

Cardoso e Rston: Garantia do contraditório vs. litigantes-sombra

O fordismo foi um modo de produção disseminado nos Estados Unidos durante a Segunda Revolução Industrial. O modelo teve como características marcantes a produtividade alta e redução do tempo de produção. Não é para menos que, no início de sua implementação, teve grande sucesso, porém, o seu declínio veio logo. O período, demarcado por alienação do operário quanto às fases precursoras, tinha a qualidade da produção controlada apenas ao final, no último estágio da "esteira". A produtividade era a



Os julgamentos repetitivos correm o risco de incidir na

mesma lógica, guardadas as devidas proporções e ressalvada a alta qualificação de nossos órgãos jurisdicionais: paradigmas são julgados para firmar tese vinculante que valerá para inúmeros outros casos semelhantes, com o fito de maior celeridade e eficiência do Judiciário. Mas será que essa técnica garante a qualidade de julgamento exigida para a fixação de tese a ser aplicada por demais órgãos jurisdicionais? Será que o julgamento de casos repetitivos, em alguma medida, segue lógica "fordista" de julgamentos?

A participação no sistema de precedentes, sob a perspectiva do acesso à Justiça, nunca foi algo tão necessário a ser discutido. Os efeitos do julgamento de casos repetitivos vêm mostrando cada vez mais a necessidade de se debater a respeito da amplitude do contraditório e ampla defesa nessas técnicas de julgamento.

Um desses debates, que merece atenção, diz respeito à atuação dos "litigantes-sombra". A jurisprudência [\[1\]](#) denomina assim os sujeitos que sofrerão os efeitos de uma decisão firmada em processo repetitivo, sem que tenham oportunidade efetiva de participação no processo paradigma. Refere-se a tais como *"a plateia silenciosa que apenas assiste à partida, sem ao menos ter conhecimento de que ela está ocorrendo"* [\[2\]](#).



Não há dúvidas de que, num sistema tão sobrecarregado e congestionado como o nosso — com um índice médio total de 73% em 2020 [3] —, os julgamentos repetitivos, sob o viés de se pretender mais céleres, entregaram alguma rapidez a custo de certos sacrifícios. Será que a uniformização foi acompanhada de melhora qualitativa? Como se garantir o contraditório e ampla defesa dessa plateia silenciosa que sofrerá dos efeitos do julgamento e da tese firmada em repetitivo, mesmo que não tenha participado do processo paradigma que deu origem à tese?

A lei de antemão prevê algumas possibilidades. No incidente de resolução de demandas repetitivas, o relator poderá ouvir as partes e demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, além do Ministério Público (artigo 983, CPC). Também é cabível a designação de audiência pública para ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria (artigo 983, §1º, CPC). Regras semelhantes são previstas para o julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos (artigo 1038, CPC) e para as ações de controle concentrado de constitucionalidade (artigos 9º, Lei nº 9.868/99, e 6º, Lei nº 9.882/99).

Entretanto, será que esses mecanismos legais são suficientes para garantia da participação adequada dos denominados "litigantes-sombra"?

De plano, a qualificação do contraditório em julgamentos de precedentes é menor quando comparado ao processo coletivo. Já é constatada empiricamente a grande disparidade técnica e econômica entre os litigantes no sistema de precedentes, tendo em vista a afetação de casos individuais para a resolução da controvérsia [4], ao passo que no processo coletivo os legitimados institucionais equilibram um pouco mais o "jogo".

Ademais, mesmo com a participação do Ministério Público no procedimento de formação dos precedentes, fato é que a questão controvertida é debatida coletivamente apenas na segunda instância ou em sede de tribunal superior, sem ampla margem de produção de provas, utilizando-se daquelas produzidas para o processo individual. No processo coletivo, todos os atos já são produzidos sob perspectiva coletiva desde o inquérito civil ou, ao menos, desde a primeira instância, qualificando-se mais o contraditório para formação da coisa julgada *erga omnes*.

A fixação de teses jurídicas com repercussão coletiva, para a sua perfeita legitimação democrática, depende da observância rigorosa ao devido processo legal e somente isso permite ao juiz compreender a questão coletivamente e, então, decidir. E os mecanismos de intervenção do sistema de precedentes, como *amicus curiae* e de interessados em audiências públicas, mostram-se insuficientes.

Em realidade, verifica-se clara vantagem dos litigantes habituais que têm melhores condições econômicas e jurídicas de trazerem informações aos julgadores [5], inclusive por meio desses instrumentos. Aptos, portanto, a sobrepujar seus interesses e influenciar o julgamento a ponto de firmar suas teses pretendidas.



Um exemplo desse cenário é IRDR julgado em 2017 [\[6\]](#) que decidiu nove temas relacionados aos requisitos e efeitos do atraso de entrega de unidades autônomas de imóveis em construção, tais como a cláusula de tolerância e parâmetros indenizatórios. No caso em questão, houve apenas sustentação oral em defesa das incorporadoras e construtoras, visando à interpretação das cláusulas mais favoráveis a essas.

