo já se encontrar suficientemente instruído, redundaria em inútil demora no julgamento de feito.

[654] BRASIL. STF. ADPF nº 153. Rel. Min. Eros Grau, DJ 06/08/2010.

Embora não tenha havido menção expressa ao princípio da eficiência processual, sua presença está implícita na fundamentação, pois o indeferimento do pedido de realização da audiência pública ocorre justamente porque as manifestações dos *amicus curiae* foram consideradas suficientes para a instrução, razão pela qual a demora de tempo na realização do ato não traria ao processo os benefícios pretendidos.

Compete ao Relator determinar a realização das provas que entender pertinentes, mas também é seu dever refutar aquelas inúteis ou meramente protelatórias. Assim, os custos mais acessíveis, o menor tempo de duração e a possibilidade de se atingir o mesmo fim, corolário do princípio da eficiência processual, militam em favor da prevalência do *amicus curiae*.

Por fim, se o legislador não abriu espaço para a presença de qualquer pessoa em uma audiência pública, pois exigiu participantes com experiência e conhecimento na matéria, é forçoso concluir que dos *experts* a serem ouvidos, estão excluídos os especialistas em questões jurídicas. Afinal, a exigência de notório jurídico saber dos Ministros e dos demais sujeitos do processo tornaria ineficiente a convocação de uma audiência pública apenas para ouvir teses de direito, já que poderiam ser transmitidas na sustentação oral ou nos memoriais escritos.

6.3.5.5 Legitimidade dos participantes e consideração dos argumentos na decisão

Peter Haberle[655] desenvolveu sua teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição dizendo que quem vive a realidade da norma necessariamente a interpreta ou a cointerpreta. Assim, há uma interpretação anterior à interpretação judicial realizada por diversos atores sociais, rompendo-se o monopólio dos tradicionais (juízes, advogados e legisladores) e admitindo-se a participação do cidadão comum, das organizações religiosas, da imprensa e tantos outros grupos na construção dos precedentes constitucionais.

Com essa pluralidade de visões em diálogo, o Pretório Excelso tem ao seu dispor os benefícios decorrentes dos subsídios técnicos, implicações político-jurídicas e elementos de repercussão econômica que possam vir a ser apresentados por esses segmentos da sociedade.

[655] HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralística e 'procedimental' da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p.13.

Todavia, apenas com a efetiva possibilidade de participação da sociedade na audiência pública judicial e com a consideração na decisão dos argumentos ali debatidos será possível demonstrar que esse instrumento previsto no processo constitucional brasileiro realmente permite que se fale em uma sociedade aberta dos intérpretes.

Para aferir os critérios de seleção dos participantes das audiências pelos Ministros Relatores e a importância da audiência na fundamentação da decisão da Corte, realizamos o exame de alguns casos definitivamente julgados pelo Supremo Tribunal Federal em que houve convocação e realização de audiências públicas.

Os casos foram os seguintes: Lei de Biossegurança (ADI 3.510), Importação de Pneus Usados (ADPF 101), Interrupção da Gestação de Feto Anencefálico (ADPF 54), Saúde/Concessão de Medicamentos (STA 36, STA 175, STA 211, STA 278, SS 2.361, SS 2.944, SS 3.345, SS 3.355, SL 47 e SL 64), Cotas raciais para ingresso universitário (ADPF 186 e REx 486), Ensino religioso nas escolas públicas (ADI 4439) e Biografias não autorizada (ADI 4815). A pesquisa dos dados foi extraída do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal[656] e da página eletrônica da TV Justiça/YouTube.

O conjunto de dados que apresentamos é de natureza basicamente quantitativa. Análises qualitativas foram eventualmente realizadas, em relação a alguns casos específicos, com o objetivo de corroborar nossas hipóteses interpretativas.

Em relação aos participantes, as Leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99 apenas dispõem que poderão ser ouvidos nas audiências públicas depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria. Todavia, não há qualquer delimitação acerca do que sejam pessoas com "experiência e autoridade".

Analisando os despachos convocatórios das audiências públicas mencionadas percebemos que não há na Corte um padrão objetivo acerca dos elementos considerados pelos Ministros Relatores para a convocação, deixando a matéria completamente ao alvedrio dos mesmos e sem balizas para casos futuros. Como exceção, podemos mencionar a Ministra Carmen Lúcia na audiência das biografias não autorizadas (ADI 4815), pois a mesma utilizou

[656] Conforme dados disponíveis em http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo = realizada. Acesso: em 19 mar. 2019.

como critério para deferir o pedido de participação dos inscritos a circunstância do interveniente não ter ações pendentes no STF sobre o tema ou não atuar na defesa interesses de uma das vertentes. Outra exceção ocorreu na audiência pública sobre o ensino religioso em escolas públicas (ADI 4439), ocasião em que o Ministro Luís Roberto Barroso, no despacho de convocação, apontou os seguintes critérios: "(i) representatividade da comunidade religiosa ou entidade interessada; (ii) especialização técnica e expertise do expositor; e (iii) garantia da pluralidade da composição da audiência e dos pontos de vista a serem defendidos".

Todavia, na maioria dos despachos só existe a relação daqueles que tiveram a inscrição deferida, sem menção aos que tiveram a inscrição indeferida e os motivos de tal indeferimento. Não se desconhece que as limitações de tempo impedem que sejam atendidos todos os requerimentos de participação. Todavia, como bem ressalta Miguel Godoy[657], na medida em que se desconhece quem são aqueles que tiveram a inscrição indeferida e os motivos dessa recusa, torna-se inviável traçar um perfil dos segmentos da sociedade civil que merecem ser ouvidos.

Um procedimento interessante para mitigar essa questão foi adotado pelo Ministro Luiz Fux[658], quando afirmou que todos os requerentes habilitados ou não, poderão enviar documentos com a tese definida para o endereço eletrônico gabineteluizfux@stf.jus.br, bem como que o material enviado será disponibilizado no portal eletrônico da Corte.

Por outro lado, deveria o Supremo Tribunal Federal estabelecer claramente a competência democrática[659] como fator para possível habilitação nas audiências públicas, especialmente naquelas destinadas à elucidação dos fatos legislativos. A competência democrática pode ser vista como um valor constitucional que protege o conhecimento especializado em oposição à chamada mera opinião. É que o Tribunal não pode abrir as portas para o chamado "lixo científico[660] (*junk science*): uma mistura de dados enviesados, inferências

[657] GODOY, Miguel Gualano. Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 200-207.
[658] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Despacho de Convocação de Audiência Pública: Audiência Pública – Lei nº 11.705/2008 – Lei Seca. DJ 1/12/2011**.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdin4103/anexo/Referente_ao_Despacho_de_Convocacao_de_Audiencia_Publica.pdf >. Acesso: em 20 fev. 2019.
[659] LEAL, Fernando; HERDY, Rachel; MASSADAS, Júlia. Uma década de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal (2007-2017*). Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, jan./abr. 2018, v. 5, p. 343.
[660] : LEAL, Fernando; HERDY, Rachel; MASSADAS, Júlia. Uma década de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal (2007-2017). *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, n. 1, jan./abr. 2018, v. 5, p. 344-345.

espúrias e malabarismos lógicos "costurados por pesquisadores cujo entusiasmo pela descoberta e pelo diagnóstico ultrapassa em muito suas habilidades".

Ainda no tocante à seleção dos participantes, uma preocupação dos Ministros ao convocar as audiências públicas é com a "participação leal" de todos os interessados, como preconizava Häberle. Os Ministros Relatores ao definirem a lista dos requerentes habilitados a ter voz na audiência pública, solicita que os interessados manifestem previamente sua posição em relação ao tema em questão. Esse procedimento serve para os Ministros estimarem previamente o número de participantes de acordo com seu posicionamento, de forma a evitar que um dos lados tenha um peso maior no tempo total da audiência.

Uma peculiaridade ocorreu na ADP nº 186, pois embora os inscritos tenham sido agrupados em sessões temáticas de acordo com a tese defendida, ao contrário das audiências anteriores, em que o contraditório era veementemente negado entre esses grupos, nesta, o próprio despacho do Relator Ministro Ricardo Lewandowski reconhece esse tipo de arranjo institucional, inerente ao funcionamento da audiência pública.

Para a consideração de efetiva influência dos debates promovidos nas audiências públicas em relação às decisões do Supremo Tribunal Federal tomamos por base um critério objetivo: a referências expressas às audiências públicas na fundamentação dos votos dos Ministros. Eventual análise de argumentos iguais ou semelhantes àqueles apresentados nas audiências públicas deixaram de ser levados em conta por não permitir uma constatação inequívoca da influência desse novo instrumento processual no processo decisório da Corte.

Na ADI 3.510, sete dos onze Ministros do Supremo Tribunal Federal fizeram referências expressas às razões e aos argumentos apresentados em audiência pública. Por outro lado, apenas três dos onze Ministros fizeram referências expressas às razões e aos argumentos apresentados pelos *amici curiae.*

Na ADPF 101, nove Ministros participaram do julgamento, sendo que apenas dois fizeram referências expressas às razões e aos argumentos apresentados em audiência pública.

Na ADPF 54 dez Ministros participaram do julgamento, sendo que nove fizeram referências expressas às razões e aos argumentos apresentados em audiência pública, e apenas um deles não o fez.

No caso da Saúde/Concessão de Medicamentos (STA 36, STA 175, STA 211, STA 278, SS 2.361, SS 2.944, SS 3.345, SS 3.355, SL 47 e SL 64), dos onze Ministros do Supremo Tribunal Federal, oito acompanharam o voto do Ministro Relator, o qual fez referências expressas às razões e aos argumentos apresentados na audiência pública. Não houve participação de *amicus curiae*.

Na ADPF 186, nenhum Ministro fez referência expressa aos argumentos apresentados em audiência pública, e apenas um deles fez referência expressa às razões e aos argumentos apresentados pelos *amici curiae*.

Os dados coletados demonstram que as audiências públicas e os *amici curiae* influenciam poucos votos nas decisões dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Ademais, não há juízo de valor se esses argumentos foram determinantes ou funcionaram como mero artifício retórico de justificação do relator pela convocação das audiências. Por fim, os Ministros fazem mais referências expressas às razões e aos argumentos apresentados nas audiências públicas do que às razões e aos argumentos apresentados pelos *amici curiae* (quando aceitos juntamente com as audiências públicas).

6.3.5.6. Possibilidades de aperfeiçoamento

A "sociedade aberta dos intérpretes" deve ser compreendida no sentido de que as audiências públicas são momentos de captação de elementos extrajurídicos. As argumentações jurídicas devem ser manifestadas através dos sujeitos formais do processo e do *amicus curiae*, e as argumentações extrajurídicas devem ser preferencialmente através do *amicus curiae* e subsidiariamente através das audiências públicas.

Portanto, além de o legislador não abrir espaço para a presença de qualquer pessoa em uma audiência pública – há a exigência legal de pessoas com experiência e conhecimento na matéria - é possível também concluir que, do subconjunto de atores relevantes a serem ouvidos, não devem ser incluídos os "especialistas em questões jurídicas".

Outro aspecto relevante é que embora o Pretório Excelso admita a audiência pública tanto com finalidade legitimatória (modelo Gilmar Mendes) quanto com finalidade probatória ou epistêmica (modelo Luiz Fux), não se pode atribuir a mesma natureza jurídica e os mesmos critérios operacionais de habilitação de participantes em relação a essas diversas espécies.

É que a audiência pública para legitimação democrática da jurisdição constitucional possui uma possibilidade de convocação bem mais aberta, até mesmo discricionária, sendo mais difícil restringir os debates entre os atores envolvidos. Por sua vez, a audiência para tratar de questões epistêmicas é decorrência do direito constitucional à prova, dada a ausência de elementos cognitivos extrajurídicos por parte dos magistrados acerca dos fatos legislativos e das prognoses, essenciais para um julgamento com qualidade.

Assim, entendemos que, sem uma justificativa idônea, viola o princípio da eficiência convocar uma audiência pública para debater apenas teses jurídicas, ou mesmo uma audiência pública para tratar de fatos legislativos e questões científicas já tratadas satisfatoriamente por escrito pelos *amici curiae* — e que poderão ser repetidas, mais uma vez, da tribuna do Supremo Tribunal Federal quando das sustentações orais.

Ademais, o Pretório Excelso equivoca-se pela maneira como filtra os representantes que deverão falar na audiência, colocando-se como barreira ao potencial democrático das audiências públicas. Assim, a convocação dos participantes de audiências públicas deve ser menos discricionária e pautada em critérios objetivos previamente estabelecidos, pois o filtro seletivo, ainda que inconscientemente, pode condicionar o debate para certo lado. E mais, o Relator deve conduzir a audiência de forma a evitar manifestações estranhas aos limites da convocação e ao objeto da controvérsia, demonstrando que realmente se preocupa com os argumentos que serão manifestados.

Registre-se, ainda, que confrontando os argumentos apresentados em algumas audiências públicas e os votos nas decisões, percebemos que, à exceção do Relator, os demais Ministros pouco (ou nada) se utilizaram do procedimento, passando a ideia de que as audiências funcionam como mero artifício retórico de legitimação e não como canal de diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e a sociedade.

O rito adotado em que os participantes falam a favor ou contra o tema só pode ser aplicado nas audiências públicas deliberativas (modelo Gilmar Mendes). Nas audiências probatórias (modelo Luiz Fux) a dinâmica da audiência deve ser aproximada da previsão do § 2º do artigo 421 do CPC, segundo o qual "a perícia poderá consistir apenas na inquirição pelo juiz do perito,

por ocasião da audiência de instrução e julgamento" ou do modelo das testemunhas periciais (*expert witness*) do modelo estadunidense[661].

Por fim, reconhecemos que apesar das inúmeras falhas na formatação das audiências públicas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, podem ser realizados aperfeiçoamentos no tocante à convocação, seleção dos participantes, modo de condução da audiência e observância dos argumentos expostos na decisão, fim de que seja possível o desenvolvimento do diálogo efetivo e eficiente entre a sociedade e o Pretório Excelso.

6.3.6 (in)existência de regime jurídico uniforme das audiências públicas

A partir da análise das principais características e do desenho institucional das audiências públicas realizadas no âmbito do Legislativo (art. 58, §2, II, CF/88), do Executivo (art. 32, Lei nº 9.784/99) e do Judiciário (art. 6º, §1º, Lei nº 9.882/99; art. 9º, §1º, Lei nº 9.868/99) é possível informar algumas semelhanças e distinções entre as mesmas, bem como concluir se as semelhanças permitem que sejam aplicadas a todas um modelo jurídico uniforme.

As audiências públicas possuem como semelhanças o fato de serem invariavelmente de caráter consultivo e vinculadas a um processo decisório específico, seja ele a elaboração de uma lei, a elaboração de normas regulatórias, a avaliação de uma ação governamental ou mesmo uma decisão judicial formadora de precedente. Possuem, ainda, como características marcantes o caráter presencial, a oralidade e a possibilidade de manifestação de interesses e opiniões de cidadãos organizados ou não organizados, caracterizando uma abertura maior do que outras formas de participação.

Não obstante, as audiências públicas legislativas, administrativas e judiciais buscam finalidades distintas, próprias a cada um dos processos (legislativo, administrativo e judicial), o que também pressupõe fundamentos, métodos e linguagens distintas. O fundamento das audiências públicas legislativas é constitucional, enquanto o da administrativa e da judicial é legal. A finalidade da audiência pública legislativa é múltipla (informacional, probatória, cooptação, interativa), a da administrativa é apenas de promover debates e a da judicial pode ser informacional (legitimidade) ou probatória dos fatos legislativos. Por sua vez, aspectos como a imparcialidade da autoridade decisória e o rigor na linguagem estão mais presentes na audiência pública judicial do que na legislativa.

[661] WOLFGANG, Peter. Witness conferencing revisited. *Revista de Arbitragem e Mediação*, abr / 2007, v. 13..

Há também regras relacionadas à condução do debate, tais como a determinação de quais atores têm a palavra, quanto tempo de fala tem cada participante, se haverá réplicas, tréplicas, entre outras. Por fim, há regras que visam a orientar a sistematização da opinião dos atores e a incorporação de suas demandas na política ou na ação com a qual a audiência pública está relacionada.

Explica Nagibe Melo Jorge Neto[662] que atualmente não se pode qualificar uma matéria como exclusivamente política ou judicial. No modelo de superposição de atribuições, compete a cada um dos Poderes decidir uma mesma questão ou matéria sob enfoques distintos.

Portanto, embora a nomenclatura audiências públicas esteja presente em cada um dos processos (legislativo, administrativo e judicial) e que o instituto em todos eles tenha surgido com a finalidade de ampliar o debate do processo decisório estatal em cada uma das esferas de Poder, não há um regime jurídico uniforme aplicável indistintamente e em qualquer situação a esses diversos modelos.

6.4. AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO IRDR

O atual Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) trouxe como uma das grandes novidades no âmbito da formação de precedentes dos Tribunais a possibilidade de ouvir, em audiência pública, pessoas com experiência e conhecimento na matéria, no âmbito dos recursos especial e extraordinário repetitivos (art. 1.038, II) e no do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivos – IRDR (art. 983, §1º).

Trata-se da consagração de um mecanismo processual previsto apenas em leis especiais e restrito aos processos envolvendo matéria constitucional no âmbito da Suprema Corte do país (art. 6º, §1º, Lei nº 9.882/99; art. 9º, §1º, Lei nº 9.868/99; art. 13, XVII; art. 21, XVII, RISTF), que passa a partir da referida previsão no Código de Processo Civil a ter aplicabilidade também no âmbito dos Tribunais de Apelação.

Nesse contexto, tendo em vista que o presente trabalho tem como objeto central de estudo a audiência pública no IRDR, revela-se imprescindível verificarmos se o modelo das

[662] JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais.* Salvador: Juspodivm, 2009, p. 103.

audiências públicas judiciais no âmbito do Supremo Tribunal Federal pode ser integralmente transposto ou se existem peculiaridades que o diferenciam e exigem uma abordagem diversa.

Esta tarefa pressupõe a análise de diversos aspectos, tais como as finalidades da audiência pública no IRDR, os requisitos para sua instauração, o critério de seleção dos participantes, o rito da audiência pública, os direitos e deveres dos sujeitos processuais durante a sua realização, o despacho convocatório, o reflexo da sua utilização na decisão formadora do precedente, bem como uma análise crítica das audiências públicas em IRDR já realizadas no âmbito dos Tribunais Regionais Federais, tendo como principal parâmetro interpretativo o princípio da eficiência processual.

Necessário destacar que não pretendemos impor soluções definitivas e nem temos pretensão de esgotar um tema introduzido tão recentemente na processualística brasileira e ainda carente de maiores contornos doutrinários e jurisprudenciais. Nossa pretensão, portanto, é apenas fornecer reflexões críticas acerca dos limites, requisitos e possibilidades das audiências públicas no âmbito do IRDR a partir do princípio da eficiência processual.

6.4.1. Finalidade(s) da Audiência Pública no IRDR

Ao tratarmos das audiências públicas judiciais no âmbito do Supremo Tribunal Federal demonstramos que as mesmas possuem duas finalidades: 1) abertura da interpretação das normas para sujeitos não formais do processo (finalidade de aumento de legitimidade); 2) conferir possibilidade de produção de provas referentes aos fatos legislativos e às consequências da decisão (finalidade probatória ou epistêmica). Ademais, restou consignado que as audiências públicas com finalidade de legitimação (modelo Gilmar Mendes) e com finalidade probatória ou epistêmica (modelo Luiz Fux) não possuem os mesmos requisitos, limites e possibilidades, embora tenham alguns aspectos em comum.

