

**OS EFEITOS DO PROVIMENTO JURISDICIONAL NO PROCESSO
COLETIVO E A INCOMPATIBILIDADE DA SISTEMÁTICA DOS RECURSOS
REPETITIVOS**

**THE EFFECTS OF THE PROVISION JUDICIAL IN COLLECTIVE PROCESS
OF SYSTEMATIC AND INCOMPATIBILITY OF REPETITIVE APPEALS**

Gabriela Oliveira Freitas

RESUMO

Pretende-se pelo presente estudo uma análise sistemática acerca dos recursos repetitivos, recentemente inseridos no Direito Processual Brasileiro, buscando compreendê-los como institutos de Processo Coletivo, o que, por consequência, levará a conclusão de sua incompatibilidade com o sistema processual adotado atualmente com a legislação brasileira, no que se refere aos efeitos do provimento judicial. Para tanto, adotar-se-á como marco teórico a Teoria Constitucionalista do Processo, o que possibilitará uma análise crítica do instituto, sob uma perspectiva democrática. Para o presente estudo, utilizar-se-á a pesquisa bibliográfica e o método dedutivo, partindo-se de uma perspectiva macro para uma concepção micro analítica acerca do tema ora em estudo e, por fim, como procedimento técnico a análise temática, teórica e interpretativa, buscando sugestão para a solução da questão destacada.

Palavras-chave: Recursos repetitivos; Estado Democrático de Direito; Processo coletivo; Processo constitucional.

ABSTRACT

It is intended by this study, a systematic review about the repetitive appeals, recently entered the Brazilian procedural law, seeking to understand them as institutes Collective Process, which consequently will lead to completion of its incompatibility with the procedural system currently adopted with Brazilian law, with regard to the effects of jurisdictional provision. To this end, it shall be adopted as the theoretical framework Constitutional Theory of Procedure, which will enable a critical analysis of the institute, under a democratic perspective. For the present study, will be used to bibliographical research and deductive method, starting from a macro perspective for micro analytical conceptions of the topic currently under study and, finally, as a technical procedure thematic, theoretical and interpretive analysis seeking suggestions for resolving the outstanding issue.

Keywords: Repetitive appeals; democratic state of law; collective process; constitutional process.

1 INTRODUÇÃO

Diante de uma atual tendência de busca pela celeridade processual, o Direito Brasileiro vem sofrendo uma série de reformas e alterações, com o objetivo de abreviar

o tempo de duração dos procedimentos e combater a tão falada morosidade do Judiciário. Seguindo esta tendência, o Direito Processual Brasileiro vem sofrendo uma série de reformas legislativas destinadas a alcançar a padronização decisória, como uma das possíveis soluções para tornar os procedimentos mais céleres.

Uma dessas alterações legislativas foi a inclusão do artigo 543-C no Código de Processo Civil, pela promulgação da Lei nº 11.672, de 08 de maio de 2008, que instituiu um procedimento para julgamento de recursos especiais repetitivos no Superior Tribunal de Justiça.

Por meio de tal procedimento, os Recursos Especiais que tratem de temas recorrentes no Tribunal poderão ser julgados “por amostragem”. Isso significa dizer que, diante da multiplicidade de recursos que abordem uma mesma questão, somente alguns desses recursos serão analisados como representativos da controvérsia. No entanto, o resultado obtido afetará os recursos não analisados, podendo, inclusive, ensejar novo julgamento do acórdão de segundo grau recorrido.

Diante da análise do referido instituto, seu conceito e procedimento previsto na legislação regulamentadora, pretende-se demonstrar que o julgamento de recursos repetitivos implica, por consequência, reconhecimento do caráter coletivo da matéria debatida no Recurso Especial, motivo por que merece ser estudado sob a ótica do processo coletivo.

Ao analisar a questão sob esta ótica, surge o problema a ser debatido no presente trabalho, qual seja, os efeitos do provimento jurisdicional no processo coletivo.

