

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA I**

CRISTIANO BECKER ISAIA

HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO

MAGNO FEDERICI GOMES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Cristiano Becker Isaia; Henrique Ribeiro Cardoso; Magno Federici Gomes – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-630-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

Apresentação

O XXVII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado em Salvador/BA, nos dias 13 e 15 de junho de 2018, foi promovido em parceria com a Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA), tendo como tema geral: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural.

Este livro é derivado da articulação acadêmica, com o objetivo de transmissão do conhecimento científico, entre o CONPEDI, a UFBA e docentes e pesquisadores de diversos Programas de Pós-graduação "stricto sensu" no Brasil e no exterior, com vínculo direto com seus respectivos projetos e Grupos de Pesquisa junto ao CNPQ.

O grupo de trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I teve bastante êxito, tanto pela excelente qualidade dos artigos, quanto pelas discussões empreendidas pelos investigadores presentes. Foram defendidos dezesseis trabalhos, efetivamente debatidos e que integram esta obra, a partir dos seguintes eixos temáticos: teoria geral do processo contemporâneo; tutela processual coletiva; direito probatório; processo de execução e procedimentos especiais; e reflexos dos precedentes judiciais na legislação instrumental.

No primeiro bloco, denominado teoria geral do processo contemporâneo, iniciaram-se os trabalhos com textos sobre o ativismo judicial: as origens do protagonismo judicial no Direito Processual Civil, com estudo sobre a função do juiz e a teoria da decidibilidade, a partir do processo romano medievo; e a legitimação para o controle judicial de políticas públicas e ações afirmativas: parâmetros hermenêuticos, que apresentou os elementos de sindicabilidade da atuação judicial para efetivar direitos fundamentais. Após, passou-se à análise dos princípios processuais e normas gerais instrumentais em: deveres das partes como vetor das garantias de um processo constitucional democrático (lealdade processual, boa-fé e cooperação para efetivar o processo justo); a efetividade do processo judicial eletrônico brasileiro: uma análise sob a perspectiva da pessoa com deficiência visual, em que se visitou o amplo acesso à jurisdição para tais procuradores; tutelas jurisdicionais diferenciadas: apontamentos sobre a tutela provisória antecedente do novo Código de Processo Civil (CPC /2015), onde a estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória e seus efeitos exógenos de coisa julgada material foram analisados; e a flexibilização da vedação ao acordo

na ação de improbidade administrativa frente ao princípio do devido processo legal, que problematizou a diretriz da autocomposição do CPC/2015 em contraposição ao procedimento da ação de improbidade administrativa.

No segundo eixo, chamado tutela processual coletiva, apresentaram-se quatro artigos científicos, iniciando-se com: a mudança de paradigma do estado liberal para o social democrático e as tutelas processuais ambientais, em que se estudou a evolução histórica do paradigma de processo e as tutelas preventivas, inibitórias e ressarcitórias em ações civis públicas ambientais; análise do princípio do contraditório e ampla defesa à luz do processo coletivo, fazendo uma releitura de tais princípios na tutela coletiva; a inocorrência de prescrição na ação civil pública enquanto regra geral, estudando a imprescritibilidade na tutela coletiva; e especificidades do mandado de injunção coletivo, como vítima da crise de inefetividade das normas constitucionais, vício que o instrumento pretendia corrigir.

Na terceira fase temática, intitulada direito probatório, o primeiro trabalho foi: a exegese da hipossuficiência da parte na aplicação da teoria da dinamização do ônus da prova no processo civil, que, a partir de decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, verificou que a carência financeira é o elemento primordial para se reconhecer a hipossuficiência para inverter a distribuição do encargo da prova; e o segundo texto foi: provas em matéria arbitral, analisando o papel do árbitro na validação dos elementos probatórios.

No quarta parte, cujo eixo foi processo de execução e procedimentos especiais, foram abordados os artigos: defesas do executado no CPC/2015, sobre a preexistência da objeção ou exceção de pré-executividade; e a competência em razão da pessoa no Juizado Especial Federal e suas problemáticas, que analisou a incapacidade de parte em oposição à competência absoluta nas pequenas lides federais.

No derradeiro bloco, que versou sobre os reflexos dos precedentes judiciais na legislação instrumental, expôs-se: como provocar o STF e STJ a superarem seus precedentes, firmados em recursos extraordinário e especial repetitivos, na sistemática do artigo 1.030 do CPC?: uma interpretação constitucional adequada, que objetivou dar uma interpretação conforme à Constituição sobre o cabimento de agravo interno contra decisões de inadmissão de Recursos Especiais e Extraordinários com base em precedente judicial de Tribunais Superiores; e ainda a relevante função da reclamação constitucional no CPC/2015, que analisou as cinco fases da ação impugnativa autônoma que assegura a autoridade das decisões dos tribunais e sua competência jurisdicional, bem como a nova função infraconstitucional de efetivação de precedentes judiciais.