No tocante às audiências públicas no âmbito do IRDR entendemos que existe apenas a finalidade probatória ou epistêmica, estando excluída a finalidade de aumento de legitimidade, conforme tentaremos demonstrar a seguir.

O primeiro indicativo desta conclusão é que o dispositivo legal constante do art. 983, §1º, do Código de Processo Civil é expresso em destacar apenas a finalidade instrutória das

audiências públicas no âmbito do IRDR. Conforme ensina William Santos Ferreira[663], a instrução processual tem por finalidade o esclarecimento de questões fáticas necessárias a determinado julgamento (produção probatória), assumindo a produção de provas um papel de extrema relevância no presente momento histórico de ruptura com um modelo processual de rigidez, formalismos e presunções incompatíveis com as necessidades de nosso tempo.

Registre-se, ainda, que os textos do art. 6º, §1º da Lei nº 9.882/99, e do art. 9º, §1º, da Lei nº 9.868/99 não se referem em nenhum momento que as audiências públicas servirão "para instruir o incidente", como no regramento do IRDR, existindo uma redação mais ampla em ambos os dispositivos que fala de forma genérica na possibilidade de o Relator ouvir declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Conforme ensina Gadamer[664], quem quiser compreender um texto deve estar disposto a deixar que ele diga alguma coisa, mas evidente que a primeira leitura do texto não é um projeto acabado e precisa ser constantemente revisada a partir de uma sucessão de perguntas e respostas decorrentes dos problemas que se pretende solucionar .

É inegável, assim, que o método de interpretação literal tem sua importância, porém serve apenas como um primeiro contato com o texto interpretado e não para se extrair o sentido completo que a norma pode oferecer. Portanto, seria muito frágil uma tentativa de apartar a finalidade legitimatória das audiências públicas no IRDR com a das audiências públicas judiciais do Pretório Excelso apenas com fundamento na interpretação literal.

Outra perspectiva, porém, que demonstra não terem as audiências públicas no IRDR finalidade legitimatória, é que o IRDR não foi projetado como um mecanismo processual de análise de controle de constitucionalidade das normas, e nem possui eficácia vinculante nacional (CPC, art. 985, I e II), diferentemente do que ocorre nas decisões de processos em que há audiências públicas no âmbito da Suprema Corte do país.

O controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário é algo construído historicamente e possui raízes na célebre disputa ente Schmitt[665] e Kelsen[666] sobre quem deveria

[663] FERREIRA, William Santos. *Princípios Fundamentais da Prova Cível*. São Paulo: RT, 2014, p. 184-185.
[664] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*: *traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 145.
[665] SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
[666] KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional.* São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ser o Guardião da Constituição. Enquanto Kelsen acreditava na prevalência de um Tribunal de Justiça Constitucional como guardião e intérprete último dos direitos constitucionais, Schmitt afirmava que cabia ao Presidente do Reich a tarefa de interpretar definitivamente e salvaguardar a Carta Magna.

No Brasil, conforme já analisado, as Constituições da República, à exceção de 1937, e o Supremo Tribunal Federal ao longo dos anos incorporaram não só o modelo de um Tribunal como guardião da Constituição, como também adotaram o denominado de controle de constitucionalidade forte. Contudo, as críticas de alguns doutrinadores[667] ao denominado ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, a partir do advento da Constituição Federal de 1988, com o julgamento de temas controversos na sociedade (células-tronco embrionárias, feto anencéfalo etc), exigiram novos mecanismos de participação na jurisdição constitucional, vez que a mera previsão formal na Carta Magna e a jurisprudência da Corte Suprema não eram mais suficientes. Nesse contexto, surgiram as audiências públicas judiciais e o *amicus curiae* no âmbito do Supremo Tribunal Federal, decorrentes da incorporação legislativa da teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.

O IRDR é um incidente processual vocacionado precipuamente aos Tribunais de Apelação, embora também possível nos Tribunais Superiores, e destinado a resolver "questões repetitivas" sobre determinado ponto de direito, com o objetivo de fixar uma tese jurídica que será posteriormente aplicada no julgamento de demandas em que se repita essa questão.

Conforme ensina Michele Taruffo[668], as Cortes Superiores possuem como objetivo central o controle de constitucionalidade das leis e das decisões proferidas pelos Tribunais de Apelação, possuindo caráter normativo e prospectivo nacional ao formarem precedentes, com intuito de assegurar a efetividade dos princípios da isonomia e da segurança jurídica.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu a organização do Poder Judiciário nos arts. 92 a 126, com a delimitação da competência dos tribunais superiores (instância extraordinária), dando-lhes papel relevante na uniformização do direito. Nesse contexto, o papel constitucional do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça adquire relevo relação aos Tribunais de Apelação e com eles não se confundem.

---

[667] COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo judicial ou criação judicial do direito? In: FELLET, André; GIOTTI DE PAULA, Daniel; NOVELINO, Marcelo. (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011.

[668] TARUFFO, Michele. Precedentes e Jurisprudência. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 199, 2011, p. 101.

O Pretório Excelso apesar de não ser uma Corte constitucional foi criado especificamente para o controle da constitucionalidade, razão pela qual possui relevante papel na efetividade da jurisdição constitucional, seja no controle difuso, através do recurso extraordinário, seja no controle concentrado. Importante destacar as palavras de Arruda Alvim sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal na jurisdição constitucional:

> As decisões do STF configuram o referencial máximo em relação ao entendimento havido como o correto em relação ao Direito Constitucional. Tais decisões, em devendo ser exemplares, hão, igualmente, de carregar consigo alto poder de convicção, justamente porque são, em escala máxima, os precedentes a serem observados e considerados pelos demais Tribunais, ainda que não sejam sumulados pelo STF. [669]

Guilherme Bacelar, da mesma forma, também ressalta a distinção das funções entre a instância ordinária e a extraordinária na organização do Poder Judiciário no Brasil:

> "Da leitura da organização hierárquica do Poder Judiciário, observa-se, então, que a Constituição fez uma nítida cisão dos órgãos judiciais, dividindo-os em instâncias ordinária e extraordinária, as quais naturalmente, devem exercer funções diversas para que haja alguma utilidade e racionalidade nessa divisão, conforme anteriormente analisado. Os juízes e os tribunais de segundo grau compõem as instâncias ordinárias da Justiça Comum, federal e estadual, cabendo-lhes, soberanamente, formular juízos definitivos sobre matéria fática presente no processo. Para tanto, devem determinar a produção de provas, interpretá-las para reconstruir os fatos da causa de acordo com os elementos probatórios carreados aos autos, a fim de assim cumprir sua função precípua e imediata de buscar a realização da justiça no caso concreto. O STF e o STJ, ressalvadas as suas competências originária e recursal ordinária, integram as instâncias extraordinárias do Poder Judiciário, cuja função sublime, instrumentalizada por meio dos recursos extraordinário e especial, é de nomofilaquia interpretativa, ou seja, de conferir unidade, certeza e coerência ao Direito constitucional e infraconstitucional federal, complementando e outorgando sentido aos textos legais escritos, por meio da interpretação judicial, reduzindo a equivocidade dos seus enunciados linguísticos. A essas cortes de vértice compete, soberanamente, emitir juízos definitivos e vinculantes sobre matéria de direito". [670]

No mesmo sentido, foi concedida pela Constituição Federal ao Superior Tribunal de Justiça, como Corte Extraordinária, a tarefa de uniformizar direito federal infraconstitucional mais do que solucionar o conflito intersubjetivo submetido à apreciação do Poder Judiciário.

---

[669] ARRUDA, Alvim. A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et. al. (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 84.

[670] ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. *Precedentes vinculantes em recursos extraordinários e especial repetitivos*. 296f. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016, p. 155.

Portanto, estender o papel da Corte Suprema aos Tribunais de Apelação com a possibilidade de se convocar uma audiência pública legitimatória seria permitir a existência de um procedimento custoso, demorado e que não atingiria a finalidade pretendida, pois com a interposição do recurso extraordinário em face da decisão do IRDR a questão seria novamente submetida ao Supremo Tribunal Federal, que poderia convocar mais uma vez a audiência pública. Afinal, a ausência de efeito vinculante nacional ao IRDR no âmbito dos Tribunais Ordinários tornaria o debate já realizado sempre com um déficit de legitimação em virtude da ausência de comparecimento daqueles que não se interessam pelo fato de que não poderiam ser atingidos pelos efeitos da decisão.

Registre-se, ainda, que, em virtude da possibilidade recursal, de peculiaridades locais e até mesmo da intensidade de cobertura da imprensa, jamais eventual pronúncia de inconstitucionalidade por um Tribunal Ordinário terá a repercussão, a divulgação, a visibilidade e estimulará o debate como um processo em tramitação no Pretório Excelso.

Observe-se que nem mesmo no Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade, instrumento disciplinado nos arts. 948 a 950 do Código de Processo Civil e próprio para a pronúncia de inconstitucionalidade no âmbito dos Tribunais Ordinários, existe previsão para realização das audiências públicas. No referido incidente existe apenas previsão para o *amicus curiae* (CPC, art. 950, § 3º). A limitação nesse incidente ao instrumento do *amicus curiae* está em consonância com a já defendida tese da primazia da auscultação popular por escrito na participação de terceiros no processo constitucional.

Ademais, não é possível ao relator criar nova modalidade de audiência pública sem base legal, pois este instrumento processual quando funciona como mecanismo legitimatório não é algo que deva necessariamente ocorrer ou existir, sendo elemento eventual no processo decisório. A participação popular por meio das audiências públicas nas decisões do Judiciário precisa ter expressa previsão legal como fundamento.

Como a competência para julgamento do julgamento do IRDR caberá ao órgão indicado pelo regimento interno da Corte (CPC, art. 978), eventual pronúncia de inconstitucionalidade deveria ser realizada pelo Plenário ou Órgão Especial (CF/88, art. 97) enquanto o IRDR poderia ser julgado por uma Câmara ou Seção. Haveria, assim, nos Tribunais em que o IRDR não fosse da competência do Plenário ou do Órgão Especial impossibilidade de se realizar audiência pública com fundamento no art. 983, §1º, CPC para casos em que a

discussão da constitucionalidade de determinada lei fosse pressuposto necessário para a fixação da tese jurídica.

É o caso, por exemplo, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, pois o art. 14, h, do seu Regimento Interno dispõe que compete às Seções o julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, quando a questão de direito a ser apreciada compreender matéria cuja decisão refletirá efeitos apenas na respectiva Seção.

Por fim, a abertura de audiência pública legitimatória para discutir apenas questões jurídicas infraconstitucionais também acarretaria afronta ao princípio da eficiência. Afinal, os magistrados e demais sujeitos formais do processo já possuem qualificação jurídica e terceiros podem participar como *amici curiae*. Como relata Carlos Bastide Horbach[671], a ausência de filtro seletivo pode gerar o risco de as manifestações na audiência pública serem praticamente repetidas da tribuna, na forma de sustentação oral.

Conforme aduz Edilson Vitorelli[672], a participação processual de terceiros na formação de precedentes deve levar em conta a eficiência processual, razão pela qual não se pode demandar a implantação de estruturas processuais cujos custos sejam substancialmente superiores aos benefícios sociais que ocasionam, ainda mais sem regra expressa e quando o benefício pode ser realizado de maneira menos custosa por outro meio.

Ademais, como bem ressalta Rosanvallon[673], a legitimidade do Poder Judiciário não precisa necessariamente estar atrelada à eleição por voto de seus membros ou à participação direta da sociedade nos julgamentos, especialmente nos casos submetidos ao crivo dos Tribunais Ordinários. Pode incidir nessas hipóteses a chamada legitimidade de reflexividade, em que os cidadãos julgam as instituições como democráticas e legítimas pela qualidade na realização de suas funções, segundo critérios de eficiência e competência.

Esse aspecto impediria, portanto, a convocação de audiências públicas no âmbito do IRDR acerca do caso das "biografias não autorizadas" (ADI 4815). Afinal, a controvérsia não

671 HORBACH, Carlos Bastide. Audiência pública tem de ir além do Direito para não ser mais do mesmo. Setembro 2015. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-set-19/observatorio-constitucional-audiencia-publica-ir-alem-direito-nao-mesmo. Acesso em: 01 mar. 2019.
672 VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p. 193-195.
673 ROSANVALLON, Pierre. *Democratic legitimacy: impartiality, reflexivity, proximity*. New Jersey: Princeton University Press, 2011, p. 8.

envolvia qualquer discussão de fato legislativo ou prognose associada a conhecimento científico relevante para a tomada de decisão, mas um problema, ainda que complexo, de manipulação de elementos do direito ou de teorias e metodologias de decisão jurídica, ou seja, foi uma audiência pública com finalidade apenas legitimatória.

Em relação à finalidade probatória ou epistêmica aplicam-se todos os aspectos já comentados quando falamos das audiências públicas judiciais no âmbito do Supremo Tribunal Federal como mecanismo probatório para aferir os fatos legislativos e para levar em consideração os efeitos econômicos e sociais da decisão formadora de determinados precedentes (prognoses), como passou a exigir a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), com a alteração promovida pela lei nº 13.655/2018. Merecem destaque a distinção entre fatos adjudicativos e fatos legislativos proposta por Kenneth Culp Davis[674] e a aplicação da teoria das prognoses legislativas no âmbito da Suprema Corte da Alemanha e no Supremo Tribunal Federal, não sendo necessário repetir aqui as razões já elencadas.

Como aduz Canotilho[675], não é possível o controle de fatos legislativos e de prognoses em relação a qualquer lei, pois há um espaço de livre atuação do legislador, incompatível com qualquer controle jurídico. Compete ao Executivo e ao Legislativo tomarem decisões que entendam pertinentes em relação a aspectos como política fiscal, taxa de juros e tantas outras, sem qualquer possibilidade de interferência judicial quanto ao mérito das premissas que levou em consideração para realizar tais atos, pois situações de incerteza fática quanto ao futuro fazem parte da atividade política.

Todavia, não é possível a elaboração de leis tomando como pressuposto fático uma realidade que não encontra amparo científico ou em que existe uma certeza fática de que os resultados pretendidos pela legislação não serão alcançados.

Uma hipótese que poderia ensejar a instauração de um IRDR no âmbito dos Tribunais Regionais Federais, com a consequente convocação de uma audiência pública para aferir a pertinência de um fato legislativo diz respeito à possibilidade de o militar portador do vírus HIV ter direito à reforma *ex officio* por incapacidade definitiva, com a remuneração calculada com base no posto hierarquicamente imediato, independentemente do grau de

[674] DAVIS, Kenneth Culp. Judicial Notice – 55. *Columbia Law Rev*., 1955, p. 952
[675] CANOTILHO, José Joaquim. *Constituição dirigente e vinculação do legislador- contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p. 240-241.

desenvolvimento da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida – AIDS, nos termos do art. 108, V, da Lei 6.880/80.

A matéria é recorrente e possui profunda divergência no âmbito dos Tribunais Regionais Federais, provocando ofensa à isonomia jurídica, além disso não existe recurso repetitivo sobre a referida questão de direito material no âmbito dos Tribunais Superiores. Por um lado, existe o entendimento jurisprudencial de que o mero fato de o militar ser portador de HIV não enseja a imediata concessão da reforma *ex officio*, sendo preciso que fique comprovada/constatada a incapacidade definitiva do militar portador de tal patologia, por inspeção de saúde[676]. Por outro, vigora a tese de que o militar, portador do vírus HIV, tem direito à reforma *ex officio* por incapacidade definitiva, ressaltando-se que o diploma legal não faz distinção entre portador sintomático e assintomático[677].

Como já explicado, os fatos legislativos não se relacionam às particularidades das situações concretas ocorridas no passado, mas às situações fáticas padrão idealizadas ou projetadas no texto normativo legislativo.

Nessa situação o art. 1º, c, da Lei nº 7.670/1988, estendeu aos portadores da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida – AIDS o direito de reforma militar contido no art. 108, V, da Lei nº 6.880/80. O Legislador, por sua vez, tomou como pressuposto o fato de que os portadores do vírus HIV ficam impossibilitados de exercer atividade militar e que tal doença compromete a segurança da tropa em virtude da possibilidade de contágio. Não houve distinção entre portadores da doença sintomáticos e assintomáticos. Esses são os fatos legislativos.

Acontece que a Lei nº 7.670 foi editada em 1988, e que, desde então, houve uma evolução da medicina em relação ao estudo da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida – AIDS, razão pela qual é preciso que especialistas informem se a prognose legislativa estabelecida se mantém ou se passou com a evolução da ciência médica e das atividades militares a ser um caso de discriminação indevida.

O argumento que afasta a possibilidade de reforma do portador assintomático de HIV funciona como importante questionamento da prognose legislativa, mas não traz dados

[676] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 3ª Turma, AC 5007548-80.2017.4.04.7005, Rel. Des. Federal Vânia Hack de Almeida, j. 16/10/2018.
[677] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 4ª Turma, AC 5012469-25.2016.4.04.7100, Rel. Des. Federal Luís Alberto Aurvalle, j. 13/12/2018.

empíricos que possam infirmar essa projeção do legislador e não enfrentas as peculiaridades do serviço militar. Nesse aspecto, uma audiência pública em que estivessem presentes médicos especialistas na doença e autoridades das Forças Armadas que relatassem os problemas que vislumbram no exercício da referida atividade por esses servidores estratégicos poderia subsidiar os julgadores a confirmar ou infirmar o fato legislativo feito alguns anos atrás. Assim, poderia, por exemplo, ser dada uma interpretação conforme à Constituição para permitir, a partir de dados técnicos, que os militares assintomáticos podem exercer qualquer função militar ou serem deslocados para determinadas funções, mas que sua reforma nesses casos seria uma discriminação indevida.

Em outras palavras, a ausência de realização de uma audiência pública ou outro mecanismo congênere, ainda que de maneira inconsciente, pode estar permitindo uma vinculação indesejável aos fatos legislativos pressupostos pelo legislador, implicando o reconhecimento de uma renúncia ao controle efetivo das leis por parcela da jurisprudência ou dando azo a que os referidos fatos legislativos sejam afastados sem uma base empírica adequada por outra. Afinal, perícias realizadas no caso concreto em determinado servidor tem como objeto fatos adjudicativos, não funcionando como mecanismo idôneo para afastar a ausência de distinção legislativa entre portadores sintomáticos e assintomáticos da doença.

As audiências públicas também podem ser utilizadas no IRDR como mecanismo para aferir eventuais consequências econômicas na formação de precedentes relacionados à efetivação de direitos sociais, como saúde e moradia, em que muitas vezes é levantada uma alegação genérica de violação à reserva do possível sem qualquer dado empírico.

É que provar a existência ou não de recursos financeiros de um ou mais entes federativos no bojo de um processo individual ou mesmo coletivo seria altamente complexo e dificilmente chegaria a um resultado satisfatório em espaço de tempo razoável. Haveria necessidade de analisar o orçamento da União, Estado e Municípios envolvidos, com seus diversos gastos e previsão de receitas, com uma infinidade de fatos supervenientes e conjuntas macroeconômicas, o que acabaria por ampliar indiretamente o objeto de discussão da lide, com reflexos nocivos à razoável duração do processo. Tal possibilidade em uma audiência pública vinculada a um IRDR seria um meio eficiente para esse desiderato.