Em se tratando de julgamento de recursos repetitivos, tal questão se revela problemática, uma vez que inexistente qualquer previsão legal que autorize a opção da parte de não se submeter aos efeitos do provimento construído no julgamento de recursos repetitivos, tornando vinculante o efeito de tal provimento.

O problema se agrava ao se realizar uma análise comparativa com os efeitos do provimento do processo coletivo, que se encontram previstos no artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor. Referido dispositivo legal permite que as partes dos procedimentos individuais, em que se debata o mesmo tema do procedimento coletivo, optem por se submeter ou não aos efeitos do provimento construído no procedimento do qual não participaram efetivamente.

Assim, o objetivo do presente trabalho consiste em analisar os efeitos decorrentes do julgamento de recursos repetitivos, trazendo como contraponto a previsão legal contida no artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor, de forma a buscar a medida que mais se compatibiliza com a concepção de processo adotada no Estado Democrático de Direito, consagrado no Brasil pela promulgação da Constituição de 1988.

Tem-se, portanto, que o objetivo do presente trabalho é abordar o julgamento de recursos repetitivos diante do Estado Democrático de Direito, principalmente no que se refere ao processo coletivo, visando demonstrar a inadequação de tratamento do processo coletivo que obsta a concretização da democracia.

1 ANÁLISE SISTEMÁTICA DO PROCEDIMENTO DE JULGAMENTO POR AMOSTRAGEM

Seguindo a tendência de busca pela celeridade do procedimento, a Lei nº 11.672, de 08 de maio de 2008, introduziu no Código de Processo Civil o artigo 543-C, instituindo uma nova técnica de julgamento de recursos especiais, por meio da litigância de massa.

Assim, o artigo 543-C, que trata da multiplicidade de recursos especiais com fundamento em idêntica questão de direito, hipótese em que o julgamento do recurso escolhido como representativo servirá de parâmetro para o julgamento dos demais.

Cabe ao Presidente do Tribunal de origem escolher um ou mais recursos para representar a controvérsia e encaminhá-los ao Superior Tribunal de Justiça, ficando sobrestados na origem os demais recursos que tratem do mesmo tema.

O grande problema a ser debatido no presente trabalho encontra-se previsto no artigo 543-C, § 7º:

Art. 543-C (...)

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

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

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

Tal dispositivo legal, ainda que de forma sutil, trata da vinculação do precedente judicial criado no julgamento dos recursos repetitivos. Ainda que ausente a expressão “vinculante”, é certo que os recursos sobrestados somente poderão ter dois caminhos: novo julgamento pelo tribunal de origem, para se adequar ao entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça ou terão seguimento negado, caso o acórdão recorrido coincida com o tal entendimento.

Resta, portanto, indubitado que tal instituto implica no reconhecimento do caráter coletivo da questão debatida no Recurso Especial, motivo por que se revela a importância do estudo deste pressuposto de admissibilidade na perspectiva das ações coletivas.

Desse modo, após tais considerações breves acerca dos recursos repetitivos, pretende-se uma análise acerca do direito processual coletivo e suas peculiaridades, visando à compreensão do estudado pressuposto de admissibilidade como um instituto destinado à tutela de direitos que extrapolam a esfera individual, atingindo a coletividade.

2 OS RECURSOS REPETITIVOS COMO INSTITUTO DE PROCESSO COLETIVO

Para que seja possível a compreensão do recurso repetitivo como instituto destinado à tutela de direitos coletivos, necessário esclarecer que se entende por Processo Coletivo aquele que visa tutelar os direitos coletivos, dentre os quais se tem os coletivos em sentido estrito e os difusos e ainda os individuais homogêneos, sendo necessário, portanto, defini-los para uma melhor compreensão do tema proposto.

Ressalte-se, também, que incorreta a expressão “interesses coletivos”, tendo em vista que, conforme entendimento esposado por Vicente de Paula Maciel Junior, o interesse, entendido como manifestação de vontade em face de um bem, “é sempre individual, porque pertence à esfera psíquica que liga um sujeito a um bem” (MACIEL JUNIOR, 2006, p. 54).