Como conclusão, a Coordenação sintetizou os trabalhos do grupo, discutiu temas conexos e sugeriu novos estudos, a partir da leitura atenta dos artigos aqui apresentados, para que novas respostas possam ser apresentadas para os problemas que se multiplicam nesta sociedade de risco líquida.

O neoconstitucionalismo, ou pós-positivismo, parte da premissa de que os princípios inseridos em uma Constituição têm força normativa, o que reforça, no Direito Processual, o seu caráter de instrumento para implementação e efetivação dos direitos e garantias fundamentais, razão pela qual não se pode interpretar qualquer instituto processual dissociado do conteúdo axiológico-normativo dos princípios constitucionais que regem a sua aplicação.

A finalidade deste livro é demonstrar os estudos, debates conceituais e ensaios teóricos voltados ao Direito Processual Sustentável, no qual a multidisciplinaridade, em suas várias linhas de pesquisa, serão empregadas para expor os temas e seus respectivos problemas. Objetiva-se, ademais, ampliar as reflexões e discussões sobre a pesquisa realizada sob diversos posicionamentos, posto que as investigações não se encontram totalmente acabadas.

Na oportunidade, os Coordenadores agradecem a todos que contribuíram a esta excelente iniciativa do CONPEDI, principalmente aos autores dos trabalhos que compõem esta coletânea de textos, tanto pela seriedade, quanto pelo comprometimento demonstrado nas investigações realizadas e na redação de trabalhos de ótimo nível.

Os artigos, ora publicados, pretendem fomentar a investigação interdisciplinar entre o Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça. Assim, convida-se o leitor a uma leitura atenta desta obra.

Os Coordenadores:

Prof. Dr. Cristiano Becker Isaia

Universidade Federal de Santa Maria

Prof. Dr. Henrique Ribeiro Cardoso

Universidade Federal de Sergipe e Universidade Tiradentes/SE

Prof. Dr. Magno Federici Gomes

Escola Superior Dom Helder Câmara e PUC Minas

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

ANÁLISE DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA À LUZ DO PROCESSO COLETIVO

ANALYSIS OF THE PRINCIPLE OF CONTRADICTORY AND BROAD DEFENSE IN THE LIGHT OF THE COLLECTIVE PROCESS.

Luis Augusto Bezerra Mattos

Resumo

O presente trabalho pretende explicar alguns aspectos que reputamos relevantes para o estudo do princípio do contraditório e ampla defesa no Processo Coletivo. Desta forma não pretendemos esgotar o tema, mas elucidar como cada instituto atua na Seara Coletiva, analisando os aspectos Doutrinários, trazidos em periódicos e em livros acadêmicos. O tema escolhido para discorrermos neste trabalho, consideramos relevante para o âmbito jurídico em geral, pois nos dedicaremos a analisar os princípios Constitucionais, presentes em toda a esfera jurídica, buscando algumas considerações sobre suas especificidades quanto ao Processo Coletivo.

Palavras-chave: Contraditório, Processo coletivo, Ampla defesa

Abstract/Resumen/Résumé

This paper intends to explain some aspects that we consider relevant for the study of the principle of contradictory and ample defense in the Collective Process. In this way I do not intend to exhaust the theme, but to elucidate how each institute acts in the Collective, analyzing the Doctrinal aspects, brought in periodicals and in academic books. The topic chosen for this work, we consider relevant for the legal scope in general, since we will focus on analyzing the Constitutional principles present throughout the legal sphere, seeking some considerations about their specifics regarding the Collective Process.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Contradictory, Collective process, Broad defense

INTRODUÇÃO

Nosso estudo vai se iniciar realizando uma noção geral sobre os princípios do contraditório e ampla defesa, bem como os relacionando com outros princípios Constitucionais como, a publicidade e a informação. Desde já, de forma preliminar, afirmamos que estes integram o contraditório e ampla defesa, como confirmaremos mais adiante por meio de alguns doutrinadores.

Em seguida, analisaremos a participação do "Amicus Curiae" no Processo Coletivo, na qual atua e contribui para a compreensão da matéria, auxiliando a prestação jurisdicional, tornando o processo mais dialético e dinâmico para a sua efetivação, podendo ser relacionado ainda ao artigo 138 do CPC, subsidiariamente.

Ainda vamos nos dedicar ao estudo do contraditório prévio e da reconvenção. O primeiro, reputamos como demasiadamente importante, pois permite a manifestação das partes, sobre determinado ato processual, antes de prolatada a sentença, evitando desta feita alguma surpresa. Já a reconvenção, é um pouco mais polêmica, sendo cabível por alguns autores, quando esta se dedica a defesa dos direitos coletivos no Sentido Lato, e recusada quando utilizada pelo representante de tais direitos coletivos, no aspecto individual ou subjetivo, sendo assim instituto do Direito Processual Individual.

No que se referem também as temáticas do contraditório e ampla defesa, narraremos algumas nuances sobre a legitimidade daqueles que representam determinado Direito Coletivo, e ainda sobre a possibilidade de participação dos membros de determinado grupo representado.