No entanto, pelas partes contrárias do feito, como consumidores e compradores, não havia sequer representante presente e o processo transcorreu sem qualquer participação desses entes. Isto é: aos litigantes com poucos recursos, basta apenas assistir ao andar da carruagem, e com sorte, diferenciar seu caso futuro com o *distinguishing*, à semelhança de um controle qualitativo do estágio final como o fordismo.

Algumas soluções para esse cenário são trazidas pela doutrina e sobre algumas passa-se a discorrer, sem exclusão de outras que eventualmente surjam.

Primeira solução é enfrentar a raiz do problema: efetivar o contraditório desde logo nos casos-piloto que darão origem ao paradigma, o qual firmará a tese a ser utilizada aos casos pendentes e futuros [\[7\]](#). Assim, objetiva-se selecionar aqueles processos que buscam a vitória de teses opostas, com a finalidade de equilibrar argumentos postos. Solução apta a demonstrar que não basta um critério quantitativo para avaliar o contraditório, mas deve-se também realizar a análise qualitativa do caso.

Segunda solução já posta no ordenamento: *distinguishing* no caso concreto (artigo 927, § 4º, CPC), possibilitando aos ausentes, em relação ao caso-piloto, que venham a demonstrar a diferença fática do seu caso em relação ao paradigma. Todavia, a realização da técnica depende de fundamentação adequada pelo órgão julgador do precedente, do contrário torna-se dificultoso diferenciar um caso de outro.

Terceira solução viável é o incentivo ao uso de audiências públicas no Poder Judiciário, tal como é frequente no âmbito do Executivo. Embora a lei processual não regule o seu processamento, não há dúvidas de que a tecnologia favorece o uso desses instrumentos. Com ela — apesar das diferenças regionais marcantes de acesso que afetam o país — é possível notificar grupo mais abrangente de pessoas para qualificar o debate de determinado caso repetitivo ou para revisão de tese anteriormente firmada.

Em alguns casos, principalmente em decorrência da pandemia da Covid-19, já há a possibilidade de audiências públicas *online* envolvendo meio ambiente, tal como a Resolução nº 494/2020 do Conama, que regulou a matéria. Outros envolvendo o sistema eleitoral, em que o TSE realizou audiências públicas para receber sugestões para minutas de resoluções a serem aplicadas às eleições de 2022 [\[8\]](#). Alguns municípios também já vêm disponibilizando audiências públicas *online* para o cidadão opinar nos mais variados temas propostos pela Administração Pública [\[9\]](#).



Mesmo assim, nem sempre a audiência pública "porta aberta" é a melhor solução. É indispensável a ampla publicidade pelos meios de comunicação existentes e emergentes com as novas tecnologias da informação, sem contar que o julgador deve efetivamente ponderar as manifestações trazidas em audiência. Por vezes, a realização de mais de uma sessão, para os julgadores ouvirem de forma segmentada cada subclasse de interessados, pode ser mais eficiente.

Quarto mecanismo é o estímulo à participação do *amicus curiae* (artigo 138 CPC). É figura que fomenta o debate e garante processo mais democrático. Todavia, também tem suas limitações, como o caráter discricionário de sua admissão com base na "*relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia*". Para que funcione, sua inadmissão há de ser excepcional e devidamente fundamentada na falta de pertinência ou representatividade do *amicus*.

Ainda, na fundamentação do acórdão, os julgadores devem efetivamente sopesar os argumentos ventilados pelo *amicus curiae*, sob pena de nulidade da decisão (artigo 489, §1º, IV, CPC) e é indispensável, *de lege ferenda*, a previsão mais clara dos poderes dessa figura e não somente discricionária.

Quinta solução é justamente aprimorar o processo coletivo, como alternativa viável ao sistema de precedentes. Atualmente, há projetos legislativos em andamento para melhor desenvolvimento da tutela coletiva, notadamente o PL nº 1.641/2021, que visa a aumentar a participação em mais de um dispositivo legal, como os seguintes:

- 1) Consulta pública, audiência públicas e outras formas de participação direta (artigo 2º, II);
- 2) Ampla publicidade mediante adequada informação social a respeito das ações, decisões ou acordos de tutela (artigo 2º, VII);
- 3) Efetivo diálogo entre juiz, partes e demais poderes do Estado e sociedade (artigo 2º, X);
- 4) Escolha da ação coletiva preferencialmente como representativo da controvérsia para julgamento de casos repetitivos (artigo 6º, parágrafo único);
- 5) Ampliação do rol de legitimados ativos (artigo 7º), apesar de ausente o debate acerca da inclusão do cidadão como legitimado;
- 6) Critérios para avaliação da representatividade adequada (artigo 7º, §2º) e seu controle ao longo de todo o processo (artigo 7º, §4º), o que poderia ser estendido hermeneuticamente aos intervenientes com interesse relevante e utilidade de atuação (artigo 20);
- 7) Técnicas de participação na autocomposição coletiva (artigo 37, III);
- 8) Consulta a órgãos e entidades públicas com reconhecida capacidade técnica acerca da viabilidade das obrigações assumidas em autocomposição coletiva (artigo 40).