Desse modo, tendo em vista o supramencionado conceito de interesse, como algo existente somente na esfera individual, inviável falar em interesses na esfera coletiva, revelando-se mais correta a adoção das expressões direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

O Código de Defesa do Consumidor adota, em seu artigo 81, os seguintes conceitos:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

No caso dos recursos repetitivos, é certo que a adoção de um acórdão como paradigma obrigatório para o julgamento de outras demandas que debatam a mesma questão, torna esse procedimento uma técnica destinada à tutela dos direitos individuais homogêneos.

No que se refere aos direitos individuais homogêneos, estes consistem em “um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, de homogeneidade, o que permite a defesa coletiva de todos eles” (ZAVASCKI, 2007, p. 43). Ou seja, os interessados compartilham prejuízos divisíveis de mesma origem.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho, o “adjetivo ‘homogêneos’ só indica que o fato gerador é único, já que a dimensão qualitativa ou quantitativa do direito pode variar em razão do indivíduo” (CARVALHO FILHO, 2007, p. 30), e prossegue fazendo a seguinte distinção entre os direitos tutelados pelo processo coletivo:

A categoria dos interesses individuais homogêneos guarda distinção fundamental em relação aos interesses coletivos e difusos: enquanto estes são transindividuais, porque o aspecto de relevo é o grupo, e não seus componentes, aqueles se situam dentro da órbita jurídica de cada indivíduo. Por outro lado, os direitos transindividuais são indivisíveis e seus titulares são indeterminados ou apenas determináveis, ao passo que os individuais homogêneos são divisíveis e seus titulares são determinados. (CARVALHO FILHO, 2007, p. 30).

Diante de tais considerações, resta indubitável que o julgamento dos recursos pela escolha de representativos, como ocorre na hipótese do artigo 543-C do Código de Processo Civil, trata-se de forma de processo coletivo, tendo em vista que ocorre, em um único julgamento, a discussão acerca de matéria de direito coletivo, cujo provimento valerá para os demais recursos.

No entanto, a regulamentação do referido instituto pela Lei 11.672/2008 não cuidou de abordar o procedimento observando as normas do direito processual coletivo, como se pretende demonstrar neste trabalho.

3 OS EFEITOS DA SENTENÇA NO PROCESSO COLETIVO BRASILEIRO

Acerca dos efeitos da sentença no processo coletivo destinado à tutela dos direitos individuais homogêneos, dispõe expressamente o artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, em seu inciso III e parágrafo § 2º.

É o que se observa:

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

(...)

III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

(...)

§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

Conclui-se, portanto, que a extensão dos efeitos foi estabelecida, *secundum eventum litis*, ou seja, dependendo do resultado do julgamento. Desse modo, diante da procedência do pedido inicial, haverá sempre a ampliação subjetiva da eficácia do julgado. Mas, do contrário, quando a pretensão for negada, o pedido julgado improcedente não será vinculativo para todos os interessados e legitimados, caso a improcedência decorrer da insuficiência probatória.

Sobre o supracitado dispositivo legal, é o ensinamento de Antônio Gidi:

O inciso III do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor prevê que a sentença fará coisa julgada somente no caso de procedência do pedido.

Surge, então, a perplexidade de se saber o que aconteceria no caso de improcedência. Não haveria formação de coisa julgada material nesse caso? A coisa julgada seria apenas *inter partes*? Resolve-se o problema com uma interpretação conjugada com o § 2º do mesmo artigo. Se esse dispositivo ressalva aos ‘aos interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes’, a possibilidade de propor a sua ação individual é porque, contrario sensu, aqueles interessados que intervieram, aceitando a convocação do edital a que se refere o art. 94, são atingidos pela coisa julgada *inter partes*. (GIDI, 1995, p. 139).