A verificação das consequências como fator de fundamentação dos votos nos Tribunais não se trata de novidade no direito brasileiro, pois estes há algum tempo utilizam o

consequencialismo para modular efeitos em discussões de validade de legislação ou mesmo como forma de equilibrar os impactos das decisões[678]. A grande questão é que as consequências eram projetadas com base em meras intuições dos julgadores, sem qualquer dado empírico previamente coletado e de forma técnica.

Um caso emblemático foi o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal[679] da possibilidade de penhora do bem de família do fiador, prevista no art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/90, em contratos de locação residencial. O argumento central que reconheceu a constitucionalidade do dispositivo e a ausência de violação ao direito à moradia foi de conteúdo econômico. Nas palavras do Ministro Relator a possibilidade da penhora do bem de família do fiador daria maior garantia aos proprietários de imóveis, reduziria a inadimplência e tornaria menos custoso o valor do aluguel, permitindo que mais pessoas pudessem alugar o imóvel. Para ele o direito à moradia não se confundiria com o direito à casa própria e com a redução dos custos do aluguel mais pessoas poderiam a ter condições de poder alugar um imóvel. Não obstante a criatividade do argumento, não existe qualquer dado empírico demonstrando que a penhora do bem de família do fiador irá diminuir o preço das locações ou que não aceitar essa penhora acarretará uma diminuição da oferta de moradias para locação. Trata-se de mera intuição ou conjectura do julgador que foi aceita pelos demais ministros como um fato notório ou uma regra de experiência sem maiores questionamentos.

É verdade que não fazia parte cultura do Judiciário no Brasil que os julgamentos tomassem como fundamento os efeitos sociais e econômicos da decisão judicial, pois era pressuposto que essa análise era incumbência do legislador. Aos juízes caberia exclusivamente a aplicação das leis aos casos submetidos ao seu crivo, sendo o Poder Legislativo a instituição própria para o ajuste de eventuais disfunções sociais e econômicas.

Todavia, esse paradigma que afasta qualquer dever dos juízes de considerar os efeitos sociais e econômicos dos julgamentos foi concebido em um contexto histórico em que que texto, norma e regra se confundiam, momento em que os Códigos tinham a ambição de disciplinar na plenitude as relações sociais. No atual paradigma em que há clara distinção entre texto e norma, que possui regras e princípios como espécies normativas, bem como em que os princípios passaram a ser adotados como fundamento para a imposição de condutas, sem

[678] BRASIL. STF, Pleno, RE nº 134509, Rel. p/ acórdão Min. Sepúlveda Pertence, j. 29/05/2002
[679]BRASIL. STF, Pleno, Recurso Extraordinário nº 407.688, Rel. Ministro Cézar Peluso, Dje 06/10/2006.

qualquer regra que possa ser atribuída diretamente ao Legislativo, não há possibilidade de manutenção desse arquétipo de conduta judicial. Afinal, nesses casos os efeitos sociais e econômicos da decisão judicial sequer poderiam ser previstos pelo Legislador.

Carlos Ari Sundfeld[680] adverte que a generalidade e abstração dos princípios pode estimular "preguiça" do magistrado na hora de proferir decisões, pois a partir de simples jargões ou figuras retóricas pode invocar um princípio como fundamento decisório sem apoio em premissas teóricas consistentes, em decisões dos Tribunais Superiores e até mesmo sem atentar para eventuais consequências práticas.

Os arts. 20 a 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, acrescentados pela Lei nº 13.655/2018, impõem aos magistrados a vedação de decidir acerca de invalidação de atos, contratos e demais instrumentos de direito administrativo com base em valores jurídicos abstratos sem considerar as consequências práticas da decisão.

Edilson Pereira Nobre Júnior[681] ressalta que "isso não vai ao ponto de se impor uma prevalência do paradigma consequencialista sobre a legalidade, mas sim objetiva que, de alguma forma, sejam ponderados os efeitos reais das decisões pela autoridade competente quando se encontrar diante da necessidade de concretizar a norma jurídica".

Para Marçal Justem Filho[682] a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro não exige que o magistrado passe a deter conhecimentos sobre-humanos e possa prever o futuro, mas apenas que se utilize de elementos empíricos ao seu alcance para que diante de casos jurídicos que permitam mais de uma solução possível, tome aquele que trará maiores benefícios ou menos prejuízos aos interesses da coletividade.

Nesse contexto, as audiências públicas probatórias no âmbito do IRDR surgem como mecanismo eficiente para afastar as decisões meramente intuitivas e exigem constatação empírica racional por técnicos, excluídos os juristas. A não-adoção de processos racionais de apreciação dos fatos legislativos e das consequências econômicas e sociais poderá ensejar

[680] SUNDFELD, Carlos Ary. *Direito Administrativo para céticos.* São Paulo: Malheiros, 2014, p. 205.
[681] NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *As Normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro*: paradigmas para a interpretação e aplicação do direito administrativo. São Paulo: Contracorrente, 2019, p. 55.
[682] JUSTEM FILHO, Marçal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), nov. 2018, p. 31.

decisões lastreadas apenas em conjecturas e opinião do próprio julgador, comprometendo a idoneidade e a razão de ser do mecanismo processual.

6.4.2. Requisitos da Audiência Pública no IRDR

Fixada a premissa de que a audiência pública no âmbito do IRDR é um mecanismo de instrução processual para aferir os fatos legislativos e os efeitos econômicos e sociais da decisão formadora do precedente, revela-se necessário perquirir quais os requisitos exigidos para que o Relator determine a sua convocação.

Inicialmente é importante ressaltar que o direito à produção probatória possui fundamento no art. 5º, LIV, da Carta Magna; no art. 8º do Pacto de São José da Costa Rica, incorporado pelo Decreto nº 678/69; e no art. 369 do Código de Processo Civil. Essa disciplina normativa abrange a prova tanto dos fatos adjudicativos quando dos fatos legislativos, não existindo razão para restringir seu alcance aos primeiros.

O direito constitucional à prova não significa, contudo, que existe a necessidade de se promover produção probatória em todo e qualquer processo submetido ao crivo do Poder Judiciário no país, por mero ato de vontade das partes ou do magistrado. E mais, também não possibilita que todo e qualquer meio de prova seja utilizado. Assim, o deferimento de produção de provas exige uma demonstração nos autos de que a referida diligência se revela legalmente autorizada e que é necessária e adequada para o julgamento em questão.

Nesse sentido são pertinentes as palavras de Eduardo Cambi[683] quando afirma que o direito constitucional à prova tem dois aspectos: um negativo e outro positivo. O primeiro seria a vedação de serem criados obstáculos legislativos que tornem impossível ou extremamente difícil valer-se das provas necessárias para a demonstração dos fatos necessários ao julgamento de determinado processo. O segundo tem por finalidade a necessidade de criação de instrumentos idôneos para a comprovação dos referidos fatos.

A partir desse contexto, emerge como importante ferramenta para o deferimento de qualquer medida com caráter probatório a utilização do denominado princípio da máxima eficiência dos meios probatório. Segundo William Santos Ferreira[684] este princípio funciona como vetor para que se tenha como relevante, dentro de determinado sistema processual

[683] CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001, v. 3, p. 170.
[684] FERREIRA, William Santos. *Princípios Fundamentais da Prova Cível*. São Paulo: RT, 2014, p. 184-186.

probatório, não a quantidade de meios de prova existentes (aspecto quantitativo), mas qualidade dos meios de prova utilizados para atingir os fins desejados (aspecto qualitativo).

Essa a razão pela qual, nos casos em que não haja controvérsia sobre os fatos legislativos e nem necessidade de se projetarem as consequências econômicas ou sociais do precedente, devem ser indeferidos todos os pedidos de realização de audiências públicas no IRDR por serem inúteis ou meramente protelatórios. Por sua vez, em havendo necessidade de produção probatória na formação do precedente, é dever dos sujeitos processuais utilizarem o meio de prova que tenha melhor potencial para demonstrar o "*thema probandum*" e ao mesmo tempo não promova custos financeiros desnecessário e dilação indevida do tempo de tramitação processual.

A menção aos sujeitos processuais, e não apenas ao magistrado, se dá em virtude de que no modelo cooperativo de processo adotado pelo atual Código de Processo Civil a prova não tem como destinatário apenas o Estado-Juiz, mas todos aqueles que participam do contraditório, incluindo terceiros interessados na lide, para que ao final, formem seu convencimento em relação aos fatos e possam formular juízo seguro sobre a viabilidade recursal, minimizando perdas.

Como ensina Evanna Soares[685] as provas colhidas na audiência além de ter a função de subsidiar quem irá tomar a decisão, também possuem a finalidade de legitimar o processo decisório a partir do convencimento daqueles que participam do processo e daqueles que, ainda que indiretamente, serão afetados pela decisão ou mesmo os que pretendem exercer alguma espécie de controle público.

Esse aspecto foi objeto de debates no Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), que acabou resultando no Enunciado nº 50: "(art. 369; art. 370, caput) Os destinatários da prova são aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz".

A prova dos fatos legislativos e a previsão das consequências econômicas ou sociais do precedente é algo que não pode ser realizado por qualquer pessoa, mas apenas por aquelas que tenham experiência e conhecimento na matéria, conforme previsão do art. 983, §1º, do

[685] SOARES, Evanna. A audiência pública no processo administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, n. 229, jul./set. 2002.

Código de Processo Civil. Esse aspecto permite concluir que o contexto da norma é completamente associado aos campos do conhecimento em que a expertise dos magistrados é insuficiente, o que desde logo torna estranha a realização das audiências públicas para exposição de teses apenas de direito.

Conforme aduz Edilson Vitorelli[686], a participação processual de terceiros na formação de precedentes deve levar em conta a eficiência processual, razão pela qual não se pode demandar a implantação de estruturas processuais cujos custos sejam substancialmente superiores aos benefícios sociais que ocasionam, e quando o benefício pode ser realizado de maneira menos custosa por outro meio.

O próprio Peter Häberle, ao defender a ampliação do direito de participação no processo de interpretação constitucional para todos aqueles que possam viver e sentir os efeitos da norma, sugere a realização de audiências e/ou intervenções de terceiros (*amicus curiae*), sem designar a preferência por qualquer desses instrumentos[687].

Nesse contexto as audiências públicas judiciais precisam observar um mínimo de dispêndio de tempo, recursos humanos e dinheiro. E, nesse aspecto, torna-se importante ao magistrado justificar se a convocação da audiência pública judicial é necessária nas hipóteses em que já há a admissão de terceiros participando na condição de *amicus curiae*.

A preferência pela manifestação por escrito em detrimento da oral em relação às provas periciais ocorre no processo civil comum, pois o art. 477, §3º, do Código de Processo Civil dispõe que a regra será o perito judicial apresentar a conclusão de seus trabalhos através de laudo pericial depositado em juízo. Apenas se ainda houver necessidade de novos esclarecimentos é que o juiz poderá mandar intimar o perito a comparecer à audiência de instrução e julgamento, formulando, desde logo, as perguntas.

Essa é a razão pela qual entendemos que o art. 983, §1º, do Código de Processo Civil, ao estabelecer que o Relator poderá designar audiência pública no âmbito do IRDR, não confere uma discricionariedade na produção probatória dos fatos legislativos ou e eventuais

686 VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p. 193-195.
687 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralística e 'procedimental' da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 15.

consequências econômicas e sociais da decisão, mas reserva uma permissão para que o magistrado, de forma fundamentada, demonstre que a designação da audiência pública é necessária à formação do precedente e que não será possível atingi-la de forma tão qualitativa através do *amicus curiae* apenas. Em outras, palavras, o Relator, em havendo necessidade de produção probatória na formação do precedente, poderá designar audiência pública caso entenda que os outros instrumentos processuais não serão capazes de cumprir esta finalidade de forma eficiente.

E não poderia ser diferente, pois a produção probatória é um direito constitucional das partes e de toda sociedade nas decisões destinadas a formar precedentes, como é o caso do IRDR, não se admitindo seu indeferimento por mera discricionariedade do Relator. Ademais, só será possível o deferimento de realização de audiência pública nas hipóteses em que existe necessidade de dilação probatória caso demonstrado que o objeto da prova não seria possível de alcançar através de outro meio (*amicus curiae*), sob pena de descumprir o princípio da eficiência processual constante do art. 8º do Código de Processo Civil.

Nesse sentido autores como Gustavo Torres Soares[688] sustentam que a prova técnica ou científica na audiência pública está muito mais próxima do regramento da figura do *amicus curiae* do que da prova pericial do Código de Processo Civil. Como ambos mecanismos são utilizados como meio de prova de fatos (legislativos ou adjudicativos) que exigem intermediação de pessoas com conhecimento específico, não há empecilho para que determinados aspectos de um desses meios de prova sejam transpostos para o outro.

Podemos concluir, assim, que são requisitos para a convocação de uma audiência pública no âmbito do IRDR que haja necessidade de produção probatória de fatos legislativos ou prognoses, bem como que que não seja possível realizar a produção dessa prova de forma tão qualitativa através do *amicus curiae* ou outro meio, em homenagem ao princípio da eficiência processual.

6.4.3. Critérios de Seleção dos Participantes da Audiência Pública

A exigência de pessoas com "experiência e conhecimento na matéria" (CPC, art. 983, §1º) indica que o texto legislativo está preocupado com a obtenção de informações de

[688] SOARES, Gustavo Torres. A Perícia no controle concentrado de constitucionalidade. Debates em Direito Público. *Revista de Direito dos Advogados da União*, n. 2, 2003, v. 2, p. 206-224.

indivíduos com algum tipo de conhecimento específico sobre determinado tema. Esse conhecimento, por sua vez, não poderia ser jurídico, vez que as audiências públicas são destinadas a suprir a deficiência cognitiva dos magistrados em relação a aspectos técnicos ou científicos dos fatos legislativos ou das prognoses aos quais eles não tem o dever de conhecer.

Portanto, apenas uma parcela da sociedade poderia ser passível de convocação para uma audiência pública no âmbito do IRDR, e essa parcela deverá se ater a questões científicas e técnicas, sendo defeso que haja convocação apenas para opiniões jurídicas.

Há, portanto, tal como exsurge do cotejo entre os arts. 465 e 983, §1º, do Código de Processo Civil, uma certa semelhança de papeis entre os participantes da audiência pública e os tradicionais peritos, vez que ambos são chamados em juízo exatamente em virtude de possuírem conhecimento técnico ou científico que falta ao magistrado. Ademais, eles não substituem a atividade decisória do magistrado, não podem emitir opiniões jurídicas e apenas colaboram com manifestações técnicas ou científicas para que o juiz, após o trabalho crítico, forme sua convicção sobre os fatos.

Todavia, também existem algumas diferenças relevantes, pois enquanto os primeiros analisarão fatos legislativos e prognoses, os segundos terão como objeto fatos adjudicativos. Os peritos dos processos subjetivos tradicionalmente são nomeados individualmente e apresentam seus laudos, em regra, por escrito, já os participantes das audiências públicas são convocados ao lado de diversos outros cientistas com opiniões divergentes acerca do fenômeno e apresentarão seus conhecimentos de forma oral. Por fim, as controvérsias envolvendo os fatos legislativos e as prognoses pressupõem usualmente uma profunda divergência no âmbito da ciência, enquanto às relacionadas aos fatos adjudicativos não apresentam essa diferença sobre o aspecto científico do problema, mas sim se o caso sob análise pode ser subsumido em certa hipótese científica amplamente aceita.

Assim, se há a necessidade de um debate de disputas científicas acerca de fatos legislativos e prognoses, este só pode ser realizado por pessoas “com conhecimento e experiência na matéria” e com base em razões científicas.

Conforme aduz Michele Taruffo[689], "não é por acaso que vão aflorando como setor autônomo de pesquisa e estudo as chamadas "*forensic scie*nces", que estudam de modo específico precisamente as provas científicas". O autor afirma que atualmente o panorama das ciências que podem oferecer provas judiciais é completamente diferente, pois estão cada vez mais especializadas e não abordam somente a área de ciências exatas, incluindo-se nesse rol a genética, toxicologia, epidemiologia, bioquímica e até ciências humanas, como a sociologia, a economia e a antropologia, consideradas possíveis fontes de prova no processo civil.

O incremento relevante das teorias científicas acarreta a dificuldade de se controlar a qualidade das razões científicas, surgindo a necessidade de separar a boa ciência da má ciência. A má ciência ou pseudociência carece de validade científica e não pode servir de fonte confiável de prova para aferir um fato legislativo. Trata-se do que o direito estadunidense chama de fechar as portas dos Tribunais para o "lixo científico" (*junk science*)[690]: uma mistura de dados enviesados, inferências espúrias e malabarismos lógicos que não apresentam vantagem para a justificação de decisões jurídicas. São consideradas como "lixo científico", por exemplo, a astrologia e a máquina da verdade.

A experiência do direito dos Estados Unidos da América é muito importante nessa seara de peritos em disputas científicas, pois nos últimos anos o uso das provas científicas assumiu grande importância em muitos processos sobre danos derivados do uso de medicamentos lesivos ("*Bendectin cases")* ou da exposição a substâncias cancerígenas, como no "*Agent Orange case"*[691].

O caso Daubert vs Merrell Dow Pharmaceuticals[692], de 1993, pode ser considerado como o marco dessa reflexão no âmbito da Suprema Corte dos Estados Unidos. Nesse precedente a Suprema Corte Norte estadunidense estabeleceu alguns critérios de que o juiz deveria se utilizar como filtro de admissibilidade para permitir a produção de provas que se baseiem em ciência válida. Os critérios foram a) a falseabilidade da teoria e da técnica aplicada;

---

[689] TARUFFO, Michele. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. R*evista Forense, Rio de Janeiro, v.*. 355, mai-jun de 2001, p. 116.
[690] HUBER, Peter. *Galileo's Revenge: Junk Science in the Courtroom.* New York: Basic Books, 1991, p. 3.
[691] TARUFFO, Michele. *Le prove scientifiche nella recente esperienza statuniense.* RFDPC, Itália: Milano, ano 50, , n.1, mar. 1996, p.233.
[692] Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc. 509 U.S. 579 (1993). Trata-se de um caso em que era necessário apontar se existiam evidência científicas de que um medicamento antináusea para mulheres nos primeiros meses de gravidez acarretava malformações nas crianças.

b) o conhecimento da margem de erro; c) a publicação de dados em revistas científicas com *peer review*; d) a aceitação geral de tais dados por parte da comunidade científica relevante.

Importante ressaltar que o art. 702, "a", das *Federal Rules of Evidence*, legislação reguladora da produção, aquisição e valoração da prova no processo norte-americano, tomou como fonte o caso Daubert vs Merrell Dow Pharmaceuticals, e os demais casos que aplicaram os parâmetros ali definidos para a admissibilidade do *expert testimony*, com ênfase para o caso Kumho Tire. vs Carmichael (1999). Conforme entendimento da Suprema Corte dos Estados Unidos, neste último caso, a "Rule 702" não faz a distinção entre conhecimento técnico ou científico, mas deixa evidente que em ambos os casos é preciso a realização de uma prova pericial através de um *expert testimony*[693].