Por fim, vamos desenvolver neste trabalho, os aspectos cooperativo ou princípio da cooperação nas decisões judiciais, cabendo às partes colaborar com o andamento processual, para que o Magistrado possa decidir da melhor forma que lhe cabe, dentro do aspecto legislativo e à luz do caso concreto.

1. NOÇÕES GERAIS SOBRE OS PRINCÍPIOS E SUAS CORRELAÇÕES

Os princípios se relacionam com cada sociedade em um determinado momento específico, tendo em vista ser a humanidade dinâmica e não estática em um determinado conceito e tempo para eternidade.

Assim, nos auxiliamos de Robert Alexy, que descreve os princípios como mandados de otimização:

Os princípios são mandados de otimização, que se caracterizam porque podem ser cumpridos em graus diferentes e porque a medida devida de seu cumprimento não somente depende das possibilidades fáticas, mas também jurídicas.¹

Desta forma, segundo o autor acima, os princípios devem ser cumpridos, de forma a otimizar, maximizar, da melhor maneira em graus diferentes o seu cumprimento, de acordo com os fatos e os aspectos jurídicos.

Já em relação aos autores contemporâneos, Didier e Zaneti, acreditam no caráter normativo dos princípios e não no cumprimento em graus diferentes como assinalou Alexy. Definem Didier e Zaneti sobre princípios: “Toda norma ou é uma regra ou é um princípio²”. Para os autores o princípio tem caráter normativo, sendo o gênero norma, e as espécies regras ou princípios.

De acordo com a Constituição Federal de 1988, no Brasil, fora dada relevância aos princípios, sendo inseridos na Magna Carta e gozando de caráter constitucional, devendo ser respeitado e efetivado no âmbito social e judicial. Vale ressaltar um dos princípios basilares de todo o ordenamento jurídico e que derivam os demais, em caso específico do Brasil, o princípio do Estado democrático, assinalado na Constituição, artigo 1º, CAPUT³. Tal princípio dá origem a diversos outros, inclusive o contraditório e ampla defesa, pois para a efetivação do contraditório, é necessário que não ocorra arbitrariedades, ditaduras, mas a necessidade do diálogo, do Estado Democrático de Direito.

¹ BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e conflitos normativos: um modelo para a justificação das decisões contra legem a partir da teoria jurídica de Robert Alexy. **Revista Pensar**, v.15, n.2, p.603-627 jul-dez - 2010. p.605.

² DIDIER Júnior, FREDIE; ZANETI Júnior, HERMES. **Curso de direito processual civil – processo coletivo**. 4.ed.Salvador: JusPodvm, 2009, p.106

³ Artigo 1º, CAPUT, CRFB/1988: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

Nosso trabalho pretende enfatizar os princípios do contraditório e ampla defesa no Processo Coletivo, e com isto reputamos relevante a este momento da pesquisa, transcrevemos passagens importantes sobre os institutos que estão intimamente ligados. Com Isso, Dinamarco define o direito a ampla defesa:

Justamente em razão da necessidade de assegurar a igualdade entre as partes é garantido ao réu o direito de ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (CF, artigo 5º, inc. LV), ou seja, outorga-se-lhe a eventualidade da defesa. Não se trata aqui de qualquer defesa, mas de uma defesa ampla, do início ao fim do processo.⁴

Desta forma, o autor menciona alguns trechos importantes sobre tal princípio. Dentre eles destacamos a função da ampla defesa em garantir a paridade de armas, ou seja, a igualdade entre as partes no decorrer do processo, evitando o desnivelamento quanto à ausência ou inexistência de defesa de uma delas. Ainda destacamos, segundo Dinamarco, que ampla, deve ser entendido no sentido macro, amplo, ou seja, a ampla defesa deve ser uma garantia do início ao fim do processo, em cada ato processual que seja cabível a defesa.

Dinamarco define também o que se pode entender por contraditório, relacionando com alguns conceitos que abordaremos no decorrer deste trabalho:

Sinteticamente, contraditório resume-se à fórmula informação com possibilidade de reação, ou seja, informação necessária e reação possível. É a possibilidade de uma parte convencer o julgador de que tem razão, contradizendo a posição contrária. Abrange também a ampla possibilidade de diálogo com o juiz, que é um dos integrantes do contraditório.⁵

O contraditório, segundo o autor, é uma forma de reação da parte adversa ao autor, a qual presta informações necessárias à lide, na qual a parte usa-se de amplos argumentos que repute necessários para tentar convencer o juiz e influenciar na sua fundamentação ou motivação de determinada decisão. Esta questão do diálogo com o juiz, segundo Dinamarco, constitui em um dos elementos do contraditório.