Mesmo no projeto, remanesce o velho problema acerca da falta de previsão dos poderes do *amicus curiae* e de demais intervenientes, que será definido discricionariamente em cada caso concreto (artigo 22, §1º, IV).

Conjuga-se com isso a aplicação mais ampla e racional do artigo 139, X, CPC, pelos tribunais, especialmente quando se verificar que o contraditório efetuado nos processos individuais não corresponde à dimensão coletiva da controvérsia, limitando-se a contraditórios esparsos para cada caso, ou mesmo quando as provas produzidas refletirem apenas cada realidade individual, e não a realidade coletiva do litígio.

Por fim, deve-se ressaltar que a participação não deve ser disfuncional, devendo ser sempre avaliado o interesse e a utilidade de manifestação dos intervenientes previamente à sua atuação e ao longo de todo o processo.

Postas algumas soluções, não se deve buscar uma eficiência apenas quantitativa dos processos existentes, garantindo-se somente celeridade processual. A injustiça do célere, a pressa pelo julgamento e a tentativa de diminuir o asoerramento do Judiciário não podem ser motivos para que se tenha uma prestação jurisdicional sem a devida legitimação, entregue em modelo "fordista" de produção de decisões.

Deve-se, sim, ponderar as vantagens dos julgamentos repetitivos, mas sem se olvidar de suas mazelas: a participação processual dos litigantes-sombra deve ser muito bem discutida e refletida, a fim de não se permitir a exclusão de sujeitos que, na prática, sofrerão as consequências do provimento jurisdicional.

[1] Expressão utilizada pelo Min. Herman Benjamin no STJ, REsp nº 911.802/RS, Primeira Seção, ministro relator José Delgado, j. 24.10.2007. Em suas palavras: "Como juiz, mas também como cidadão, não posso deixar de lamentar que, na argumentação oral perante a seção e em visitas aos gabinetes, verdadeiro monólogo dos maiores e melhores escritórios de advocacia do País, a voz dos consumidores não se tenha feito ouvir. Não lastimo somente o silêncio de dona Camila Mendes, mas sobretudo a ausência, em sustentação oral, de representantes dos interesses dos litigantes-sombra, todos aqueles que serão diretamente afetados pela decisão desta demanda, uma gigantesca multidão de brasileiras (mais de 30 milhões de assinantes) que, por bem ou por mal, pagam a conta bilionária da assinatura básica (...)"

[2] ASPERTI, Maria Cecilia. [O silêncio dos "litigantes-sombra" e a vitória da eficiência sobre o contraditório no julgamento de casos repetitivos. In: Direito processual civil contemporâneo — estudos em homenagem ao professor Walter Piva. Org. Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo; Daniel Zveibil; Luiz Dellore; Julio Cesar Bueno; Marco Antônio Perez de Oliveira. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2020, p. 555-556].

[3] A taxa de congestionamento da Justiça é o índice que resulta da divisão do número de processos existentes no Judiciário pelo número de processos julgados. O índice varia de acordo com o Tribunal, mas a média de 2020 foi de 73%. Dados em: CNJ. Justiça em números



— Sumário Executivo, 2021. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/justica-em-numeros-sumario-executivo.pdf>>. Acesso: 11/02/2022.

[4] ASPERTI, Maria Cecília., op. cit., p. 566.

[5] GABBAY, Daniela Monteiro; COSTA, Susana Henriques da; ASPERTI, Maria Cecília Araujo. Acesso à justiça no Brasil: reflexões sobre escolhas políticas e a necessidade de construção de uma nova agenda de pesquisa. Revista Brasileira de Sociologia. v.6. nº 3. set-dez. 2019, p.175.

[6] TJSP, IRDR 0023203-35.2016.8.26.0000, Turma Especial, relator desembargador Francisco Eduardo Loureiro, j. 31.08.2017.

[7] Sobre a temática: CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. Revista de Processo. v. 231. mai. 2014.

[8] Cf: <<https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2021/Novembro/tse-realiza-audiencias-publicas-sobre-resolucoes-das-eleicoes-2022-e-missoes-de-observacao-eleitoral>>. Acesso: 11/02/2022.

[9] Em São Paulo, por exemplo, é possível se inscrever em várias audiências públicas com temas abertos previamente delimitados para auxílio de propostas legislativas: <<https://www.saopaulo.sp.leg.br/audienciapublicavirtual/>> Acesso: 11/02/2022.

Date Created

14/02/2022