Segundo Luis Fernando Manzano[694], os parâmetros estabelecidos em Daubert vs Merrell Dow Pharmaceuticals realmente demonstram que é aspecto essencial para a credibilidade do julgamento a realização de um filtro acerca do reconhecimento científico do *expert* na comunidade e das razões científicas utilizadas perante o Tribunal. Foram abordados os problemas de validade, credibilidade e o uso correto da ciência como fonte de prova, pois nos Estados Unidos o juiz tem a incumbência de ser um *gatekeeper* no que se trata de admissibilidade de provas, ou de apreciação da confiabilidade da prova.

Esse julgado serve de guia para outros sistemas jurídicos, como o brasileiro, em que ainda é incipiente o estudo da necessidade de filtro científico para admissão de peritos ou participantes de audiências públicas, ressaltando a função do juiz na admissão da evidência científica, e particularmente, da *"expert testemony"* das audiências públicas.

É que tradicionalmente no Brasil só se levava em consideração o grau de escolaridade do perito (universitário) e não seu efetivo conhecimento da matéria ou as "razões cientificas' utilizadas quando da elaboração do laudo técnico.

Importante registrar que a regra que exigia apenas grau universitário do perito (CPC/73, art. 145, §1º) não foi reproduzida no atual Código de Processo Civil. Atualmente a redação requer apenas conhecimento técnico ou experiência do interessado, bem como a

[693] SILVA, Fernando Quadros da. O juiz e a análise da prova pericial. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná*, Curitiba, n. 9, 2018, p. 11-30.
[694] MANZANO, Luís Fernando Moraes de. *Prova Pericial. Admissibilidade e Assunção da Prova Científica e Técnica no Processo Brasileiro*. São Paulo: Editora Altas S.A. 2011, p. 202.

inscrição em cadastro formado pelo Tribunal ao qual se vincula o juiz (CPC, art. 156, §º). Essa regra permite que em alguns casos seja dispensada instrução formal do perito (grau universitário), como o entendido em extração de borracha no Amazonas[695], sendo boa opção legislativa nesse aspecto.

Todavia, existe uma preocupação centrada exclusivamente na figura do perito, não existindo qualquer menção acerca da necessidade de o mesmo demonstrar as razões científicas que irá utilizar, o que torna o regramento insuficiente para disciplinar a atuação dos participantes das audiências públicas no âmbito do IRDR. Assim, revela-se pertinente utilizar os parâmetros do precedente do caso *Daubert vs Merrell Dow Pharmaceuticals.*

Essa necessidade de adotar o parâmetro estadunidense se revela ainda maior pelo fato de que o conhecimento científico do perito vai ser entregue de forma oral em audiência, tal como os "*expert witnesses* ". Uma das características que diferencia o sistema norte-americano dos demais é que os peritos são ouvidos como testemunhas. Isso quer dizer que eles podem ser escolhidos pelas partes em juízo como fonte de conhecimento dos dados científicos que as mesmas considerarem úteis para a decisão. Então, as próprias partes pagam os peritos e os preparam para o testemunho. Obviamente que as partes selecionam os peritos mais preparados para testemunharem a seu favor ("*partisan selection*") e tendem a assegurar-se que seus testemunhos lhes favorecerão ("*partisan preparation*")[696].

Como já afirmado, deve ser afastado o dogma de que apenas o trabalho do perito "imparcial" merece ser considerado. Mais do que a imparcialidade do perito deve ser levada em conta a qualidade do laudo técnico emitido, seja ele pelo perito imparcial ou pelos assistentes técnicos. O ideal, inclusive, é que não haja indicação de participantes das audiências pelo Relator, pois forçará os julgadores a tentarem compreender melhor as razões de cada perito-cientista e formular um juízo com base na racionalidade, deixando de se aterem ao jargão de que "o perito é técnico imparcial e de confiança do juízo, e por isso suas posições gozam de presunção de veracidade do juízo".

[695] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, t. 4, p. 473.
[696] CAMPELLO, Lívia. Gaigher Bósio. As Provas e o Recurso à Ciência no Processo. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, n. 6, ano 6, 2005.

Apenas é importante ressaltar que em virtude do caráter aberto da audiência pública, destinada a formar precedentes, tanto especialistas vinculados a algum dos sujeitos processuais quanto meros interessados podem solicitar participação.

Não se deve esquecer que às partes é garantido o contraditório e não só podem como devem questionar a indicação do perito que elas entendam não atender à prescrição legal do conhecimento que o magistrado busca ou que não irão utilizar razões científicas na sua exposição, praticando a "junk Science" (má ciência).

O controle judicial dos fatos legislativos e das prognoses no âmbito do IRDR exige um considerável grau de confiabilidade. Para tanto, é essencial que os participantes da audiência pública sejam pessoas com reconhecida experiência ou com conhecimento na matéria e que utilizem razões aceitas na comunidade científica para sua exposição, ainda que não haja consenso sobre elas, nos termos dos parâmetros estabelecidos no caso *Daubert vs Merrell Dow Pharmaceuticals.*

Ensina Antoine Garapon[697] que o recurso à opinião pública quando se trata de matéria científica ou técnica é sempre perigoso, pois o povo não pode substituir-se aos especialistas que ele próprio delegou para esse fim. A multidão tende a escolher Barrabás.

O Tribunal deverá, dessa forma, atuar como um filtro (*gatekeeper)* e restringir a participação de pessoas sem reconhecimento da comunidade científica ou que pretendem utilizar o espaço para proferir meras opiniões ou conjecturas, sob pena de tornar o processo ineficiente, podendo ser utilizado como parâmetro as diretrizes do caso *Daubert vs Merrell Dow Pharmaceuticals.*

6.4.4. Deveres e direitos dos magistrados e demais sujeitos processuais

A audiência pública, tal como a audiência de instrução e julgamento, é realizada de portas abertas, presidida por magistrado, com a presença e participação de inúmeros outros sujeitos - partes, advogados, Ministério Público, Defensoria Pública, *amicus curiae*,- com a finalidade de ouvir pessoas com experiência e conhecimento em determinada matéria de conteúdo não –jurídico, cujo conhecimento é imprescindível para a adequada instrução do IRDR que será julgado pelo Tribunal.

[697] GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 93.

O Relator do IRDR exercerá dois papeis nos trabalhos: a) presidente da audiência; b) tomador do depoimento das pessoas com conhecimento e experiência na matéria.

Na função de presidente da audiência caberá ao Relator do IRDR: 1) manter o decoro na audiência; 2) ordenar que se retirem da sala de audiência os que se comportarem inconvenientemente; 3) requisitar, quando necessário, força policial; 4) tratar com urbanidade as partes, os advogados, os membros do Ministério Público e da Defensoria Pública e qualquer pessoa que participe do processo; 5) registrar em ata, com exatidão, todos os requerimentos apresentados em audiência. São deveres e direitos inerentes a qualquer magistrado que presida uma audiência (CPC, art. 360) e exigem postura serena e equilibrada.

Como ressalta Giovana Roriz[698], na função de tomador do depoimento das pessoas com conhecimento e experiência na matéria, deve o Relator do IRDR assumir uma postura assertiva quanto à instrução processual, demonstrando que realmente se preocupa com os argumentos que serão manifestados. Portanto, deve conduzir a audiência de forma a evitar manifestações estranhas aos limites da convocação e ao objeto da controvérsia e não permitir que eventual tempo disponibilizado para cada participante seja ultrapassado.

A designação de uma audiência pública pelo Relator do IRDR exige a presença de um magistrado para a condução do ato, mas não necessariamente um Desembargador ou Ministro. Evidente que a presença do próprio Relator confere maior prestígio ao evento, mas tendo em vista que a audiência pública é um ato de caráter eminentemente instrutório, revela-se plenamente possível sua delegação para um juiz convocado (instrutor) através de previsão no Regimento Interno do Tribunal.

Os demais magistrados da Corte que irão participar do julgamento do IRDR não possuem o dever de comparecer à audiência pública ou de enviarem representantes, sendo suficiente que tenham acesso ao conteúdo integral da mesma para poderem proferir seus votos quando do julgamento. Possuem, todavia, o direito de enviarem perguntas por escrito ao Relator ou caso compareçam de as formular diretamente aos peritos.

---

[698] RORIZ, Giovana Ferro de Souza. *Audiência Pública na Jurisdição Ordinária: mecanismo de aprimoramento da instrução processual com vistas ao adensamento de legitimidade da decisão judicial no Brasil*. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 190.

Em relação aos demais sujeitos processuais, seus deveres e direitos na audiência estão intrinsecamente ligados ao modelo cooperativo de processo e podem ser divididos em dois aspectos: a) divulgação da audiência; b) efetiva participação na audiência.

O direito de divulgação da audiência abrange a prerrogativa dos sujeitos processuais e dos participantes da audiência pública serem previamente intimados do local da audiência, do horário de início, do assunto que será discutido, da forma de exposição, do estabelecimento dos critérios que qualificam alguém como detentor de "conhecimento e experiência na matéria", da possibilidade dos *amici curiae* também participarem da audiência, da data em que será divulgada a lista dos habilitados, do tempo que cada um terá para expor seus pareceres, do procedimento a ser seguido, da possibilidade de formulação de perguntas pelos advogados dos sujeitos processuais e da quantidade de pessoas que se manifestarão.

Tendo em vista a relevância da audiência pública e todo o aparato que o evento envolve, deve-se evitar adiamentos por motivos de ausência de comparecimento de alguns dos sujeitos processuais, ainda que esse motivo seja justificado. O princípio da eficiência processual impõe como medida mitigadora dessa possibilidade que todas as instituições indiquem suplentes para atuar em caso de impossibilidade do titular e os advogados que atuem isoladamente e não poderem comparecer devem indicar previamente perguntas por escrito ou serem substituídos por algum profissional indicado pela Ordem dos Advogados.

A efetiva participação na audiência dos sujeitos processuais está associada ao contraditório no modelo cooperativo de processo, perspectiva que supera o mero conteúdo formal de informação/possibilidade de reação das partes (bilateralidade de audiência) e consagra o contraditório substancial ou contraditório-influência. Nesta perspectiva, o contraditório adquire uma dimensão maior e passa a ser entendido como a garantia de efetiva participação das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de influírem, em igualdade de condições, no convencimento do juiz, ajudando na descrição dos fatos, na produção de provas e no debate das questões de direito[699].

[699] CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Atendibilidade dos Fatos Supervenientes no Processo Civil: Uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 56-57.

Como aduz Teressa Arruda Wambier[700], todos os sujeitos da relação jurídica processual formam uma comunidade de trabalho, incluído o magistrado, sendo vedado a este proferir decisões sem antes ter dado às partes o poder de participar do convencimento.

Assim, corolário do contraditório-substancial presente no modelo cooperativo de processo, o direito de efetiva participação na audiência abrange quatro aspectos para os sujeitos processuais: a) a análise da necessidade de produção da prova; b) o direito de participar de sua produção; c) o direito de falar sobre os seus resultados; d) o direito de ver a prova valorada pelo magistrado. Esses aspectos do direito probatório estão intrinsecamente relacionados com a eficiência processual, pois tem como finalidade impedir a produção de uma prova desnecessária, evitar a repetição de uma prova e prevenir que eventual decisão meritória seja anulada por ausência de oportunidade de as partes influírem na valoração da prova, criando custos desnecessários e aumento de tempo da tramitação processual.

Considerando que a realização das audiências públicas no âmbito do IRDR se caracteriza como um instrumento de produção probatória, revela-se necessário que esses quatro aspectos sejam amplamente respeitados, com a ocorrência de um efetivo diálogo entre magistrados, partes e demais sujeito processuais, sob pena de violação do contraditório e da eficiência processual.

A determinação de realização de uma audiência pública ou a sua negativa, sem que antes seja dada oportunidade de as partes e demais sujeitos processuais se manifestarem previamente, aumenta as chances de serem deferidas diligências inúteis ou meramente protelatórias, bem como de que haja recusa de uma medida necessária. Portanto, é forçoso reconhecer que é direito das partes e dos demais sujeitos processuais se manifestarem acerca da necessidade de realização da audiência pública, indicando se os requisitos estão ou não presentes, bem como é dever do Relator decidir esse tema de forma fundamentada.

O direito de participar de sua produção abrange, ainda, a possibilidade de os sujeitos processuais, através de advogado, formularem perguntas e esclarecerem dúvidas aos participantes das audiências. É importante observar que tal procedimento não vem sendo observado nas audiências públicas realizadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que parte do entendimento de que o participante da audiência não é testemunha, mas sim um profissional

[700] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Embargos de declaração e omissão do juiz*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 309-310.

técnico e, como tal, não se submete à inquirição seja das partes, de qualquer interessado ou do Ministério Público.

Nesse ponto importante transcrever como exemplo trecho das notas taquigráficas da audiência pública realizada na ADPF 101701, cuja Relatora foi a Ministra Carmen Lúcia:

> O que se pretende aqui, evidentemente, não é a sustentação oral da tese jurídica, mas a colheita de informações, esclarecimentos sobre as questões que perpassam a importação ou não desses resíduos.
> [...]
> Reitero, que não se trata de contraditório, segue-se, aqui, na Audiência Pública rigorosamente os termos regimentais do Supremo Tribunal Federal, pelo que não se admitirá nenhuma manifestação contra qualquer das apresentações feitas.

Entendemos que tal posição viola frontalmente o contraditório substancial e não pode ser aplicada nas audiências públicas no âmbito do IRDR. O regramento que deve ser aplicado é o do art. 469, parágrafo único, do Código de Processo Civil, quando enfatiza que as partes têm o direito de formular quesitos, que poderão ser respondidos previamente ou na audiência de instrução e julgamento, no caso, a audiência pública.

Todavia, nada impede que por questão de economia de tempo (eficiência processual) os demais sujeitos processuais formulem previamente, por escrito, as perguntas e o *expert* responda em audiência os argumentos que foram considerados pertinentes pelo Relator. Também, tendo em vista a necessidade de otimizar a questão de tempo, a eficiência processual permite que sejam proibidos debates (réplica e tréplica) na audiência pública entre os diversos peritos, limitando-se o *expert* a responder às questões formuladas. Nesse ponto poderia ser aplicado o dispositivo do art. 477, § 4º, do Código de Processo Civil, o qual dispõe que o perito será intimado por meio eletrônico, com pelo menos dez dias de antecedência da audiência.

Depois, e não menos importante, é o direito de as partes e demais sujeitos processuais falarem sobre a prova produzida em um tempo razoável. Essa possibilidade também integra o conteúdo do contraditório substancial. Mormente na prova pericial, deve-se garantir às partes e aos seus assistentes técnicos amplo acesso a todas as atividades do perito. Para o exercício dessa faculdade é essencial que haja a disponibilização posterior do conteúdo da audiência no sítio eletrônico do Tribunal ou por outras formas que não configurem restrição a esse direito.

[701] BRASIL. STF, ADPF 101. Notas taquigráficas da Audiência Pública, 27 jun. 2008, p. 3 e 13.

O direito de os sujeitos processuais falarem sobre a prova produzida e de verem a prova valorada impõe ao juiz que leve em conta as razõesapresentadas, pois, ainda que não se convença a partir da prova produzida, tem o dever de apreciá-la expondo as razões que o levaram a valorar positivamente uma tese científica e não outras, conforme exigência do art. 489 do Código de Processo Civil.

6.4.5. Despacho de convocação da Audiência Pública

Como já ressaltado, as audiências públicas a serem realizadas no âmbito do IRDR devem procurar cumprir o princípio da eficiência, ouvindo pessoas com experiência e conhecimento acerca dos fatos legislativos e das consequências econômicas e sociais da decisão, mas observando um mínimo de dispêndio de tempo, recursos humanos e dinheiro.

Assim, uma vez decidido pelo Relator que há necessidade de realização da audiência pública no âmbito do IRDR, revela-se essencial que o despacho de convocação estabeleça alguns balizamentos, notadamente em função da ausência de previsão normativa de alguns aspectos desse instrumento no Código de Processo Civil e no Regimento Interno dos diversos Tribunais[702], que se limitam a prever a possibilidade de sua realização.

Nesse ponto, deve-se ir além da previsão sintética do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que se restringe a estabelecer a competência do Presidente da Corte ou do Relator do processo para convocar a audiência pública, que deverá ser garantida a participação das diversas correntes de opinião, bem como que cabe ao Ministro Relator selecionar as pessoas que serão ouvidas, determinar a ordem dos trabalhos e fixar o tempo de que cada um disporá para se manifestar (RISTF, art. 154, parágrafo único, III).

É que o formato da audiência pública dado pelo Regimento Interno do Pretório Excelso pode variar considerando a ampla liberdade que o relator tem para definir não somente quem participará, mas também as regras de interação entre os expositores. Essa possibilidade tem um efeito perverso, pois os participantes da audiência e o objeto do debate poderão variar de acordo com o pensamento do Relator.

[702] O Regimento Internos dos cinco Tribunais Regionais Federais do pais não contém qualquer disciplina acerca do procedimento de convocação da audiência, da publicidade da mesma, do procedimento a ser realizado, dos deveres e direitos dos participantes etc.

Portanto, a necessidade de um despacho de convocação fundamentado e com a observância de certos requisitos no âmbito das audiências públicas do IRDR é corolário do dever de agir em conformidade com a boa-fé objetiva, presente no modelo cooperativo de processo, que se funda em padrões de conduta social para estabilizar as interações intersubjetivas, evitando surpresas, prevenindo comportamentos contraditórios e coibindo abusos de direito. O dever de comportar-se de acordo com a boa-fé objetiva não é apenas das partes, mas de todo aquele que participa do processo.

O despacho de convocação de uma audiência pública exige, portanto, que sejam observados alguns requisitos, o que impõe ônus argumentativo ao Relator do IRDR. Inicialmente, devem estar fundamentadas no despacho convocatório a finalidade da audiência pública e a presença dos requisitos para sua realização, vez que conforme examinamos no tópico anterior a convocação não é ato discricionário e exige que o Relator justifique a impossibilidade de se atingir a finalidade através de outros meios que demandam menos tempo de tramitação processual e menos dispêndio de recursos humanos e dinheiro.

Outros aspectos obrigatórios são o local da audiência, o horário de início, o assunto que será discutido, a forma, o prazo de inscrição, o estabelecimento dos critérios que qualificam alguém como detentor de "conhecimento e experiência na matéria", a possibilidade dos *amici curiae* também participarem da audiência, a data em que será divulgada a lista dos habilitados, o tempo que cada um terá para expor seus pareceres, o procedimento a ser seguido, a possibilidade de formulação de perguntas pelos advogados dos sujeitos processuais, bem como a quantidade de pessoas que se manifestarão na audiência pública, a fim de permitir o controle social e o questionamento dos interessados que venham a ter seu pedido indeferido, evitando discursos de perseguição ou favorecimento.

Um procedimento interessante para permitir algum grau de participação daqueles que atendem os critérios de habilitação, mas não poderão ser ouvidos em virtude da grande quantidade de interessados, foi adotado pelo Ministro Luiz Fux[703], quando determinou em despacho convocatório de audiência pública realizada no âmbito do Pretório Excelso que os requerentes não ouvidos poderiam enviar documentos com suas conclusões para o e-mail

[703] BRASIL. STF. Despacho de Convocação de Audiência Pública: Audiência Pública – Lei nº 11.705/2008 – Lei Seca. DJ 1/12/2011**.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdin4103/anexo/Referente_ao_Despacho_de_Convocacao_de_Audiencia_Publica.pdf >. Acesso: em: 20 fev. 2019.

institucional de seu gabinete, bem como que o material enviado seria disponibilizado no portal eletrônico da Corte. Nada impede, ainda, que algumas pessoas habilitadas figurem na condição de suplente caso o selecionado, por algum motivo, não possa comparecer no dia.