Com o princípio do contraditório visualizamos dois outros relevantes componentes deste e que estão ausentes no Processo Coletivo, ou seja, são a publicidade e a informação. Quanto a publicidade o Código de Processo Civil que entrara em vigor, ficou silente. É possível então que ao juiz seja dada a autonomia de adotar medidas que viabilizem a publicação, a depender de cada caso concreto. A publicidade e a informação estão diretamente

⁴ DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação civil pública**. São Paulo: Saraiva, 2001, p.84.

⁵ Ibidem, p.85.

ligadas, quando não se divulga algo, não se permite que as partes ou interessados tomem ciência da informação ou do conteúdo daquilo que deveria ser veiculado.

Desta forma quanto à ausência de informação, afirma Jordão Violin: “ um dos maiores obstáculos à efetividade da tutela coletiva no Brasil, atualmente, é a ausência de adequada informação à coletividade sobre o ajuizamento e a procedência das ações coletiva”.⁶ E ainda quanto a falta de publicidade, destaca o mesmo autor citado anteriormente: “Antes mesmo de repercutir na eficácia da sentença, contudo, a ausência de publicidade sobre a demanda prejudica o próprio exercício do direito de informação, o qual integra o princípio do contraditório”.⁷

De acordo com o que narramos, acreditamos que o novel diploma do Código de Processo Civil poderia ter dado maior atenção a esta questão da publicidade das informações processuais quanto ao processo coletivo, pois evitaria em demasia o ingresso em juízo da mesma demanda, por diversos sujeitos, afastando desta forma a celeridade processual e tumultuando o processo de uma forma geral e seu devido andamento.

No que concerne, a possível solução em decorrência das ausências citadas acima, e ainda sobre o custeio da notificação, descreve Jordão:

A melhor forma de notificação deverá ser avaliada no caso concreto. O mais importante é que ele viabilize aos membros do grupo e a outros legitimados coletivos conhecer a ação, seus argumentos e participar do debate. Em regra, a notificação deverá ser custeada pelo legitimado coletivo, salvo nos casos em que ela é extremamente custosa para o representante, mas não para o réu. Nessa hipótese, é possível determinar à parte adversária que promova a notificação de outros legitimados coletivos e membros do grupo.⁸

Em suma, quanto ao meio de notificação, o autor sugere que seja avaliado cada caso concreto, de forma que possibilite que o legitimado e membros do grupo tenham acesso ao teor da informação. Em regra, as custas da notificação fica por conta do legitimado, no entanto, por exemplo, se ocorrer em um caso concreto, demasiado número de membros de determinado grupo, pode ocorrer que à parte adversa contribua com as custas da notificação dos membros do grupo.

Outro processo que se relaciona com o contraditório, e assim legitimando a defesa das partes, é o princípio da adequada representação. Este princípio fora assim definido por Didider e Zaneti:

⁶ VIOLIN, Jordão. **Processo Coletivo**. Salvador: JusPODVM, 2016, p.265.

⁷ Ibidem, p.265

⁸ Ibidem, p.268.

Nessa perspectiva, busca-se que esteja a classe/grupo/categoria bem representada nas demandas coletivas, quer dizer, representada por um legitimado ativo ou passivo, que efetivamente exerça a situação jurídica coletiva em sua plenitude e guie o processo com os recursos financeiros adequados, boa técnica e probidade.⁹

De acordo com os autores acima, é necessário que a legitimidade de representação, assunto que voltaremos a narrar mais adiante, seja legítima, no que tange algumas peculiaridades, como boa-fé, probidade, ética, dentre outras atribuições, e principalmente, que o legitimado tenha ciência que não está em juízo postulando direito subjetivo ou personalíssimo, mas direito de uma coletividade, direitos de outrem.

Enfim, diante deste tópico tentamos esclarecer aspectos gerais sobre os princípios, dando enfoque no princípio do contraditório e ampla defesa, bem como relacionando-os com alguns outros princípios inerentes.

Seguindo nosso trabalho, vamos discorrer sobre o amicus curiae no processo coletivo, como se dá sua atuação, sua relevância para a condução processual, dentre outros elementos.

2. ATUAÇÃO DO AMICUS CURIAE NO PROCESSO COLETIVO

A atuação do Amicus Curiae no Processo Coletivo é relevante por vários aspectos, os quais narraremos agora. Um deles é certamente, auxiliar o magistrado na sua prestação jurisdicional, não sendo parte, sendo assim inquestionável sua legitimidade.

Sobre a atuação do Amicus Curiae caracteriza, Jordão Violin:

A atuação do amicus curiae, é uma importante técnica que acresce legitimidade à decisão e permite a participação do grupo sem tumultuar o procedimento. Adicionalmente, permite o aprofundamento da discussão e reforça argumentativamente a atuação do legitimado coletivo.¹⁰

Assim, o Amicus Curiae, contribui para a dialética processual, interagindo com as partes e o juiz, a fim de contribuir para a melhor solução processual e elucidação de fatos e

⁹ DIDIER Júnior, FREDIE; ZANETI Júnior, HERMES. **Curso de direito processual civil – processo coletivo**.4.ed.Salvador: JusPodvm, 2009, p.113.