Sobre a coisa julgada no modelo representativo brasileiro, é o ensinamento de Fabiano Afonso:

Os limites objetivos da coisa julgada nas ações coletivas se operam para beneficiar todos os titulares de direitos ou interesses discutidos na ação coletiva em caso de procedência, havendo, assim, a coisa julgada *secundum eventum litis* para se ter eficácia *erga omnes*.

Nos casos de improcedência da ação, não se transmitem os efeitos *erga omnes*, conforme dispõe o art. 103 do CDC. Isso deriva de que os legitimados individuais possuem o direito ao devido processo legal, ampla defesa, contraditório e isonomia, com a finalidade de reverterem em juízo a demanda que lhes for desfavorável de forma individual. (AFONSO, 2010, p. 324).

Ainda é certo que, em se tratando de procedimento que visa à tutela direitos coletivos, os efeitos da sentença, conforme preconizado no art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, somente podem atingir às demandas individuais quando houver expresso pedido da parte de suspensão, manifestando claramente seu interesse em se submeter aos efeitos do processo coletivo.

É o que dispõe:

Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

Nesse sentido, leciona Ricardo de Barros Leonel:

A necessidade de reconhecimento de maior extensão aos efeitos da sentença coletiva é consequência da indivisibilidade dos interesses tutelados (material ou processual), tornando impossível cindir os efeitos da decisão judicial, pois a lesão a um interessado implica a lesão a todos, e o proveito a todos beneficia. É a indivisibilidade do objeto que determina a extensão dos efeitos do julgado a quem não foi parte no sentido processual, mas figura como titular dos interesses em conflito. (LEONEL, 2002, p. 259).

Similar é o que ocorre no sistema das *class actions*, em que os interessados, ainda que não tenham participado da construção do provimento jurisdicional, estes

ficam sujeitos aos efeitos da sentença, exceto se exercido o *opt-out*, o direito de exclusão, conforme leciona Antonio Gidi:

Ao contrário do que acontece no direito processual civil brasileiro, porém o efeito vinculante da sentença coletiva em face das pretensões individuais dos membros do grupo independe do resultado da demanda ou da suficiência do material probatório disponível ao grupo. Seja a sentença favorável ou contrária aos interesses do grupo (whether favorable or adverse), ela está revestida pelo manto da imutabilidade do seu comando em face dos direitos individuais e coletivos de todos os membros ausentes do grupo. (GIDI, 2007, p. 272).

Assim, em se tratando de ações coletivas, somente poderá ser considerado legítimo o provimento jurisdicional construído pela ampla participação dos que serão atingidos, motivo pelo qual é necessário oferecer às partes que litigam em processos individuais a oportunidade da suspensão ou não de suas demandas, para que observem ou não o que será decidido no processo coletivo.

4 DA FALTA DE LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA NO PROVIMENTO JURISDICIONAL DO RECURSO REPETITIVO

Considerando o processo coletivo no Estado Democrático de Direito e notadamente as mencionadas disposições do Código de Defesa do Consumidor, verifica-se que os recursos repetitivos, conforme regulamentados, limitam e impedem o debate dos interessados, culminando em um provimento jurisdicional decorrente somente do entendimento do magistrado, desconsiderando a participação das partes que litigam em outras demandas que não a representativa da controvérsia, o que o torna ilegítimo.

Em razão da consagração jurídico-constitucional da nova principiologia constitucional, com a promulgação da Constituição de 1988, o processo deve ser analisado sob uma perspectiva democrática e, por isso, é necessário romper com as teorias do processo que permitem a concepção da atividade jurisdicional como um poder do Estado. O rompimento deve ser estabelecido, principalmente, com a Teoria do Processo como Relação Jurídica, sistematizada por Büllow, que serviu de marco teórico para o atual Código de Processo Civil, segundo a qual o processo é uma relação jurídica

entre autor, réu e juiz. Tal teoria foi trazida ao Brasil por Enrico Tulio Liebman, influenciando Alfredo Buzaid na elaboração do Código de Processo Civil de 1973 e sendo acompanhada pela intitulada Escola Paulista/Instrumentalista de Processo.