Na ausência de previsão no Regimento Interno do Tribunal, também se revela necessário que conste no despacho convocatório os meios e a forma de publicidade do ato, tal como a transmissão ao vivo pelas redes sociais ou pelo canal do youtube do Tribunal, a forma de disponibilização posterior do conteúdo da audiência no sítio eletrônico do Tribunal e o credenciamento dos órgãos de imprensa e do público em geral.

A própria natureza da audiência pública e o fato de a mesma se destinar a formar precedente de natureza geral impede que se coloque o ato em segredo de justiça ou que haja limitação total à cobertura do evento pela imprensa e à presença do público em geral.

O ideal é que os Regimentos Internos do Tribunal efetuem a previsão desses requisitos, mas na ausência dessa normatização esses deveres ínsitos ao despacho convocatório podem ser exigidos em função cláusula geral da boa-fé objetiva, decorrente do modelo cooperativo de processo.

6.4.6. O rito da Audiência Pública no IRDR

Não há previsão legal do rito que deverá ser adotado na realização da audiência pública no âmbito do IRDR, razão pela qual existe uma grande divergência nos diversos Tribunais do país acerca do procedimento a ser utilizado durante a realização do ato. Em consulta aos Regimentos Internos do Tribunais Regionais Federais constatamos que em nenhum deles há previsão do rito a ser seguido nas audiências públicas.

A previsão legal ou regimental de procedimentos estabelecidos é fator que garante previsibilidade da ordem dos trabalhos, previne perseguições ou favorecimentos na condução do processo e funciona como vetor de estabilidade dos sujeitos processuais. Ademais, a adoção de determinado rito sem levar em conta suas finalidades e peculiaridades pode desvirtuar o instituto e atuar como fator de ofensa à eficiência processual.

Como exemplo dessa problemática podemos destacar que o Supremo Tribunal Federal vem aplicando divergentes ritos nas suas audiências públicas, a depender do Relator.

Na primeira audiência pública realizada no Supremo Tribunal Federal, no bojo da ADI nº 3510, que questionava dispositivos da Lei de Biossegurança (Lei nº 11105/05), o Ministro Relator, Carlos Britto, informou que, apesar de haver previsão legal para a realização da audiência (parágrafo 1º, do artigo 9º, da Lei 9868/99), não havia no âmbito do STF norma regimental dispondo sobre o procedimento. Desta forma, o Ministro decidiu adotar os parâmetros do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, do qual constam dispositivos que tratam especificamente de audiências públicas (arts. 255 até 258 do RICD).

Nesse contexto, Mônica Leal e Rosana Mass[704] informam que as primeiras audiências públicas aplicaram em relação ao procedimento o Regimento Interno da Câmara dos Deputados, o que se revelava plenamente inadequado, vez que o debate parlamentar funciona de um modo distinto dos pronunciamentos judiciais, notadamente no tocante ao exercício do contraditório e ao discurso técnico e sem discussões partidárias.

Posteriormente, a audiência pública foi regulada pelo art. 154, III, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, instituído pela Emenda Regimental nº 29/09, que possui a seguinte redação:

> Art. 154.
> [...]
> Parágrafo único. A audiência prevista no inciso III observará o seguinte procedimento:
> I – o despacho que a convocar será amplamente divulgado e fixará prazo para a indicação das pessoas a serem ouvidas;
> II – havendo defensores e opositores relativamente à matéria objeto da audiência, será garantida a participação das diversas correntes de opinião;
> III – caberá ao ministro que presidir a audiência pública selecionar as pessoas que serão ouvidas, divulgar a lista dos habilitados, determinando a ordem dos trabalhos e fixando o tempo que cada um disporá para se manifestar;
> IV – o depoente deverá limitar-se ao tema ou questão em debate;
> V – a audiência pública será transmitida pela TV Justiça e pela Rádio Justiça;
> VI – os trabalhos da audiência pública serão registrados e juntados aos autos do processo, quando for o caso, ou arquivados no âmbito da Presidência;
> VII – os casos omissos serão resolvidos pelo ministro que convocar a audiência.

Não obstante o lado positivo de ter o Supremo Tribunal Federal estabelecido um procedimento, podemos considerar que o referido rito deixou de regular alguns aspectos essenciais e que suscitam questionamentos, como o tempo dedicado a cada participante, a possibilidade ou não de perguntas pelos advogados depois das exposições, o critério de escolha

[704] LEAL, Mônica; MAAS, Rosana. Audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal sobre a lei de biossegurança como forma de ocorrência da figura do amicus curiae. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, (RECHTD), 2(1), Unisinos, jan./jun. 2010, p. 41.

dos participantes, a distinção entre ser ouvido na condição de terceiro interessado, admitido como *amicus curiae* ou apenas como participante.

Outro aspecto problemático é a referência a "defensores e opositores" da tese em discussão. Trata-se de uma lógica binária que sugere uma tese central que se reputa certa ou errada, exigindo que os participantes se posicionem em um ou outo extremo. Acontece que um modelo de audiência pública no modelo cooperativo de processo deve pressupor posições múltiplas, que podem ser em alguns aspectos convergentes e em outros divergentes, sem maniqueísmos.

As referidas lacunas e contradições vem ocasionando no Pretório Excelso profunda divergência no tocante a esses aspectos, servindo como exemplos as audiências públicas realizadas nas ADPF 101 (importação pneus usados) e ADPF 54 (feto anencéfalo). Na audiência pública referente à importação de pneus usados, ao invés de determinar as exposições em blocos favoráveis e contrários à norma objeto de controle, buscou-se realizar a atividade de uma maneira alternada, intercalando sujeitos contrários e favoráveis à norma controlada. Por sua vez, a audiência pública atinente aos fetos anencéfalos a ordem das apresentações não foi determinada pelo conteúdo da opinião, mas sim pelo segmento ao qual o orador integrava, sendo no primeiro dia as entidades religiosas, no segundo, especialistas técnico-científicos; no terceiro, os demais segmentos sociais[705]. Em nenhuma delas houve possibilidade de os advogados dos sujeitos processuais formularem perguntas aos *experts*.

Portanto, os termos da redação do art. 154, III, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal não fornecerão aos demais Tribunais um rito suficiente para esclarecer todos os aspectos problemáticos que podem e devem surgir durante a realização do evento. E mais, a lógica de não permitir que os advogados formulem perguntas aos especialistas faz concluir que o rito foi pensado a partir da lógica das audiências legitimatórias e não das audiências probatórias.

Entendemos, portanto, que na ausência de um disciplinamento mais específico no Regimento Interno dos Tribunais, deverá ser especificado pelo Relator no despacho convocatório um rito em conformidade com o modelo cooperativo de processo, podendo ser adaptado com algumas peculiaridades aquele constante para a audiência de instrução e

[705]VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

julgamento. Afinal, as audiências públicas no âmbito do IRDR possuem finalidade essencialmente probatória, podendo ser aplicado como regra geral o tratamento jurídico conferido para oitiva dos peritos e assistentes técnicos (CPC, art. 361, I).

Os especialistas funcionariam como peritos e alguns *amici curiae* como assistentes, com possibilidade de perguntas por parte dos advogados dos sujeitos processuais, mas sem debates entre eles. Ademais, em virtude do princípio da eficiência poderiam ser especificadas algumas condições no despacho convocatório, conforme analisamos naquele tópico.

6.5. AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO IRDR E INSTITUTOS ANÁLOGOS

6.5.1. Audiência de Instrução e Julgamento

Verificamos bastantes semelhanças entre as audiências de instrução e julgamento (CPC, arts. 358 a 368) e as audiências públicas no âmbito do IRDR, (CPC, art. 983, §1º).

Como bem asseveram Fredie Didier Jr., Paulo Sarno Braga e Rafael de Oliveira[706] a audiência de instrução e julgamento e a audiência pública possuem vários traços em comum, pois são sessões públicas, que transcorrem de portas abertas, presidida por órgão jurisdicional, com a presença de inúmeros outros sujeitos processuais e que tem por escopos principais produzir prova de fatos (legislativos ou adjudicativos) e debater a causa. Ademais, ambas audiências são instrumentos meramente acidentais do processo, sendo perfeitamente possível a realização de um processo subjetivo sem a realização de audiência de instrução (CPC, art. 355) ou de um IRDR sem uma audiência pública.

Anderson Moraes[707] faz um paralelo entre a audiência pública realizada nos Tribunais para formar precedentes e a audiência de instrução, feita em juízo e composta pelas partes de um processo judicial subjetivo, afirmando que a primeira é um alargamento da segunda, uma abertura à participação do público indefinido num processo que tem partes igualmente indefinidas. Esse alargamento de sujeitos processuais exige maiores rigores no tocante à publicidade e à divulgação da primeira, mas não as torna figuras processuais dissociáveis e sem possibilidade de compartilharem regramentos.

---

[706] DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil.* Salvador: Juspodivm, 2016, v. 2, p. 40.

[707] MORAES, Anderson Júnio Leal. Audiências públicas como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional. 119 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, p. 79.

É verdade que a audiência pública é um instrumento projetado para os Tribunais enquanto a audiência de instrução é voltada precipuamente para os juízos de primeiro grau. Ademais, enquanto a audiência de instrução tem por objeto fatos adjudicativos, a audiência pública tem por finalidade fatos legislativos ou análise das consequências econômicas e sociais.

Todavia, essas pequenas diferenças são acessórias, e não substanciais, como acontece, por exemplo, entre as audiências públicas legitimatórias e probatórias no âmbito do Supremo Tribunal Federal, cujos requisitos e pressupostos e fins imprimem um tratamento jurídico diverso a cada uma dessas modalidades.

Portanto, a semelhança de requisitos e finalidades da audiência de instrução e da audiência pública do IRDR, vez que ambas são destinadas à produção probatória, bem como são sessões públicas e que tem a participação de diversos sujeitos processuais, torna perfeitamente aplicável, de forma subsidiária, as regras da primeira em relação à segunda.

6.5.2. Amicus Curiae

Inicialmente é importante destacar que não é possível ser feita uma comparação entre as audiências públicas no âmbito do IRDR (uma sessão ou reunião) e o *amicus curiae* (um sujeito processual), mas sim entre "as pessoas com conhecimento e experiência na matéria" que podem ser ouvidas em audiências públicas (CPC, art. 983, §1º) e o *amicus curiae* (CPC, art. 138). Afinal, é pressuposto lógico que só exista comparação entre sujeitos ou objetos que contenham alguma aproximação ontológica, seja para apontar aquilo que compartilham de semelhante ou para ressaltar aquilo que os distancia.

Não obstante, através do recurso da figura de linguagem da metonímia, que consiste no uso de uma palavra no lugar de outra em virtude da associação entre elas, permite-se que seja utilizada a expressão audiência pública como sinônimo de "pessoas com conhecimento e experiência na matéria" que são ouvidas na referida sessão pública. É nesse contexto que utilizaremos a expressão audiência pública no presente tópico e faremos a comparação com *o amicus curiae*.

Por fim, é importante ressaltar que embora os *amici curiae* também possam ser ouvidos em audiência pública, um terceiro admitido como *amicus curiae* é processualmente distinto do terceiro que participa em audiência pública sem ter sido admitido nessa condição.

Já existia a previsão do *amicus curiae* em leis esparsas (Leis nº 6.875/76; nº 9.868/99; nº 9.882/99, nº 10.259/01; nº 12.529/2011), mas a possibilidade de aplicação ampla desse mecanismo só ocorreu com sua introdução no Código de Processo Civil de 2015, o qual estabeleceu que sua intervenção passou a ser possível em qualquer processo, desde que se trate de causa relevante, ou com tema muito específico ou que tenha repercussão social (art. 138, *caput,* CPC). O *amicus curiae* pode ser pessoa natural, pessoa jurídica ou órgão ou entidade especializada, desde que tenha representatividade adequada, ou seja, precisa ter algum vínculo relevante com a questão litigiosa (não com uma das partes) e precisa contribuir de forma qualificada para a sua solução. Pode haver mais de um *amicus curiae* no processo.

A intervenção do *amicus curiae* será autorizada pelo órgão jurisdicional, de ofício ou a requerimento do ente interessado ou das partes. O Código de processo Civil colocou o *amicus curiae* como uma forma de intervenção de terceiros, razão pela qual sobre ele não se aplicam as regras sobre suspeição ou impedimento, aplicáveis aos auxiliares da justiça, mas precisa estar representado por advogado. Segundo decisão da Suprema Corte na ADIN-AgR 4.071[708], a participação de terceiro na condição de *amicus curiae* pode ser dar até a inclusão do feito em pauta para julgamento.

A intervenção do *amicus curiae* não altera competência e o mesmo tem poderes restritos, quais sejam: a) manifestação por escrito em quinze dias (CPC, art. 138, *caput*); b) legitimidade para opor embargos de declaração (CPC, art. 138, §1º). Todos os demais poderes dependem de autorização do Relator, como por exemplo a possibilidade de produzir provas e realizar sustentação oral.

Todavia, no âmbito do IRDR existe um aumento desses poderes restritos, pois os *amici curiae* por expressa dicção legal poderão requerer a juntada de documentos e eventuais diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida (CPC, art. 983), bem como interpor recurso contra acórdão que julgar o IRDR (CPC, art. 138, §3º).

Observa-se, portanto, que no âmbito do IRDR houve uma manifesta opção legislativa no sentido de que os *amici curiae* poderão atuar tanto com finalidade de apresentar argumentos jurídicos através da apresentação de manifestação por escrito quanto com a finalidade probatória através da apresentação de documentos. Ademais, no IRDR a produção probatória

[708] BRASIL. STF. ADI 4071-AgR. Rel. Min. Menezes Direito. DJE 22/04/2009.

através de documentos e eventual requerimento de diligências com tal fim não precisa de prévia autorização do Relator, diferentemente da disciplina geral.

A previsão de ouvir "pessoas com experiência e conhecimento na matéria" em audiências públicas judiciais já existia no âmbito do Supremo Tribunal Federal (Leis nº 9.868/99; nº 9.882/99 e RISTF), mas a possibilidade de aplicação desse mecanismo no Superior Tribunal de Justiça e nos Tribunais de Apelação só ocorreu com o atual Código de Processo Civil. A previsão está contida tanto na disciplina dos Recursos Especiais e Extraordinários Repetitivos (CPC, art. 1.038, II) quanto na do IRDR (CPC, art. 983, §1º).

A convocação de uma audiência pública no IRDR será autorizada pelo órgão jurisdicional, de ofício ou a requerimento, sempre que houver necessidade de produção probatória de fatos legislativos ou a necessidade de aferir futuros efeitos econômicos e sociais do precedente (prognose). As pessoas com experiência e conhecimento na matéria são necessariamente pessoas naturais, ainda que indicadas por órgãos ou entidades, e só podem se manifestar durante a audiência através de explicação técnica ou científica.

O Código de processo Civil não disciplinou de forma expressa a natureza jurídica dessas "pessoas com experiência e conhecimento na matéria". Entendemos que os mesmos, quando convocados diretamente pelos magistrados, são ouvidos na condição de peritos (auxiliares da Justiça) ou testemunhas (*expert witness*), a exemplo do direito estadunidense, ou ainda de assistente técnico, caso sejam indicados por uma das partes ou compareçam voluntariamente para assumir a defesa de certa posição. Não precisarão de advogados para se manifestarem e não possuem qualquer legitimidade recursal.

Como visto, o *amicus curiae*, no IRDR, tem previsão nos arts. 138 e 983, *caput*, do Código de Processo Civil e possui como principais características: a) ser pessoa natural, jurídica ou entidade, com representatividade; b) condição de terceiro com interesse institucional; c) necessitam atuar por meio de advogados quando comparecem voluntariamente; d) a matéria discutida no processo deve ser relevante, específica ou com repercussão social; e) sua participação pode ocorrer por decisão do Relator ou a pedido do próprio *amicus curiae*, sujeito à aprovação daquele; f) pode apresentar manifestação por escrito, interpor recurso de embargos de declaração ou contra a decisão final do IRDR, bem como outros poderes conferidos pelo Relator; g) possui finalidade argumentativa ou probatória.

Os participantes das audiências públicas no IRDR tem previsão nos arts. 983, §1º, do Código de Processo Civil e possui como principais características: a) ser pessoa natural; b) condição de auxiliar do juízo (perito) ou assistente técnico; c) não necessita atuar por meio de advogados; d) a matéria discutida necessita de produção probatória de fatos legislativos ou análise das consequências econômicas e sociais; e) sua participação pode ocorrer por decisão do Relator, de ofício, a pedido de outro sujeito processual ou manifestação espontânea; f) manifesta-se oralmente durante a audiência e está adstrito a explicação técnica ou científica de matéria extrajurídica; g) possui finalidade probatória.

Sintetizando as citadas peculiaridades e realçando as diferenças existentes, é importante para fins do presente trabalho ressaltar que o *amicus curiae* pode se manifestar livremente acerca do assunto controvertido (questões jurídicas ou extrajurídicas), enquanto as pessoas com" conhecimento e experiência na matéria" devem se ater a responder ou esclarecer questões relacionadas aos fatos legislativos ou análise das consequências econômicas e sociais.

6.6. A UTILIZAÇÃO EFICIENTE DA AUDIÊNCIA PÚBLICA NO IRDR

Encontrar a natureza jurídica de um instituto do Direito consiste em apreender os elementos fundamentais que integram sua composição específica, contrapondo-os, em seguida, ao conjunto mais próximo de figuras jurídicas, de modo a classificar o instituto enfocado no universo de figuras já existentes no Direito[709].

É que assim como existem pessoas com o mesmo nome, mas com características bem diferentes, também é possível que no mundo jurídico existam institutos com a mesma denominação *(nomen juris)*, porém com distintos requisitos, limites e possibilidades.

Verificamos que não obstante a existência da nomenclatura audiências públicas no âmbito dos Poderes Legislativo, Executivo e Legislativo, bem como que o instituto tenha surgido com a finalidade de ampliar o debate do processo decisório em cada uma das esferas, não há regime jurídico uniforme aplicável indistintamente e em qualquer situação a esses diversos modelos.

E mais, mesmo as audiências públicas judiciais previstas no âmbito do IRDR (art. 983, §1º, CPC) possuem requisitos e limites diversos daqueles presentes no Supremo Tribunal

[709] DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2015, p. 75.

Federal. Portanto, a utilização dos fundamentos jurídicos de uma por outra apenas com base na denominação idêntica pode acarretar consequências jurídicas desastrosas, hipertrofiando as potencialidades do instituto algumas vezes, descaracterizando-o em outras situações e até mesmo violando princípios processuais como a eficiência.

Como aduziu Gabriel García Márquez no romance "Cem Anos de Solidão", as coisas em Macondo, uma aldeia fictícia onde se passa a história, eram tão novas, mas tão novas, que elas ainda não tinham nome, de modo que as pessoas tinham de apontar para essas coisas quando se referiam a elas. Talvez apontar para as audiências públicas no âmbito do IRDR, instituto tão novo no direito brasileiro, causasse menos confusão do que utilizar uma nomenclatura mais associada ao debate do que à função probatória.

As audiências públicas no âmbito do IRDR estão mais próximas das denominadas audiências de instrução e julgamento, vez que são sessões públicas, que transcorrem de portas abertas, presidida por órgão jurisdicional, com a presença de inúmeros outros sujeitos processuais e que tem por escopo principal produzir prova.