¹⁰ VIOLIN, Jordão. **Processo Coletivo**. Salvador:JusPODVM, 2016, p.278.

aspectos jurídicos. É interessante notar também que sua atuação se dá ao lado do Juiz e do Ministério Público fiscalizando a atuação do legitimado de determinado grupo.

A participação do Amicus Curiae pode ser por um dos membros de determinado grupo, ou alguma pessoa que tenha determinado interesse na causa. O Amicus desta forma, por não ser uma das partes, poderá trazer a lide novas versões, ocasionando um relevante diálogo processual, auxiliando desta forma no convencimento e fundamentação do juiz.

Por este diálogo inerente à presença do Amicus Curiae, não podemos olvidar sua relação com o Estado Democrático de Direito, especificamente ao artigo 1º, CAPUT, da CRFB/1988, já mencionado, o princípio Democrático, atuando de forma plural no processo.

Vale destacar a aplicação subsidiária do CPC ao processo coletivo, e assim ficou disciplinado no artigo 138^{o11} CPC, a participação do Amicus Curiae, os quais enfatizaram abaixo.

Resumindo, em linhas gerais, o artigo 138º CPC deu deveras relevância a este componente assistencial da lide. Narrando que sua presença no processo é admitida quando ocorrer repercussão social da matéria ou controvérsia, podendo ser requerido de ofício pelo juiz ou relator ou requerido sua presença pelas partes ou a quem pretenda manifestar-se. Vale destacar que tais poderes serão delimitados pelo juiz ou relator.

Nosso próximo tópico vai abordar dois institutos também relacionados ao contraditório, os quais são: o contraditório prévio e a reconvenção. Veremos suas possibilidades no processo coletivo e se ocorre em algum desses institutos alguma controvérsia em relação a sua aplicação.

¹¹ Art. 138. 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, e 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. § 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º. § 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*. § 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

3. PECULIARIDADES SOBRE O CONTRADITÓRIO PRÉVIO E A RECONVENÇÃO.

Os dois institutos escolhidos para descrevermos neste trabalho, são indubitavelmente relevantes e presentes em nosso Processo Coletivo. Vamos iniciar este tópico dando destaque à reconvenção.

A reconvenção, também conhecida como uma ação no mesmo processo, sendo uma resposta do réu contrapondo-se a ação promovida pelo autor. Esta noção basilar advinda mesmo do processo individual nos permite adentrarmos na Seara Coletiva e tecermos algumas considerações.

O antigo Código de Processo Civil causou alguns obstáculos quanto a possibilidade do ingresso da reconvenção no processo coletivo, como narrava o artigo 315 do CPC de 1973, o qual proibia a reconvenção quando o autor fosse o legitimado extraordinário, ou seja, aquele que representa os direitos do grupo ou da coletividade naquele processo em análise. Esta interpretação realmente não fora feliz, e especificaremos nossas razões neste tópico que se segue.

A reconvenção no processo coletivo, não poderá envolver em um dos polos um sujeito individual pleiteando seus direitos personalíssimos, como eventual indenização e outros pedidos. Para que ocorra sua possibilidade, é necessária a presença de grupos, nos polos ativos e passivos da demanda. Nesse sentido, descreve Didier e Zaneti: “ Em todos os casos em que dois grupos puderem estar ao mesmo tempo nos polos ativos e passivos, ou seja, nas chamadas ações duplamente coletivas serão possíveis aventar da reconvenção¹²”. Assim não cabe falar em reconvenção promovida em face de substituto processual ou legitimado extraordinário, mas em face do grupo ali representado.

No que se refere ainda ao estudo da reconvenção, destacam os mesmos autores acima citados: “a reconvenção, então, será uma ação coletiva passiva. Reconvenção no processo coletivo também é uma ação coletiva; mas é uma ação coletiva passiva¹³”. Desta feita, compreendemos que a natureza jurídica da reconvenção é de ação, e no processo coletivo

¹² DIDIER Júnior, FREDIE; ZANETI Júnior, HERMES. **Processo Coletivo**.v.8. Salvador: JusPodvm, 2016, p.512.

¹³ Ibidem, p.513

especificamente, é uma ação coletiva passiva, ou seja, uma resposta (sendo exercido de tal forma o contraditório), que constitui uma ação do grupo demandado em face de outro grupo que ajuizara determinada pretensão. Um exemplo neste caso de reconvenção, podemos citar a lide coletiva entre sindicatos, os quais pleiteiam interesses opostos e suas pretensões deverão ser dirigido ao grupo oposto.

Por fim, a excelente contribuição do Novel Código de Processo Civil de 2015, o qual em seu artigo 343, parágrafo 5º¹⁴, destaca o cabimento da reconvenção no processo coletivo.

Adentraremos agora, no contraditório prévio nas ações coletivas. O atual CPC, advindo de 2015, consagrou tal instituto em seu ordenamento, precisamente no artigo 10º¹⁵. Assim, o Novel diploma, valorizou a garantia do contraditório antes do magistrado proferir sua decisão, oportunizando as partes se manifestarem antes de tal decisão, desta forma, denominado de contraditório prévio.