Para a doutrina instrumentalista, “o conceito de jurisdição não seria jurídico, mas, político, já que ela é expressão do poder do Estado” (GONÇALVES, 2012, p. 154), fazendo com que a atividade do juiz seja influenciada por seus próprios princípios ideológicos, construída unilateralmente por sua clarividência, em uma atividade solitária e solipsista, o que, obviamente, diante das considerações anteriormente feitas, não é compatível com a noção democrática de processo. Ou seja, ao tratar o processo como um instrumento de busca pela paz social e pela justiça, admite-se que o magistrado se torne a figura suprema da relação processual e atue de forma discricionária e arbitrária, desconsiderando a atuação das partes/participação popular, o que não se mostra consentâneo com a atual conjuntura constitucional.

O equívoco na referida doutrina estaria em sugerir que seja o processo instrumento da jurisdição, quando, na verdade, o correto parece ser o contrário, isto é, a jurisdição é o instrumento do processo.

Constata-se, portanto, que tem ocorrido uma grande preocupação com a celeridade processual, com visível prejuízo dos direitos fundamentais.

É a lição de Aroldo Plínio Gonçalves:

A preocupação com o rápido andamento do processo, com a superação do estigma da morosidade da Justiça que prejudica o próprio direito de acesso ao Judiciário, porque esse direito é também o direito à resposta do Estado ao jurisdicionado, é compartilhada hoje por toda a doutrina do Direito Processual Civil. As propostas de novas categorias e de novas vias que abreviem o momento da decisão são particularmente voltadas para a economia e a celeridade como predicados essenciais da decisão justa, sobretudo quando a natureza dos interesses em jogo exige que os ritos sejam simplificados. Contudo, a economia e a celeridade não são incompatíveis com as garantias das partes, e a garantia constitucional do contraditório não permite que seja ele violado em nome do rápido andamento do processo. (GONÇALVES, 2012, p. 124-125).

Tem-se, portanto, que não basta buscar um processo célere para que o processo seja efetivo, exige-se também a observância das garantias processuais fundamentais.

Por tais motivos, referida doutrina deve ser abandonada, uma vez que, no contexto pós-Constituição de 1988, sendo necessário compreender o processo segundo a

Teoria Constitucionalista, cujos estudos remontam ao mexicano Hector Fix-Zamudio¹ e ao uruguaio Eduardo Couture², sendo trazida ao direito brasileiro por José Alfredo de Oliveira Baracho.

Ao apresentar esta teoria, Baracho afirma que “o direito processual tem linhagem constitucional, circunstância que dá maior significação à proteção efetiva dos direitos processuais, em todas as instâncias” (BARACHO, 2008, p. 14), ainda acrescentando que “o processo constitucional visa tutelar o princípio da supremacia constitucional, protegendo os direitos fundamentais” (BARACHO, 2008, p. 45).

Desse modo, tem-se que as normas processuais devem observar a supremacia da Constituição³, uma vez que o processo é considerado uma importante garantia constitucional. Por isso, as normas processuais surgem consolidadas nos textos das Constituições do moderno Estado Democrático de Direito, “sufragando os direitos das pessoas obterem a função jurisdicional do Estado, segundo a metodologia normativa do processo constitucional” (BRÊTAS, 2010, p. 92).

Conforme informa Baracho, “o modelo constitucional do processo civil assenta-se no entendimento de que as normas e os princípios constitucionais resguardam o exercício da função jurisdicional” (BARACHO, 2008, p. 15), o que leva ao entendimento de que a jurisdição é direito fundamental, e, por consequência, seria

¹ Fix-Zamudio, em sua obra “Constitución y Proceso Civil en Latinoamérica”, de 1974, analisou a relevância que as garantias fundamentais passaram a ter nos estudos de direito processual, concluindo que, diante da existência de numerosas disposições constitucionais acerca dos direitos das partes no processo civil, torna-se impossível desvincular qualquer legislação processual de tais direitos fundamentais. (FIX-ZAMUDIO, Hector. *Constitución y Proceso Civil en Latinoamérica*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974).