É verdade que a audiência pública no âmbito do IRDR tem uma dupla natureza pública, pois é aberta tanto na possibilidade de terceiros presenciarem o evento quanto na possibilidade de terceiros "com experiência e conhecimento na matéria" se inscreverem para participarem da sessão. E nisso se diferencia da audiência de instrução e julgamento tradicional, vez que terceiros não podem se inscrever para atuar como peritos ou testemunhas em processos subjetivos específicos, sendo prerrogativa exclusiva das partes e dos magistrados.

O caráter probatório da audiência pública do IRDR é a característica a que deve ser dado o maior destaque na nomenclatura, pois era um instrumento até então inexistente no âmbito dos Tribunais de Apelação. Ademais, a audiência pública não pode ser utilizada apenas com a finalidade convocar pessoas para darem sua versão da interpretação constitucional. Nada impede, como acontece na audiência de instrução e julgamento, que após a produção probatória seja aberta a possibilidade de os sujeitos processuais ou os participantes se manifestarem sobre alguns aspectos jurídicos (CPC, art. 364), porém a audiência pública não pode ser convocada apenas com essa finalidade.

Portanto, defendemos que a denominação "audiência aberta de instrução" explicaria melhor o instituto e não causaria eventuais equívocos com o regime jurídico das demais

audiências públicas previstas no ordenamento jurídico. É evidente que a denominação de um instituto é algo meramente acessório, mas diante da ausência de nomenclatura específica, melhor seria criar uma, o que torna menos árdua a tarefa de compreensão dos requisitos e limites da referida categoria jurídica enquanto a mesma ainda não é consolidada pela doutrina e pela jurisprudência.

A referida denominação abrangeria as duas principais características do instituto, que são a natureza probatória (instrução) e a possibilidade de terceiros poderem participar mediante requerimento (aberta). Ademais, a expressão "aberta" está contida nas teorias de Karl Popper (sociedade aberta e seus inimigos) e na de Peter Häberle (sociedade aberta dos intépretes), consideradas a base teórica dessa possibilidade de sujeitos não-formais do processo participarem do processo de construção de precedentes nos Tribunais.

Ao tratarmos dos requisitos para a realização da audiência pública no âmbito do IRDR sustentamos que referido instrumento está muito próximo do regramento da figura do *amicus curiae*, podendo existir um diálogo entre os mesmos com a finalidade de promover o princípio da eficiência processual. Assim, não haveria empecilho para que o *amicus curiae* que atuasse com finalidade probatória e já tivesse apresentado documentos suficientes pudesse suprir a necessidade de convocação de audiência pública para comprovação de fatos legislativos ou da análise das consequências econômicas e sociais da futura decisão.

Um aspecto que poderia surgir como entrave da utilização do *amicus curiae* no lugar das pessoas com experiência e conhecimento da matéria (perito) das audiências públicas seria eventual parcialidade dos *amici curiae* e a exigência da imparcialidade feita em relação aos peritos pelo Código de Processo Civil (CPC, art. 465, §1º, I). Afinal, as audiências públicas poderiam ser convocadas de ofício pelo Relator para dirimir dúvidas existentes de fatos legislativos e das consequências econômicas e sociais da futura decisão, a partir de posições divergente dos *amici curiae.*

Sobre essa questão é relevante o pensamento de Eduardo José da Fonseca Costa[710], para quem os juízes e Tribunais habitualmente incorrerem em erro ao atribuir maior valor *per se* a um laudo pericial de um especialista nomeado pelo juízo do que em relação aos trabalhos dos assistentes técnicos das partes, ainda que nestes divise maior superioridade técnica, pelo

[710] COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a Imparcialidade a Sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 161-167.

simples fato de que o primeiro seria imparcial. Utilizam-se, normalmente, frases de efeito e sem originalidade, como, por exemplo, “o perito é técnico imparcial e de confiança do juízo, e por isso suas posições gozam de presunção de veracidade do juízo", deixando de examinar muitas vezes os fatos e as ligações causais que os interligam e até mesmo o uso de técnicas inadequadas pelo expert “imparcial”.

Como bem pontua Eduardo José da Fonseca Costa[711], decerto que a relação dos assistentes técnicos com as partes é algo que deve ser levado em conta pelo magistrado, mas isso não pode ser motivo para esses trabalhos serem imediatamente desqualificados (e até mesmo não lidos). Não há justificativa plausível para justificativas técnicas embasadas dos peritos técnicos serem descartadas pelo simples fato de que divergem do perito do juízo. Mais do que a imparcialidade do perito deve ser levada em conta a qualidade do laudo técnico emitido, seja ele pelo perito imparcial ou pelos assistentes técnicos. Afinal, um perito, mesmo imparcial, pode cometer equívocos, usar técnicas inadequadas e opinar sobre matéria jurídica.

Atenta Leonardo Greco[712] para “o temor dos advogados em relação à ditadura dos peritos, pois “no momento em que o juiz escolhe o perito, a confiança que nele deposita pode implicar com frequência em verdadeira delegação de jurisdição sobre a matéria técnico-cientifica e acrescenta que “pouca ou nenhuma influência na decisão judicial têm os pareceres críticos dos assistentes-técnicos das partes”.

Luis Filipe Pires de Sousa[713] aduz que esse problema também se apresenta com frequência no direito português:

> “É comum, na nossa jurisprudência, o apelo ao critério da imparcialidade do perito do tribunal, de molde que, em caso de divergência, o Tribunal deve dar preferência àquela pela presumida isenção por contraposição à intervenção mais parcial do perito da parte. Todavia, face ao que já exposto, cremos que esse critério deve ser relativizado, não podendo partir-se do pressuposto de que o perito da parte é menos profissional ou parcial. O laudo do perito da parte pode ser imparcial na medida em que assista razão à parte. Os critérios decisivos são os enunciados e não qualquer apriorismo sobre a relação dos peritos com as partes. Mais do que a imparcialidade do perito releva a qualidade da perícia, porquanto um perito, mesmo imparcial, pode cometer erros, ter convicções erradas, usar técnicas inadequadas etc”.

[711]COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a Imparcialidade a Sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 161-167.
[712] GRECO, Leonardo. GRECO, Leonardo. *A prova no processo civil:* do código de 1973 ao novo código civil. Revista Scientia Juris, 2001, v. 5, p. 16.
[713] SOUSA, Luis Filipe Pires de. *Prova Testemunhal*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 352-353

O art. 472 do Código de Processo Civil propõe uma forma de afastar esse dogma excludente de desconsideração do trabalho de assistentes das partes ao prescrever que "o juiz poderá dispensar prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem, sobre as questões de fato, pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes".

Todavia como adverte Eduardo José da Fonseca Costa[714], o dispositivo ainda é tímido, pois não adota como regra o dever de o juiz determinar que as partes apresentem seus pareceres técnicos e dispensar a presença de um perito nomeado pelo juízo, para que assim o julgador possa compará-los e chegar de forma racional a uma conclusão, sem sugestionamentos (vieses cognitivos), pelo simples fato de o laudo ter sido emitido por um perito supostamente imparcial.

Não obstante esse dispositivo pode ser utilizado como fundamento para que questões técnicas – e que demandem atuação de pessoas com conhecimento e experiência na matéria - sejam analisadas no âmbito dos tribunais sem a presença de um perito imparcial, sendo suficiente pareceres técnicos fundamentados, que no caso do IRDR poderiam ser perfeitamente as manifestações dos *amici curiae*.

Nada impede que o Relator entenda que determinada hipótese reclama a realização de uma audiência pública ou mesmo que os dois institutos possam ser aplicados conjuntamente, mas ele terá o ônus argumentativo de demonstrar que a designação da audiência pública é imprescindível e que não será possível realizar a produção probatória de forma tão qualitativa apenas através do *amicus curiae* ou das outras formas de manifestação.

Afinal, se é dever da Corte determinar a realização das provas que entender pertinentes, também é seu dever refutar aquelas inúteis ou meramente protelatórias. Assim, os custos mais acessíveis, o menor tempo de duração e a possibilidade de se atingir o mesmo fim, corolário a eficiência processual, militam em favor da prevalência do *amicus curiae*

A preferência pela manifestação por escrito em detrimento da oral em relação às provas periciais ocorre no processo civil comum, pois o art. 477, §3º, do Código de Processo Civil dispõe que a regra será o perito judicial apresentar a conclusão de seus trabalhos através de laudo pericial depositado em juízo. Apenas se ainda houver necessidade de novos

[714] COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a Imparcialidade a Sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 161-167

esclarecimentos é que o juiz poderá mandar intimar o perito a comparecer à audiência de instrução e julgamento, ou a "audiência de instrução aberta", formulando, desde logo, as perguntas.

O próprio Peter Häberle[715], ao defender a ampliação do direito de participação no processo de interpretação para todos aqueles que possam viver e sentir os efeitos da norma, sugere a realização de audiências e/ou intervenções de terceiros (*amicus curiae*) nos processos, sem designar a preferência por qualquer desses instrumentos.

Todavia, não é essa linha de entendimento que vem prevalecendo em relação às audiências públicas já realizadas no IRDR em relação aos Tribunais Regionais Federais.

Tribunal Regional Federal da 3ª Região realizou no dia 05 de setembro de 2018 audiência pública que debateu o tema objeto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas de nº 0017610-97.2016.4.03.0000: "O redirecionamento de execução de crédito tributário da pessoa jurídica para os sócios deve ocorrer nos próprios autos da execução fiscal ou em sede de incidente de desconsideração da personalidade jurídica". O Relator do caso, Desembargador Federal Baptista Pereira, no despacho convocatório ressaltou que a audiência pública tem como objetivo "aprofundar o debate com a sociedade, especialmente com a comunidade jurídica diretamente envolvida, a fim de que, democraticamente, seja colhida a expressão do maior universo possível de linhas de pensamento". Participaram da audiência a Procuradora Regional da República, Geisa de Assis Rodrigues; o Procurador do Município de São Paulo, Lucas Melo Nóbrega; o professor Américo de Andrade Pinho da Unisantos; a professora da Fundação Getúlio Vargas, Tathiane dos Santos Piscitelli; e o presidente da Associação Brasileira de Direito Processual, Antônio Carlos Júnior.

A referida audiência teve caráter eminentemente legitimatório. Foram abordados apenas aspectos jurídicos na referida audiência, vez que todos os participantes possuíam formação jurídica e a controvérsia envolvia apenas aspectos de hermenêutica jurídica. Não houve qualquer menção em relação ao princípio da eficiência e nem à possibilidade dessa pluralidade argumentativa ser atingida de forma menos custosa e mais célere através da utilização de outros instrumentos processuais.

---

715 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralística e 'procedimental' da Constituição.* Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 15.

Por sua vez, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região realizou no dia 02 de junho de 2017 audiência pública que debateu o tema objeto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas de nº 5026813-68.2016.4.04.0000: " a possibilidade de extensão do adicional de 25% para beneficiários que necessitam de cuidador permanente para outros tipos de benefícios concedidos pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS)". O Relator do caso, Desembargador Federal Rogério Favreto, no despacho convocatório ressaltou que a audiência pública é uma oportunidade de participação social na atuação do Poder Judiciário. Para o magistrado o olhar externo dos profissionais e do cidadão possibilita a democratização do processo. Assim, afirma que um dos principais objetivos da audiência é compartilhar o conhecimento entre as diferentes áreas envolvidas na questão previdenciária, como medicina, perícia e enfermagem, por exemplo. Ele também aponta como outro ponto importante, o esclarecimento sobre os cuidados necessários no processamento dos pedidos do benefício. Participaram da audiência representantes da Procuradoria a Regional da República da 4ª Região, da Ordem dos Advogados do Brasil das seccionais dos três estados da 4ª Região, da direção do Asilo Padre Cacique, do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário, da Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia, da Associação Nacional dos Médicos Peritos da Previdência Social, da Associação Médica Brasileira, da Associação Nacional dos Aposentados e Pensionistas da Previdência Social, do Conselho Federal de Serviço Social, da Faculdade de Medicina da UFRGS, o Conselho Federal de Enfermagem e da Associação Médica do Rio Grande do Sul.

Observa-se que a referida audiência não teve caráter eminentemente legitimatório, sendo destacada a necessidade de serem aferidos elementos extrajurídicos com valor probatório. Ademais, não foram abordados apenas aspectos jurídicos na referida audiência, mas também médicos. Todavia, não houve qualquer menção ao princípio da eficiência e nem à possibilidade dessa pluralidade argumentativa ser atingida de forma menos custosa e mais célere através da utilização de outros instrumentos processuais.

Conforme aduz Edilson Vitorelli[716], a participação processual de terceiros na formação de precedentes deve levar em conta a eficiência processual, razão pela qual não se pode demandar a implantação de estruturas processuais cujos custos sejam substancialmente

[716] VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: RT, 2016, p. 193-195.

superiores aos benefícios sociais que ocasionam, ainda mais sem regra expressa e quando o benefício pode ser realizado de maneira menos custosa por outro meio.

Observe-se que nos Estados Unidos a origem do *amicus curiae* foi com a utilização de documentos destinados a aferir prognoses legislativas. Foi o chamado *Brandeis-Brief* [717]– memorial utilizado pelo então advogado Louis D. Brandeis, no caso *Müller versus Oregon* (1908), contendo duas páginas dedicadas às questões jurídicas e outras 110 voltadas para os efeitos da longa duração do trabalho sobre a situação da mulher, o qual permitiu que se desmistificasse a concepção dominante, segundo a qual a questão constitucional configurava simples "questão jurídica" de aferição de legitimidade da lei em face da Constituição.

Não há razão plausível para que justificativas técnicas sobre fatos legislativos e/ou prognoses sejam descartadas pelo simples fato de que não foram realizadas por um perito imparcial. Mais do que a imparcialidade do perito deve ser levada em conta a qualidade do laudo técnico emitido, seja ele pelo perito imparcial ou pelos assistentes técnicos, bem como a possibilidade de o juiz ter compreendido esses questionamentos.

Ademais, tendo em vista a possibilidade específica no âmbito do IRDR de apresentação de documentos pelos *amici curiae* para a aferição de fatos legislativos e prognoses, algo inexistente em relação à disciplina geral do *amicus curiae*, caso as manifestações e documentos entregues já tenham sido suficientes para a instrução, os custos mais acessíveis, o menor tempo de duração e a possibilidade de se atingir o mesmo fim, corolário do princípio da eficiência processual, militam em favor do indeferimento da realização de audiência pública.

Ao Relator caberá o ônus argumentativo de demonstrar que a designação da audiência pública é imprescindível e que não será possível realizar a produção probatória de forma tão qualitativa através do *amicus curiae* ou das outras formas de manifestação.

[717] HALL, Kermit. *The Oxford Companion to the Supreme Court of United States*. New York: Oxford University Press, 1992, p. 85

7. CONCLUSÃO

A conclusão de um trabalho de pesquisa jurídica revela-se um momento tormentoso, ainda mais no presente caso, em que foi proposto construir um modelo de racionalidade de convocação e utilização das audiências públicas no âmbito do IRDR que diverge, em grande parte, de algumas já realizadas pelos tribunais, bem como de grande parte da doutrina a respeito da temática.

O novo esteve contido tanto no objeto da pesquisa, pois a temática abordada é algo recente e sem obras monográficas específicas, como também na forma com que esse objeto foi observado, trazendo à baila uma possibilidade de releitura dos requisitos, limites e possibilidades das das audiências públicas no âmbito do IRDR a partir do princípio da eficiência processual.

Temos plena convicção de que não será possível apresentar conclusões irrefutáveis e que vários questionamentos podem surgir nesse contexto, vez que a análise dos diversos fragmentos teóricos no decorrer do trabalho, e que dão sustentação a nossa resposta final, está, de certa forma, carregada de nossas pré-compreensões. Todavia, ainda que se chegue apenas a conclusões parciais e temporárias, realizamos nosso intento, qual seja provocar a reflexão do tema a partir de um novo prisma.

O problema construiu-se a partir da observação de que as audiências públicas no âmbito do IRDR eram visualizadas como mecanismo essencialmente voltado para a abertura do debate na formação do precedente, proporcionando o aumento da legitimidade democrática da decisão proferida pelo Tribunal. Não havia qualquer questionamento acerca da possibilidade de convocação da audiência pública no incidente como mecanismo para aferir a idoneidade dos fatos legislativos ou as consequências econômicas e sociais das decisões.

Ademais, não existia disciplina em relação a diversos aspectos das audiências públicas no IRDR, como: a) procedimento de convocação; b) requisitos para a realização da audiência pública; c) critérios de seleção dos participantes; d) o rito e a participação dos magistrados; e) deveres e direitos dos sujeitos processuais durante a realização das audiências públicas; f) consideração nos votos dos magistrados aos argumentos apresentados nas audiências públicas.

Por fim, existia uma tendência de associar o regime jurídico das audiências públicas das ações de controle de constitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal àquelas convocadas no IRDR sem qualquer juízo prévio de eventual incompatibilidade de alguns aspectos.

As indagações levantadas na fase inicial do trabalho restaram devidamente respondidas. Essas conclusões decorrem de uma série de teses doutrinárias e de precedentes que foram analisados e justificados ao longo da tese, envolvendo aspectos como teoria dos precedentes, princípio da eficiência, técnica de litígio repetitiva, democracia participativa e participação de terceiros no processo através do *amicus curiae* e das audiências públicas.

Analisamos que, embora o direito brasileiro esteja associado à tradição do *civil law*, há na Constituição Federal diversos elementos também característicos da tradição *do common law*, caracterizando nosso sistema jurídico como uma confluência de ambos. Ademais, demonstramos que a recepção de institutos estrangeiros em determinado país não é meramente passiva, havendo sempre um aspecto criativo que leva em conta peculiaridades do sistema jurídico em que o instituto é incorporado, razão pela qual teríamos um sistema de precedentes à brasileira, formado por elementos típicos da teoria dos precedentes dos países do common law com a inserção de elementos próprios da cultura jurídica nacional.

Em relação ao conteúdo normativo dos princípios, defendemos a aplicação da teoria circular reflexiva, segundo a qual os princípios atuam como razão ou fundamento de regras, enquanto estas são condições de aplicação dos princípios na solução de casos. Nesse contexto, delineamos a natureza e as funções do princípio da eficiência processual previsto no atual Código de Processo Civil (art. 8º), que deve funcionar como elemento imprescindível para o bom funcionamento do IRDR, a fim de que não apenas haja a formação do precedente, mas que este seja construído e aplicado da melhor forma possível, sem erros, dilações indevidas, custos desnecessários ou tempo excessivo.

Em relação ao IRDR, demonstramos que antes da sua previsão não havia uma técnica no âmbito dos Tribunais Ordinários que fosse capaz de resolver uma questão repetitiva, seja ela de direito material ou processual, de caráter constitucional ou infraconstitucional, com a paralisação dos demais processos em que também se discutia a dita questão, e que tivesse força de precedente obrigatório para o próprio Tribunal e todos os demais juízos vinculados à respectiva Corte. A previsão legislativa não foi suficiente para estabelecer uma utilização

uniforme do incidente, existindo profunda divergência nos requisitos de instauração, processamento e julgamento do instituto no âmbito dos Tribunais Regionais Federais.