Comentando sobre esta garantia do contraditório prévio presente no atual CPC, caracteriza-o Américo e Juliana:

As mudanças são inúmeras, sendo que o Novo Código de Processo Civil disciplina o exercício da garantia do contraditório em várias de suas disposições. Em todas essas disposições, todavia, é possível encontrar uma linearidade: a premente necessidade em exercitar a garantia do contraditório antes do pronunciamento judicial – de forma prévia – afastando, com isso, surpresas e oportunizando a construção em conjunto da decisão.¹⁶

Os autores acima descrevem o que se pode entender por contraditório prévio, destacando que o Novel diploma de Processo Civil segue seu entendimento no sentido de que se devem dar às partes a oportunidade de argumentar e exercitar seu direito de ampla defesa em face de determinado litígio, de forma prévia, evitando que seja prolatada sentença em seu desfavor sem que tenha se dado chance de se questionar ou se defender.

¹⁴ Art. 343. Na contestação, é lícito ao réu propor reconvenção para manifestar pretensão própria, conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa. § 5º Se o autor for substituto processual, o reconvinente deverá afirmar ser titular de direito em face do substituído, e a reconvenção deverá ser proposta em face do autor, também na qualidade de substituto processual.

¹⁵ Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

¹⁶ JÚNIOR, Américo Bedê; CASTELLO B. Juliana Justo. **Processo Coletivo**.v.8.Salvador: JusPodvm, 2016, p.248

A garantia do contraditório prévio permite desta forma que as partes exerçam seu poder de argumentativo, tentando convencer o magistrado de sua tese e de sua veracidade dos fatos, questionando a ação e se defendendo antes que ocorra surpresas ou algo inesperado contra suas pretensões.

Sobre essa questão dialética entre as partes e o juiz, por meio do contraditório prévio, descreve ainda Américo e Juliana:

o convencimento do juiz não deve ser um a priori lógico, mas, sim, o resultado de reflexões dialogadas e instrumentalizadas no processo. A exigência do contraditório prévio sobre questões de direito tem a virtude de no jogo argumentativo demonstrar eventuais equívocos, como, por exemplo, a inobservância de uma causa interruptiva da prescrição. Assim, aspecto não percebido pelo juiz pode ser apontado pelo advogado.

O contraditório prévio permite desta maneira o diálogo entre as partes e o juiz, contribuindo para elucidação de fatos não visualizados anteriormente pelo magistrado e assim, reforçando sua fundamentação das decisões judiciais, realizando uma espécie de cooperação processual, as quais comentaremos mais adiante.

No próximo tópico narraremos sobre a legitimidade do representante coletivo e da hipotética participação de membros do grupo em um processo coletivo, buscando explanar suas peculiaridades e divergências doutrinárias que por ventura puderem aparecer.

4. A LEGITIMIDADE DO REPRESENTANTE COLETIVO E A HIPOTÉTICA PARTICIPAÇÃO DE MEMBROS DO GRUPO

O processo coletivo e o exercício do seu contraditório e ampla defesa necessitam que o legitimado, atue com boa-fé, probidade, e que principalmente tenha ciência e o dever de representar os interesses do grupo que representa e não somente interesses subjetivos e personalíssimos. O legitimado representa expectativas de tutela jurisdicional de outrem e não os seus somente. Com relação a isto que estamos narrando, já esclarecemos neste trabalho anteriormente o princípio da adequada representação, ou seja, a legitimação adequada para representar determinado grupo em juízo.

A participação de membros do grupo exercendo ao lado do legitimado os interesses da coletividade daquele determinado grupo, é contraditória na doutrina como mais adiante esclareceremos algumas divergências.

Quanto ao representante e sua função dentro do processo coletivo, define Edilson Vitorelli:

Em síntese, o representante deve agir no interesse dos representados, ficando-lhe resguardado certo grau de autonomia em relação a suas vontades. Essa autonomia autoriza eventuais ocorrências de conflitos entre representante e representados, mas esse conflito não pode ser tido como normal e ocorrer habitualmente. Representação, portanto, não é uma questão de saber se o representante age de acordo com a vontade dos representados ou de acordo com suas próprias. Normalmente, essas vontades devem ser coincidentes, se não forem, deve haver uma razão para tanto.¹⁷

De acordo com o autor acima, este faz relevantes contribuições ao estudo da representação no processo coletivo, as quais concordamos com algumas e ponderamos sobre outras.

Quanto às análises do autor, iniciamos com o cuidado ao qual deve ser dada a autonomia que o autor narra, concedida ao representante. Este não pode olvidar-se que representa o interesse macro de todo o grupo e não somente os seus, devendo ser esta autonomia mínima a nosso ver e relativizada, não também deixando as contradições do grupo prevalecer. Já quanto aos conflitos que possam ocorrer entre representantes e representado não deverão ocorrer com muita frequência, realmente como diz o autor, tendo em vista a coletividade daquele grupo está protelando interesses homogêneos. Por fim, é basilar que as vontades se convertam em uma única do grupo, não devendo divergir entre representante e representado.