² Apesar de verificar que Eduardo Couture ainda considera o processo como um instrumento da jurisdição, seguindo a orientação da Teoria do Processo como Relação Jurídica de Büllow, é possível constatar em seus estudos um esboço de um direito processual constitucional, a partir da ideia de que o processo deve ser estruturado por meio de um método dialético, permitindo que as partes e o juiz realizem o debate, tendo esclarecido Couture que a atividade jurisdicional se “serve da dialética porque o princípio da contradição é o que permite, por confrontação dos opostos, chegar à verdade” (COUTURE, Eduardo. *Introdução ao Estudo do Processo Civil: Discursos, Ensaios e Conferências*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2008, p. 44).

³ Segundo José Afonso da Silva, Supremacia da Constituição significa que esta se encontra no vértice do sistema jurídico conferindo validade a todos os atos do Estado realizados conforme reconhecido no texto constitucional, na proporção em que os poderes estatais forem distribuídos (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 45). Afirma também José Cirilo Vargas que a “constituição é que forma o arcabouço jurídico-político de uma Nação”, traçando “os pressupostos de todos os setores da ordem jurídica”, inclusive do Processo. (VARGAS, José Cirilo. *Processo Penal e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 57).

inviável compreender o processo como mero instrumento de sua realização, devendo ser compreendido como forma de garantia não só deste, mas de todos os direitos fundamentais positivados pelo texto constitucional.

Em assim sendo, mediante a adoção da Teoria Constitucionalista do Processo, o provimento proferido no julgamento de feitos por amostragem é inválido, pela ausência de ampla participação das partes em sua construção e obrigatoriedade de observância nos demais feitos, além de não se prestar para tutelar, de forma adequada os direitos coletivos.

Nesse sentido, é a crítica de Dierle José Nunes, Humberto Theodoro e Alexandre Bahia:

(...) o Tribunal Superior ao criar uma tese com base em alguns casos ‘pinçados’ (como veremos), rejeitaria tão-somente estes, desprezando os argumentos dos demais recursos e dos ‘interessados não participantes’, algo que exige uma releitura de aplicação. (NUNES, THEODORO JUNIOR, BAHIA, 2009, p. 19).

Dierle José Coelho Nunes prossegue criticando o julgamento por amostragem também em sua obra “Processo Jurisdicional Democrático”:

Não se pode acreditar mais em uma justiça social definida antes do debate processual (tese já julgada), eis que só as peculiaridades do caso concreto (não de uma massa de casos), definidas endoprocessualmente, conseguem permitir, mediante o estabelecimento de um fluxo discursivo entre os interessados e o órgão decisor, a formação de um provimento adequado. (NUNES, 2006, p. 143).

Nesse mesmo sentido, ensina Dierle José Nunes, Humberto Theodoro Junior e Alexandre Bahia, segundo os quais, diante “da existência de um litisconsórcio por afinidade entre os recorrentes, em caso de recursos com fundamento idêntico, a solução não poderia ser tal que violasse as garantias do devido processo constitucional.” (NUNES, BAHIA, THEODORO JUNIOR, 2009, p. 38).

No mesmo sentido, leciona Juliana Maria Mattos Ferreira:

No Estado Democrático de Direito não se pode permitir que o juiz seja, solitariamente, o decisor que dará ao fato natureza individual ou coletiva. O pronunciamento jurisdicional hábil a incidir sobre a esfera dos bens de número indeterminado ou indeterminável de pessoas deverá ser construído pelos interessados, de forma participativa e isonômica, conforme assegura a Constituição Brasileira. (FERREIRA, 2009, p. 185).