Restou demonstrado, ainda, que o contraditório a ser exercido no âmbito do IRDR se afasta do modelo tradicional de contraposição bilateral de argumentos e incorpora a lógica da estrutura subjetiva multipolarizada e com zonas de interesse, em que diversos segmentos da sociedade, além das partes dos processos sob análise, podem ter o direito de influenciar o julgamento que formará o precedente. Assim, o contraditório assume uma postura dinâmica e o modelo processual ressalta seu caráter cooperativo, surgindo daí a importância de institutos como o *amicus curiae* e as audiências públicas.

Verificamos que, não obstante a mesma nomenclatura e alguns pontos em comum, não há um regime jurídico uniforme para as audiências públicas convocadas nos processos legislativos, administrativos e judiciais, e nem mesmo entre aquelas convocadas pelo Supremo Tribunal Federal nos processos que envolvem controle de constitucionalidade e aquelas convocadas pelos demais Tribunais no âmbito do IRDR. Defendemos, assim, que, no âmbito do IRDR, a nomenclatura "audiência aberta de instrução" explicaria melhor o instituto do que a expressão audiência pública.

Nesse contexto, foram delineados diversos aspectos característicos das audiências públicas no IRDR, tais como a finalidade, os requisitos para a convocação, a necessidade de fundamentação, os critérios de seleção dos participantes, o rito e os direitos e deveres dos participantes e dos demais sujeitos processuais.

Sustentamos, ainda, que, não obstante a teoria da sociedade aberta dos intérpretes de Peter Häberle funcione como um marco de abertura da interpretação para além das partes dos processos, o princípio da eficiência e a finalidade probatória das audiências públicas no âmbito do IRDR não permitem que elas sejam convocadas em todo e qualquer processo destinado a formar precedente a partir da invocação genérica de democracia participativa e de aumento de legitimação das decisões do Poder Judiciário.

A convocação de uma audiência pública no âmbito do IRDR só deverá ser autorizada pelo órgão jurisdicional, de ofício ou a requerimento, quando houver necessidade de produção probatória de fatos legislativos ou a necessidade de aferir futuros efeitos econômicos e sociais do precedente (prognose), bem como quando não for possível realizar essa produção probatória

através de outros instrumentos menos custosos, como, por exemplo, o *amicus curiae*, vez que ele teve seus poderes ampliados no âmbito do IRDR em relação à disciplina geral, podendo requerer a juntada de documentos e eventuais diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida (CPC, art. 983).

Caso as manifestações e documentos entregues pelos *amici curiae* já tenham sido suficientes para a instrução, os custos mais acessíveis, o menor tempo de duração e a possibilidade de se atingir o mesmo fim, corolário do princípio da eficiência processual, militam em favor do indeferimento da realização de audiência pública. Assim, terá o Relator o ônus argumentativo de demonstrar que a designação da audiência pública é imprescindível e que não será possível realizar a produção probatória de forma tão qualitativa apenas através dos *amicis curiae* ou das outras formas de manifestação já apresentadas.

Por fim, sustentamos que não existe empecilho para que o Relator permita que os dois institutos (*amicus curiae* e audiências públicas) possam ser aplicados conjuntamente em determinado IRDR, mas ele terá o ônus argumentativo de demonstrar que a utilização de ambos os mecanismos não viola o princípio da eficiência processual.

Dessa forma, concluímos o trabalho com a consciência de que o modelo de racionalidade propugnado não é o único possível, mas evita endossar uma solução decorrente do senso comum ou irrefletida, trazendo critérios técnicos nas convocações e na utilização das audiências públicas no âmbito do IRDR.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e o Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ABRAMOVICH, Victor. "La apertura del debate constitucional. Nuevas vías de participación ante la Corte Suprema", *Revista Pensar en Derecho,* ano 2, n. 3, , 2013.

ACKERMAN, Bruce. *A Nova Separação dos Poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011.

AGUIAR, Mirella de Carvalho. *Amicus curiae*. Salvador: JusPodivm, 2005.

ALEXANDER, Larry. *Constrained by precedent*. Southern California Law Review, 1989.

ALEXY, Roberto. *Teoria dos Direitos Fundamentais*.Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Roberto. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. Tradução Carlos Bernal. In: *Revista española de derecho constitucional*, ano 22, n. 66, 2002.

ALEXY, Roberto. *El concepto y la validez del derecho*. Tradução Jorge Seña. Barcelona: Gedisa, 1997.

ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito*. Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.

ALMEIDA, Marcelo Eugênio Feitosa. Musterverfahren x Pilotverfahren: os regimes de IRDR adotados pelos Tribunais Regionais Federais. *Publicações da Escola da AGU*, n 4, Brasília, out./dez. 2017, v. 9.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um incidente de coletivização. Processo coletivo e outros temas de direito processual:* homenagem 50 anos de docência do Prof. José Maria Rosa Tesheiner e 30 anos de docência do Prof. Sérgio Gilberto Porto. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

AMARAL, Roberto. *A democracia representativa está morta; viva a democracia participativa*. In: Direito Constitucional: Estudos em homenagem a Paulo Bonavides (Org. Eros Grau). São Paulo: Malheiros, 2001.

ANCEL, Marc. *Utilidade e métodos do direito comparado: elementos de introdução geral ao estudo comparado dos direitos.* Tradução Sérgio José Porto. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1980.

ARAÚJO, Fernando. *Aspectos da História do Direito no Brasil*: Opressão e Bacharelismo – a gênese do positivismo no Brasil. Recife: Nossa Livraria, 2008.

ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. *O Ativismo Judicial e seus Limites*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de; OLIVEIRA, Tassiana. Judicialização da Política e Ativismo Judicial: Conceitos e o Quadro Brasileiro. *Revista Direito e Justiça* – Reflexões Sociojurídicas, Ano 16, n. 26, abr. 2016.

ARENHART, Sérgio. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: RT, 2013.

ARGENTA, Graziela; ROSADO, Marcelo. Do Processo Coletivo das Ações Coletivas ao Processo Coletivo dos Casos Repetitivos: Modelos de Tutela Coletiva no Ordenamento Brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro, ano 11, n. 1, jan./abr 2017, v. 18.

ARRUDA, Alvim. A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et. al. (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ASHTON, Peter Walter. A Common Law e a Equity do Direito Anglo-Saxônico. *Revista do Ministério Público do RS*. Porto Alegre, n. 64, out./dez. 2009.

ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. *Precedentes vinculantes em recursos extraordinários e especial repetitivos*. 296f. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012.

ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: entre permanência e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2013.

BADIN, Arthur Sanchez. *Controle Judicial das Políticas Públicas*. São Paulo: Malheiros, 2013.

BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. Rationales for precedente. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Neil (ed.). Interpreting Precedents. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997.

BARBER, Benjamim. The uncertainty of digital politics: democracy's uneasy relationship with information technology. *Harvard International Review*, 2001, v. 23.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Suprema Corte americana: um modelo para o mundo? *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de janeiro, 2003, v. 26.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O que deve e o que não deve figurar na sentença. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela Jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. *Temas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1984.

BARREIRO, A. Fernández; PARICIO, Javier. *Historia del derecho romano y su recepción europ*ea. Madrid: Marcial Pons, 2010.

BARROS, Ricardo Leonel. Intervenção do Ministério Público no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, 2012, v. 1.

BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. *Neoconstitucionalismo em perspectiva*. Viçosa: UFV, 2014.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone. Trabalhando com uma nova lógica: A ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*. Brasília: AGU, ano 15, n. 3, jul./set. 2016.

BASTOS, Antônio Adonias. *O Devido processo legal nas demandas repetitivas*. 266 f. Tese (Doutorado), Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012.

BAYÓN, Juan Carlos; RODRÍGUEZ, Jorge. *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales: el debate Bayón-Rodriguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas.* Universidad Externado de Colombia, 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BENEDETTI, Miguel; SÁENZ, M. Jimena. Decisión judicial y participación ciudadana: los impactos de las audiencias públicas en las sentencias de la Corte Suprema argentina. *Revista en Cultura de la Legalidad*, nº. 15, out. 2018.

BENJAMIN, Antônio Herman. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação Civil Pública – Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: RT, 1995.

BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito*. Tradução Mara Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BIANCO, Danae. dal. *Princípios constitucionais da previdência social*. São Paulo: LTr, 2011.

BIKLÉ, Henry Wolf. Judicial determination of questions of fact affecting the constitucional validity of legislative action. *Harvard 'Law' Review*, , n. 1, nov. 1924, v. 38..

BIM, Eduardo Fortunato. *Audiências Públicas*. São Paulo: RT, 2014..

BISCH. Isabel da Cunha. *O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

BLACK, Henry Campbell. *Black's law dictionary*. St. Paul: West Publishing, 1990.

BOBBIO, Norberto. La certeza del diritto è um mito?. *Rivista Internazionale di filosofia del diritto*, 1951, v. 28..

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução Marco Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONE, Robert. *Rethinking the "day in court" ideal and nonparty preclusion*. New York Law Review, v. 67, 1992.

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do processo no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 39.

BORBA, Isabela Souza; CADEMARTORI, Sérgio; ROSA, Alexandre Morais da. O dilema da eficiência na democracia constitucional. In: DIDIER JR., Fredie; LEVY, Wilson; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato (Coords.). *Ativismo Judicial e Garantismo Processua*l. Salvador: Juspodivm, 2013.

BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento: o problema de repartição de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2015.

BUENO, Cássio Scarpinella. As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 21, abr./jun.1996.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BUENO, Cássio Scarpinella. Quatro perguntas e Quatro Respostas sobre o amicus curiae. *Revista Nacional da Magistratura*. Ano 2, n. 5, Brasília: Escola Nacional da Magistratura/Associação dos Magistrados Brasileiros, mai/2008.

BUGARIN, Paulo Soares. O princípio constitucional da eficiência. Um enfoque doutrinário multidisciplinar. *Revista do TCU*. Brasília, n. 87, jan/mar 2001, v. 32.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Súmulas, praticidade e justiça: um olhar crítico sobre o direito sumular à luz do pensamento de Misabel de Abreu Machado Derzi*. In: COÊLHO, Sacha Calmon Navarro (Org.). Segurança Jurídica: Irretroatividade das decisões judiciais prejudiciais aos contribuintes. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do direito e decisão racional: temas da teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Finding analogies between cases*. *In*: PULIDO, Carlos (eds.). On the Philosophy of Precedent: Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy,Beijing, 2009.

CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

CABRAL, Antônio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CABRAL, Antônio do Passo. *Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda*. In: DIDIER, JR., Fredie et al (Coords.). Tutela jurisdicional coletiva. 2ª série. Salvador: Juspodivm, 2012.

CABRAL, Antônio do Passo. Efeitos processuais das Audiências Públicas. *Boletim de Direito Administrativo*, n. 7, jul. 2006, v. 22.

CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade facie dos atos processuais*. Rio de janeiro: Forense, 2009.

CABRAL, Antônio do Passo. O novo procedimento-modelo (Muterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, São Paulo, maio 2007.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e habeas data* (Constituição e processo). Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de novo CPC: a comparação entre a versão do Senado Federal e a da Câmara dos Deputados. In: FREIRE, Alexandre *et al* (Orgs.). *Novas tendências do processo civil*. Salvador: Juspodivm, 2014, v. 3..

CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *Revista dos Tribunais*, nº 786, abr./2001.

CAMPESTRINI, Hildebrando. *Como redigir ementas*. São Paulo: Saraiva, 1994.

CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O Princípio da Eficiência no Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*.Tradução António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador-contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 20, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre, RS: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARDOSO, Oscar Valente. Amicus Curiae e Audiências Públicas no Controle de Constitucionalidade Brasileiro. *Cadernos de Programa de Pós-Gradução Direito UFRGS*, n. 2, 2014, v. 9.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição – Noções Fundamentais. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 19, jul/set 1980, v. 5.

CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y linguaje*. Lexis Nexis. Abeledo-Perrot, 2006.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Técnica Legislativa (Legística Formal*). Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Questão-de-facto/Questão-de-direito: o problema metodológico da juridicidade*. Coimbra: Almedina, 1967.

CAVALCANTE FILHO, João. *Processo Legislativo Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2017.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR*). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas.* Salvador: JusPodivm, 2015.

CINTRA, Antônio Carlos Fontes. Interesses individuais homogêneos: natureza e oportunidade da coletivização de interesses individuais. *Revista de Direito do Consumidor*, out/dez 2009, v. 72.

COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo judicial ou criação judicial do direito? In: FELLET, André; GIOTTI DE PAULA, Daniel; NOVELINO, Marcelo. (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011.

COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 5, agosto, 2001.

COSSIO, Carlos. *La Valoración Jurídica y La Ciencia Del Derecho*. Buenos Aires, Arayú, 1954.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 121, 2005.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Calendarização Processual. In: Fredie Didier Jr. (Coord. Geral). Antônio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira (Coords.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Negócios processuais. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1.

COSTA, Eduardo José da Fonseca.. *Levando a Imparcialidade a Sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Salvador: Juspodivm, 2018.

COSTA, Eduardo José da Fonseca..Jurisdição constitucional, jurisdição coletiva e tutela das instituições. *Revista de Processo,* São Paulo: RT, n. 244, jun/2015.

CRISTAS, Assunção. Legística ou a arte de bem fazer leis. *Revista CEJ,* Brasília, n.33, jun.2006.

CUNHA, Alcides Munhoz. Evolução das Ações Coletivas no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 77, 1995.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. Rio de janeiro: Forense, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A ementa nos acórdãos*. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2004.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo:RT, n. 233, 2012.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no Projeto de novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 193, mar./2011.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Atendibilidade dos Fatos Supervenientes no Processo Civil:* Uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro. Coimbra: Almedina, 2012.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Jurisdição e competência*. São Paulo: RT, 2013.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. *Revista de Processo,* São Paulo: RT, nº 179, jan./2010.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *O efeito vinculante e os poderes do juiz*. São Paulo: Saraiva, 1999.

DAHL, Roberto. *A democracia e seus críticos*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DANTAS, Bruno. Comentários aos arts. 976 a 987. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Coords.). *Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil.* São Paulo: RT, 2015.

DANTAS, Ivo. A recepção legislativa e os sistemas constitucionais. *Revista de informação legislativa* , n. 158, abr./jun. 2003, v. 4.

DANTAS, Ivo. A pós-modernidade como novo paradigma e a teoria constitucional do processo. In: *o novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides.* São Paulo: Saraiva, 2009.

DANTAS, Ivo. Constituição & Processo. Curitiba: Juruá, 2007.

DANTAS, Ivo. *Direito Adquirido, Emendas Constitucionais e Controle da Constitucionalidade*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1997.

DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional Comparado*. Introdução, Teoria e Metodologia. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DANTAS, Ivo. *Novo direito constitucional comparado*. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2010.

DANTAS, Ivo. *Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional*. Rio de janeiro: Lumen Juris, 1995.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DAVIS, Kenneth Culp. Judicial Notice – 55 *Columbia Law Review*, 1955.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: *instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2007.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2015.

DIDIER JR., Fredie. Cláusulas gerais processuais. *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*. n.2, 2010.

DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo,* n. 198, ago. 2011, v. 36.

DIDIER JR., Fredie. Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo. In: DIDIER, JR., Fredie (Org.). *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2010, v. 2.

DIDIER JR, Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. Formação do Precedente e amicus curiae no direito Imperial brasileiro: o interessante Decreto nº 6.142/1876. *Revista de Processo*, São Paulo:RT, n. 220, jun/2013.

DIDIER, JR., Fredie; TEMER, Sofia. Técnicas Adequadas à litigiosidade Coletiva e Repetitiva. *Revista de Processo.* São Paulo: RT, n. 258, ago/2016.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletiv*o. Salvador: Juspodivm, 2017.

DINAMARCO, Candido Rangel. Admissibilidade de denunciação da lide. *Revista de processo*, São Paulo, jan/mar 1997, v. 22.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico.* São Paulo: Saraiva, 1998, v. 3.

DUARTE NETO, José. *A iniciativa popular na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 2005.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent.* Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EPSTEIN, Lee; O'CONNOR, Karen. Amicus Curiae participation in U.S Supreme Court Litigation: an appraisal of Hakman's Folklore. *Law @ Society Review*, n. 2, 1981, v. 16..

ESSER, Josef. *Principio y norma em la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961.

EVANS, Jim. Change in the doctrine of precedente during the nineteenth century. In: GOLDSTEIN, Laurence (org.). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon, 1987.

FAIGMAN, David. *Constitutional 'Fictions*– a unified theory of constitutional facts. Oxford University Press, 2008.

FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luis Fernando; ARGUELHES, Diego. Jurisdição, Incerteza e Estado de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, n. 243, 2006.

FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo.* São Paulo: Malheiros, 2002.

FERREIRA, Sidharta; FERNANDES, Eric. O STF nas "Cortes" Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes. *Revista Direito GV*, , nº1, São Paulo, jan./jun. 2013, v.9.

FERREIRA, Luiz Tarcisio Teixeira. Princípios do Processo Administrativo e a Importância do Processo Administrativo no Estado de Direito. *In* FIGUEIREDO, Lucia Valle (coord.). *Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo (Lei n. 9.784/99)*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FERREIRA, William Santos. *Princípios Fundamentais da Prova Cível*. São Paulo: RT, 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. São Paulo: Saraiva, 2012.

FIORINO, Daniel. Citizen participation and environmental risk: a survey of institutional mechanisms. *Science Technology Human Values*. n. 2. SAGE Publications Inc., 1990, v. 15..

FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2009.

FRYDMAN, Benoît. Exégèse et Philologie: um cas d'hermenéutique comparée. *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridique*, 1994.

GABARDO, Emerson. *Eficiência e Legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político.* Barueri: Manole, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*: *traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1998

GARDBAUM, Stephen. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

GALINDO, Bruno. *Teoria Intercultural da Constituição: a transformação paradigmática da Teoria da Constituição diante da integração interestatal na União Européia e no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GALINDO, Bruno. Constitucionalismo e justiça de transição: em busca de uma metodologia de análise a partir dos conceitos de autoritarismo e democracia. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 67, Belo Horizonte, 2015.

GIDI, Antônio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo. São Paulo: RT*, 2014, v. 227.

GLENN, H. Patrick. *Legal Traditions of the World: sustainable diversity in law*. New York: Oxford University Press, 2007.

GODOY, Miguel Gualano. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GONÇALVES, Gláucio Maciel; DUTRA, Victor Barbosa. Apontamentos sobre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 208, out./dez. 2015.

GOODHART, Arthur. *Precedent in English and Continental Law* – An Inaugural Lecture Before the University of Oxford. London: Stevens and Sons, 1934.

GOODHART, Arthur. *Essays in jurisprudence and the common law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1931.

GORDILLO, Augustín. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2006, t. 2.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. In: DIDIER, Júnior, Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. Salvador: Juspodivm, 2006.

GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana*. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GRANZIERA, Maria Luiza. *Direito Ambiental*. São Paulo: Atlas, 2011.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GRECO, Leonardo. *A prova no processo civil:* do código de 1973 ao novo código civil. Revista Scientia Juris, v. 5, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil Law e common Law. Uma análise de direito comparado*. São Paulo: RT, 2011.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. *A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

HALL, Kermit. The Oxford Companion to the Supreme Court of United States. New York: Oxford University Press, 1992.

HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. Tradução Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

HEBERLEIN, Thomas. Some observations on alternative mechanisms for public involvement: the hearing, public opinion poll, the workshop and the quase-experiment. *Natural Resources Journal*. n. 16, Albuquerque University of New Mexico, 1976.