No que se refere à participação de membros no processo coletivo, podendo intervir em seu favor e do grupo, vimos algumas controvérsias de posicionamentos doutrinários, como narraremos agora.

Para uma parte da doutrina, e nós nos filiamos a ela, a participação de vários particulares no processo inviabilizam a condução processual. Certamente, se vários indivíduos, que por mais que sejam interessados no processo e podendo ser agraciados pela procedência da decisão, intervirem a todo instante no procedimento processual, podemos prejudicar a celeridade processual e a correta condução do processo, tendo em vista as divergências que possam ser suscitadas.

¹⁷ VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.232.

Já para outros doutrinadores, acreditam que poderá ocorrer a intervenção de membros do grupo quando se tratar de direitos individuais homogêneos, atuando como litisconsortes assistenciais.

Há ainda outra categoria de pensadores sobre o Processo Coletivo, que acreditam na possibilidade irrestrita de participação de membros do grupo, e a esta conclusão, divergimos.

Enfim, ainda restam outras mais conclusões sobre a participação de membros do grupo, no entanto, selecionamos as que narramos anteriormente sobre a possível intervenção, como as mais relevantes, tendo em vista que o tema tratado é contraditório na doutrina, não ocorrendo desta forma uma só conclusão ou pensamento a respeito de tal questão.

No tópico seguinte vamos analisar o princípio da cooperação no processo Coletivo, sendo deveras importante sua relação com o contraditório e ampla defesa, constituindo uma forma de argumentação de contribuir para o convencimento do juiz e auxiliá-lo para que não fiquem indagações ou dúvidas a cerca de sua fundamentação ou motivação de sua decisão.

5. ESTUDO DO PRINCÍPIO DA COLABORAÇÃO PERTENCENTE AO CONTRADITÓRIO

O princípio da colaboração ou participação nos atos processuais no decorrer do procedimento processual, faz parte do contraditório. A colaboração das partes com o magistrado e com o atuar processual é de suma relevância para o correto e adequado desenvolvimento do processo, como veremos mais a frente.

O autor André Leal, caracteriza este diálogo entre partes e magistrado:

E isso se dá em razão do fato de que o princípio constitucional do contraditório determina, por um lado, que às partes sejam dadas iguais oportunidades de atuação no "procedimento que prepara o provimento" e, por outro, que essas partes, a partir da reconstrução e interpretação compartilhadas também dos próprios fatos, possam efetivamente contribuir argumentativamente para a escolha da norma aplicável ao caso concreto, gerando repercussões obrigatórias na atividade de fundamentação desenvolvida pelo órgãos judicantes.¹⁸

¹⁸ LEAL, André Cordeiro. **O Contraditório e a Fundamentação das Decisões**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p.20.

De acordo com André, a argumentação dada pelas partes deve está intimamente ligada com o contraditório, com sua oportunidade de ampla defesa, ou seja, até a prolação da sentença pelo magistrado. Não devemos olvidar que tal instituto, contraditório e ampla defesa também permite a paridade de armas, a igualdade de condições na relação processual, o direito de defesa, e assim se pronunciar na lide processual.

É válido salientar igualmente que André Leal relaciona a atividade argumentativa das partes à fundamentação da decisão do juiz. Certamente, essa argumentação fornecida das partes poderá esclarecer algo ainda não vislumbrado pelo juiz, não de forma dolosa, ou seja, intencionalmente, mas que por imperícia não visualizou e assim as partes auxiliam e reforçam suas fundamentações das decisões judiciais.

Com relação à fundamentação das decisões judiciais, ressaltamos o artigo 489º do Novel diploma do Código de Processo Civil, o qual como boa parte da doutrina ressalta, não trouxera novidade, no entanto, especificou como deverá ser a motivação das decisões judiciais, especificando o que se deve por entender por decisão fundamentada, e não apenas citando como o CPC de 1973 que a decisão deve ser fundamentada e nada mais. Com essa necessidade de especificação das decisões judiciais, o legislador previne que ocorram arbitrariedades nas decisões judiciais, ou decisões infundadas, cabendo desta forma a nulidade de tais sentenças ou mesmo acórdãos.