Tem-se, portanto, que necessária a ampliação do debate acerca das questões de direito coletivo, em sede de recursos repetitivos, conforme propõe Vicente de Paula

Maciel Junior, que afirma que “quanto maior a participação dos interessados na formação do mérito maior será a possibilidade de que esse processo represente o conflito coletivo de forma ampla”. (MACIEL JUNIOR, 2006, p. 179).

E conclui:

As ações coletivas não devem ser rígidas quanto à formação do mérito, porque se o fato abrange um número indeterminado de interessados, é natural que dentre eles existam manifestação de vontades em sentidos diferentes e muitas vezes contraditórios. A ação dos diversos interessados difusos deve conduzir a uma possibilidade de ‘ampliação flexível do mérito no processo coletivo’. Se assim não for, corre-se o risco de se transformar a decisão judicial do processo coletivo em uma visão unilateral e representativa apenas de uma parcela dos interessados difusos na questão litigiosa. (MACIEL JUNIOR, 2006, p. 180).

Tendo em vista que o provimento jurisdicional “deverá ser o resultado lógico da atividade procedimental desenvolvida em torno das questões discutidas e dos argumentos produzidos em contraditório pelas partes” (BRÊTAS, 2010, p. 131), construído de forma participada, permitindo que as partes manifestem-se sobre os termos do processo, sendo tal questão resolvida de forma simples, por meio da observância do disposto nos artigos 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor.

Desse modo, tem-se que a o julgamento dos recursos repetitivos, conforme disposto na legislação regulamentadora, inobserva os direitos e garantias fundamentais constitucionais da ampla defesa e do contraditório, os quais “permitem a construção de um procedimento jurisdicional legítimo que possibilita um resgate discursivo das razões de cada decisão judicial, assegurando a correção da falibilidade do processo” (NUNES, 2006, p. 143).

O que ocorre, em tais julgamentos, é o indevido exercício da atividade jurisdicional, permitindo que os julgadores suprimam toda a participação dos interessados e atuem de forma solipsita e isolada, desconsiderando todo o debate e argumentação que poderiam ser produzidos pelas partes interessadas nos processos individuais em que litigam.

Assim, conforme entendimento de Lênio Streck, ocorre um retrocesso, “pelo qual se procura estabelecer uma regra, geral e universalizante, que permita um julgamento massivo de todos os processos pressupostos como iguais”, ignorando que os

recursos “representam causas e não apenas teses jurídicas abstratas” (STRECK, 2009, p. 9).

Dessarte, alcança-se uma falsa segurança jurídica, garantida tão somente pela certeza de que os julgamentos semelhantes terão julgamentos idênticos, mas não se garante que a construção destes provimentos judiciais ocorrerá em observância ao devido processo constitucional.

No entanto, atualmente, observa-se que na formação de precedentes a atividade interpretativa/hermenêutica se limita ao âmbito dos julgadores, inexistindo qualquer previsão legal ou regimental sobre a participação dos interessados em tal incidente, sendo seu procedimento limitado ao debate entre os próprios julgadores.

Conforme lição de Streck “não se pode olvidar a ‘tendência’ contemporânea (brasileira) de apostar no protagonismo judicial como uma das formas de concretizar direitos” (STRECK, 2010, p. 20), o que demonstra clara adesão do nosso processo atual à teoria do processo como relação jurídica, de forma incompatível com as diretrizes do Estado Democrático de Direito. No entanto, não é o protagonismo judicial e, por consequência, decisões solipsistas que concretizam os direitos. Somente é possível falar em concretização de direitos e, por consequência, em adequada tutela dos direitos coletivos, por meio do devido processo constitucional.