HOFFMAN, Paulo. *Saneamento Compartilhado*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

HORBACH, Carlos Bastide. Audiência pública tem de ir além do Direito para não ser mais do mesmo. Setembro 2015. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-set-19/observatorio-constitucional-audiencia-publica-ir-alem-direito-nao-mesmo. Acesso em: 01 mar. 2019.

HUBER, Peter. *Galileo's Revenge: Junk Science in the Courtroom.* New York: Basic Books, 1991.

JENKIN, David. Common law declarations of unconstitutionality. *International Journal Const. Law*, 2009.

JOBIM, Marco Félix. *O direito à razoável duração do processo*. Responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais.* Salvador: Juspodivm, 2009.

JUSTEM FILHO, Marçal. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Edição Especial: *Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB* (Lei nº 13.655/2018), nov. 2018.

KARAM, Munir. *A jurisprudência dos tipos. Doutrinas essenciais de Direito Civil*, vol. 1. São Paulo: RT, 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KOEHLER, Frederico. *A razoável duração do processo*. Salvador: Juspodivm, 2013.

KOEHLER, Frederico. O incidente de resolução de demandas repetitivas e os juizados especiais. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 237, nov. 2014, v. 39.

KOEHLER, Frederico. Os problemas e os desafios decorrentes da aplicação do incidente de resolução de demandas repetitivas nos juizados especiais. In: DIDIER JUNIOR, Fredie et al (Org.). *Repercussões do Novo CPC: Juizados Especiais*. Salvador: Juspodium, 2015.

KRAMER, Larry D. Democracia deliberativa e constitucionalismo popular: James Madison e o "Interesse do Homen". In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1997.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Tradução Ricardo Gama. Campinas: Russel, 2005.

LEAL, Fernando; HERDY, Rachel; MASSADAS, Júlia. Uma década de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal (2007-2017). *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, n. 1, jan./abr. 2018, v. 5.

LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou Altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEAL, Saul Tourinho. *O princípio da busca da felicidade como postulado universal*. Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 2, agosto 2008.

LEAL, Vitor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. *Revista de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro, Renovar, n. 145, jul-set, 1981.

LEGALE, Siddharta ; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe ; JOHANN, Rodrigo Fonseca . As audiências públicas no Supremo Tribunal Federal nos modelos Gilmar Mendes e Luiz Fux: a legitimação técnica e o papel do cientista no laboratório de precedentes. In: José Ribas Vieira, Vanice Regina Lírio do Valle e Gabriel Lima Marques. (Org.). *Democracia e suas instituições*.Rio de Janeiro: IMOS, 2014.

LLEWELLYN, Karl. *The common law tradition*. Boston: Little, Brown and Company, 1960.

LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LORENZETTI, Ricardo Luis. A era da desordem e o fenômeno da descodificação. *Revista de Direito do Consumidor*, out. 2008, v. 68.

LOSANO, Mario. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I***.** Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. Tradução Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2008.

MACÊDO, Lucas Buril. *Precedentes judiciais e direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015.

MACHADO, Daniel Carneiro. *A (in)compatibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas com o modelo constitucional de processo: a participação democrática do juiz e das partes na construção do provimento jurisdicional.* 321f. Tese (Doutorado), Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015.

MAGALHÃES, Breno; SILVA, Sandoval. Q*uem vê ementa não vê precedente: ementismo e precedentes judiciais no projeto do novo CPC*. Novas Tendências do Processo Civil,. Salvador: Juspodivm, 2014, v. 2.

MANZANO, Luís Fernando Moraes de. *Prova Pericial. Admissibilidade e Assunção da Prova Científica e Técnica no Processo Brasileiro*. São Paulo: Altas, 2011.

MARINHO, Felipe Amaral. Intervenção de terceiros nos incidentes de formação de precedentes. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 26, 2014, v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 172, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Decisão de questão idêntica x Precedente.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*. São Paulo: RT, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC. Críticas e propostas*. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2010.

MARRARA, Thiago. Da instrução. In: NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: Lei 9.784/99 comentada*. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINS, Sandro Gilbert. *Processo, procedimento e ato processual: o* plano da eficácia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção" – as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro, in Revista dos Tribunais, ano 87, , jul 1998, v. 753.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Participação Popular no Estatuto das Cidades*. In: FINK, Daniel Roberto (coord.). Temas de Direito Urbanístico 4. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado; Ministério Público do Estado de São Paulo, 2005

MATTOS, Luiz Norton Batista. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo CPC. In: GAJORDONI, Fernando da Fonseca. (coord.). *Coleção Repercussões do Novo CPC, Magistratura*, v. 1. Salvador: Juspodivm, 2015.

MAURICIO JUNIOR. Alceu. *Revisão Judicial das escolhas orçamentárias: a interpretação judicial em políticas públicas*. Belo Horizonte: Forum, 2009.

MAXIMIANO, Antônio César Amaru. *Teoria geral da administração: da revolução urbana à revolução digital*. São Paulo: Atlas, 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAZZEI, Rodrigo. O Código Civil de 2002 e sua interação com os Microssitemas e a Constituição Federal: breve análise a partir das contribuições de Hans Kelsen e Niklas Luhmann. *Revista do Curso de Mestrado e Doutorado da Faculade Autônoma de Direito*. São Paulo: Faculdade Autônoma de Direito, 2011, v.1.

MEDEIROS NETO, Elias Marques; MACHADO, Pedro Antônio de Oliveira. Princípio da cooperação no Processo Civil. *Revista Thesis Juris*, São Paulo, n. 1, jan-abr 2016, v. 5.

MEDINA, Damares. *Amigo da Corte ou Amigo da Parte*?: Amicus Curiae no Supremo Tribunal Federal. 214 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Brasília, Distrito Federal. 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, n.31, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. Serviço público e sua feição constitucional no Brasil. In: MODESTO, Paulo; MENDONÇA, Oscar (Coords.). *Direito do Estado. Novos Rumos*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico:* plano da eficácia. São Paulo: Saraiva, 2013.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Competência cível da Justiça Federal*. São Paulo: Saraiva, 1998.

MENDES, Gilmar. Controle de Constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. *Revista Diálogo Jurídico, CAJ – Centro de Atualização Jurídica*, v. 1., nº 3, 2001.

MENDES, Gilmar *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2006.

MERRYMAN, John; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition*. Stanford: Stanford University Press, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Formas e Sistemas de Governo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IV. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*. São Paulo: RT, 2015.

IDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de processo*, São Paulo, n. 194, abr. 2011, v. 36..

MITIDIERO, Daniel*Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MODESTO, Paulo. *Notas para um debate sobre o princípio da eficiência*. Revista de Serviço Público. Brasília, ano 51, n. 2, abr-jun, 2000.

MONCADA, Luís Cabral de. *Estudos de Direito Público*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 2004.

MORAES, Anderson Júnio Leal. Audiências públicas como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional. 119 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

MOREIRA NETTO, Diogo de Figueiredo. *Apontamentos sobre a Reforma Administrativa*. São Paulo: Renovar, 2000.

MOREIRA NETTO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MÜLLER, Friedrich. *Postpositivismo.* Cantabria: Ediciones TGD, n. 3, 2008.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do direito*. Tradução Peter Naumann e Eurídes Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MUNÕZ, Martin Orozco. *La creación judicial del derecho y el precedente vinculante*. Navarra: Arazandi – Thomson Reuters, 2011.

MURPHY, Walter F. et al. *Courts, judges, and politics: an introduction to the judicial process*. New York: Mc Graw Hill, 2002.

MYAKE, Dario; RAMOS, Alberto. Desenvolvendo Indicadores de Produtividade e Qualidade em Hospitais: Uma proposta de método. *Produto & Produção*, n. 2, jun/2010, v. 11.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *As Normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro*: paradigmas para a interpretação e aplicação do direito administrativo. São Paulo: Contracorrente, 2019.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração Pública e o princípio constitucional da eficiência. *Boletim de Direito Administrativo,* jan 2006.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Súmula vinculante: o desafio de sua implementação*. São Paulo: MP, 2008.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

NUNES, Ana Luisa; BESSA, Leonardo. Convivência normativa entre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e as Ações Coletivas: primeiras impressões. *Revista de Direito do Consumidor,* nov./dez. 2016, v. 108

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho . Precedentes, padronização decisória preventiva e Coletivização – Paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem constitucional democrática. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.

NUNES, Dierle José Coelho; SILVA, Natanael Lud Santos e. *Código de Processo Civil*. Lei nº. 13.105/2015. Referenciado com os dispositivos correspondentes no CPC/73 Reformado, com os enunciados interpretativos do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) e com artigos da Constituição Federal e da Legislação. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. As Audiências Públicas e o Processo Administrativo Brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 21. São Paulo: Malheiros, 1998.

OSNA, Gustavo. *Direitos Individuais Homogêneos: pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil.* São Paulo: RT, 2014.

PAIVA, Anderson Rocha. Amicus curiae: da legislação esparsa ao regramento genérico do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 261, nov/2016

PEIXOTO, Ravi. (In)constitucionalidade da vinculação dos precedentes no CPC/2015: um debate necessário. *Civil Procedure Review*. n. 8, 2017

PEIXOTO, Ravi. *Superação do Precedente e Segurança Jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2016.

PEREZ, Marcos Augusto. *A Administração Pública Democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalitá constituzionale*. Napoli: Edizioni Scientifichhe Italiane, 1991.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. As normas constitucionais programáticas e a reserva do possível. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, ano 49, n. 193, jan/mar 2012.

PINTO, N. G. M.; CORONEL, D. A. Eficiência e eficácia na administração: proposição de modelos quantitativos. *Revista Unemat de Contabilidade*, n. 11, 2017, v. 6.

PITKIN, Hanna Fenichel. *Representação: palavras, instituições e ideias*. Lua Nova, São Paulo, n. 67, 2006.

PLATÃO. *A República*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

POGREBINSCHI, Thamy; SANTOS, Fabiano. Participação como Representação: O Impacto das Conferências Nacionais de Políticas Públicas no Congresso Nacional. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, n. 3, 2011, v. 54.

POPPER, Karl. *A Lógica da Pesquisa Científica*. Tradução Leônidas Hegenberg. São Paulo: Cultrix, 2001.

POPPER, Karl. *Busca Inacabada – Autobiografia Intelectual*. Lisboa: Esfera do Caos, 2008.

POPPER, Karl. *A Sociedade Aberta e Seus Inimigos*. Tradução Milton Amado. Belo Horizonte/São Paulo: Itatiaia/USP, 1987, t. 1

POPPER, Karl. *A Sociedade Aberta e Seus Inimigos*. Tradução Milton Amado. Belo Horizonte/São Paulo: Itatiaia/USP, 1987, tomo 2.

POUND, Roscoe. *The Theory of judicial decision*. Harvard Law Review, 1922-1923, v. 26.

PULIDO, Carlos Bernal. La racionalidad de la ponderación. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 77, 2006.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Giovanni. *História da Filosofia*, São Paulo: Paulus, 1991, v. 2.

RODRIGUES, Eduardo Azeredo. *O princípio da eficiência à luz da teoria dos princípios: a*spectos dogmáticos de sua interpretação e aplicação. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2012.

RODRIGUES, Marco Antonio. *A Fazenda Pública no Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2016.

RORIZ, Giovana Ferro de Souza. *Audiência Pública na Jurisdição Ordinária: mecanismo de aprimoramento da instrução processual com vistas ao adensamento de legitimidade da decisão judicial no Brasil*. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2018.

ROSANVALLON, Pierre. *Democratic legitimacy: impartiality, reflexivity, proximity*. New Jersey: Princeton University Press, 2011.

ROSSI, Júlio César. *Precedente à brasileira*. São Paulo: Atlas, 2015.

ROSSI, Júlio César. O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de Processo*. São Paulo:RT, n. 208, jun 2012.

SANTOS, Anderson Ferreira dos. Evolução dos Modelos de Administração Pública no Brasil. *Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento,* ano 02, Jul 2017, v. 1.

SANTOS, Bruno Carazza dos. Peter Häberle e as Audiências Públicas no STF: um balanço após 08 anos. *Revista Direito e Liberdade – RDL* – ESMARN – n. 3, set./dez. 2016, v. 18.

SANTOS, Evaristo Aragão. *Em torno do conceito e da formação do precedente judicial*. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Direito jurisprudencial. São Paulo: RT, 2012.

SANTOS, Leonardo Valverde Susart dos. *Gestão Material do Processo do Trabalho*. Curitiba: Juruá, 2017.

SANTOS, Manuella. Súmula vinculante: implicações de sua adoção no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e internacional*, ano 15, n. 61, out./dez. 2007.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalimo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

SCHAUER, Frederick. *Precedente*. In: DIDIER JR, Fredie et al. (Org.). Precedentes - Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: JusPodivm, 2015.

SCHAUER, Frederick. Why Precedent in Law (and Elsewhere) is Not Totally (or Even Substantially) about Analogy. *KSG Working Paper, nº* RWP07-036, ago. 2007.

SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHMITZ, Leonard. Fundamentação das decisões judiciais. São Paulo: RT, 2015.

SEGADO, Francisco Fernandez. *El sistema constitucional español*. Madrid: Dykinson, 1992.

SILVA, Alessandra Obara Soares. *Participação popular na administração pública: as audiências públicas*. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado constitucional cooperativo: o futuro do estado e da interpretação constitucional sob a ótica da doutrina de Peter Haberle. *Revista Jurídica da Presidência da República*, Brasília, n. 72, maio 2005, v. 7.

SILVA, Fernando Quadros da. O juiz e a análise da prova pericial. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná*, Curitiba, n. 9, 2018.

SILVA, José Afonso da. *Cadernos de Soluções Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2006, v. 2

SILVA, Rossano Glauber Ludgero. Créditos de Carbono – o homem aliando-se à natureza e os meios de solução. *Boletim Clubjus*, 2008, v. 6023.

SILVA, Ticiano Alves e. Os embargos de declaração no novo Código de Processo Civil. In: MACEDO, Lucas Buril et al (Org.). Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 6..

SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros e. *Improbidade Processual da Administração Pública e sua Responsabilidade Objetiva pelo Dano Processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SOARES, Evanna. A audiência pública no processo administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, n. 229, jul./set. 2002.

SOARES, Gustavo Torres. A Perícia no controle concentrado de constitucionalidade. Debates em Direito Público. *Revista de Direito dos Advogados da União*, n. 2, 2003, v. 2

SOUSA, Luis Filipe Pires de. *Prova Testemunhal*. Coimbra: Almedina, 2014.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o Novo Processo Civil.* Lisboa: Lex, 1997.

SOUZA, André Leandro Barbi. *A lei, seu Processo de Elaboração e a Democracia*. Rio de Janeiro: Livre Expressão, 2013.

SOUZA, Artur César de. *Resolução de Demandas Repetitivas*. São Paulo: Almedina, 2015.

SPALDING, Alessandra. Direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVIII do art. 5º da CF inserido pela EC 45/2004. In: Wambier, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC 45/2004*. São Paulo: RT, 2005.

STRECK, Lênio. *Súmula no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional doe feito vinculante*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1998.

STRECK, Lênio. O *direito de obter respostas constitucionalmente adequadas em tempos de crise do direito: a necessária concretização dos direitos humanos*. Hendu: Revista Latinoamericana de Derechos Humanos, v. 1, n. 1, jul. 2010.

STRECK, Lênio.*Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012.

TALAMINI, Eduardo. Comentários ao art. 138 do CPC. *Breves comentários ao novo CPC* (orgs. Teresa Wambier et al). São Paulo: RT, 2015.

TALAMINI, Eduardo. Direitos individuais homogêneos e seu substrato coletivo: a ação coletiva e os mecanismos previstos no CPC de 2015. *Revista de Processo,* mar.2015, v. 241

TARUFFO, Michele. Precedentes e Jurisprudência. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 199, 2011.

TARUFFO, Michele. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. R*evista Forense, Rio de Janeiro,* mai/jun de 2001, *v.*355.

TARUFFO, Michele. *Le prove scientifiche nella recente esperienza statuniense.* RFDPC, Itália: Milano, ano 50, n.1, mar. 1996.

TAYLOR, Frederick. *Princípios da administração científica*. São Paulo: Atlas, 1995.

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. *O local e o global: limites e desafios da participação cidadã*. Cortez: São Paulo, 2002.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A jurisprudência como fonte do direito e o aprimoramento da magistratura*. *In:* O juiz – seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A reforma do Poder Judiciário. In: MARTINS, Ives Gandra; NALINI, José Renato (Coordenadores). *Dimensões do direito contemporâneo*: estudos em homenagem a Geraldo de Camargo Vidigal. São Paulo: IOB, 2001.

TEIXEIRA, Sergio Torres. Julgamento Antecipado e Sentenças Parciais. *Revista Fórum Trabalhista - RFT* , ano 5, 2016, v. 22.

TEIXEIRA, Sergio Torres. Vias Alternativas à Jurisdição Contenciosa da Justiça do Trabalho: superando mitos e apontando caminhos à Luz da Lei nº 13.467/2017. *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 187/2018, mar. 2018.

TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2016.

THEODORO JR., Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim de. REZENDE, Ester Camila Gomes Norato (Coord.). *Primeiras linhas sobre o novo direito processual civil brasileiro* (de acordo com o Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015). Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. *Estado, democracia e administração pública no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. ‘‘O Tribunal de Contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade’’. Rio de Janeiro, *Revista do TCE/RJ*, nº 22, jul.1991

TUCCI, José Rogério Cruz. *Precedente Judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004.

TUCCI, José Rogério Cruz. *O regime do precedente judicial no novo CPC*. In: MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords). Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2015.

TUSHNET, Mark. *New institutional mechanisms for making Constitutional Law*. Rochester, NY: Social Science Research Network, abr. 2015.

VALE, André Rufino**.** *Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais*: repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo:Saraiva, 2009.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

VIEIRA, Andréia Costa. *Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: SAFE, 2007.

VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016.

WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao Judicial Review. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases – A course of instruction in Reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticizing and comparing authorities, and compiling digests*. Boston: Litle, Brown and Company, 1894.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Embargos de declaração e omissão do juiz*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Questão de fato e questão de direito. *Revista da Academia Paulista de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 3, jan/jun. 2012.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF**.** *Revista direito GV* [online], n. 2, 2008, v. 4.

WARAT, Luiz Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *Revista Sequência*, Santa Catarina, n.5, 1982, v.3.

WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense". *Revista de Processo*. São Paulo, RT, n. 67, 1992.

WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do projeto*. Rio de janeiro: Forense, 2004.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Brasília: UNB, 1994.

WELSCH, Gisele Mazzoni. *Legitimação Democrática do Poder Judiciário no Novo CPC.* São Paulo: RT, 2016.

WOLFGANG, Peter. *Witness conferencing revisited*. Revista de Arbitragem e Mediação, abr / 2007, v. 13.

WOLKART, Erik. *Precedente Judicial no Processo Civil Brasileiro: mecanismos de objetivação do processo*. Salvador: Juspodivm, 2013.

ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZANETI JUNIOR, Hermes. O *Valor Vinculante dos Precedentes.* Salvador: Jus Podivm, 2015.

ZAVASCKI, Teori. *Processo Coletivo. Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de* Direitos. São Paulo: RT, 2014.

ZOLLINGER, Marcia. *Proteção Processual aos Direitos Fundamentais.* Salvador: Juspodivm, 2006.