Relacionando a argumentação oferecida pelas partes e o dever de fundamentar as decisões, descreve os autores, Américo e Juliana:

De igual modo, a fundamentação da decisão judicial, como resultado de uma construção cooperativa e colaborativa de todos os sujeitos processuais, sujeita-se a critérios balizadores para sua validade. Não basta conceder previamente o contraditório como um ato automático, como mera etapa do modo de produção da decisão judicial, é preciso efetivamente considerar e enfrentar os argumentos suscitados pela via do contraditório.¹⁹

Deste modo, é necessário para que seja válido o procedimento processual até chegarmos à decisão judicial, que o magistrado não somente considere o contraditório como um ato processual ou etapa deste, é preciso efetivamente analisar os fatos trazidos pela parte ao processo acatando-os ou não. Para que a argumentação e cooperação das partes ao processo sejam úteis, é preciso também que o Poder Jurisdicional, no aspecto pré-decisório analise as questões suscitadas pelas partes, se entender relevantes considerá-las ou se não entender assim, rejeitá-las e principalmente, expondo os motivos pela aceitação ou não de tais

¹⁹ JÚNIOR, Américo Bedê; CASTELLO B. Juliana Justo. **Processo Coletivo**. v.8.Salvador: JusPodvm, 2016, p.260.

argumentos, pois assim realizará uma decisão e fundamentação lastreada de boa-fé, ética, e adequado cumprimento à luz dos princípios democráticos de Direito na Constituição Federal do Brasil, e no seu artigo 93, IX, bem como está cumprindo o artigo 489º, parágrafo do CPC de 2015.

No CPC de 2015, no artigo 370^{o20} também fora disciplinado o dever de participação das partes, ou seja, estas podem intervir no processo também e assim participando suscitando alguma prova que seja necessária para o decorrer processual.

Enfim, diante de tudo que analisamos até aqui acreditamos ter trazido aspectos relevantes para o estudo do Processo Coletivo. Certamente na infinidade de assuntos sobre contraditório e ampla defesa, não esgotamos o tema, mas pela brevidade deste trabalho, sintetizamos aqueles que discutimos no mundo acadêmico como importantes à serem redigidos.

No tópico final que se segue realizaremos nossas considerações finais sobre este trabalho, relatando um breve resumo do que fora visto nesta pesquisa, bem como nos posicionando sobre determinados institutos como fizemos outrora.

²⁰ Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

CONCLUSÃO

Em suma, diante de tudo que analisamos nesta pesquisa, realizamos com a finalidade de contribuir para Seara Coletiva e para o mundo jurídico, em seu aspecto amplo, abordando os princípios inerentes ao Processo Coletivo e ao Direito no seu sentido Lato. Desta forma, procuramos trazer o pensamento contemporâneo da doutrina processual em matéria coletiva, dialogando com temas contraditórios e outros nem tanto, para tentar elucidarmos suas contribuições para a noção coletiva.

Acreditamos que o Novel diploma do CPC, introduzido em nosso sistema no ano de 2015, trouxera muitos ganhos ao Direito Processual. No entanto, ainda quanto ao Direito Processual Coletivo, acreditamos que ainda carece de um procedimento específico, que regule suas peculiaridades, tendo em vista suas especificidades a ele inerentes, como mostramos no decorrer deste trabalho.

Ressaltando mais uma vez a relevância do princípio do contraditório ao Processo na atualidade, sendo visto agora como um princípio que estimula a questão argumentativa, a participação mais ativa das partes na lide processual, no procedimento que conduz determinado processo, no sentido de auxiliar os magistrados quanto a matéria probatória, de fato, ou indagando determinado direito não elucidado ainda naquele exato momento de determinado processo relativo aquele caso concreto.

O princípio do contraditório e ampla defesa, suscitam diversos caminhos e temas a serem trabalhados, e entendemos que destacamos alguns importantes pontos merecedores de destaque ao longo deste artigo. Com isso, sem dúvida, cremos no desenvolvimento do Direito Processual Coletivo ainda mais, com procedimento próprio e específico, bem como a necessária e oportuna introdução de tema relevante como este, em maior número objeto de disciplinas em Universidades, seja de Graduação e Pós – Graduação, enfim, certamente o acesso e desenvolvimento da Seara do Direito Coletivo se desenvolverão ainda mais, contribuído para o acesso a justiça da comunidade e tendo por finalidade a celeridade processual e via instrumental para a concretização dos direitos de massa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEDAQUE, Jose Roberto dos Santos. **Direito e processo: influencia do direito material sobre o processo**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e conflitos normativos: um modelo para a justificação das decisões contra legem a partir da teoria jurídica de Robert Alexy. **Revista Pensar**, v.15, n.2, p.603-627 jul-dez – 2010.

DIDIER Júnior, FREDIE; ZANETI Júnior, HERMES. **Processo Coletivo**.v.8. Salvador: JusPodvm, 2016.

DIDIER Júnior, FREDIE; ZANETI Júnior, HERMES. **Curso de direito processual civil – processo coletivo**.4.ed.Salvador: JusPodvm, 2009.

DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação civil pública**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Direito e processo. In: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000, v. I.

JÚNIOR, Américo Bedê; CASTELLO B. Juliana Justo. **Processo Coletivo**. v.8.Salvador: JusPodvm, 2016.

LEAL, André Cordeiro. **O Contraditório e a Fundamentação das Decisões**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

VIOLIN, Jordão. **Processo Coletivo**. Salvador: JusPODVM, 2016.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.