Assim, apesar de correta a intenção e a função dos recursos repetitivos, equivocada sua regulamentação, vez que esta não pode ser aplicada em desconformidade com a disciplina constitucional principiológica (BRÊTAS, 2010, p. 35), o que retira do provimento sua legitimidade democrática.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tais considerações, inviável que, no Estado Democrático de Direito, admita-se que sejam criados e regulamentados institutos de processo coletivo em desconformidade com o modelo constitucional do processo, como ocorre no caso dos Recursos Repetitivos, o que afasta a legitimidade e validade do provimento proferido nos casos de recursos repetitivos, tendo em vista que não produzido sob a observância do devido processo e sem a efetiva participação das partes interessadas.

Em se tratando de processo coletivo, diante das diretrizes decorrentes do princípio do Estado Democrático de Direito, não cabem limitações à ampla participação das partes interessadas, o que configura clara ofensa aos direitos fundamentais à ampla defesa e contraditório, invalidando, portanto, o provimento obtido.

Desse modo, verifica-se que a sistemática adotada no julgamento dos recursos repetitivos, apesar de incorporada ao direito brasileiro sob o argumento de celeridade e efetividade do provimento jurisdicional, encontra-se na contra-mão da garantia fundamental do devido processo legal e do modelo constitucional do processo.

Somente é possível considerar que uma sentença proferida em ação coletiva produza efeitos aplicáveis e oponíveis contra todos, caso permita a participação de todos os interessados, observando o devido processo legal, oportunizando, assim, o contraditório e a ampla defesa, garantindo a construção de um provimento participado.

Do mesmo modo, a discussão acerca da aplicação do entendimento paradigma firmado no julgamento de recursos repetitivos deve envolver as partes interessadas, não podendo o precedente ser aplicado sem que tenham oportunidade para se manifestar sobre a questão nos processos individuais, não podendo também, de forma alguma, obstar a propositura de futuras demandas individuais.

E também só é possível considerar legítimo um provimento jurisdicional quando construído com a participação de todos os seus interessados, o que é possível por meio da previsão contida nos artigos 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor, que autoriza a quem for parte em um processo individual optar por se sujeitar ou não aos efeitos do provimento produzido no processo coletivo.

Conclui-se, desse modo, que os Recursos Repetitivos, conforme determinação do artigo. 543- C, do Código de Processo Civil, encontra-se em total desconformidade com as técnicas procedimentais do processo coletivo, com a disciplina constitucional principiológica e com as diretrizes do Estado Democrático de Direito, e, por via de consequência, faz com que o Superior Tribunal de Justiça prossiga proferindo decisões totalmente ilegítimas, motivo por que necessária a revisitação deste instituto sob a ótica proposta. E, ainda, por tais motivos, o procedimento em análise afasta-se da atual concepção do processo, não logrando êxito em sua principal função de tutelar os direitos coletivos.

REFERÊNCIAS

- AFONSO, Fabiano. **Liquidação de Sentença Coletiva**. Curitiba: Juruá, 2010.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira Baracho. **Direito Processual Constitucional: Aspectos Contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008
- COUTURE, Eduardo. **Introdução ao Estudo do Processo Civil: Discursos, Ensaios e Conferências**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2008
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo Constitucional e o Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação Civil Pública: comentários por artigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- FIX-ZAMUDIO, Hector. **Constitución y Proceso Civil en Latinoamérica**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974.
- GIDI, Antônio. **Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GIDI, Antônio. **A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: Primeiros estudos**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das Ações Coletivas: As ações coletivas como ações temáticas**. São Paulo: LTr, 2006.

NUNES, Dierle José Coelho. **Direito Constitucional ao Recurso: Da Teoria Geral dos Recursos, das Reformas Processuais e da Comparticipação nas Decisões.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático.** Curitiba: Juruá, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros, 2007

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. *In:* CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (coords.) **Constituição e Processo: A contribuição do Processo ao Constitucionalismo Brasileiro.** Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – Decido Conforme Minha Consciência?.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José; BAHIA, Alexandre. Litigiosidade de Massa e Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. *In:* **Revista do Processo.** Ano 34, número 77, 2009.

VARGAS, José Cirilo. **Processo Penal e Direitos Fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 1992

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo:** tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.